Эпштейн, Йехиэл Михал.

Арух га-шулхан. – Варшава, 1893 –

Ч. 1.

ספר

ערוך השלחן

ספר

ערוך השלחן

חלק, ראשון מן סימן א׳ הלכות דיינים עד ס״ס קפ״ח
הלכות שלוחין

מאתי יחיאל מיכל הלוי עפשטיין החונה בק״ק נאווראק
בעהמ״ח ס׳ אור לישרים על ספר הישר לר״ת וס׳ ערוך השלחן על שחו״מ

ווארשא
בדפוס ר׳ נתן שריפטגיססער נ״י
שנת תרנ״ג לפ״ק

Сеферъ Арухъ-Гашулхонъ

т. е. столъ накрытъ, о религiозныхъ обрядахъ

соч. Раввина Михеля Эпштейна

Часть 1—3

Типографiя г. Нусина Шрифтгиссера
Варшава 1893 г.

Дозволено Цензурою
Варшавѣ 12 Марта 1890 года

כבוד מלך

אני פי מלך שמור ועל דברת שבועת אלהים : (קהלת ח׳)

תכונת האדם בעצמותו, תעיד על ההכרחיות למלך במדינה כי כמו שהגוף המורכב מאיברים רבים וכל אבר עושה פעולתו המיוחדת לו ובכל זאת כולם פונים למעין אחד לשאוף ממנו רוח חיים והוא הלב ועל ידו הולך מרוצת החיים לכל האיברים ובחסרון בריאת הלב כל האיברים הולים ורוח החיים שבהם טרופים ומבולבלים, כמו כן המדינה בכללה המורכבת מאלפי אלפים בני אדם, היא כאדם אחד המורכב מאיברים רבים, כי האדם הוא מדיני בטבע ואין ביכולתו לחיות בעצמו במדבר כחיתי יער מפני גודל צרכיו שאחד יעזור לחבירו ובהכרח שיהיה להם אבר אחד לשאוף ממנו רוח חיים בצרכי ונימוסי המדינה, והוא המלך, וכשהמלך יושב על כסאו וכל אנשי המדינה נכנעים אליו לעשות רצונו ופקודותיו, אז כל איברי המדינה, והם, כל בני המדינה בריאים וחזקים ויושבים בשלום ובשלוה, וכן חס ושלום להיפוך, ד׳ ישמרנו, ומה נעמו דברי רבותינו חכמינו ז״ל באמרם מלכותא דארעא כעין מלכותא דרקיעא (ברכות ל״ח.) דכמו שמלכות שמים, אם יראת אדון כל שולטת על מין האדם בכלל שנזהרים לעשות נגד רצונו יתברך, אז כל יושבי תבל שוכנים בהצלחה ובמנוחה, כמו כן אם יראת המלך שולטת על כל בני המדינה וכולם נכנעים אליו ואוהבים למלאת פקודתו אז כל בני המדינה בהשקט ובבטחה, ועלינו בני ישראל לבד זה נתוסף עלינו ציווי ואזהרה ושבועה חמורה מפי הקב״ה כמבואר בתלמוד [כתובות קי״א.] שהקב״ה השביע את ישראל שלא ימרודו במלכות וביאור הדברים אף על מרד בלב שלא יהרהר אחר המלך ושריו ולהיות יראת המלך עליהם דאם רק על מרד בפועל א״צ שבועה לזה :

וזהו שאמר החכם אני פי מלך שמור רצונו לומר אני עצם האדם שלי אומר לי לשמור פי מלך, דמבשרי אחזה מלך ועלי לשמור פי מלך כמו שעלי לשמור את הלב, ונוסף לזה על דברת שבועת אלקים שהשביענו על זה כמו שנתבאר :

ולכן מאד מאד חבבו רבותינו חכמי המשנה והתלמוד את המלכים ושריהם ויראו מהם יראת הכבוד ויראת המעלה הרוממה, ואף גם בהיות ממשלה בישראל בארצם הזהירו נביאינו * וחכמינו ז״ל להיות נכנעים למלכי ארץ כמו שצוה ירמי׳ הנביא עבדו את מלך בבל וחיו [ירמי׳ כ״ז] ולבני הגולה אשר היו בבבל שלח הנביא לאמר בנו בתים ושבו ונטעו גנות ואכלו את פרין קחו נשים והולידו בנים ובנות וגו׳ ודרשו את שלום העיר אשר הגליתי אתכם שמה והתפללו בעדה אל ה׳ כי בשלומה יהיה לכם שלום :

וכן שנו חכמים במשנה [אבות פ״ג] הוי מתפלל בשלומה של מלכות שאלמלי מוראה איש את רעהו חיים בלעו ובזמן בית שני היו נכנעים למלכי פרס ויון וקסרי רומי וקודם החורבן צעק בקול גדול אבי התורה שבעל פה רבן יוחנן בן זכאי ותלמידיו ר״א ור׳ יהושע למסור את ירושלים ביד קיסר רימי ואותם האנשים אשר לא רצו בזה קראום חכמי התלמוד בלשון גנאי ״בריוני„ כלומר אנשים פראים ורעים כמבואר בתלמוד גיטין [נ״ו:] :

ואם ככה עשו קדמונינו בימיהם בעת אשר לא היה עדיין להמלכים משפטים קבועים במדינה ודנו ככל העולה על ריחם ״ד ע ס פ א ט י ז ע ם„ על אחת כמה וכמה שהחיוב מוטל עלינו לאהוב את אדונינו הקיר״ה ולירא מפניו, ולכן בכל תפוצות ישראל מתפללים בלב טהור בכל שבת ויו״ט לפני ד׳ על שלום אדונינו הקיר״ה ואשתו וזרעו וכל משפחתו :

והעד הנאמן על זה כי בכל משך הרב מהשנים שאנחנו שוכנים בצל ממלכת רוסיא האדירה לא נמצא אף אחד מרבוא רבבות מישראל השומרים דת תורתינו שיהיה מעורב בשום מרידה חלילה ואדרבא להיפוך תמיד אנחנו בני ישראל מסרנו נפשותינו על אהבת קסרי רוסיא ושלומם כידוע לקוראי הדורות מה שעשו ישראל בשנת תקע״ב במלחמת הצרפתים ובשנת תקצ״א בעת המרידה עד שאלכסנדר הראשון ז״ל וניקאלאי הראשון ז״ל החזיקו טובה לישראל על אמונתם למלכם :

ואשר הראה שוטנינו ומקטריגינו יחפאו עלינו דברים אשר לא כן ומלשינים כי ישראל מרמה אהב, דבר זה ידוע להחכמים האמיתים ישרי לב מן חכמי האומות, כי אך השנאה והקנאה ורוע הטבע מדברת מתוך גרונם, ומי כעם ישראל מוכן לפורעניות, אשר כל איש נרגן אם יחשוק להתנפל על בני האדם אין לו מטרה טובה לקלוע חיצי לשונו יותר מן עם ישראל האומללים, כי מי יפגע בעדם, או מי יעצור בעד הנרגנים לדבר בכל העולה על רוחם הנבערה .

והמופת המבורר לזה שאין זה רק רוע לב, ראה תראה כי גם העלילה המתועבה בימי קדם, בילבול דם אשר בדו המלשינים לאמר שאנחנו משתמשים בדמי אדם לפסח שכבר קאה אותם הזמן ולדראון עולם כל מוציאי הדיבה הרעה הזאת, עכ״ז המצא תמצא גם עתה רשעי לב אשר העלו גרה ללעוס ולהעלות הדברים האלה, ולא יבושו ולא יכלמו לדבר כן .

זה תוכיח ותדין על כל מיני דילטוריא על הצאן האובדות האלה אשר תוקעים ומריעים צוררי ישראל בכתבי עיתיהם להת את ישראל לשמצה, ויתפשו את ההמון בלבם לקרא מלא על עם נרח ונעזב וכל משכיל

יבין

יבין כי כותבי העיתים האלה סוחרי רכיל המה, למען יתרבו קוניהם כדרך לבות רוב המון עם שהטייתם לרעה יותר מלטובה :

שמעו נא משכילים וישרי לב, אם לא התולים עמהם? אם לא צחוק מכאיב לב אשר במצאם אחד מישראל שעשה איזה מרמה ישימוהו על הנס ויתרועעו אף ישירו לעשות רבוא רבבות אנשים ערבים זה בזה ויתלו עונו בעון הכלל :

שומו שמים על זאת ותחרד הארץ ממקומה!! ותיערב נא מאסקווא, פ"ב, ברלין, ווין, פאריז, לאנדאן, שלא ימצאו בהם מקצת אנשי מרמה, אות היא על רוע לבם, נשבע אנוכי בחיי כי אני יושב בתוך טבור מושבות היהודים בליטא ובעירי וכל הגליל יש בערך שש עשרה אלף נפש מישראל ומלאכתי להורות לבני ישראל ולפניי נגלו רוב עסקיהם ורובם ככולם עמלים יום ולילה על לחם חוקם ולמאות בעלי מלאכות המביאים טרף לביתם מעמל ידיהם, ורובם יחיו בדוחק ולחץ בלחם לאכול ובגד ללבוש והמעטים מן המעטים שיש להם קרקע וגינות ראיתי בעיני איך שעמלים יום ולילה המה ונשיהם ובניהם בעבודת הארץ, ומי יתן אשר הממשלה הרוממה היתה ידה פתוחה להתיר לכל איש מישראל לקנות קרקע מעט כי אז היתה רואה בעיניה הישרים איך בלב שמח היינו עמלים לעבוד עבודת האדמה :

ואמת הדבר אשר מפני שנגדר בעדינו זכות קניית קרקע ואנחנו נודדים באויר יש למאות משפחות הנודדים ללחם ולא ימלט שמפני הלחץ זו הדחק יעשו איזה מרמה ועולה, כי רבים רבים המה נפשות רעבים וערומים ויחיפים במדינתינו למאות :

ומזה הנסיבה אשר בכל עת מקרא הצבא בירח נאייבר נחסרים לשעתם לבעבור כי מפוזרים המה, ויש מהם הרבה אשר מרוב דלותם אין למו כסות בקרה במה לילך לצבא, חי נפשי כי במקומות אשר יתאמצו ליתן נדבות לכל נפש ההולך לצבא למען ילביש א"ע ושיהי' לו כמה רו"כ לצרכי נפשו, שם הולכים בשמחה לעבוד בחיל אדונינו הקיר"ה, למרות עיני שוטנינו המתפאים עלינו דברי שקרים שישראל משמיט א"ע מעבודת הצבא, את כל זה ראיתי בעיני ולא מפי השמועה, והרי סוף סוף במשך השנה ישתלם הסכום כי אם אך זה המשתמט משיג די מחסורו אשר יחסר לו הולך בשמחה, ובעוד אני כותב הדברים האלה יעטרוני הבחורים מפה שנפל עליהם הגורל לבקש עזרה למלבושיהם ולכל צרכיהם וכל המון הרבנים מתאמצים בזה למלאות פקודות הוד אדונינו הקיר"ה, ועוד יש סיבות לזה שאין המקום פה לבארם :

ועוד מהדברים אשר יטילו קוצים בעיני שרי הממשלה על עם ישראל שהמה מאנים את הגוים יושבי הכפרים, וחי נפשי מה נאמר ומה נדבר אם יש אף מקצת מן המקצת מדברי הנרגנים כי לא כימים הראשונים הימים האלה והוא רק דיבת כסילות, רחוקים המה מאדם לא ידעו ולא יבינו כי הגוים יושבי הכפרים לא יניחו א"ע מלאנות אותם וגם עם ישראל בדור הזה רחוקים המה ממחשבות רעות כאלו, וידוע לי מהרבה בתי מרזח "שיינקען„ שאם אך יראה בעל המרזח שהשותה קרוב להשתכר לא יתן לו עוד יי"ש והמופת לזה כי לא נראה ביום השוק שכורי יין הרבה :

לבד כל אלה ידוע לכל כי כל גוי אשר יש לו רק תואנה על איש ישראל יבא להרב לקבול על הישראל והרבנים משגיחים הרבה לבלי ימצאו תואנה, וברבים נדרוש כי ע"פ דת תוה"ק אסור לאנות לאינו יהודי יותר מליהודי, ולתכלית הנרצה הלזה דברנו בזה הספר לבאר גודל איסור הגניבה והגזילה והאונאה בין ליהודי בין לאינו יהודי, וכי דינא דמלכותא דינא וכי אסור להעלים מהמכס ומכל חיובי המלכות כמו שבארנו בסי' שס"ט וגם בארנו גודל האיסור לחשוב מחשבה לא טהורה על דינא דמלכותא ולהיות נזהר בכבוד המלך וכאשר בארנו בסי' א' סעי' כ"ו ע"ש גם בארנו עוד דברים המועילים בעזרת ד' ועוד יש להאריך בזה ולא עת האסף פה :

יְחִי אדונינו הקיר"ה אלכסנדר השלישי ואשתו הגבירה בת מלך ובנם יורש עצר וכל בית המלכות הרוממה :

יצו ד' חסדו למשיחו מלכנו אדונינו הקיר"ה ויאריך ימים על ממלכתו אמן ואמן :

הקדמה

אל אלהים יי הוא ידע וישראל הוא ידע: יהושע כ"ב.

כי תורתינו הקדושה והטהורה ארוכה מארץ מדה ורחבה מני ים גבוה מעל גבוה ועמוק עמוק מי ימצאנה, ואיך לא, והרי היא בת אלקים חיים והיא עלה החכמה העליונה ושם הבין עוזה והוא יתברך שמו וחכמתו אחד הן וכשם שאין ראשית לראשיתו ואין אחרית לאחריתו כמו כן אין ראשית ואחרית לחכמתו וזהו שאמר נעים זמירות ישראל רחבה מצותך מאד כלומר בלי גבול ולזה התחנן לאמר גל עיני ואביטה נפלאות מתורתך, וגם היא המקור לכל החכמות ואל זה רמזו ששת קני המנורה שהיו כולם פונים אל הנר האמצעי כמו שביארו גדולי חכמי לב הלא בספרתם ועיקר גדולת התורה נודעת מהתורה שבעל פה כמו שאמרו חז"ל לא כרת הקב"ה ברית עם ישראל אלא בשביל דברים שבע"פ שנאמר כי על פי הדברים האלה כרתי אתך ברית ואת ישראל [גיטין ס'] וזהו התלמוד הגדול והקדוש, המלא והגדוש מכל הון יקר פנינים ואבני חפץ מעולפת ספירים ולאשר עינים לו ולו יראה מרגליות טמונות בכל ענין וענין, והתורה שבע"פ נותנת רוח חיים בתורה שבכתב, וכשם שהנשמה נותנת רוח חיים בגוף האדם כמו כן התורה שבע"פ נותנת רוח חיים בתורה שבכתב כי היא סתומה וחתומה ואין בה אף מצוה אחת מבוארת, כמו בשבת דכתיב לא תעשה כל מלאכה מהו גדר המלאכה ולמה פרטה התורה בפרשה ויקהל מלאכת הבערה בפני עצמה כמ"ש לא תבערו אש בכל מושבותיכם ביום השבת עד שמכבר טעו בו הצדוקים וישבו בחשך בלילי שבתות כי הלכו בחשך ולא נגה עליהם אור התורה שבע"פ ובפרשה תשא לא הזהירה רק על חרישה וקצירה דכתיב בחריש ובקציר תשבת דמשמע שזריעה ונטיעה וניכוש מותר ועיקר ענין שביתה נעלם דלפי פשטותה אין לעמול כלל בשבת ואם נרצה לשאת שולחן כבד מחדר לחדר אסור אתמהה! ומצינו בנחמיה [י"ג] כשקנו מהצורים דגים ושארי חפצים בשבת לצעק עליהם ואמר מה הדבר הרע הזה אשר אתם עושים ומחללים את יום השבת הרי דלקנות דבר הוי חילול שבת ואיפה נכתב זה בתורה וירמיה הנביא אמר [י"ז] ולא תוציאו משא מבתיכם ביום השבת וכל מלאכה לא תעשו הרי דהוצאה מרה"י לרה"ר הוי ג"כ מלאכה ואיפה כתוב זה בתורה ובפרשה בשלח כתיב אל יצא איש ממקומו ביום השביעי דלפי פשטותה משמע שאסור לזוז ממקומו ביום השבת וכבר יש שטעו לומר כן:

גם עיקרי המועדות נעלם מתי הוא חדש האביב ומתי הוא חדש האסיף הרי לא כל המדינות שוין בזה, ועוד שהתורה אמרה שחג הפסח יהיה בחדש הראשון וחג הסוכות בחדש השביעי והרי השנה אנו מונין מתשרי ולפ"ז היה לנו לעשות פסח בתשרי וסוכות בניסן, ועוד שהרי כמה פעמים כתיב בתורה שבעת ימים תאכל מצות ובפרשה ראה כתוב ששת ימים תאכל מצות, ובמצות תפילין כתיב וקשרתם לאות על ידך והיו לטוטפות בין עיניך מה נקשור, מה היא התמונה, ובמצות ציצית כתיב ועשו להם ציצית איזו ציצית, ובארבע מינים שבלולב פירשה כל השלשה מינים באר היטב והמין הרביעי סתמה וכתבה פרי עץ הדר ולמה לא ביארה בפירוש מה זה, וכן בר"ה כתיב יום תרועה יהיה לכם ולא פירשה מהו התרועה ואופן ההתרעה, ולמה במקום אחר ביארה והרעותם בחצוצרות ובכאן באה הקבלה דדוקא בשופר, וכן בשחיטה כתיב וזבחת מבקרך ומצאנך כאשר צויתיך באיזה מקום צוהו ומהו ענין הזביחה אם להכותה בקרדום על ראשה אם לחתוך הצואר או שארי ענינים מהמיתה, וכן בדינים שבין אדם לחבירו לא ביארה מאומה רק דיני שומרים, האמנם מפני שעיקרי התורה נמסרו בקבלה למשה רבינו מסיני והוא מסרה ליהושע עד הנביאים ועד אנשי כנה"ג כדתנן בריש אבות וכמ"ש הרמב"ם ז"ל בהקדמתו לחבור הי"ד החזקה דכל המצות שנאמרו למשה רבינו בסיני בפירושן נתנו שנאמר ואתנה לך את לוחות האבן והתורה והמצוה תורה זו תורה שבכתב והמצוה זו פירושה וצונו לעשות התורה ע"פ המצוה ומצוה זו היא הנקראת תורה שבע"פ ולזה הוצרך משה רבינו להיות בהר ארבעים יום וארבעים לילה לקבל תורה שבע"פ דאלו הלוחות בעצמן כפי פשוטן בשעה קלה היה מבין אותה:

וזהו המשנה והתלמוד דרבינו הקדוש כשראה גודל הפיזור מעם ישראל אחר החורבן אסף כל חכמי ישראל והעתיקו כל אחד ואחד המשניות העתיקות שהיה להם בקבלה מרבה ורבה מרבה עד הלכה למשה מסיני ומזה רבינו הקדוש וחבורתא קדישתא דיליה חברו אלו הששה סדרי משנה והעלום על ספר בקיצור נמרץ רק לזכרון דברים בעלמא ואח"כ כל החכמים שבדורות הבאים כל עמלם היתה להבין דברי המשניות ומה שנתוסף עליו מהתוספתות

מהתוספתות והברייתות וספרא וספרי ומכילתא אם כי כולם נרמזים במשנה אמנם לאו כל מוחא סביל דא להבינם מתוך קילורי המשניות ולזה בימי רבינא ורב אשי וכל חכמי ישראל שבימיהם נגמר זה התלמוד הגדול והקדוש ומאז אין לנו רשות לא להוסיף ולא לגרוע מהתלמוד רק להבין דבריו ואלה המה דאשי אלפי ישראל שהיו אחר זמן חתימת התלמוד כל גאוני מזרח ומערב כל עמלם היה להבין דברי התלמוד וחברו עליו פירושים רבים ותוספת להפירושים וזכינו שנתקבלו בכל תפוצות ישראל פירושי אור התורה, המאורה הטהורה, רש"י ז"ל מפני שהעלה בפירושו כל מה שקבל מרבותיו וזכינו לתוספת רבותינו הצרפתים שהיו גדולים בחכמה ובמנין מכל חכמי ישראל שבימיהם כי שמונים בעלי תוס' למדו לפני הארי הזה רבינו הגדול ר"ת ז"ל כמ"ש בתשו' מהרש"ל והם עשו את זה התלמוד ככדור והאירו נתיבותיו ובלעדי דבריהם הקדושים נמשש בו כאשר ימשש העור באפילה :

עוד הוסיפו רבותינו חכמי התלמוד לכלול בהתלמוד הרבה מן החכמות והוסיפו בו גם דברי אגדה ודרשות רבות בדברים שהם כבשונו של עולם כמו מעשה בראשית ומעשה מרכבה ושארי חכמות פלוסופיות וטבעיות והסתירום חז"ל בדבריהם הנעימים לבלי יראו אולה ודברו במשל וחידה כמו מאמרי רבה בר בר חנה בפ"ה דב"ב וכוויכוחי התנא ר' יהושע עם סבי דבי אתונא בפ"ק דבכורות והם הפלוסופים המפורסמים בעולם מאתונא עיר החכמה בארץ יון וכן כל מאמרי חז"ל באגדה כך היא דרכה מפני שלא כל אדם יכול לסבול אור החכמה בגלוי כמו היושב בחשך ימים רבים כשיצא פתאום לאור השמש יתעורו עיניו כי לא יכול לסבול האור ולכן הלבישו רז"ל את מאמרי החכמה בכמה מלבושים וכל חכם לב ידלה מעט מעט ממעייני החכמה אם הוא הגון וראוי לכך ואם לאו אין זה מניעה להתורה והמצוה כי כל הדברים הנוגעים למעשה התורה והמצוה לא הסתירום וביארום בגלוי :

וכי יפלא בעיניך על רוב הדיעות ומחלוקתם בפרטי הדינים דע כי לא מחכמה שאלת על זה וכבר אמר הפלוסוף כי לפרטים אין מספר, וכולם דברי אלקים חיים המה כמ"ש חז"ל ריש חגיגה דברי חכמים כדרבונות וכמסמרות נטועים בעלי אסופות נתנו מרועה אחד [קהלת י"ב] בעלי אסופות אלו ת"ח שיושבין אסופות אסופות ועוסקין בתורה הללו מטמאים והללו מטהרים הללו אוסרין והללו מתירין הללו פוסלין והללו מכשירין שמא יאמר אדם היאך אני למד תורה מעתה תלמוד לומר כולם נתנו מרועה אחד אל אחד נתנן פרנס אחד אמרן מפי אדון כל המעשים ברוך הוא, דכי פליגי תרי תנאי או תרי אמוראי בדין או באיסור והיתר כל חד אמר הכי מסתביר טעמא אין כאן שקר כלל דכל חד וחד סברא דידיה קאמר מר יהיב טעמא להתירא ומר יהיב טעמא לאיסורא מר מדמי מילתא למילתא הכי ומר מדמי לה בענינא אחרינא ואיכא למימר אלו ואלו דברי אלקים חיים הם זימנין דשייך האי טעמא וזימנין דשייך האי טעמא שהטעם מתהפך לפי שינוי הדברים בשינוי מועט [רש"י כתובות כ"ז.] וכמופת לזה שלא תמצא בכל הש"ס מחלוקת בעיקרי המצוה הכל מודים שפרי עץ הדר הוא אתרוג והכל מודים שעין תחת עין ממון אלא דכשבאו לדורשו מהפסוק מר דריש לה מהאי קרא ומר דריש לה מהאי קרא וכולם אמת, השמעת שיחלוקו כמה בתים יש בתפילין של ראש או כמה פרשיות צריך לכתוב במזוזה או כמה ברכות יש בתפלה או כמה ברכות יש לפני ק"ש ואחרי ק"ש או בברכות פסוקי דזמרה כל ישראל שמקצה העולם ועד קצהו שוין בזה שיש ד' בתים בתפילין ושני פרשיות במזוזה וי"ח ברכות בתפלה לבד ברכת המינים ושני ברכות לפני ק"ש ואחת לאחריה והשינוי בהנוסח כמו שזה אומר אהבה רבה וזה אומר אהבת עולם או שזה אומר הודו קודם ברוך שאמר וזה אומר ברוך שאמר קודם אין זה שינוי כלל דכל אחד יכול לעשות בזה כפי רצונו דדא ודא אחת היא אלא שאין מדרך ארץ לשנות מכפי שנהגו הציבור ובעל נוסח זה כשבא למקום שמתפללים הנוסח השני מתפלל עמהם מפני שכל ישראל שוים במנין הברכות והתפלות :

השמעת מימיך שיהיה בין חכמי ישראל ההולכים בדרך התלמוד מחלוקת בעיקרי מלאכת שבת ויו"ט או בהימים שזה יקדים וזה יאחר חלילה לא היתה כזאת בישראל כל ישראל מקבלים השבת והיו"ט בשעה אחת מקצה העולם ועד קצהו בקביעת החמה למקומותם במושבותם, ויותר מזה תראה נפלאות ואות ומופת על אמיתת הקבלה הנה זה יותר מח"י מאות שנה שעם ישראל מפוזרים מקצה אל הקצה ואין להם שום חיבור זל"ז משינוי לשונם כמו עמב"י שבארצות רוסלאנד פולין ואוסטרייך עם עמב"י שבארצות פרס מארקא אלגיר ותונים וטריפאלי וזה רק כארבע מאות שנה שיצא חכמת הדפוס לאור עולם וקודם זה לא היה שום התחברות

ממדינה

ממדינות אלו למדינות שבאזיא ואפריקא והנה אצלינו החדשים חדש מלא וחדש חסר וחשון וכסליו פעמים ששניהם מלאים פעמים ששניהם חסרים פעמים שאחד מלא ואחד חסר האם אירע שבמשך מאות משנים האלו יעשו אלו מלא ואלו חסר או בחדשים משני אדרים שלפעמים עיבור השנה במשך שתי שנים ולפעמים במשך ג' שנים האם אירע שינוי בין זל"ז וכבר אמר אחד מגדולי חכמי יון מחשב המולד לישראל הוא אות ומופת על הנבואה בישראל וכל הדברים האלו אין להם רמז וזכר בתורה שבכתב :

האמנם עמודי הקבלה מתורה שבע"פ חזקים כראי מוצק אשר כל כלי יוצר עליו לא יצלח לשברו וכל רוחות לא ינידוהו ממקומו לעקרו ומקולות מים רבים אדירים משברי ים לא ינוע ולא יחת :

וכל מחלוקת התנאים והאמוראים והגאונים והפוסקים באמת למבין דבר לאשורו דברי אלקים חיים המה ולכולם יש פנים בהלכה ואדרבא זאת היא תפארת תורתינו הקדושה והטהורה וכל התורה כולה נקראת שירה ותפארת השיר היא כשהקולות משונים זה מזה וזהו עיקר הנעימות ומי שמשוטט בים התלמוד יראה נעימות משונות בכל הקולות המשונות זה מזה :

האמנם כל זה הוא לפלפול התורה אבל להלכה למעשה לא כל אדם זוכה לשאוב מים חיים להלכה ולמעשה מהים הגדול הזה מפני גודל איכותו וכמותו, אי לזאת נתעוררו רבותינו הקדמונים לזה ויש שקיצרוהו כמו רבינו הגדול הרב אלפס ז"ל ורבינו הרא"ש ז"ל ויש ששאבו ממנו לכתוב הלכות הלכות כמו הנשר הגדול הרמב"ם ז"ל ורבינו יעקב בעל הטורים ז"ל :

האמנם מפני ריבוי הדיעות עמדו שני גדולי הדור יוסף הצדיק ומשה איש האלקים וחברו חבורים גדולים בכמות ובאיכות על ספרי הטור, בית יוסף ודרכי משה, שמה באו במשפט על כל חילוקי הדעות מרבותינו הראשונים ורבינו בעל ב"י פסק להלכה כשנים משלשה הרועים הרי"ף והרמב"ם והרא"ש ולאשר כי ברוב הדינים הרי"ף והרמב"ם באחדא שיטתא קיימו והרא"ש ז"ל הלך בדיעותיו ע"פ הרוב אחרי רבותינו הצרפתים בעלי התוס' לכן רבינו הרמ"א נטה ברוב הדינים אחרי רבותינו הצרפתים והאשכנזים שאנו מבני בניהם ומזה חברו השולחן הטהור לפני ד' כי כולו זהב טהור ויקח משה את עצמותו של יוסף הצדיק והכניס דבריו בתוך דברי רבינו הב"י ושניהם כאחד בנו את כל בית ישראל בדינים הנהוגים בזמה"ז :

ולאשר לא היתה כוונתם שיפסקו מתוך הקיצור כמ"ש המהרש"א ז"ל בסוטה כ"ב. וזה לשונו, ובדורות הללו אותן שמורין הלכה מתוך הש"ע והרי הם אינם יודעים טעם הענין של כל דבר אם לא ידקדקו בדבר מתחלה בתוך התלמוד שהוא שימוש ת"ח וטעות נפל בהוראתם והרי הן בכלל מבלי עולם ויש לגעור בהן עכ"ל, וכ"כ הגאון בעל תוי"ט בהקדמתו לחבורו מעדני יו"ט וז"ל ואף הרב הגדול מהר"י קארו ז"ל אשר הסביר בר בספרו בית יוסף ומתוכו עשה החבור שקראו שולחן ערוך בדמותו וכצלמו של ספר הטורים ועל לשונו תמיד לשון הרמב"ם ז"ל לא נתכוין מעולם להורות מתוך ספרו חלילה וחלילה מלחשוב עליו כזאת רק מי שלמד ועיין בספר הטורים עם פירוש הב"י ויצאה למלא תכלית כל דין ודין הלא ידעו ויבינו מתוך הש"ע זאת היתה כוונתו הרצויה עכ"ל :

ומטעם זה קם הגאון הגדול ר' מרדכי יפה וחיבר ספרו הלבוש והטעים מעט במשכיות דברי רבותינו בעלי הש"ע, האמנם מאשר אח"כ קמו רבותינו האחרונים גאוני עולם וחברו ספרים רבים גדולי הערך על הטור והש"ע כמו הסמ"ע והדו"פ והב"ח והט"ז והש"ך והמג"א והחמ"ח והב"ש והע"ת והבית הלל והאו"ת והנ"מ והקצה"ח והפר"ח והפר"ת והתב"ש והפרמ"ג והל"ש ועוד כמה חבורים מגדולי עולם הן בחיבורים הן בשו"ת סדר החשש והשילבול למקומו : ובפרט בדור השפל הלזה שנתמעטו לומדי תורה בעוה"ר על כל הדברים האלה קמתי ונתעודדתי אני הצעיר לבית לוי ובעזר שדי צורי וגואלי הנותן ליעף כח חברתי חבורי זה וקראתיו בשם ערוך השולחן והערכתיו עם כל מיני מטעמים והיתה התחלתי בחלק חשן משפט כי עמוק עמוק הוא לשית עין על כל דברי רבותינו האחרונים העמוקים והרחבים ונגד זה בחלק השני נחסרו מנעימות דבריהם וכל מעיינם היה בחלק הראשון ושמה הניחו לי רבותינו כר נרחב להתפשט בו וזה מעשה הספר בפרטיות בסייעתא דשמיא :

א) כל דברי רבותינו בעלי הש"ע באורתי בטעמם ונמוקם :

ב) כל דברי רבותינו האחרונים החולקים על הש"ע הבאתי דעתם ובמילתא בטעמא וכן דיניהם שחדשו :

במקום

הקדמה

ג) במקום שיש מחלוקת בין רבותינו האחרונים והבאתי דיעותיהם ואם היה לי בדבר מה להכריע לא מנעתי מלכתוב הכרעתי כפי עניית דעתי ולהמעיין משפט הבחירה:

ד) בהרבה מקומות כשחולקים על רבותינו בעלי הש"ע וה' האיר עיני ליישב דבריהם כתבתי מה שנלע"ד:

ה) בכמה מקומות שנאמרו דברי רבינו הגדול הרמב"ם ז"ל בתימא ול"ע ממפרשי דבריו או ממפרשי הש"ע עמלתי ויגעתי להבין דרכו בקדש והעליתים על ספרי זה:

ו) עוד הרבה דינים מחודשים שמצאתי מתוך דברי רבותינו הראשונים שלא הובאו עדיין הבאתים וגם דינים מחודשים שנראה לענ"ד מתוך הסברא או באיזה ראיה לא מנעתי מלגלותה וכתבתי לסימן [נ"ל] ר"ל נראה לי או כתבתי בתחלת הדברים יראה לי הכל לפי הענין:

ז) בכל מקום שלא כתבתי המקור שהבאתי ממנו ידע המעיין שזהו מדברי רבותינו בעלי הש"ע אך הרחבתי הדברים בהלכתא בטעמא וכל אשר מדברי הראשונים והאחרונים שלא הובא בש"ע כתבתי מקורו בשני חצאי מרובעים כזה []

ח) לפרקים כשעל ידי הדברים נתחדש איזה חידוש בגמ' או ברש"י ותוס' או בשארי ראשונים רמזתי הדברים במלות מועטות בהקף שני חצאי מרובעים כנ"ל שמפני שכל כוונתי להועיל ובלי לבא בארוכה הוכרחתי לעשות כן והמעיין יבין ומי שלא ירצה לעיין בזה אין בזה מניעה בעיקרי הדברים, ולפעמים הבאתי איזה דין מחודש מירושלמי או מתוספתא ואם אין לזה סתירה מהש"ס שלנו כתבתי הדברים כהוייתם ואם לאו הערתי בהערה קטנה שמהש"ס שלנו לא משמע כן כאשר יראה המעיין בחלק השני בכ"מ בס"ד:

ט) להשלימות מלאכת הקדש הבאתי כל הדינים אף שאין נוהגים בזמן הזה כמו דיני סנהדרין בסי' א' ודיני סמיכה בסי' ג' והמשא והמתן בדיני נפשות בסי' י"ח והדרישה והחקירה בעדים בד"נ בסי' ל' וכל דיני הזמה בסי' ל"ח וכן כל דיני קנסות במקומות השייכים לזה וכמו כל דיני כפל ודיני ארבעה וחמשה בסי' ש"ן ושנ"א ושנ"ב וכל דיני רוצח ועגלה ערופה בסי' תכ"ה וגם דיני ערי מקלט נתבאר שם בס"ד:

י) וזה דרכי בדינים אלו מקור המקורות לזה הם דברי הנשר הגדול הרמב"ם ז"ל ובמקומות שע"פ פירושי רבותינו רש"י ותוס' נשתנו הדברים מדעתו הגדולה או במקומות שהראב"ד השיג עליו או משארי ראשונים הבאתי דבריהם בלשון יש אומרים וכתבתי המקור בשני חצאי מרובעים ואם היה לי איזה דבר חידוש בזה רמזתי הדברים בקיצור נמרץ, והנה טבחתי טבחי ערכתי שולחני וזה השולחן אשר לפני ה' אקוה לה' כי רבים ישובו על שולחני ויאכלו ענוים וישבעו ויהללו את שם ה', ובקשתי שטוחה לכל מי שלא יערב לו איזה מהמטעמים ממטעמי השולחן בטובו להודיעני ואקשב ואשמע ואודה על האמת והיה אם יזכני ה' בחסדו לשוב להדפיסו יבואו כל הדברים על מקומם בשלום:

וזאת תורה האדם, להתחנן לפני ה' להאיר עינים בתורתו הקדושה להבין ולהשכיל ולהיות ממצדיקי הרבים בחבורים מועילים. אלה דברי הכותב והחותם ביום הרביעי בכ"ד לירח טבת שנת תרמ"ג פ"ק נאווהרדק נאום **יחיאל מיכל** בר' **אהרן הלוי** עפשטיין החופ"ק בעמ"ח ספר אור לישרים על ספר הישר לר"ת ז"ל:

סימן א [דין מינוי הדיינין בזמה"ז ובזמן הבית ובו כ"ו סעיפים]

כל מה שנתבארו בדינים אלו הוא רק ברשיון ממשלת הקיר"ה ודינא דמלכותא דינא.

א מצות עשה מן התורה למנות דיינים שנאמר שפטים ושטרים תתן לך וגו' והם צריכים להיות מוסמכים בא"י דווקא והיינו ששלשה חכמים ואחד מהם סמוך [רמב"ם פ"ד מסנהד'] כשרואים חכם הראוי לדון ולהורות סומכים אותו וקוראים לו רבי ומרע"ה ע"פ ציווי הקב"ה סמך את יהושע ואת ע' זקנים והם סמכו לאחרים ואחרים לאחרים נמצאי דכל הנסמכים הם כאלו נסמכו ממשה רבינו מפי הגבורה ובעונותינו מגודל הפיזור שנתפזרנו בארבע כנפות הארץ בטלה הסמיכה ודינינו כהדיוטים לכן אמרו רז"ל שאם ח"ו יתבטלו דיינים מישראל שיהיה ביכולתם לכוף לדין תהיה נעילת דלת בפני הלוין ותתבטל המסחור והנאמנות ויתרבו החמסנים ולכן אמרו חכמינו ז"ל דאף בזמה"ז שליחותייהו דקמאי קעבדינן למנות דיינים ולדון בדינים ולפי שזהו רק מפני תיקון העולם לכן לא עבדינן שליחותם רק בדבר המצוי ויש בזה חסרון כיס אבל בדבר שאין בו חסרון כיס אע"פ שמצוי כמו תשלומי כפל ושארי קנסות וכן דבר שאינו מצוי אף שיש בזה חסרון כיס כמו בהמה שהזיקה אדם או שנגחה לבהמה אחרת בקרניה והמיתה וכיוצא ביה אין דנים בזמה"ז ויש דברים שאין נוגע לממון שדנים ג"כ בזמה"ז ואע"פ שצריך סמוכים עבדינן שליחותייהו מפני שהענין גדול מאד כמו קבלת גרים [במקום שיש רשיון המלכות] שבדי להכנים נפש תחת כנפי השכינה ושלא לנעול דלת בפני הרוצה מזדקקין ליה גם בזמה"ז [תוס' יבמות מ"ז. ור"ן ס"פ ב' גיטין] וכן מזדקקין לכוף לגרושין במקום שע"פ דין התורה כופין לגרש [ברשיון הממשלה] מפני תקנת בנות ישראל וזה שאמרנו שצריכים סמוכים בדיני ממונות מן התורה היינו דווקא כשדנין ע"י כפיה אבל ברצון הבע"ד א"צ לסמוכים כלל:

ב ולכן דנים בזמה"ז בכפיה דיני הודאות והלואות דהיינו שתובע את חבירו בעידי הודאה שהודה לו בפניהם בהודאה גמורה שחייב לו מנה ע"פ הדינים שיתבארו בסי' פ"א או בעידי הלואה שמעידים שלוה בפניהם ודיני ירושות ומתנות ודיני כתובות נשים ודיני שותפות ושליחות וכל מיני מסחר דכל אלו שכיחי ויש בהם חסרון כיס ואע"ג דבמתנה ליכא חסרון כיס מ"מ נחשבת כחסרון כיס דרוב המתנות אם לא היה לו הנאה להנותן מהמקבל לא הוה יהיב לי' מתנה וכן מזיק ממון חבירו ושכירות פועלים וכיוצא בהם שהם שכיחים ויש בהם חסרון כיס דנין בזמה"ז:

ג אדם שחבל בחבירו אין מגבין נזק וצער ופגם ובושת דליכא חסרון כיס בזה ואע"ג דבנזק יש חסרון כיס מ"מ לא שכיח חבלה כזו שיעשה לו נזק עולם בחסרון אבר ועל זה אמרו חז"ל [ב"ק פ"ד:] דאדם באדם אין גובין אותו בבבל משום דלא שכיח והרי אנו רואין דהכאות ובזיונות שכיחי אלא דלעשות נזק עולם לא שכיח וזהו דעת הרמב"ם ז"ל [פ"ה מסנה'] ולכן כתב דריפוי ושבת מגבין בבבל משום דיש בזה חסרון כיס אבל בצער ובושת וכן במקום שיש פגם כמו באונס ומפתה אין בזה חסרון כיס [וכ"כ מהרי"ק בשורש ה' להרמב"ם הנזק בלבד קאי וכ"מ שם מדא דאמר כל שכתוב בעבד וכו' רבא לטעמי' וקושית הלח"מ ל"ק כלל ושם הבלות שכיחי וכ"כ התומים ודו"ק] ויש מרבותינו דס"ל דגם שבת וריפוי אין מגבים דס"ל דמה שאמרו חז"ל דנזקי אדם באדם אין גובין בבבל על כל החמשה דברים קאי וזהו דעת הרא"ש והטור ועכ"ז גם לדיעה זו כופין את החובל לפיים להנחבל כפי ערך הנראה לדיינים כ"כ רבינו הרמ"א וכן בהמה שהזיקה אדם אין דנים מפני שאינו מצוי אבל אדם שהזיק בהמת חבירו משלם נזק שלם בכל מקום ודנים זה מפני שהוא מצוי וכן בהמה שהזיקה בשן ורגל דנים בכל מקום שזהו מצוי אבל כשהזיקה בקרן אין דנים שזה לא שכיח וכן בהמה שהרגה אדם אין כופין אותו ב"ד שישלם כופר דזהו לא שכיח וכן נזקי אש ונזקי בור י"א דאין דנים משום דלא שכיחי [ש"ך] וי"א שדנים דמצוי לפרקים [סמ"ע] והסכימו לדיעה זו כמה מגדולי אחרונים וכן נראה עיקר לדינא דכן משמע ברמב"ם פי"ד מנזקי ממון דין י"ב ויתבאר בסי' ת"ח ודין כופר וקרן אע"פ שאין דנים בזמה"ז מ"מ כופין לבעל השור שיבער את המזיק כמו שיתבאר בסי' ת"ט שכל אחד מחוייב לבער מרשותו דבר המזיק לאחרים וכמ"ש ביו"ד סי' של"ד:

ד דיני גזילות וגניבות דנים בזמה"ז על גביית הקרן בלבד ולא על כפל וד' וה' מפני שזהו קנס ואין דנים דיני קנסות בזמה"ז וכן כל קנסות שקנסו חכמים כמו בתוקע לחבירו באזנו או סוטרו על הלחי וכיוצא בזה אין דנים ואף די"א דלאו בכל מיני גזילות דנים בזמה"ז מ"מ הכרעת גדולי אחרונים דבזמה"ז דליכא סמוכים כלל דנים בכל מיני גזילות דאל"כ תתמלא הארץ חמס וכן עיקר:

ה דיני דגרמי כגון שורף שטרותיו של חבירו וכיוצא בזה שיתבאר בסי' שפ"ו וכן דיני מלשין שיתבאר בסי' שפ"ח דנים גם בזהמ"ז וכן עדים שהעידו ונמצא עדותן שקר כגון שהוזמו מעדים אחרים כדין הזמה שיתבאר בסי' ל"ח אם הוציאו ממון ע"פ עדות הראשונים וא"א להחזיר הממון לבעליו דנים את העדים ומחייבים אותם לשלם ודווקא שהוזמו אבל אם רק הוכחשו בהכחשה דגוף המעשה ולא בהזמה דעמנו הייתם אין מחייבין

מחייבין אותם לשלם דמנא לן שהראשונים העידו שקר שמא המכחישים העידו שקר דדווקא בהזמה האמינה התורה להמזוממים וחידוש הוא שחידשה תורה בהזמה ולא בהכחשה ושם יתבאר הטעמים בזה בס"ד ואף בהזמה אם לא הוציאו ממון ע"פ הראשונים רק שהראשונים פטרו את הנתבע משבועה אע"פ שע"י זה הפסידו להתובע שאלמלי היה צריך לישבע היה משלם ולא היה נשבע לשקר מ"מ פטורים מלשלם דאין זה רק גרמא [סמ"ע] וכן אם עדיין לא הוציאו ממון על פיהם רק שנגמר הדין והוזמו אע"פ שזהו עיקר הזמה כמ"ש שם מ"מ אין דנים בזמה"ז מפני שאין בזה חסרון כיס:

ו תקנו הגאונים שאע"פ שאין דנין דיני קנסות בזמה"ז מ"מ מנדין אותו עד שיפייס לבעל דינו וכשרואים ב"ד שנותן לו כפי שיקול דעתם אף שאינו לפי דין הקנס מתירין לו נדויו בין נתפייס בעל דינו בין לא נתפייס ואם מת המזיק אין מנדין יורשו אחריו דעיקר התקנה היתה שלא יתרבו בעלי זרוע בעולם לכן די אם קנסו לו לבדו ולא ליורשו [טו"ת וכס"מ]:

ז אם תפס הניזק דמי המזיק או חפציו אין מוציאין מידו מה שתפס כשיעור הקנס בשלימות ואם תפס יותר מצוים לו ב"ד להחזיר המותר ואפילו בכפל וד' וה' מהני תפיסה כיון דבאמת חייב ע"פ התורה אלא שאין בנו כח לדון ולכן כשתפס מעצמו דידי' תפס ורק בטוען טענת גנב בפקדון ונשבע ונמצא שהוא בעצמו גנבו אינו מחוייב מדינא בזמה"ז בכפל ולא מהני תפיסה [ש"ך] דהא השבועה צריכה להיות בפני ב"ד סמוכין שאין לנו עתה [כס"מ] וכן בשור תם שהזיק י"א דלא מהני תפיסה רק כשתפס השור עצמו דהא תם אין משתלם אלא מגופו וכן אסור לתפוס ע"י עובד כוכבים ואם הניזק אומר לב"ד שומו לי נזקי כדי שאדע כמה לתפוס אין שומעין לו דזהו כדנין דיני קנסות אבל מה שמצוים לו להחזיר המותר לא הוה כדנין כיון שכבר תפס ובהכרח לב"ד לאמר לו שלא יטול יותר ממה שחייבה התורה ועוד דלאחר תפיסתו נעשה כממונו ממש כמו שיתבאר בסעי' ט':

ח כשתפס הניזק והמזיק מכחישו לגמרי ואומר שלא הזיקו כלל אם לא ראו עדים את מה שתפס עתה בידו או שאין עדים על תפיסתו אפילו ראו עתה בידו נאמן הניזק בשבועה שהזיקו מפני שיש לו מיגו דהחזרתי לך כשלא ראו עתה בידו או במיגו דלהד"ם כשאין עדים על תפיסתו דיכול לומר לקוחה היא בידי כמו שיתבאר בסי' קל"ג אבל אם ראו עדים החפץ עתה בידו וגם יש עדים על תפיסתו אינו נאמן וצריך להביא ראיה שהזיקו ואם לא הביא ראיה כופין אותו להחזיר החפץ או הדמים שתפס ומיתומים לא מהני תפיסה בקנסות כשמת החייב [כס"מ] דמן הדין מטלטלי דיתמי לא משתעבדי לבע"ח אלא שהגאונים תקנו שישתעבדו כמ"ש בסי' ק"ז ועל קנסות וודאי דלא תקנו הגאונים:

ט בשתפס הניזק את הקנס וחזר המזיק ותפס מטנו יש מי שאומר דאין מוציאין מיד המזיק [כס"מ] דאם יזדקקו ב"ד להוציא מהמזיק הרי דנים דיני קנסות ויש מי שאומר דמוציאין מיד המזיק [רע"ה] משום דכשתפס הניזק נעשה ממונו ממש ונסתלק מזה דין קנס וכן עיקר:

י מדין תורה מודה בקנס פטור אך ההודאה צריכה להיות בפני ב"ד סמוכים שאין לנו בזמה"ז ולכן לא מהני הודאתו לפטור בזמה"ז כשיתפוס הניזק רק דיש חילוק אם הודה שהיו עדים בשעת הנזק חייב ולא מהני הודאתו לפטור אם יתפוס הניזק אבל אם לא היו עדים כלל בשעת הנזק פטור ולא מהני תפיסתו [כס"מ] דבלא עדים אין חיוב קנס ומודה בקנס ואח"כ באו עדים נתבאר בסי' שמ"ח סעי' ט' ע"ש:

יא מה שבארנו שאין דנין דיני קנסות בזמה"ז אין זה כלל על כל הקנסות דאם הקנס נוגע לחזוק דת תורתינו הקדושה דנין גם בזמה"ז ויתבאר בסי' ב' [וזהו כוונת הרמ"א סעי' ס' ומתורץ קושית התוס']:

יב המבייש בדברים מנדין אותו עד שיפייסנו כראוי לפי כבוד המתבייש ומה גם אם בייש ת"ח אף שאין דנים עתה בליטרא דדהבא כמ"ש ביו"ד סי' רמ"ג מ"מ צריכים לתבוע עלבונה של תורה ואם לא יתבעו עלבונה תהיה התורה בזויה ח"ו ועיי' בסי' ת"ך [טו"ת]:

יג אע"פ שאין דנין דיני קנסות בזמה"ז מ"מ המזיק יחוש לעצמו לצאת ידי שמים ולקיים כל תשלומי קנסות שחייבה התורה ואשר חייבו רבותינו הקדושים בעלי המשנה והגמרא והגאונים ואם קבלו הבע"ד עליהם דיינים שידונו להם דין הקנס מהני הקבלה כמו בקבלת קרוב או פסול שיתבאר בסי' כ"ב ובמקום דבשם אינם יכולים לחזור גם בכאן אינם יכולים לחזור ואף שיש מי שמסתפק בזה מ"מ נ"ל שכן עיקר לדינא ולא גרע דיין שאינו סמוך מקרוב או פסול [עיי' בקצה"ח]:

יד מה שאמרנו שאין סמוכים בזמה"ז לא תקשה לך הא גם עדיין נוהג סמיכות הרבנות כמ"ש ביו"ד סי' רמ"ב דסמיכה זו היא רק מתקנת רבותינו זכר לסמיכה ואינה אלא כנטילת רשות כמ"ש שם וזהו לגיטין וקדושין וחליצות דאין להזדקק לדברים אלו בלא סמיכה הנהוגה:

טו כיצד היה דין הדיינים בזמן הבית כתב הרמב"ם ז"ל בפ"א מסנה' דבתחלה קובעין ב"ד הגדול במקדש והוא הנקרא סנהדרי גדולה ומניינם שבעים ואחד שנאמר אספה לי שבעים איש מזקני ישראל ומשה על גביהן שנא' והתיצבו שם עמך הגדול בחכמה שבכולם מושיבין אותו ראש עליהם והוא ראש הישיבה והוא שקורין אותו חכמים בכל מקום נשיא והוא העומד תחת משה רבינו ומושיבין הגדול שבשבעים משנה להראש ויושב מימינו והוא הנקרא אב"ד ושארי השבעים יושבים

יושבים לפניו כפי שנותיהם וכפי מעלתם כל הגדול מחבירו בחכמה יהיה קרוב לנשיא משמאלו יותר מחבירו והם יושבים בכמו חצי גורן בעיגול כדי שיהיה הנשיא עם אב ב"ד רואין כולן ועוד מעמידין שני בתי דינין של עשרים ושלשה עשרים ושלשה אחד על פתח העזרה ואחד על פתח הר הבית ומעמידין בכל עיר ועיר מישראל שיש בה ק"ך או יותר סנהדרי קטנה ויושבת בשער העיר שנאמר והציגו בשער משפט וכמה יהיה מניינם ך"ג דיינים והגדול בחכמה שבכולן ראש עליהן והשאר יושבין בעיגול כמו חצי גורן כדי שיהא הראש רואה את כולן ועיר שאין בה ק"ך אנשים מעמידין ג׳ דיינים שאין ב"ד פחות מג׳ כדי שיהא בהן רוב ומיעוט אם היתה ביניהם מחלוקת בדין מן הדינין עכ"ל. וי"א דהסנהדרין היו יושבים מימינו ומשמאלו של הנשיא [סנהמ"ין] וכן מסתבר דבזה האופן יותר בקל שיהיה חצי גורן בעיגול וכן איתא בירושלמי פ"ק דסנה׳ דהנשיא ישב באמצע ואפשר דגם הרמב"ם ס"ל כן וזה שכתב דכל הגדול מחבירו יותר קרוב לנשיא משמאלו ר"ל דמימינו הקורבה היא להאב"ד כיון שהוא יושב בימינו של נשיא ומה שכתב דכל הגדול מחבירו בחכמה יושב יותר קרוב לנשיא היינו כששוין בשנים אבל היותר גדול בשנים יושב יותר קרוב מהגדול בחכמה [כ"מ ואע"ג דביו"ד סי׳ רמ"ד נתבאר דבמסיבה של תורה נותנים לחכמה יותר מעלה מזקנה יראה לי דבסנהדרין שאני דהרי כולם מופלגים הם בחכמה וגדולתו של אחד יותר מחבירו אינו בהפלגה לפיכך נותנין המעלה להזקנה כיון שגם השני מופלג בחכמה [ודוחק לומר דהרמב"ם פוסק כרתב"ל דירושלמי ותוס׳ הביאו מר"ן בכ"מ ועוד הם סי׳ רק מפני הכבוד ולא פליג רתב"ל כפי גירסת הירושלמי ע"ש ודו"ק] :

טז הב"ד הגדול שבירושלים הוא על כל ישראל והב"ד שבכל עיר ועיר הוא על אותה העיר ועוד היה ב"ד של כ"ג לכל שבט ושבט וכך דרשו חז"ל שופטים לכל שבט מניין ת"ל שופטים לשבטיך שופטים לכל עיר מניין ת"ל שופטים לשעריך [סנה׳ ט"ז:] והב"ד של השבט היה מהמופלגין בחכמה שבכל השבט והוא לכל ערי השבט כב"ד הגדול שבירושלים ויכול אחד מהבע"ד של אותו השבט להזמין להאחר לב"ד השבט אע"פ שדרים בעיר אחרת [רמב"ן פ׳ שפטים] ועוד אמרו חז"ל דבא"י מושיבין ב"ד בכל עיר ועיר ובכל פלך ופלך [ספ"ק דמכות] ופלך היא אפרכיא שהרבה ערים שייכים לה ויראה לי דדא ודא אחת היא שבזמן בית ראשון שכל שבט ושבט ישב בעריו ולא התערבו השבטים זה בזה היה ב"ד מיוחד על כל שבט בפ"ע ואז לא היה ב"ד בכל פלך דמקום ב"ד השבט הוא הפלך אבל בבית שני שהיו השבטים מעורבים זה בזה ולא היה באפשרי להתקן ב"ד לכל שבט ושבט תקנו ב"ד מיוחד בכל פלך ופלך במקום ב"ד השבט וכל הערים שסביבות הפלך היו כפופים להב"ד של הפלך כמו לב"ד השבט שבבית ראשון ונראה שזהו דעת הרמב"ם ז"ל שכתב שם מ"ע של תורה למנות שופטים ושוטרים בכל מדינה ומדינה ובכל פלך ופלך ולא הזכיר ב"ד לכל שבט ובפ"ה הזכירם ש"מ דס"ל כמ"ש [וה"ה כל מה שהקשו עליו ועיי׳ בלח"מ והרמב"ם קורא לעיר מדינה כמ"ש בפי׳ המשנה פ"ד דר"ה וכתבו התוס׳ סנה׳ ט"ז: דהא יש בעיר אחת משני שבטים צריכין שני ב"ד ע"ש] :

יז לכל ב"ד וב"ד היו שוטרים מיוחדים הכרים למשמעת הב"ד לכוף לקיים מה שמצוים הב"ד שנא׳ שופטים ושוטרים תתן לך וגו׳ והיו ממונים גם על המקחים ולשמור המדות והמשקלות ושארי עניינים הנוגעים לדת הישראלי ובידם מקל ורצועה להכות כל מסרב וכל מעוות דרכיו ואין מספר להשוטרים דזהו לפי ראיית עיני הדיינים לפי הצורך וחז"ל דרשו על פסוק אשר תשים לפניהם אלו כלי הדיינין ורב הונא כי הוה נפיק לדינא אמר אפיקו לי מאני הנותאי מקל ורצועה ושופר וכו׳ [סנה׳ ז׳:] וכתב הטור בשם רב האי גאון דב"ד צריך שיהא להם מזומן במושב ב"ד מקל לרדות בו ורצועה להלקות בו ושופר וכו׳ וס"ת נמי צריך שיהא מזומן בב"ד עכ"ל ורבותינו בעלי הש"ע השמיטו זה ובאמת מהרמב"ם משמע להדיא דזהו שייך להשוטרים ואין דין זה רק בזמן הבית דעתה אין לנו שוטרים ורב הונא אולי היה ריש גלותא והיה לו כח על זה מהמלוכה משא"כ עתה ולכן השמיטוה בש"ע [כנלע"ד והטו"ת תמה למה השמיטו הרמב"ם ז"ל ובאמת לא השמיטו וכתבה אלא השוטרים ודו"ק] :

יח אמרו חז"ל דכל זה בא"י אבל בח"ל אף בערי ישראל ובזמן הבית אין החיוב להושיב דיינים בכל עיר ועיר אלא בכל פלך ופלך [מכות שם] ונ"ל דזהו ב"ד של כ"ג אבל ב"ד של שלשה וודאי צריך דא"א לומר דעל כל דין ודין יצטרכו לילך להפלך אבל מדברי הרמב"ם ז"ל שם מבואר דגירסתו היתה דבכל פלך א"צ אבל בכל עיר ועיר צריך [ע"ש בהל׳ ב׳ ובכ"מ ובלח"מ ולפמ"ש נראית גירסא זו ודו"ק] :

יט כתב הרמב"ם ז"ל [שם] כל עיר שאין בה שני חכמים גדולים אחד ראוי ללמד ולהורות בכל התורה כולה ואחד יודע לשמוע ויודע לשאול ולהשיב אין מושיבין בה סנהדרין אע"פ שיש בה אלפים מישראל וסנהדרין שיש בה ב׳ אלו אחד ראוי לשמוע ואחד ראוי לדבר ה"ז סנהדרין היו בה שלשה ה"ז בינונית היו בה ד׳ יודעים לדבר ה"ז סנהדרי חכמה עכ"ל וי"א דכל עיר שאין בה שנים לדבר בשבעים לשון ואחד לשמוע ולהבין בהם אע"פ שלדיבור אינו יכול אין מושיבין בה סנהדרין ואם יש ג׳ מדברים בע׳ לשון אין למעלה הימנה [רש"י שם י"ז:] וכדיעה זו משמע להדיא בשקלים ירושלמי פ"ה ולפ"ז מעטים היו המקומות שהיה בהם סנהדרי קטנה ומיהו וודאי דב"ד של שלשה צריך בכל מקום :

כ כל סנהדרי קטנה מושיבים לפניהם ג׳ שורות של ת״ח בכל שורה ושורה כ״ג איש שורה ראשונה קרובה לסנהדרין ושורה שנייה למטה הימנה ושלישית למטה הימנה וכל שורה ושורה יושבין בה לפי מעלתן בחכמה ואם נחלקו הסנהדרין והוצרכו להוסיף אחד על מניינן ולסומכו סומכין מן הראשונה הגדול שבה והראשון שבשורה שנייה בא ויושב בסוף שורה הראשונה דהקטן שבראשונה גדול מן הגדול שבשנייה [רס״י] והראשון שבשלישית בא ויושב בסוף שורה שנייה דהקטן שבשנייה גדול מן הגדול שבשלישית ובוררין להן אחד משאר הקהל למלאות החסרון שבשורה שלישית ומושיבין אותו בסוף השורה לפי שהגרוע מן התלמידים גדול מן הגדול שבקהל [שם] ואומרים לו הוי זנב לאריות ואל תהי ראש לשועלים וכן אם הוצרכו לסמוך שנים או שלשה על הסדר הזה הם עושים וכן אם מת אחד מהם נעתקים כולם ממקומם עד שנחסר האחרון שבשורה השלישית וממלאים אותו מן הקהל וכל מקום שיש בו סנהדרין יהיו שם שני סופרי הדיינים עומדים לפניהם אחד מימין ואחד משמאל זה שבימין כותב דברי המזכים וזה שבשמאל כותב דברי המחייבין וי״א דשניהם כותבין דברי המזכים ודברי המחייבים שאם יטעה האחד יוכיח כתבו של חבירו [רס״י ל״ו:] ובגמ׳ [שם ל״ד.] משמע דלא היה זה רק בדיני נפשות:

כא אמרו חז״ל [שם פ״ח:] מתחלה לא היו מרבין מחלוקת בישראל אלא ב״ד של שבעים ואחד יושבים בלשכת הגזית ושני בתי דינין של כ״ג יושבים אחד על פתח העזרה ואחד על פתח הר הבית ושארי ב״ד של כ״ג יושבין בכל ערי ישראל הוצרך הדבר לשאול שואל מב״ד שבעירו אם שמעו אמרו להם ואם לאו באין לזה שסמוך לעירו [כ״ל סמוך ב״ד של סמכמ לו המלך] אם שמעו אמרו להם ואם לאו באין לזה שעל פתח הר הבית אם שמעו אמרו להם ואם לאו באים לזה שעל פתח העזרה אם שמעו אמרו להם ואם לאו אלו ואלו באים ללשכת הגזית ששם יושבים מתמיד של שחר עד התמיד של בין הערבים ובשבתות וי״ט יושבים בחיל שהוא בהמ״ד שבהר הבית ונשאלה השאלה בפניהם אם שמעו אמרו להם ואם לאו עומדים למניין רבו המטמאים טמאו רבו המטהרים טיהרו וכו׳ ומשם כותבים לכל ערי ישראל ובודקים כל מי שימצאוהו חכם וירא חטא ועניו ושפוי ופרקו נאה ורוח הבריות נוחה הימנו עושין אותו דיין בעירו ומשם מעלין אותו לפתח הר הבית ומשם מעלים אותו לפתח העזרה ומשם מעלים אותו לב״ד הגדול:

כב ולמה אין סנהדרין אלא בעיר שיש בה ק״ך תושבים כדי שיהיה מהם סנהדרין של כ״ג ושלש שורות של כ״ג ועשרה בטלנים של בהכ״נ שיהיו פנוים ממלאכה ונזונין משל ציבור כדי שימצאו תמיד בבהכ״נ ושני סופרים ושני חזנים והם שמשי ב״ד להלקות החייב ולהזמין בעלי דינין לדין ושני בעלי דינין ושני עדים ושני זוממין כדי שהעדים יתייראו מלהעיד שקר שלא יזומו ושני זוממי זוממין דשמא יתחייב בעל הדין וישכור עדים להזימם לפיכך צריך שיהיה עוד שני אנשים כדי שייראו מהם שהם לא יזימום [רס״י י״ז:] ואע״ג שלבד הב״ד שדנים אותם כולם כשרים לעדות מ״מ לא יתייראו מכל המשרתים בקודש כמו שמתייראים מאנשים אחרים [כ״ל] הרי מאה וארבע עשרה ושני גבאי צדקה ועוד אחד כדי שיהיו שלשה להלוקת הצדקה דצדקה נגבית בשנים ומתחלקת בשלשה כמ״ש ביו״ד סי׳ רנ״ו ורופא אומן ולבלר ומלמד תנוקות הרי ק״ך ויראה לי דאלו הק״ך צריכים להיות גדולים בשנים לא פחות מבן עשרים ובמניין הדיינים שהם צ״ב לא יהיה זקן מופלג ולא סרים ולא מי שאין לו בנים דכל אלו אינם ראוים לסנהדרין כמו שיתבאר:

כג כתב הרמב״ם ז״ל בפ״ב מסנהד׳ אין מעמידין בסנהדרין בין בגדולה בין בקטנה אלא אנשים חכמים ונבונים ומופלגים בחכמת התורה בעלי דיעה מרובה יודעים קצת משארי חכמות כגון רפואה וחשבון ותקופות ומזלות ואצטגנינות ודרכי המעוננים והקוסמים והמכשפים והבלי עכו״ם וכיוצא באלו כדי שיהיו יודעים לדון אותם עכ״ל ואע״פ שכתב מקודם דדי באחד ראוי ללמד ולהורות בכל התורה כולה ואחד יודע לשמוע כמ״ש בסעי׳ י״ט זהו לעניין להורות בכל התורה כולה אבל כולם צריכים שיהיו מופלגים בחכמת התורה אף שאין יודעים להורות בכל התורה כולה [ודברי הלח״מ ל״ע ועיי׳ תוס׳ מנחות ס״ס. ד״ס וויודעים ובחמת דלכן פי׳ הרמב״ם דהכל התורה קאי ודו״ק]:

כד עוד כתב הרמב״ם ז״ל כשם שב״ד מנוקים בצדק כך צריכים להיות מנוקין מכל מומי הגוף וצריך להשתדל ולבדוק ולחפש שיהיו כולם בעלי שיבה בעלי קומה בעלי מראה נבוני לחש ושידעו ברוב הלשונות כדי שלא תהא סנהדרין שומעת מפי התורגמן עכ״ל ונראה מדבריו דמה שנתבאר בסעי׳ זה אינו לעיכובא ולכן כתב דרק ישתדלו להשיג אנשים כאלו ומה שבסעי׳ הקודם הוא לעיכובא ואע״ג דבש״ם [מנחות סס] כאחד נאמרו מ״מ מסתבר לו כן דאלו הדברים אינן לעיכובא דרק להטיל אימה הן [לח״מ] והידיעה ברוב הלשונות ג״כ רחוק למצא ואם נאמר דזהו לעיכובא לא נמצא סנהדרין לעולם והרי בש״ם משמע דמרדכי היה מיוחד בזה. ובב״ד של שלשה א״צ לכל אלה הדברים ורק שיהיה בהם ז׳ דברים חכמה וענוה ויראת חטא ושנאת ממון ואהבת האמת ואהבת הבריות להם ובעלי שם טוב ויתבאר בסי׳ ז׳ וכ״ש שסנהדרין צריך להיות בהם כל אלו הדברים וזה שכתב הרמב״ם שידעו ברוב הלשונות אע״ג דבש״ם קאמר בשבעים לשון ס״ל דהכוונה בהלשונות המתהלכות במדינות אז [עיי׳ בלח״מ]:

כה אין מעמידין בסנהדרין אלא כהנים לוים וישראלים המיוחסים הראוים להשיא לכהונה והיינו שבנותיהם מותרות לכהן אבל מי שבנותיהם אסורות לכהן לפמ״ש באה״ע סי׳ ו׳ ז׳ אסור להם לישב בסנהדרין ולדון דיני נפשות ואע״ג דלדיני ממונות אינם פסולים אלא אותם שיתבארו בסי׳ ז׳ מ״מ א״א לישב בסנהדרין על ד״מ לבד וכל היושב בסנהדרין צריך שיהא ראוי לדון ד״נ ואם לאו אסור לו לישב כלל וישב בב״ד של שלשה [וכזה מובן מס פסיקה הרמב״ס בפ״ב הל׳ ה׳ מלשון הסמגס דפ׳ לה״מ ודו״ק] דכשם שצריכים להיות מנוקים בצדק כך צריכים להיות מנוקים מכל מומי משפחה ורז״ל למדו זה מקראי דוהתיצבו שם עמך ומונשאו אתך שיהיו בדומים לך בחכמה ויראה ויחס ואע״פ שא״א להיות כמשה רבינו מ״מ לענין שלילת החכמה והיראה והיחס צריכין להיות שוין לו ובסנהדרי גדולה מצוה להדר אחר כהנים ולוים שנאמר ובאת אל הכהנים הלוים ואם לא מצאו מהם הראוים לזה אפילו היו כולם ישראלים מיוחסים מותר וכך דרשו רז״ל בספרי יכול מצוה ואם אין בו פסול ת״ל ואל השופט אפילו שאין בו כהנים ולוים כשר ובסנהדרי קטנה אין מהדרין אפילו לכתחלה דפסוק זה נאמר על ב״ד הגדול:

כו אין מושיבין מלך בסנהדרין מפני שאסור לחלוק עליו ולמרות את דברו דכל הממרה פי מלך הוה מורד במלכות וחייב מיתה וא״כ אם יגיד המלך דעתו שוב אין משא ומתן בדין אבל כהן גדול מושיבין בסנהדרין אם היה ראוי לכך ומלכי בית דוד אע״פ שאין מושיבין אותן בסנהדרין מ״מ יושבין הם ודנים את העם דכתיב בית דוד כה אמר ד׳ דינו לבקר משפט וכן דנים אותם אם יש להם דין דאל״כ גם הם לא היה ביכולתם לדון דכל שלא דנין אותו אינו דן ודווקא ד״מ דנין אבל ד״נ אין דנין רק אם היה לכבודו כגון שאחד דיבר כנגדו דאז דן אותו המלך אף למיתה דמורד במלכות יהרג כמו דוד המלך שדן את נבל [תוס׳ סנה׳ י״ט.] ומורד במלכות א״צ לדיינו כשארי ד״נ שאין דנין בלילה וכיוצא בזה אלא כיון שמרד במלכות הורגים אותו [מגילס י״ד:] ומלכי ישראל אין דנים ואין דנים אותם דשמא תבא מזה תקלה ובירושלמי איתא דהמלך אין בני אדם דנים אותו אלא הקב״ה בלבד שנאמר מלפניך משפטי יצא ואין מעמיד בכל מיני סנהדרין לא זקן מופלג בשנים רק בעלי שיבה אבל לא מופלגים בזקנה והטעם מפני ששכח כבר צער גידול בנים ואינו רחמן [רש״י ל״ו:] ולא סרים מפני שיש בו אכזריות ולא מי שאין לו בנים אף שהיו לו ומתו [כנלע״ד דהל״כ היינו הך ועי׳ רש״י הוריות ד׳: ד״ס לו זקן ולע״ג]:

סימן ב [שעונשין לצורך שעה ובו ד׳ סעיפים]:

א אע״פ שאין דנין בחו״ל ד״נ ומלקות וקנסות מ״מ אם רואים ב״ד שהשעה צריכה לכך שהעם פרוצים בעבירות דנים הכל כפי צורך השעה [ע״פ רפיון המלכות] ואפילו כשרואים ליחיד שהוא פרוץ בעבירות יכולים לקנסו כפי ראות עיניהם ובלבד שתהיה כוונתם לשמים ואפילו אין בדבר עדות גמורה אלא שיש רגלים לדבר וקלא דלא פסיק וליכא אויבים דמפקי לקלא אם נראה שזהו צורך שעה לדונו בכך וכך צריכים לעשות כן אם יש יכולת בידם שאם נעמיד הכל על הדין ונצרך עדים והתראה נמצא העולם חרב ולא חרבה ירושלים אלא מפני שהעמידו דבריהם על ד״ת [רמב״ם בתמו׳] ויש להם רשות לייסרו בגופו וממונו כפי שרואים לגדור הפרצה ואם הוא אלם עושים ע״י ערכאות המלוכה והם יצוו עליו עשה מה שדת ישראל אומר לך וכל מי שיש כח בידו לעשות סייג לתורה ואינו עושה אין לו סייג בעוה״ז ובעוה״ב ולא נין ונכד ועצור ועזוב [ב״י בשם מדס״ג] וכן מחוייבים להשגיח שלא ימצא חלילה בין ישראל איזה מחשבת מרד אף בלב נגד אדונינו הקיר״ה ישריו וכבר אמרו חז״ל שהקב״ה השביע את ישראל שלא ימרדו במלכיות [כתובות קי״א.] וכתיב ירא את ד׳ בני ומלך ומלכותא דארעא כעין מלכותא דרקיע:

ב וכח זה הוא רק לגדול בתורה או לטובי העיר שטובי העיר בעירם כחם כב״ד הגדול ובזמנינו מוטל על הרב וטובי העיר לגדור פרצות ישראל בכל יכולתם וכל אשר יעשו [ברשיון הממשלה] איזה מכם מוכרחים הצבור לקיים אף דאיכא רווחא להאי ופסידא להאי כיון שדבר זה נוגע לתקוני הצבור או למיגדר מילתא ומי שמעכב בזה או מקלקל הוא חבירו של ירבעם בן נבט ואל תשגיח אם יש גם מהלומדים שמחזקים המהרסים דמסתמא אין בהם יראת שמים דוק ותשכח:

ג אבל דבר שאינו לצורך תקון מתקוני העיר ולא למיגדר מילתא אין כח ביד טובי העיר רק להכריח את הציבור במה שהיה מנהג מקודם או שקבלו כל הציבור עליהם ואף בדברים בעלמא שאמרו רוצים אנחנו יכולים אח״כ לכופם דכל מילי דציבורא מתקיימים בדברים בלבד דא״א לכל הציבור לעשות קניינים ובלא אלו הפרטים אין כח בידם לעשות במידי דאיכא רווחא להאי ופסידא להאי ועכ״ז אם יש מנהג בעיר שביכולת טובי העיר לעשות כפי הנראה בעיניהם בכל דבר או שאנשי העיר קבלום עליהם שיהיה ביכולתם לעשות כל הנראה בעיניהם אזי ביכולתם לעשות אף במידי דאיכא רווחא להאי ופסידא להאי וטובי העיר שלבם לשמים יעזור להם ד׳ והבא לטהר מסייעין אותו מן השמים:

ד כתבו האחרונים דמי שנתחייב מלקות יתן מ׳ זהובים ובדברים כאלה רשות ביד הב״ד לעשות כפי ראות עיניהם ומעשה היה בימים הקדמונים באחד שנתחייב מלקות וישב בארץ להלקותו ולא בא הממונה להלקותו ופטרוהו רבותינו מלהלקותו עוד כיון שנתבזה בהכנת המלקות [סמ״ע] כמ״ש חז״ל כיון שנקלה פטור [רמב״ם פי״ז מסנה׳]·

סימן ג [בכמה דיינים דנין ובו כ׳ סעיפים]:

א אין ב״ד פחות משלשה וב״ד של שלשה אפילו הדיוטים יכולים לכוף אם הנתבע מסרב לירד לדין או שאינו רוצה לדון עם התובע בעירו והני מילי בדאיכא בהו לפחות אחד שיודע דינים ויש לו שיקול הדעת ויודע סברות בדינים אבל בלא זה אין בהם כח לדון בכפייה אא״כ קבלום בעלי דינים עליהם כדין קבלת קרוב או פסול שיתבאר בסי׳ כ״ב [סמ״ע] ומ״מ יכולים לקבל הטענות ולשלחם לפני מורה:

ב זה שביכולתם לכוף את הנתבע היינו דווקא אם אינו רוצה כלל לדון בעירו אבל אם רוצה לדון בעירו אלא שרצונו לברור דיינים אחרים הרשות בידו וזה בורר לו דיין אחד וזה בורר לו דיין אחד כמ״ש בסי׳ י״ג וזהו דווקא בדיינים שאינם קבועים בעיר אבל אם יש דיינים קבועים שנתמנו מהעיר אין ביכולתו לומר לא אדון בפניהם אבל להוסיף דיינים על הדיינים הקבועים הרשות בידו [או״ת] ומה שאין מוחין עתה כשאחד אינו רוצה בדיינים הקבועים בהעיר מפני שאין ביכולתינו להעמיד משפטי הדת על תלה והבע״ד עתיד ליתן את הדין לפני יודע תעלומות אם אין הצדק אתו בזה:

ג אם יש מחלוקת בין תובע לנתבע שאחד אומר לדון ע״פ דין והאחד אומר לסמוך על סוחרים שכך הוא המנהג במקום שנעשה העסק הדין עם השני ויסמכו על סוחרים כיון דכן הוא המנהג מנהג כזה מבטל הלכה [הגרע״א]:

ד פחות משלשה אין דיניהם דין אפילו לא טעו וההודאה שמודה בפניהם כמודה חוץ לב״ד ויכולים להחליף טענותיהם שטענו בפניהם והכופר בפניהם ואח״כ באו עדים לא הוחזק כפרן ואין להם רק דיני עדים לעניין שכשאומר אתם עדי מהני כמ״ש בסי׳ פ״א ואינו נאמן לומר כבר פרעתי אבל על להבא נאמן כשיאמר פרעתי ואין להם דין דיינים שלא יצטרך לומר אתם עדי ושיוחזק כפרן אף על להבא:

ה אבל אם קבלום בעלי דינים עליהם או שהוא מומחה לרבים כגון שהציבור קבלו את הרב לדון ביחידי יש לו דין ב״ד וההודאה בפניו חשיבא הודאה ואין יכולים להחליף טענותיהם והכופר בפניו ואח״כ באו עדים הוחזק כפרן גם על להבא וביכולתו לכוף לדין ויכול לקבל עדות ודנין ע״פ אותו העדות אלא שבדבר אחד יש חילוק בינו לבין ב״ד של שלשה דבב״ד של שלשה הוי ההודאה בפניהם כהודאה בשטר וב״ד אחר יכולין לדון ע״פ קבלת עדותם וע״פ הטענות שקבלו וע״פ הפסק שפסקו אף ע״פ כתבם אבל בפחות משלשה גם בקבלוהו או מומחה לרבים הגם שההודאה שמודה בפניו חשיב כמודה בב״ד מ״מ לא נחשבה הודאתו כהודאה בשטר רק כהודאה בע״פ וכל מה שכותב הן הטענות הן הפס״ד אין על זה דין שטר ולכן ב״ד אחר אין דנים ע״פ אותו כתב דהוה כעד מפי עד דלא חשיבא כשטר רק כבעל פה ואם ב״ד אחר ידונו ע״פ זה הכתב הוה מפי כתבם של עדים והתורה אמרה מפיהם ולא מפי כתבם ולכן אם ב״ד אחר צריכים לדון ע״פ הנתקבל בב״ד של זה היחיד צריכים לשמוע מפיו ולא מפי כתבו אבל בזה הב״ד עצמו כשידין בזה הענין עוד אין שום חילוק בינו לבין ב״ד של שלשה [כס״מ]:

ו אע״פ שיחיד מומחה מותר לו לדון יחידי מ״מ מצות חכמים שיושיב אחרים עמו אם אפשר ויש מי שאומר דיש ליזהר שלא לדון ביחידי אף בקבלוהו בע״ד עליהם אם לא שיאמר להם מפורש שאינו יודע לדון דין תורה ושיקבלו עליהם מפורש בין לדין בין לטעות [ש״ך] ולא ראיתי נוהגין כן ובכל הערים הקטנות שאין שם רק רב יחידי דן בעצמו ואינו מתנה כלל וצ״ל דכיון דהכל יודעים שהוא יחידי לכתחלה כוונתם כן כשבאין לפניו שידין כפי שכלו והבנתו ומוסכמים הם אף אם לא ירד לעומק הדין וממילא הוה בקבלוהו בין לדין בין לטעות:

ז אע״פ שב״ד של שלשה הוא ב״ד שלם מ״מ כל זמן שהם יותר ה״ז משובח ומוטב שיחתוך הדין בי״א מבי׳ וכל היושבים בדין צריכים להיות ת״ח וראוים לזה ואין לחכם לישב בדין עד שידע עם מי יושב שמא יושיבוהו בין אנשים שאינם מהוגנים וימצא בכלל קשר בוגדים ולא בכלל ב״ד [רמב״ם וטור] ואע״פ שכתבו לשון איסור על זה נ״ל דלאו איסור גמור הוא דאין איסור רק לישב עם מי שידוע שהוא רשע כמ״ש בסי׳ ז׳ ועוד דחז״ל אמרו זה על נקיי הדעת שבירושלים שהיו עושין כן שלא היו יושבין בדין אא״כ ידעו עם מי יושבין [רפ״ג דסנה׳] ואם יש בזה איסור מדינא מאי רבותא דנקיי הדעת ועוד דסתם ישראל בחזקת כשרות ועוד דלמה לנו לחשוד את הבע״ד שיושיבו רשע בדין ולכן נראה דלשון איסור שכתבו על זה הרמב״ם והטור לאו דווקא הוא והידור בעלמא הוא כמו שעשאו נקיי הדעת שבירושלים:

ח מי שאינו לא גמיר ולא סביר ולא קבלוהו בע״ד

אע״פ

אע"פ שנטל רשות מאיזה מקום אין דינו דין ומי שבא בעקיפין לדון שלא ברצון הציבור והציבור מוכרחים לשתוק מפני איזה טעם הוא מצער את הציבור ואין קץ לענשו ועל כזה יש תקון קדמונים מר"ת ורשב"ם וראב"ן וק"ן רבנים וכן כל התמנות אסור לעשות לעצמו או לאחר שלא ברצון הציבור ועיקר הציבור הם הבע"ב ההולכים בדרך התורה והת"ח יראי אלקים והעושה כן לא יראה טוב בעוה"ז ובעוה"ב :

ט זה שנתבאר דאין ב"ד פחות משלשה כתב הרמב"ם ז"ל בפ"ב דסנהד' אע"פ שאין ב"ד פחות משלשה מותר לאחד לדון מן התורה שנאמר בצדק תשפוט עמיתך ומדברי סופרים עד שיהיו שלשה ושנים שדנו אין דיניהם דין אחד שהיה מומחה לרבים או שנטל רשות מב"ד ה"ז מותר לו לדון יחידי אבל אינו חשוב ב"ד וכו' עכ"ל והקשו עליו דבגמ' [ריש סנה'] מבואר להדיא דמאן דס"ל דמדאורייתא חד נמי כשר שנים שדנו דיניהם דין ונלע"ד דבגמ' אמרו זה לעניין דין תורה דוודאי מאן דס"ל דמן התורה חד נמי כשר שנים שדנו דיניהם דין ונקראו ב"ד מה"ת אבל מדרבנן כיון שהצריכו ג' משום יושבי קרנות שאין יודעים דינים ורק בשלשה א"א דלית בהו חד דגמיר איזה דינים בהכרח לומר דפחות מג' לא יהיה דיניהם דין דאל"כ ישאר החשש במקומו וזה שמן התורה חד נמי כשר היינו דווקא בסמוך שאין בזמה"ז ולכן בזמה"ז רק שליחותייהו דקמאי קעבדינן כמ"ש בריש סי' א' ואפילו במוסמך ומן התורה אין שם ב"ד עליו רק דדינו דין [וזהו דקאמר הש"ס שם מאי איכא בין רבא לדר"א איכא בינייהו דאמר שמואל שנים שדנו דיניהם דין וכו' לר"א אית ליה דשמואל ר"ל דמן התורה דיניהם דין ונקראו ב"ד ולכן ל"ק דשמואל ור' אבהו איכא בינייהו משום דלדינא גם רב אחא בר' אבוה ס"ל משום תקנתא כמ"ש ושמואל ור"א גם בדאורייתא פליגי כדמוכח בהנחנקין פ"ז: לענין זקן ממרא ע"ש ודו"ק] :

י כיצד היתה הסמיכה בזמן שבהמ"ק היה קיים ולאחר החורבן כתב הרמב"ם ז"ל בפ"ד מסנה' כיצד היא הסמיכה לדורות לא שיסמכו ידיהם על ראש הזקן אלא שקורים לו רבי ואומרים לו הרי אתה סמוך ויש לך רשות לדון אפילו דיני קנסות עכ"ל ולא שידון לבדו אלא להצטרף עוד עם שני מוסמכין [לח"מ] וזה שנתבאר דמן התורה חד נמי כשר היינו בהודאות והלואות [וכ"כ רש"י ז"ל סס ג'.] וזה שמשה רבינו סמך את יהושע בידיו והקב"ה צוה לו כן כמש"כ וסמכת את ידך עליו אינו משום לדון ולהורות אלא כדי שתשרה עליו שכינה כמו שכתוב שם ונתת מהודך עליו [וכן משמע מלשון הרמב"ם ז"ל ע"ש] :

יא עוד כתב בראשונה היה כל מי שנסמך סומך לתלמידיו וחכמים חלקו כבוד להלל הזקן והתקינו שלא יהא אדם נסמך אלא ברשות הנשיא ושלא יהא הנשיא סומך אא"כ היה אב"ד עמו ושלא יהיה אב"ד סומך אא"כ היה הנשיא עמו אבל שאר החבורה יש לכל אחד מהם לסמוך ברשות הנשיא והוא שיהיה שנים עמו שאין סמיכה בפחות מג' עכ"ל ובירושלמי פ"א דסנה' איתא בראשונה היה כל אחד ואחד ממנה את תלמידיו וכו' חזרו וחלקו כבוד לבית הזה אמרו ב"ד שמינה שלא לדעת הנשיא אין מינויין מינוי ונשיא שמינה שלא לדעת ב"ד מינויו מינוי חזרו והתקינו שלא יהא ב"ד ממנין אלא מדעת הנשיא ושלא יהא הנשיא ממנה אלא מדעת ב"ד עכ"ל ונראה דכל זה אינו לעיכובא אלא בזמן שהיו שרוין על אדמתן בשלוה שהרי מצינו בגמ' [סנה' י"ד.] שר' יהודה בן בבא סמך חמשה זקנים בין שני הרים גדולים ומשמע שהיה בלא נטילת רשות מהנשיא שבשעת הגזירה היתה ע"ש :

יב אין סומכין בח"ל ואע"פ שהסומכין נסמכו בא"י וגם הם עתה בא"י אלא שמי שרוצין לסומכו עתה הוא בח"ל אין סומכין אותו וכ"ש אם הסומכים בח"ל והנסמכים בארץ אבל כששניהם בארץ אע"פ שאין הנסמכים לפני הסומכים סומכין שלא בפניהם ושולחין להנסמך ע"י שליח או בכתב שהוא סמוך ונותנים לו רשות לדון דיני קנסות כיון שכולם בארץ וכתב הרמב"ם ז"ל דכל א"י ראוי לסמיכה אפילו במקום שהחזיקו בו רק עולי מצרים ולא עולי בבל ואע"ג דהרמב"ם בעצמו פסק בפ"א מתרומות דקדושה ראשונה לא קידשה לעתיד לבא מ"מ לענין סמיכה נקראת א"י ונ"ל בטעמו ז"ל מפני שכהב שם דלאויר נשאר דינה כא"י שאין אוירה מטמא וטעמא דסמיכה שאין נוהג רק בא"י הוא מפני קדושתה ולכן כיון דאוירה טהור גם סמיכה נוהגת שם ומשה רבינו שסמך ליהושע והזקנים במדבר מפני שאז היתה עיקר הקדושה במדבר השכינה והארון [והכ"מ כתב דיליפלה מעיירות שעל הגבולין תמיהני דהתם לא מהני רק לדון שם כמ"ש שם בהל' י"ד ולא לסמוך שם]:

יג עוד כתב דיש לסומכין לסמוך אפילו מאה בפעם אחת ודוד המלך סמך שלשים אלף ביום אחד עכ"ל ולפנינו הגירסא בירושלמי דסנה' פרק חלק שסמך תשעים אלף ביום אחד ע"ש ויש להם למנות את המוסמך לכל מה שירצו לדברים אחדים והוא שיהיה ראוי לכל הדברים כיצד חכם מופלא שראוי להורות בכל התורה כולה יש לב"ד לסמוך אותו וליתן לו רשות לדון ולא להורות באיסור והיתר או להיפך או לזה ולזה ולא לקנסות או לקנסות ולא להתיר בכורות במומין או יתנו לו רשות רק להתיר נדרים בלבד או לראות כתמין וכיוצא בהן וכן יש לסומכין ליתן רשות עד זמן ולומר לנסמך יש לך רשות לדון או להורות עד שיבא הנשיא לכאן או כל זמן שאין אתה עמנו במדינה וכן כל כיוצא בזה וחכם מופלא שהוא סומא בעינו אחת אע"פ שהוא ראוי לדיני ממונות מ"מ אין סומכין אותו לדיני ממונות מפני שאינו ראוי לכל הדברים וכן כל

ביוצא

כיוצא בזה עכ"ל הרמב"ם ז"ל וזה שכתב סמיכה לאיסור והיתר היינו לענין להפטר כשטעה בדין כמ"ש בסי' כ"ה אבל להורות די כשנוטל רשות מרבו [לח"מ] ובגמ' משמע קצת דזה שאין נותנים לו רשות על כל הדברים צריך לזה איזה טעם כמו לחלוק כבוד בזה לאדם גדול אחר או כגון שהנסמך הלזה הוא בדבר אחד מופלא למאד עד שיתמהו על הוראותיו וכיוצא בזה [סנס' ס'. דמתרץ כדי לחלוק כבוד לרבב"ח או מפני שהי' בקי טפי]:

יד כתב הרמב"ם ז"ל בפ"ד אחד ב"ד הגדול ואחד סנהדרי קטנה או ב"ד של שלשה צריך שיהיה אחד מהם סמוך מפי הסמוך ומשה רבינו סמך יהושע וכן השבעים זקנים משה רבינו סמכם ושרתה עליהם שכינה ואותם הזקנים סמכו לאחרים ואחרים לאחרים וכו' ואחד הנסמך מפי הנשיא או מפי אחד מן הסמוכין אפילו לא היה אותו סמוך בסנהדרין מעולם עכ"ל ובהלכה ג' כתב ואין סומכין סמיכה שהיא מינוי הזקנים לדיינות אלא בשלשה והוא שיהיה אחד מהם סמוך מפי אחרים כמ"ש עכ"ל ובהל' י"א כתב הרי שלא היה בא"י אלא סומך אחד מושיב שנים בצדו וסומך שבעים כאחד או זה אחר זה ואח"כ יעשה הוא והשבעים ב"ד הגדול ויסמכו בתי דינין אחרים עכ"ל והנה זה שכתב בהלכה א' צריך שיהא אחד מהם סמוך ר"ל כל אחד מהם דב"ד של ג' צריכין שיהא כולם סמוכים וכ"ש סנהדרין ושנים שאינם מסומכים אין מועילים רק להצטרף להסמוך ולסמוך לאחר כמ"ש בהל' ג' וזה שכתב בהל' י"א שהב"ד הגדול המוסמכים יעשו בתי דינין אחרים אין כוונתו דבלעדם א"א לעשות בתי דינים דהרי האחד הסמוך יכול להושיב שנים בצדו ולסמוך בתי דינין כמו שסמכו כל השבעים אלא כוונתו מפני טרחתו של זה הסמוך שלא יצטרך לבדו לסמוך כל הבתי דינין שבמדינה:

טו עוד כתב שם נראין לי הדברים שאם הסכימו כל החכמים שבא"י למנות דיינים ולסמוך אותם הרי אלו סמוכים ויש להם לדון דיני קנסות ויש להם לסמוך לאחרים א"כ למה היו החכמים מצטערים על הסמיכה כדי שלא יבטלו דיני קנסות מישראל לפי שישראל מפוזרין ואי אפשר שיסכימו כולם ואם היה שם סמוך מפי סמוך א"צ דעת כולן אלא דן דיני קנסות לכל שהרי נסמך מפי ב"ד והדבר צריך הכרע עכ"ל וכוונתו שמקודם יסכימו כל חכמי א"י למנות אחד לראש ישיבה ויהיה דינו כראש סנהדרין וכסמוך ואח"כ יצרף אליו שני חכמים ויסמוך למי שיראה בעיניו וכ"כ בפי' המשנה פ"א דסנה' וז"ל ויראה לי כי כשתהיה הסכמה מכל החכמים ותלמידים להקדיש עליהם איש מן הישיבה וישימו אותו לראש ובלבד שיהיה זה בא"י כמו שזכרנו הנה האיש ההוא תתקיים לו הישיבה ויהיה סמוך ויסמוך הוא אח"כ מי שירצה שאם לא תאמר כן א"א שתמצא ב"ד הגדול לעולם לפי שנצטרך שיהיה כל אחד מהם סמוך עכ"פ והקב"ה ייעד שישובו כמ"ש ואשיבה שפטיך כבראשונה וזה יהיה בלי ספק כשיכון הקב"ה לבות בני אדם ותרבה זכותם ותשוקתם לשם יתברך ולתורה ותגדל חכמתם לפני ביאת המשיח עכ"ל ולא ידעתי מאין לו להרמב"ם ז"ל דהסכמת כל החכמים שבא"י הוי סמיכה אע"פ שאין אחד מהם סמוך ואולי מפני סברא זו עצמה שכתב דאל"כ איך יהיה לעתיד אי"ה ואין לומר שיהיה ע"י נביא והרי לא בשמים היא ואין נביא רשאי לחדש דבר אלא וודאי ע"י הסכם כל חכמי א"י והטעם י"ל דעיקר טעם מה שמצריכין סמיכה מפי הסמוך דאל"כ אולי הסומך והנסמך אינם ראוים לסמיכה אבל מי שהוא סמוך מפי סמוך עד יהושע עד משה רבינו וודאי יודע למי לסמוך ולכן כשכל חכמי ישראל שבא"י מסכימים על אחד וודאי דראוי והגון הוא לכך ונעשה סמוך ויכול לסמוך גם אחרים וכבר זה יותר משלש מאות שנה היו רבים מחכמי א"י שרצו לחדש הסמיכה ע"פ דברי הרמב"ם ז"ל והתחילו בהסמיכה והיה מחכמים שלא היה דעתם נוחה מזה ונתבטל הדבר:

טז ב"ד שנסמכו בא"י ויצאו ח"ל הרי הם דנים דיני קנסות בח"ל כדרך שדנים בארץ שסנהדרין נוהגת בארץ ובח"ל והוא שיהיו סמוכים:

יז בזמן חכמי הש"ס היו שני ראשי ישראל על כל ישראל האחד בא"י והוא הנשיא וקסרי רומי הסכימו על נשיאותם והשני בבבל והוא הנקרא ראש גולה והוא ממונה ממלכי פרס על כל ישראל שבגולה ושניהם היו מזרע דוד המע"ה והריש גלותא היה גדול ביחס מן הנשיא שהנשיא בא מזרע דוד מהנקיבות והריש גלותא בא מן הזכרים [ירושלמי] ולכן אע"פ שהסמיכה לא היה רק בא"י כמו שנתבאר וכן לכל חכמת התורה כמו לאיסור והיתר וטומאה וטהרה היו בני א"י גדולים מבני בבל ולדיני התורה היו בני בבל כפופים לבני א"י [תוס' סנס' ס'.] מ"מ לענין גדולה היה הריש גלותא גדול מהנשיא מטעם שנתבאר ולכן כשנתן ר"ג רשות לאחד לדון ולהורות אע"ג דלענין קנסות לא היה לו כח מפני הסמיכה שהיא רק בא"י מ"מ מהני לענין הפקעת ממון כמו להפקר ב"ד וכן אם טעה בדין שלא יצטרך לשלם כמ"ש בסי' כ"ה וכן לענין שיהיה ביכולתו לכוף לדין היה כח ריש גלותא גדול ככח הנשיא ושניהם היו יכולים לכוף לדין ולמי שנתנו רשות לדון ולהורות היו פטורים מלשלם אם טעו וכן להפקיר ממון מפני קנס וכיוצא בזה ובזה אמרו חז"ל דכח הראש גולה היה גדול מכח הנשיא דהנשיא לא היה לו רשות ליתן כח לדון ולהורות רק בא"י ובעיירות העומדין על הגבולין ולא בבבל ובכל ח"ל ואע"פ שהיה לו כח לדון בכל מקום ואף בדיני קנסות זהו דווקא ברצון הבע"ד אבל לא לכוף אותם אבל הראש גולה שנתן רשות היה לזה כח לדון בכל העולם אע"פ שלא רצו הבע"ד בין בארץ בין בח"ל זולת לדיני קנסות היה צריך ליטול רשות מהנשיא ומחכמי

א"י

א"י וכך דרשו חז"ל לא יסור שבט מיהודה אלו ראשי גליות שבבבל דיש להם לרדות את ישראל בכל מקום ומחוקק מבין רגליו אלו בני בניו של הלל שהם היו הנשיאים ולמדו תורה ברבים ושבט גדול כחו ממחוקק ומ"מ כתב הרמב"ם ז"ל דמי שאינו ראוי לדון מפני שאינו יודע היטב בדיני התורה או שאינו הגון במעשים אין נטילת רשות מועיל לו כלום שהמקדיש בעלי מומין למזבח אין הקדושה חלה עליו עכ"ל וכ"ז היה בזמן הש"ס אבל בזמנינו אין לנו שום כח מעצמינו בלא ממשלת הקיסר יר"ה ודינא דמלכותא דינא ואם שני הבע"ד מבקשים להגיד להם הדין ע"פ דת תורתינו אז אנחנו מחוייבים להגיד להם דע"פ דין התורה דינכם כך וכך :

יח דיני קנסות כגון גזילות וחבלות ותשלומי כפל וד' וה' והאונס והמפתה וכיוצא בהם אין דנים אותן אלא שלשה מומחים אבל שארי דיני ממונות כגון הודאות והלואות ומקח וממכר ושותפות ושליחות ושכירות ואבידה וכיוצא בהן א"צ מומחים אלא אפילו ג' הדיוטות ואפילו יחיד מומחה דן אותם ויכולים לכוף להמסרב כמ"ש בסעי' א' ובסי' א' נתבאר בדיני גזילות וחבלות אבל דיני נפשות שהיה בזמן שבהמ"ק היה קיים אין דנין בפחות מכ"ג שהם סנהדרי קטנה והטעם משום דכתיב בד"נ ושפטו העדה והצילו העדה עדה שופטת והם המחייבים ועדה מצלת והם המזכים ואין עדה פחותה מעשרה כדכתיב במרגלים עד מתי לעדה הרעה הזאת והם עשרה לבד יהושע וכלב ובהכרח להיות עשרים דיינים עשרה מזכים ועשרה מחייבים ולקמן בסי' י"ת יתבאר דלזכות הולכים אחרי רבים אפילו באחד כגון עשרה מחייבים ואחד עשר מזכים יוצא זכאי אבל לחובה צריך שיהיו שנים יותר על המזכים ובהכרח צריך להיות י"ב מחייבים ואין ב"ד שקול ולכן בעינן כ"ג וגם בנפשות של בהמה כגון שור הנסקל ורובע ונרבע צריך כ"ג דכתיב השור יסקל וגם בעליו יומת ובאה הקבלה דכמיתת בעלים כך מיתת השור ואפילו ארי ודוב וברדלס כשיש להם בעלים והם בני תרבות שאינם מזיקים תדירים כשהמיתו באקראי דנין אותן בכ"ג דיינים אבל נחש שהמית א"צ דין ואפילו אחד הורג אותו ויש חולקין גם בנחש [רמב"ד] ומי שנתחייב מלקות דנין אותו בשלשה דיינים ואע"פ שאפשר שימות ע"י המלקות מ"מ לע"ע אין זה דיני נפשות ועוד דהא אומדין אותו אם ביכולתו לקבל המלקות ועריפת העגלה בחמשה דיינים ויתבאר בס"ד בסי' תכ"ה ועיבור החודש בשלשה ועיבור השנה בשבעה כמ"ש הרמב"ם ז"ל בפ"ד מקה"ח וכל אלו הדיינים צריכין להיות מוסמכין מהנשיא ועכשיו אין לנו כל אלה וכל דיני נפשות ממשלת הקיר"ה דן אותם ואסור לנו לדון שום דין מדיני נפשות :

יט כשנשא אדם בתולה והוציא שם רע שזינתה לאחר ארוסין כתוב בתורה דאם נמצא הדבר אמת סוקלין אותה ואם נמצא ששקר הדבר מלקין את הבעל ונותן מאה סלע קנס לכן בתחלה כשיושבין בדין זה אין דנין אותו בב"ד שהיא פחות מכ"ג דיינים ואע"ג דאם הדבר שקר די בשלשה כדין ממון ומלקות דדי בשלשה מ"מ חיישינן שמא יהיה הדבר אמת ויש בדין זה ד"נ ואחר שנמצא הדבר שקר ואבי האשה בא לתובעו הקנס דנין בג' [כ"ס לדעת הרמב"ם ופסק כעולא סנה' ח'. משום דכולהו ממונתי מתרלי בדיותא הליבי' ע"ש] :

כ ויש דברים שלא היו דנין בזמן שבהמ"ק היה קיים רק בסנהדרי גדולה כמו לעשות סנהדרי קטנה לכל שבט ושבט או לכל פלך ופלך ולכל עיר ועיר כמ"ש בסי' א' וכן לדון את השבט שהודח שעבדו עכו"ם וכן לדון נביא השקר וכן לדון את הכה"ג בדיני נפשות וכן לעשות עיר הנדחת או לדון זקן ממרא וכן להשקות את הסוטה וכן להוסיף על ירושלים ועל העזרות וכן לצאת למלחמת הרשות כל אלו הדברים אין עושין רק ע"פ ב"ד הגדול וכן כשהיו צריכים למדידת עגלה ערופה היו צריכין שלשה מב"ד הגדול כמ"ש בסי' תכ"ה וזקן ממרא כשנעשה זקן ממרא ע"פ ב"ד הגדול דנין אותו למיתה בב"ד של כ"ג כבכל ד"נ וממיתין אותו בירושלים בשעת הרגל כדי שישמעו רבים וייראו כמ"ש הרמב"ם בפ"ג ממרים וכל אלו הדברים הם בקבלה ודרשינן להו מקראי :

סימן ד [כיצד עושה אדם דין לעצמו ובו ה' סעיפים] :

א אע"פ שיחיד פסול לדון וכ"ש הבע"ד בעצמו מ"מ יש לפעמים שאדם עושה דין לעצמו כגון שרואה חפץ שלו ביד אחר שגזלו או גנבו או שרצונו עתה לגזול ממנו או שאינו רוצה להשיב לו פקדונו והפקדון בעין או שרצונו לעשות לו איזה היזק בממונו וכ"ש בגופו א"צ לילך לב"ד אלא שבעצמו יכול לתפוס מידו ולא מיבעיא בדבר שיגיע לו הפסד אם ימתין עד שילך לב"ד כגון מטלטלין שהגזלן יצניען וכיוצא בזה דאז מותר לו גם להכותו אם א"א לו להציל בעניין אחר אלא אפילו בדבר שלא יגיע לו הפסד אם ימתין עד שילך לדין כגון בקרקע וכיוצא בזה דאז אסור להכותו [כס"מ] מ"מ יכול להציל מידו בלא רשות ב"ד וזהו דווקא כשיכול לברר שהדבר הוא שלו אבל אם אין ביכולתו לברר אסור לו ליטול בלא רשות ב"ד אע"פ שאומר שיודע ששלו הוא כיון שא"א לו לברר זה ילך לב"ד ויקוב הדין ההר בינידם [ע' מ"ק י"ז. ודו"ק] :

ב וכל זה הוא דווקא בהחפץ המבורר שהוא שלו כמ"ש אבל אם כבר נתחייב לו ממון ממקום אחר מפני

איזה גזילה וגניבה או פקדון או חוב או שכירות וכיוצא בזה אין לו רשות לעשות דין לעצמו ולחטוף ממנו ממון או חפצים בעד המגיעו רק יתבענו בב"ד ובחוב יש עוד איסור אחר כשלוקח בעצמו כמו שיתבאר בסי' צ"ז ואם התובע מתיירא שמא עד שיתבענו לב"ד ילך הנתבע מכאן ולא ימצאנו או שיטמין כל אשר לו ולא ימצא ממה לגבות כשיזכה בדין או שמא לא יציית דינא אם לא יהיה מוחזק אזי רשאי לתפוס ממנו בתורת משכון עד שיעמוד עמו בדין וכן במקום שא"צ לתפוס מידו כגון שמצא מעותיו או כליו או סחורתו של זה הנתבע ביד אחרים או שאצלו גופה מונד בפקדון איזה דבר מהנתבע יכול לעכב בכל עניין עד שיעמוד עמו בדין אף אם אין חשש שיברית והזוהר מחמיר בפקדון שלא לעכב בעצמו ובעל נפש יחוש לזה ולכן ילך תיכף לב"ד ויתבענו לדין ואם לא יציית דינא יצוו הב"ד שיעכבנו או שאחרים יעכבו בעדו ועיקר דין עיכול יתבאר בסי' ע"ג בס"ד :

ג וכל זה הוא דווקא בידיח נגד יחיד אבל כשרבים תובעים ליחיד מעירם בעסקי מס המלך אם יודעים שהדין עמהם עבדי דינא לנפשייהו ואע"פ שאין יכולים לברר לפני ב"ד כי אתם הצדק מפני שלא יוכל שום איש להעיד כי כולם נוגעים בדבר מ"מ כיון שהם בעצמם יודעים שאתם הצדק עבדי דינא לנפשייהו ואם יש ביניהם סכסוכים וצריכים לירד לדין נקראו הרבים מוחזקים וצריך היחיד לתת להם משכון קודם שירדו לדין ואומרים להיחיד ברר ראיותיך כי המוציא מחבירו עליו להביא ראיה והרבים נקראו מוחזקים והברירה ביד הרבים או שישבעו קצת מהם ופטורים או שמטילים השבועה על היחיד וגם יכולים לומר קים לי במקום שיש מחלוקת הפוסקים [סמ"ע] :

ד וזהו דווקא נגד יחיד מעירם ובעסקי מס והטעם מפני שהמס ניתן לממשלה והממשלה נקראת תמיד מוחזקת ועביד דינא לנפשי' ולכן גם הציבור הבאים מכחה יש להם ג"כ דין זה אבל נגד יחיד מעיר אחרת או אפילו נגד יחיד מעירם שלא בעסקי מס אינם נקראים מוחזקין ולא עבדי דינא לנפשייהו אבל משכון צריך ליתן מפני שרבים הם יתעצלו בתביעתו שכל אחד יסמוך על חבירו דקדירא דבי שותפי לא חמימי ולא קרירא ולכן צריך ליתן משכון מקודם ונגד ת"ח אינם נקראים מוחזקים בכל ענין גם בעסקי מס ויש כח להציבור לכוף בענייני מסים גם ע"י ערכאות אם א"א בענין אחר אבל היחיד במקום שרשאי לעשות דין לעצמו כמ"ש בסעי' א' אסור לו לעשות ע"י זה ואם עשה י"א דאם לא היה לו אפשר לעשות בענין אחר מה שעשה עשוי ולענין תפיסה בספיקא דדינא לא מהני ע"י זה שיהא נקרא מוחזק [רע"ה] :

ה עכשיו יש לפעמים כששנים רוצים לירד לדין אומר אחד לחבירו לא ארד עמך לדין עד שנשליש בטוחות על קיום הפסק כפי שיצא מב"ד והשני אינו רוצה בזה ואומר נרד לדין ומסתמא נקיים כפי הפס"ד נלע"ד דהדין עם הראשון כיון שעתה אין לנו חיזוק על קיום הפס"ד ומי שאינו רוצה לקיים אין מי שימחה בידו יכול השני לומר איני מאמינך וגם אתה לא תאמין לי ונשליש ביד שליש והשליש יקיים כפי הפס"ד וכן אנו רגילין להורות וראי' לזה ממ"ש בסעי' הקודם דהיחיד צריך ליתן משכון מקודם מפני שהרבים יתעצלו בתביעתו ק"ו עתה שאם לא ירצה לקיים הדין לא יועיל כלום כ"ש שיכול השני לומר כן ומ"מ גם כשהשלישו שניהם ואחד השליש מזומן או שוה כסף לא נקרא השני מוחזק מפני זה וגם לענין תפיסה בספיקא לא מהני ע"י זה וכמ"ש בסעי' הקודם :

סימן ה [באיזה זמן דנים ובו י"ב סעיפים] :

א אסור לדון בשבתות וי"ט דגזרו חז"ל שמא יכתבו הטענות והפס"ד ולכן יש מי שמחמיר שלא ישבו הב"ד בשבת ויו"ט במקום המיוחד לישיבת הדיינים [בר"י] שלא יתראו כיושבין בדין וזכר לדבר שגם הסנהדרין שישבו כל השבוע בלשכת הגזית לא ישבו שם בשבת ויו"ט אלא בחיל כמ"ש בסי' א' סעי' כ"א ואם מקום זה מיוחד גם לצרכי ציבור אין חשש בזה דהא מותר לעסוק בצרכי ציבור בשבת כמבואר בא"ח סי' ש"ו ובחול המועד דנין כמ"ש שם בסי' תקמ"ה ע"ש :

ב גם בע"ש ועיו"ט אין יכולין לכוף לדין משום דכל אדם טרוד בטרדת הכנת שבת ויו"ט ואף אם התרו להבע"ד בע"ש ועיו"ט שיבא אחר שבת ויו"ט ולא בא אין קונסין אותו שיכול לומר דמפני טרדת ההכנה שכח ההתראה :

ג ואף כשבאים שני הבעלי דינים לפני הדיינים בע"ש ועיו"ט יכולים הדיינים להסתלק מלדון להם היום מפני שצריכים להיות מתונים בדין וכהיום הזה הדיינים בעצמם טרודים הם ושמא לא ירדו לעומק הדין ולכן אם הבע"ד מרוצים בין לדין בין לטעות ידונו היום [כס"מ] ולקבל הטענות בע"ש ועיו"ט ולפסוק הדין אחר שבת ויו"ט נכון בכל ענין מצד הדיינים אם הבע"ד מתרצים לזה :

ד וכתב רבינו הרמ"א דבזמה"ז נהגו לדון בע"ש ועיו"ט משום ביטול ת"ת דמלמדים דבע"ש הם פנוים ובכל השבוע יהיה ביטול תורה כשיצטרכו לדון ולכן כשרואין ב"ד קצת צורך לדון בע"ש ועיו"ט שרי [לבוש] ואף למנהג זה אינו אלא מצד היתר הדיינים אבל לכוף להבע"ד אין ביכולת, [סמ"ע] ודווקא בדבר שבממון שרי אבל במילתא דאיסורא דצריכא עיונא רבה כמו

גיטין וחליצות אין לסדר לכתחלה בע"ש ועיו"ט אם לא במקום הדחק כמ"ש באהע"ז סי' קנ"ד וקס"ט :

ה אין קובעין זמן בניסן ותשרי עד אחר הרגל להזמין לדין למי שאינו בעיר דאינו יכול לבא להעיר מפני טרדת הרגל אבל אם התרו אותו שיבא אחר הרגל ולא בא קונסים אותו ולא דמי למ"ש בסעי' ב' דיכול לומר שמפני טרדת שבת ויו"ט שכח ההתראה שאינו דומה טרדת הרגל שיש לו זמן הרבה ואין הטירדא גדולה כל כך שנאמר ששכח ההתראה לטרדת ע"ש ועיו"ט שאינו אלא זמן מועט מן ההתראה עד השבת והרגל ולכן נאמן בשם לומר ששכח ההתראה ויש שכתבו דבניסן ותשרי אף אחר הרגל אין מזמינים לדין משום טרדת הרגל ובסיון מתרין בו לבד ערב שבועות דכיון דהרגל הוא זמן מועט אין בו טירדא כל כך :

ו למי שהוא בעיר מזמינים לדין בניסן ותשרי לבד ע"ש ועיו"ט דבעיר עצמה אין הטירדא של הרגל מעכבתו כל כך שלא יהא ביכולתו לבא כל החודש וכן אם הבע"ד שמחוץ לעיר באו בניסן ותשרי לפני ב"ד דנים אותם ומצד הדיינים אין איסור בדבר [נס"מ] :

ז לחתן אין מזמינים לדין כל שבעת ימי המשתה ושלשה ימים קודם החופה שמכין א"ע [או"ת] ואלמון שנשא אלמנה אין לו אחר החופה רק ג' ימים כמ"ש באהע"ז סי' ס"ד :

ח כתב רבינו הרמ"א די"א דאין לקבול בבהכ"נ בניסן ולא בימים נוראים אפילו על בני כפרים שבאו למנין אלא קבעינן להו זימנא אחר הרגל ואם רואים שיש בזה צד דחייה ורמאות דנים לאלתר ומ"ש בא"ח סי' תקמ"ה שמותר לקבול בחוה"מ איירי שיש צד דחייה ורמאות וגם אפשר דשם לא מיירי לענין לעמוד בדין אלא לכופו לשלם בדבר שאין בו סכסוך [סס] ועתה נהגו שבכל עת מצא קובלים בבהכ"נ ועוד כתב דיש מקומות שנהגו שאם התחילו לדון קודם ניסן ותשרי קבעינן זימנא אף בהם והיכי דנהוג נהוג :

ט מדין תורה דאין דנים בלילה בתחלת דין אבל אם התחילו לדון ביום גומרין אף בלילה וכך קבלו רבותינו דבכתוב אחד אומר ושפטו את העם בכל עת ובפרשת נחלות כתיב והיתה לבני ישראל לחוקת משפט וכתיב והיה ביום הנחילו את בניו והאי ביום מיותר הוא דהו"ל למיכתב והיה בהנחילו את בניו אלא לענין דין נחלות הוא כשצריכין לעשות איזה דין בזה אינו אלא ביום ומשמע מזה דחוקת משפט אינו אלא ביום וקבלו חז"ל דתחלת דין אינו אלא ביום וגמר דין אפילו בלילה וקבלת עדות אינו אלא ביום וכל זה דווקא לענין כפיה אבל כשבאו הבע"ד מרצונם מותר לדונם וכשקבלו עליהם לדון בלילה מהני הקבלה באופן דמהני קבלת קרוב או פסול שיתבאר בסי' כ"ב וממה שיתבאר בשם דבתרתי לריעותא לא מהני קבלה אא"כ קנה בקניין סודר מתבאר דאם קבלו עליהם לדון בפני שנים בלילה לא מהני הקבלה בלא קנין לענין שתהיה ההודאה שמודה בפניהם כמודה בב"ד שלא יוכל לחזור מדבריו ולענין קבלת עדות דהא איכא תרתי לריעותא לילה ופחות מג' דיינים [נס"מ] אבל על ב"ד של שלשה מהני קבלה בלא קנין ויש מי שכתב כיון שמדליקין נר בלילה הוה ביום לענין דין ונדחו דבריו שאין לזה שום שורש בהלכה וזה שנהגו גם מקדם להתרות בעל דין בלילה משום דכששולחין אחריו ובא לב"ד הוה כקיבל עליו שידונו אותו בלילה ובאמת אם אין רצונו לבא בלילה לא כפינן לי' ולא קנסינן לי' ולהתרות בלילה שיבא למחר שפיר דמי ואם לא בא למחר קנסינן ליה ואינו נאמן לומר ששכח ההתראה ואם עברו ודנו בלילה בכפייה י"א שדיניהם דין וי"א שאין דיניהם דין ובירושלמי פ' אד"מ מפורש כדיעה ראשונה ובש"ס בבלי משמע כדיעה אחרונה [יבמות ק"ד. ע"ש בתוס'] ואם קבלו עדות בלילה פסול לכולי עלמא ואם דנו ע"פ אותו עדות אין ממש בהדין וצריכין לקבל העדות מחדש ולדון אח"כ [נס"מ] אבל אם ברצון הבעלי דינים קבלו עדות בלילה עדותן עדות כמו שיתבאר בסי' כ"ח :

י והרמב"ם ז"ל בפ"ג מסנהד' כתב אין מתחילין את הדינין בלילה מפי השמועה למדו שהדינים כנגעים שנא' כל ריב וכל נגע מה ראיית נגעים ביום בלבד אף הדינים ביום בלבד וכן אין מקבלין עדות ואין מקיימין שטרות בלילה ובדיני ממונות אם התחילו ביום מותר לגמור הדין בלילה והנחלות כדינים שנאמר בהם לחוקת משפט לפיכך אין מפילין נחלות בלילה שנים שנכנסו לבקר את החולה וצוה בפניהם כותבין ואין עושין דין ואם היו שלשה רצו כותבין רצו עושין דין בד"א ביום אבל בלילה כותבין ואין עושין דין עכ"ל ויראה לי ביאורו דה"פ דכל דיני ירושה הוה דין תורה ולא מתנה אע"פ שממון שלו הוא ולכן אינו יכול ליתן בלשון ירושה למי שאינו יורשו כמ"ש בפ"ו מנחלות והטעם מפני דכתיב לחוקת משפט ואף אם בא לרבות לאחד מהיורשים או למעט דעל זה נתנה לו התורה רשות כמ"ש שם וכמו שיתבאר בסי' רפ"א מ"מ גם זהו דין הוא ויש לנהוג בזה כבכל הדינים שצריך ב"ד ושיהיה ביום ולא בלילה ולכן אלו שנכנסו לבקר את החולה אם אינו מרבה או ממעט לאחד מהיורשין א"צ לצוואתו כלל וכן אם נותן איזה מתנה בין מתנת בריא בין מתנת שכ"מ אין זה ענין לנחלות ואע"ג דמתנת שכ"מ הוי כירושה זהו מדרבנן [ב"ב קמ"ט.] ולהרמב"ם כל עיקר מתנת שכ"מ אינה אלא מדרבנן כמ"ש בפ"ח מזכייה ואין דין זה רק בשריבה ומיעט להיורשין ולכן לא כתב הרמב"ם דין זה במתנת שכ"מ כמו שכתבו הטוש"ע בסי' רנ"ג אלא כתבן בהל' דיינים ונחלות [והוא מפרש כרשב"ם ותוס' ב"ב קי"ג: ועי' רש"י סנה' ל"ד: ודו"ק] וזה שכתב דלמדנו דינים מנגעים אע"ג דבגמרא [שם ונדה נ'.] מבואר דרק ר"מ דריש לה ורבנן פליגי עליו

עליו והלכה כרבנן כמ"ש הרמב"ם עצמו בפי' המשנה דנדה ובהל' טומאות צרעת פ"ט דאין אדם רואה נגעי עצמו ורואה נגעי קרוביו דלא כר"מ בפ"ב דנגעים דמקיש נגעים לדינים ובגמ' סנהדרין שם אמר רבא דילפינן לדינים מוהיה ביום הנחילו ס"ל להרמב"ם ז"ל דלפי המסקנא שם דדין נחלות קאמר ואורעה כל הפרשה להיות דין בהכרח להיות לנו לימוד גם לרבנן דדינים אינם אלא ביום וגם לרבנן צ"ל דלמדנו לתחלת דין מנגעים ובין ד"נ ובין ד"מ למדנו משם ורק לגמר דין דממון למדנו מקרא דושפטו דגומרין אפילו בלילה וממילא כשכתבה התורה בנחלות לחוקת משפט למדנו דנחלות אינם ג"כ רק ביום ולכן פסק דסומא בשתי עיניו פסול משום דלמדנו מנגעים ובעין אחת כשר דהוה כמו גמר דין [הלח' כתוס' נדה סס] ובן בנגעים לעצמו פסול כדין ולקרוביו כשר משום דלגמרי לא מקשינן זל"ז כמו גמ"ד [ורבא שם הוה ס"ל כפשטא דברייתא דוהיה ביום אבל למאי דדחי לה דין נחלות קאמרת אינו כן ומה שהקשו אין היקש למחצה תמיהני דהא גם לר"מ לא לכל מילי איתקש דנגעים א"צ ב"ד כמבואר שם וביבמות ק"ד. ה"פ לימא וכו' דמ"ם מקשינן אפילו לגמ"ד ומ"ם לא מקשינן לגמ"ד רק לתחלת דין ודחי לה דכ"ע סברי דאי מנגעים אפילו גמ"ד נמי לא ופליגי אי הוה כתחלת דין או כגמ"ד ודיחויא בעלמא הוא ואליבא דרבא ובע"כ צ"ל כן דאל"כ אין שום פירוש למה שאמר דאי מקשינן אפילו גמ"ד וכו' דלא איירי בזה כלל ובזה מיושב כל מה שהקשו המפרשים על הרמב"ם ודו"ק] :

יא הדיינים אינם מחויבים לישב כל היום בדין אלא מן הבקר עד קרוב לחצות היום ותיכף אחר התפלה ישבו והרמב"ם ז"ל כתב עד סוף שש שעות ביום וכ"כ הטור וי"א דאין כוונתם עד סוף שש שעות ממש אלא קרוב לזה כדי שיוכלו לאכול בתוך שעה ששית דזהו זמן מאכל ת"ח והיינו שבסוף שעה ששית יתחילו לאכול [סמ"ע וכ"ח] ורבינו הב"י כתב עד סוף שעה חמישית וכ"מ מהרי"ף והרא"ש פ"ק דסנהדרין ויראה לי דלא פליגי לדינא דזמן סעודה היא בכל שעה ששית ולכן עד תחלת שעה ששית מחויבים לישב ומשם עד סוף ששית ולא עד בכלל אין מחויבים לישב ואם ירצו רשאים לישב ומשם ואילך אין רשאין לישב בלתי אכילה ודע דבזוהר משפטים הזהיר מאד שלא לישב בדין אחר סעודה וסמיך לי' אקרא דרינו לבקר משפט ועל קרא דלא תאכלו על הדם ע"ש ומזה שנתבאר יש כעין סמך לזה ממה שאין יושבין אלא עד זמן סעודה אבל לא מצאנו זה בגמרא ובפוסקים ואדרבא דגם בדיני נפשות אמרו חז"ל [מ"ק י"ד:] דבחוה"מ אוכלין ושותין ואח"כ גומרין דינו ע"ש וכ"ש בד"מ אלא וודאי דחומרא בעלמא הוא ומשמע בגמ' [שבת י'.] דבזמן הש"ס היה כן שלא ישבו אחר הסעודה בדין ועתה לא ראיתי בבתי דינים שינהגו כן וגם סנהדרי גדולה ישבו בלשכת הגזית כל היום אמנם אין ראיה משם דעיקר סנהדרי גדולה היתה להורות כל הספיקות לכל ישראל כמ"ש כי יפלא וגו' ואין עיקרה לדינין וראיה דמצינו בירושלמי סנהד' פ"א שר' צדוק ואחיו ישבו שם ולדין קרובים פסולים ומגמ' דמ"ק ג"כ יש לדחות דמשום כבוד הרגל התירו לאכול קודם גמר דין ומ"מ זהו וודאי דאם הבע"ד מתרצים יכולים לישב בדין גם לאחר סעודה ולא גרע מקרוב או פסול ונראה דגם סנהדרי קטנה לא היו יושבים רק עד זמן סעודה ואף בסנהדרי גדולה שצריכין לישב כל היום כתב הרמב"ם ז"ל בפ"ג מסנה' דאין כולם צריכים לישב כולם כאחד במקומן שבמקדש אלא בעת שצריכין להתקבץ מתקבצין כולן ובשאר הזמנים כל מי שהיה לו עסק יצא לעסקו וחוזר ובלבד שלא ישאר שם פחות מכ"ג ולכן אם הוצרך אחד מהם לצאת רואה אם יש שם כ"ג יוצא ואם לאו אינו יוצא עד שיבא אחר עכ"ל :

יב אסור לישב בדין כשהגיע זמן מנחה גדולה דהיינו שעה שביעית משום דחיישינן שמא ימשכו בהדין וישכחו מלהתפלל מנחה ואף לגמור הדין שהתחילו מאתמול אין יושבין בזמן מנחה גדולה דחיישינן שמא יראו הדיינים איזה התחדשות בהדין ויסתרו כל הדין ויהיה התחלת הדין ואם התחילו קודם זמן מנחה גדולה אין מפסיקין אפילו כשיגיע זמן מנחה קטנה ובלבד שישאר להם שהות להתפלל אחר הדין כפי ראות עיניהם ואפילו התחילו באיסור שישבו אחר זמן מנחה גדולה מ"מ אין מפסיקין כשנשאר עדיין שהות להתפלל אבל כשישבו סמוך למנחה קטנה והיינו אחר תשע שעות מפסיקין אפילו כשישבו לגמר הדין כן כתב רבינו ב"י וזהו להרי"ף והרמב"ם ז"ל וכן פסק בא"ח סי' רל"ב אבל תמיהני על רבינו הרמ"א מדוע לא הגיה כאן בש"ע כמו שם שהביא דעת ר"ת ז"ל דמותר לכתחלה להתחיל בגמר דין סמוך למנחה גדולה ודעת המאור דאפילו תחלת דין מותר ואם התחילו אפילו סמוך למנחה קטנה אין מפסיקין וכתבו גדולי האחרונים שעכשיו נהגו להקל בזה מפני שקוראין לבהכ"נ להתפלל או שמודיעים זמן מנחה ואין חשש שישכחו להתפלל [ת"ח] ומאימתי מקרי התחלת דין שאין מפסיקין משיתעטפו הדיינים בעטיפתן כדרכן לישב בדין ואם ישבו בדין אחר מקודם אז ההתחלה הוא משיתחילו בעלי הדינים לטעון :

סימן ו [על כמה דנין ובו סעי' אחד]

א אין יושבין הדיינין בדין על פחות משוה פרוטה דלאו ממון הוא לענין השבת גזל ואבידה ועל כלי ששוה פחות

פחות מש"פ תלוי במחלוקת שיתבאר בסי' פ"ח ואם הוזקקו לישב על שוה פרוטה גומרין הדין אף שהגמר נתהוה על פחות מש"פ כגון שהנתבע הודה על חצי פרוטה והחזירו להתובע או הנתבע יצא זכאי בדינו וחזר ותבע להתובע על חצי פרוטה וי"א דאף לגמר הדין אין נזקקין על פחות מש"פ ויש שכתבו דבדבר שהוא בעין נזקקין אפילו לפחות מש"פ וזה שאמרו חז"ל אין נזקקין לפחות מש"פ היינו בתביעת ממון או חפץ שאינו בעין ואם שני שותפים תובעים לאחד בפרוטה אע"ג דלכל אחד מהם הוי חצי פרוטה מ"מ כיון דבעסק השותפות הוה פרוטה נזקקים אבל שנים שאינם שותפים אין ביכולתם לתבוע פרוטה מאחד לזה חצי פרוטה ולזה חצי פרוטה ואם אחד תובע לשנים על פרוטה נזקקים כיון דלהתיבע הוה ממון ואם נזדקקו ב"ד לפחות מש"פ יש להם דין ב"ד לענין הודאה והוחזק כפרן [כס"מ]:

סימן ז [מי ראוי לדון והפסולים מחמת שנאה ומחמת קורבה ובו כ"ב סעיפים]

א כל ישראל כשרים להיות דיינים וגר [בימים קדמונים] פסול להיות דיין לדון את ישראל בכפייה ודבר זה הוא גזירת התורה שנאמר שום תשים עליך וגו' מקרב אחיך וגו' ובאה הקבלה דכל שימות שאתה משים היינו כל מיני התמנות לא יהיה אלא מקרב אחיך אבל לדון לגר חבירו רשאי ואם היתה אמו או אביו מישראל יכול לדון אפילו לישראל וברצון הבע"ד מותר כל גר לדון ואין חילוק בזה בין שלשה דיינים לדיין אחד מהשלשה וממזר כשר לדון בדיני ממונות ולא בד"נ ובירושלים לא היו מניחים אותו לדון גם ד"מ [קדושין ע"ו:]:

ב סומא בשתי עיניו פסול לדון דכתיב ועל פיהם יהיה כל ריב וכל נגע הקישה התורה ריבים לנגעים מה נגעים שלא בסומא דכתיב לכל מראה עיני הכהן אף ריבים שלא בסומא אבל בסומא באחד מעיניו אע"ג דלנגעים פסול מדכתיב לכל מראה מ"מ לדון כשר דלא גרע ראיית עין אחת מראיית כל האדם בלילה ומדהתירה התורה גמר דין בלילה כמ"ש בסי' ה' הלכך סומא באחת מעיניו שא"א לו לראות בענין אחר כשר אפילו לתחלת דין ואפילו לכתחלה דאל"כ דאינו כשר רק לגמר דין כיצד יבא לגמ"ד בלא תחלתה [לבוש ותו"ת] ולטעם זה סומא בשתי עיניו פסול אפילו לגמר דין [תו"ת] ואפילו נסתמא בגמר דין פסול [כס"מ] וגם בזה אין חילוק בין כל הדיינים לאחד מהשלשה ואם אינו סומא ממש רק שכהו עיניו כשר אף שראייתו חלושה [בר"י] ובסנהדרין אף סומא באחד מעיניו פסול:

ג י"א שאינו ראוי לדון רק מבן י"ח ומעלה שאז הוא גבר בגוברין ויש לו כח להציל עשוק מיד עושקו וי"א דבן י"ג שנה אפילו לא הביא שתי שערות כשר לדון דבדיין לא כתיב איש ורק תלוי בחריפותו ובקיאותו בדינים אבל קודם י"ג שנה שאין לו שם גדלות כלל אסור לדון ובקרקעות אין לו לדון עד שיביא שתי שערות דהא אין מקחו מקח כלל בקרקע כמ"ש בסי' רל"ה [תו"ת] ודיין קבוע אין למנותו עד שיהא בן עשרים [מ"י] ולדון ביחידי ראוי להחמיר עד שיהא בן ארבעים אם לא כשאין גדול ממנו בעיר [סמ"ע] וכל אלו חומרות בעלמא הן ומדין תורה נראה דכשהביא ש"ש והוא בן י"ג רשאי להיות דיין וקודם שהביא ש"ש אין דינו דין כלל דאין מעשה קטן כלום ודלא כי"א:

ד אשה פסולה לדון מפני שהיא פסולה לכל התמנות שנאמר שום תשים עליך וגו' מקרב אחיך כל שימות שאתה משים היינו כל מיני התמנות לא יהא אלא איש [רמב"ם פ"א ממלכים] דהא מקרב אחיך כתיב ולא מקרב אחיותיך ומה שדבורה שפטה את ישראל לא היתה דנה אלא מלמדת להם שידונו כך וכך ועוד דעל פי הדיבור היה [תוס' יבמות מ"ס:] ועוד דכל ישראל קבלוה עליהם שתדון אותם:

ה שתויי יין אע"פ שלהוראה פסול מ"מ לדין י"א שכשר והטעם דכיון דבדין יש עוד שני דיינים יזכירוהו שידון כהלכה ולפ"ז כשדן ביחידי או כשכולם שתויי יין פסולים לדון [תו"ת וכס"מ] ויש חולקים דשתוי פסול בדין כמו בהוראה ואסור לו לישב בדין כשהוא שתוי [ב"ח וסמ"ע ע"פ מדרש] וראוי להחמיר כי הוא ספק איסור תורה [מ"י] וכן נראה עיקר לדינא:

ו אין עד נעשה דיין והטעם משום דכתיב ועמדו שני האנשים אשר להם הריב לפני ד' שני האנשים אלו העדים אשר להם הריב אלו בעלי דינים לפני ד' אלו הדיינים דאין לומר דשני האנשים הם הבע"ד דא"כ מיותר הוא לגמרי ועוד דאטו אנשים באים לדין ולא נשים ועוד דאטו שנים באים לדין ולא יותר אלא וודאי דאשני העדים קאי וביאר הפסוק שהעדים צריכים לעמוד לפני הדיינים ולא שהם עצמם יהיו דיינים ועוד דבעדות בעינן עדות שאתה יכול להזימה וכשהדיינים הם העדים לא יקבלו הזמה על עצמן ואינו פסול רק עד שהעיד כגון אחד מהדיינים שהעיד בפני חביריו על מעשה שראה שוב אינו יכול להיות דיין אבל דיין שראה הדבר ולא העיד נעשה דיין בזה המעשה שראה ולא עוד אלא אפילו שלשה דיינים שראו המעשה בשעה שראוים לדון כגון ביום אם אפילו כוונו בשעת ראייתן בתורת עדות יכולים לדון בזה דלא תהא שמיעה ששומעין מפי העדים גדולה מראיית עצמן ובזה לא הצריכה התורה לעדים כלל אבל אם ראו המעשה בלילה שאינו זמן דין אין יכולין לדון למחר ע"פ ראיית הלילה דבזה לא שייך לומר לא תהא שמיעה גדולה מראייה

מראייה דהא זמן הראייה לא היה זמן שמיעה דאין מקבלין עדות בלילה ולכן אם רוצים לדון למחר בזה יעידו עדים אחרים בפניהם ואם ראו בשבת ויו״ט דמן התורה הוי זמן דין רק מדרבנן אין רשאים לדון כמ״ש בריש סי׳ ה׳ יש מחלוקת בין האחרונים אם כשירים לדון למחר ע״פ ראייה זו והדעת נוטה להכשיר [תו״ת וכס״מ] ויחיד מומחה אסור לדון ע״פ ראייתו דיחיד אינו עדות כלל [כס״מ] וזה שאין עד נעשה דיין היינו דוקא במילי דאורייתא אבל בדרבנן כמו בקיום שטרות וכה״ג אפילו עד המעיד נעשה דיין דלא החמירו בזה ובדיני נפשות י״א דאפילו עד הרואה אינו נעשה דיין ולהרמב״ם פ״ה מעדות אין חילוק בזה [דפוסק כר״ע ב״ק ל׳:] :

ז כל זה הוא כשלא הזמין הבע״ד את העד להעיד אבל אם הזמינו להעיד וראה המעשה אע״פ שלא העיד כלל בב״ד גרע יותר מראיית לילה דבראיית לילה יכולים לדון ע״פ עדים אחרים כמ״ש ובהוזמנו להעיד אין יכולים לדון גם ע״פ עדים אחרים דכיון דהוזמנו להעיד שם עדים עליהם ואין עד נעשה דיין ויש מי שאומר דהוזמנו להעיד שוה לראיית לילה וע״פ עדים אחרים יכולים לדון וכללו של דין זה דבמחשבה בלבד בראיית המעשה אין נפסלים לדיינות וכשהעידו הם פסולים לדון וכשראו ביום דנים ע״פ ראייתם וכשראו בלילה דנים ע״פ עדות אחרים ובהוזמנו להעיד יש מחלוקת כמ״ש ובדרבנן אף עד המעיד נעשה דיין, ודע דאע״פ שאין עד המעיד נעשה דיין בדיני ממונות מ״מ יכול העד ללמד זכות או חובה על אחד מהבע״ד אבל בדיני נפשות אסור לו להעד ללמד זכות או חובה [רמב״ס שם] :

ח אם תובעים ת״ח לדין לפני דיין שקטן ממנו בחכמה אין הדיין יכול לכופו שיבא לדון לפניו וכיצד עושים אוספים כל החכמים שבעיר ודנים ביניהם דכיון דמתאספים כל החכמים ליכא זילותא כשידין בפניהם [תו״ח] ואף אם הת״ח גדול מכולם ואם רצון הת״ח לבא לפני הדיין הרשות בידו דחכם שמחל על כבודו כבודו מהול ואם יש זילותא להת״ח לעמוד ביחד עם הבע״ד שלו שולחים הדיינים סופריהם ומקבלים הטענות בכתב ודנים ע״פ הטענות שבכתב [סמ״ע] ועיי׳ מ״ש בסימן קכ״ד :

ט אין לדיין לכתחלה לדון למי שהוא אוהבו אע״פ שאינו שושבינו וגם אינו ריעו אשר כנפשו דחיישינן שמתוך אהבתו לא יראה לו חובה וכן לא ידון למי שהוא שונא אע״פ שאינו אויב לו ולא מבקש רעתו דאע״פ שאין השנאה גדולה כל כך מ״מ כיון שהוא שונאו חיישינן שלא יראה לו זכות ולא משום חשד רשע אסור לו לדון לאוהב ושונא דוודאי לא יטה הדין בכוונה אלא דקים להו לחכמים שהזכות והחובה מבצבץ באדם בלא כוונת רשע אלא שמתוך אהבה הלב נוטה לזכותו ומתוך שנאה הלב נוטה לחובתו ואם דנם דינו דין ואפילו לכתחלה אין אחד מהבע״ד יכולים לפוסלו אלא שאמרו הז״ל דממדות חסידות יש לו להדיין בעצמו למנוע מזה אבל לא מעיקר דינא כי אין זה רק חששא בעלמא כיון שאינו אוהבו כנפשו ולא שונאו שיבקש רעתו ועצה טובה בעלמא הוא להדיין דצריך שיהיו שני הבע״ד שוים בעיניו ואם אינו מכיר לשניהם ולא את מעשיהם אין לך דין צדק כזה ושושבינו מקרי בתוך ימי חופתו דהיינו כל ז׳ ימי המשתה :

י אבל באוהבו ממש כגון שושבינו או ריעו אשר כנפשו או שונאו ממש דהיינו שהוא אויב לו ומבקש רעתו או שלא דיבר עמו ג׳ ימים מחמת איבה אפילו בדיעבד אין דינו דין אא״כ קבלוהו בע״ד עליהם ואין הבע״ד נאמן לומר על הדיין שהוא אוהבו של בעל דינו או שהוא שונא לו וצריך ראייה ברורה לדבריו רק הדיין עצמו יש לו למנוע מדין זה כשיש דיין אחר בעיר כיון שאחד מהבע״ד חושד אותו [מ״י] ואם הבע״ד מכשיר את הדיין שהוא אוהב ושושבינו של בע״ד חבירו אין השני יכול לעכב [תו״ת] ואין זה דומה לכל הפסולין דאין זה פסול ממש ששניהם יהיה ביכולתם לעכב :

יא אבל כשזה בורר לו דיין אחד וזה בורר לו דיין אחד יכול כל אחד לברר אוהבו ומתוך שכל אחד יברור לו אוהבו יצא הדין לאמתו והשלישי מהראוי שיהא מרוצה לשניהם בשוה באהבתו להם דהרי הוא יהיה המכריע בין שניהם אמנם כיון דשנים לוקחים אותו לשליש אין חשש בזה :

יב הרב יכול להיות דיין לתלמידו אף לכתחלה ואין השני יכול לפוסלו דהלילה לומר שמתוך אהבתו לו בתורה יטה לבו אחריו אא״כ יודע הרב בעצמו שמצד תורתו הוא אוהבו ממש דאין לו לישב בדינו :

יג ב״ד הפסול מחמת אהבה ושנאה אע״פ שהם בעצמם אין יכולים לדון מ״מ ביכולתם לברור דיינים שידונו אותם אבל הפסולים מחמת קורבה אין יכולים אף לברור דיינים דפסול קורבה פסלה התורה בפירוש אם לא שיש מנהג בזה דהולכין אחר המנהג [כס״מ] :

יד אם הדיין הוא אוהב או שונא לשני הבע״ד בשוה יכול לדון אותם גם לכתחלה דכיון דשוה לשניהם לא תטה לבו לזה יותר מלזה ואף שיש מי שמסתפק בזה מ״מ כן נראה עיקר לדינא :

טו המנדה לחבירו [בזמן הקדמונים] מפני שזילזל בכבודו יכול לדונו אח״כ מאחר שאינו שונאו זולת זה וזה עשה מדינא ומ״מ בתוך ימי נדויו ראוי למנוע א״ע מדינו דלא ימלט שבתוך הזמן הזה לא יהא עליו קצת טינא בלב אף שלא ברצונו [סמ״ע] :

טז מעשה בגדול אחד שאדם אחד לוה ממנו מעות וכיחש לו ונשבע לשקר ולאחר זמן בא לפניו לדין ולא רצה לדונו מפני שחשש שלא יראה לו זכות [הו״י] ודברי טעם הן :

יז שני ת״ח השונאים זא״ז אסורים לישב יחד בדין

שמתוך

שמתוך שנאתם לב כל אחד יטה לסתור דברי חבירו ולא יצא הדין לאמיתו וכן לא יתמנו שני אנשים בהתמנות אחת אם הם רחוקים זה מזה בטבעם והנהגתם [סיטך] ולא ידון הדיין לכתחלה למחותנו אפילו כשהוא דיין קבוע ובדיעבד אין פסול בזה ולישב יחד עם מחותנו בדין מותר אפילו לכתחלה [גס״מ בסי׳ ל״ג]:

יח כל הפסולים להעיד מחמת קורבה או מחמת עבירה אפילו בעבירה דרבנן פסולים גם לדון ועוד חמור דין מעדות דבעדות בפסולי דרבנן צריך הכרזה כמ״ש בסי׳ ל״ד ובדיין א״צ הכרזה [ככס״ג] והדיינים לא יהיו קרובים זל״ז ולא לעדים ולא לבע״ד ולא להמורשה ממנו אם יש להמורשה חלק בזה אם יזכה בעל דינו ואם בא בעל דין אחד להדיין לדון לפניו עם קרובו של הדיין יכול הדיין לדונם כשיודע זה שבא מקורבתם דכיון שבא מעצמו הוה כקיבל עליו [ס״ך] ואם הקרוב רוצה לפסלו הרשות בידו:

יט דיינים שנמצא אחד מהם קרוב או פסול בטל כל הדין כמו בעדים בסי׳ ל״ו [סגרע״ת] ויחזרו לטעון בפני כשירים וידונו מחדש ורשאין לדון בפני דיינים אלו כשיסתלק מביניהם הקרוב או הפסול:

כ דיין שיודע בחבירו שהוא רשע או גזלן אסור לו להצטרף עמו ולישב עמו יחד אע״פ שידון דין אמת או יעשו פשרה שנא׳ מדבר שקר תרחק ואם קבלו בעלי דינים עליהם רשע זה אף שיודעים מרשעתו יש להתיישב בזה אם מותר להדיין הכשר לישב עמו יחד לדין או לפשרה [עיי׳ בסמ״ע]:

כא ב״ד צריך שיהיה בהם שבעה דברים חכמה ענוה יראת ד׳ שנאת ממון של איסור ואפילו על ממון שלהם לא יהיו נבהלים עליו ולא רודפים לקבץ ממון אהבת האמת אהבת הבריות להם בעלי שם טוב והעונש למי שמעמיד דיין שאינו הגון יתבאר בסי׳ ח׳ וכל אלו הדברים מפורשים בתורה אמרה תורה בהתמנות הדיינים חכמים ונבונים הרי חכמה וידועים לשבטיכם אלו שהבריות נוחים מהם מלשון ולנעמי מודע וביתרו כתיב אנשי חיל ואיזהו גבור הכובש את יצרו ובכלל אנשי חיל שיהיה להם לב אמיץ להציל עשוק מיד עושקו כמ״ש ויקם משה ויושיען וזהו בכלל שם טוב ומה משה רבינו היה עניו אף כל דיין צריך להיות עניו שנא׳ ונשאו אתך בדומין לך וכתיב יראי אלקים כמשמעו שונאי בצע כמשמעו וממילא שאף לממון שלהם אינם נבהלים אנשי אמת שיהיו רודפים הצדק מחמת האמת עצמו:

כב כל דבר שיש לדיין צד הנאה בדין זה אינו יכול לדון עליו דהוי נוגע בדבר דקרוב שלבו יטנו אחר הנאתו אא״כ מסלק עצמו מהנאתו כיצד בני העיר שנגנב ס״ת שלהם אין דנין בדייני אותה העיר אא״כ יש להם ס״ת אחרת בבהכ״נ שהדיין מתפלל שם שאז אינו נוגע בדבר וא״צ שיסלק עצמו מבהכ״נ זה אע״פ שקודם זה היה להם שני ספרי תורה אבל אם בבהכ״נ זה אין להם ס״ת אחרת אע״פ שיש עוד בהכ״נ בעיר ויש להם ס״ת לא מהני אא״כ מסתלק הדיין עצמו מבהכ״נ זה וילך ויתפלל בבהכ״נ האחרת וכן כשדנין על בהכ״נ שהדיין מתפלל שם אינו יכול להיות דיין בזה אא״כ יש בהכ״נ אחר בעיר והוא יסתלק עצמו מבהכ״נ זה באופן שילך תמיד לבהכ״נ האחר אבל כשהולך לבהכ״נ זה אף שביכולתו לילך להאחר מקרי הנאה [סמ״ע] וגם צריך שיהיה באפשרי שילכו כל העיר לבהכ״נ האחר דאל״כ הוי נוגע כיון שכופין זא״ז לבנות בהכ״נ כשא״א כולם ליכנס בהבהכ״נ האחד ויצטרכו לבנות עוד בהכ״נ ויצטרך הדיין ליתן חלק [תו״ת] אמנם אם הוא באופן שלא יצטרך ליתן חלק כגון שיש לו מקום שלו ואין אחר יכול להזיזו ממקומו כנהוג אצלינו אינו נוגע בדבר וגם מיירי באופן שאין ביכולת זט״ה למכור הבהכ״נ או הס״ת לצרכי העיר דאל״כ הוי תמיד נוגע [סס] וכן בכל העניינים צריכין להבין עניין הנגיעה כמו שיתבאר בסי׳ ל״ז לענין עדות והאומר תנו מנה לעניי עירי ויש בזה סבסוכים אין דנין בדייני אותה העיר מפני שנהנים בהרווחת ענייהם ולכן אע״פ שברצון הדיין ליתן הצדקה שנתן עד כה באופן שלא ירויח מזה אף אם יזכו העניים בדין זה מ״מ הנאה הוא לו בהרווחתם וחשיב כנוגע בדבר וכן בעסקי מס אין דנין בדייני אותה העיר מפני שיש להם או לקרוביהם איזה הנאה מזה ואם הוא מס פרטי שאינו נוהג אלא זמן קצוב יכולים קצת מן הקהל להסתלק והיינו שיתנו הערכתם בין שיהיה הדין כך או כך באופן שלא יגיע להם הנאה בזה הדין ויכולים לדון בזה ואם עשו תקנה או שיש מנהג בעיר שדייני העיר ידונו על כל הדברים הנוגעים לעיר דיניהם דין וכן המנהג פשוט ומימינו לא ראינו ולא שמענו שבעסק הנוגע לעיר לא ידונו דייני העיר וכיון שהמנהג כן הוי כקבלו עליהם ויכולים הדיינים שבעיר לדון על כל ענייני העיר וכמ״ש בסי׳ ל״ז לענין עדות מיהו אם רואים שלפי נושא הענין מוטב יותר שידונו ע״פ דיינים אחרים יעשו כן ולא ידונו דייני העיר:

סימן ח [שלא למנות דיין שאינו הגון ושכר הדיין ועונשו ובו ו׳ סעיפים]:

א כל המעמיד דיין שאינו הגון במעשים או שאינו חכם בחכמת התורה אע״פ שהוא כולו מחמדים ויש בו מעלות הרבה הרי זה שהעמידו עובר בל״ת על לא תכירו פנים כלומר לא תכיר פנים מפני האהבה או מפני רצונך למנות דיין שאינו ראוי וכך אמרו חז״ל כל המעמיד דיין שאינו הגון על הציבור כאלו נוטע אשירה בישראל

בישראל שנאמר שפטים ושטרים תתן לך וגו׳ לא תיטע לך אשרה וגו׳ ומה שנתבאר בסי׳ ג׳ דדי באחד שגמיר וסביר היינו באקראי במקום שאין ב״ד קבוע אבל בקביעות למנות דיינים קבועים צריכים להיות כולם חכמים ויראי אלקים ואסור להעמיד דיין עם הארץ על סמך שישאל כל פעם לחכם דשמא לא ישאל לפעמים ונמצא מטה את הדין כיון שהוא ע״ה ועיירות שאין בהם חכמים ואם לא יעמידו להם דיינים יהיה קלקול רב ואין ידם משגת לקבל חכם מעיר אחרת ממנים הטובים והחכמים שבהם ברצון אנשי העיר וכיון שקבלום עליהם בני העיר אין ביכולת לפוסלם וכל דיין שנתמנה באיזה ערמה ותחבולה וכ״ש אם ע״י שוחד נתמנה אין לעמוד לפניו ומזלזלים בכבודו :

ב צריכים הדיינים לישב באימה ביראה בעטיפה ובכובד ראש ועכשיו לא נהגו בעטיפה ויש להשים הכובע על ראשו וזהו אצלינו במקום עטיפה כדרך שמשים הכובע בשעת תפלת מנחה וערבית כשאינו מעוטף בטלית וגם בשעת הדין יש כבוד השכינה שנא׳ אלהים נצב בעדת אל בקרב אלהים ישפוט כלומר שהש״י דן הדיינים שמטים מדרך הדין ונותן שכר להדנים דין אמת ואלהים השני קאי על דיינים שנקראו כן כדכתיב אלהים לא תקלל ותרגם אונקלום דיינא לא תקל ולפיכך אסור בקלות ראש בשעת הדין ויראה הדיין כאלו חרב מונחת לו על צוארו וכאלו גיהנם פתוחה לו מתחתיו אם יטה את הדין וידע את מי הוא דן ולפני מי הוא דן לפני מלך מלכי המלכים הקב״ה וכל דיין שאינו דן דין אמת גורם לשכינה שתסתלק מישראל וכל דיין שנוטל ממון מזה ונותן לזה שלא כדין הקב״ה נוטל ממנו נפשות וכל דיין שדן דין אמת לאמיתו אפילו שעה אחת כאילו תיקן כל העולם כולו וגורם לשכינה שתשרה בישראל ולאמיתו הוא לאפוקי דין מרומה כגון שהדיין מבין שהטענה היא שקר או העדים שקרנים ואין ביכולתו לברר זאת והוא מוכרח לזכותו לפי הטענה או לפי העדים אבל ברור להדיין ששקר הוא זהו דין מרומה וצריך הדיין לסלק א״ע מזה :

ג ועכ״ז לא יאמר הדיין אחרי שהעונש גדול כל כך מה לי ולצרה הזאת לא אזדקק לדין כלל על זה נאמר ועמכם בדבר המשפט שאמר יהושפט המלך להדיינים אין לכם לירא מפני המשפט אחרי שתשפטו מה שעם לבבכם ע״פ טענותיהם שוב לא תענשו כי אין לו לדיין אלא מה שעיניו רואות ולא ניתנה תורה למלאכים ולא בשמים היא רק שאתם מחויבים להבין הענין ולפסוק כפי דעתכם בדין וההולך באמת בדרך התורה מסייעין לו מן השמים :

ד דרך חכמים הראשונים שהיו בורחים מלהתמנות ודוחקים עצמם הרבה שלא לישב בדין עד שידעו שאין שם ראוי כמותם ושאם ימנעו עצמם תתקלקל השורה ואעפ״כ לא היו יושבים בדין עד שהיו העם והזקינים מכבידים עליהם ומפצירים בם וזהו דווקא כשיש דיינים אחרים מומחים אע״פ שאינם כמותן אז מהנכון לסרב א״ע אבל אם אין שם מומחים כלל מחוייב לדון ועל זה נאמר ועצומים כל הרוגיה זה שהגיע להוראה ואינו מורה [חו״ת] :

ה אסור לדיין להתנהג בשררה וגסות על הציבור אלא יתנהג בענוה ויראה וכל המטיל אימה יתירה על הציבור שלא לשם שמים אינו רואה בן ת״ח לעולם ואסור לנהוג קלות ראש בהציבור ולא יקל כבודם בעינו אע״פ שהם ע״ה ולא ישכח שהם בני אברהם יצחק ויעקב זרע קודש ולא יפסע על ראשי עם קדוש וצריך לסבול טורח הציבור ומשאם ומצוה על הציבור לנהוג כבוד בהדיין ותהי׳ אימתו עליהם וגם הוא לא יתבזה ולא ינהוג קלות ראש בעצמו לפניהם שלא יהא רגיל לאכול ולשתות בבתי אחרים אם לא בסעודת מצוה ולהשתכר גם בסעודת מצוה אסור וכיון שנתמנה אדם פרנס על הציבור אסור לו לעשות מלאכה בפני שלשה כדי שלא יתבזה בפניהם וכל דיין שאין לו מי שישמשנו אין לו לקבל להיות דיין :

ו גם בשליח ב״ד אסור לנהוג קלות ראש והמבזה אותו והמצערו יש רשות לב״ד לקונסו כפי ראות עיניהם והשליח נאמן כשנים להעיד שביזו אותו לענין שינדו אותו אבל להכותו או לקונסו בממון אינו נאמן בלא עדים והשליח ב״ד יכול להגיד לב״ד מה שענה הבע״ד אף שהוא ענה דברי ביזוי ואין בזה משום לה״ר ורז״ל למדו זה מפרשה קרח מדכתיב העיני האנשים ההם תנקר לא נעלה ומסתמא הגיד זה שלוחו של משה רבינו למשה רבינו ואם היה איסור בדבר לא היה משה רבינו מקבל דברים אלו ולא היה כותבו בתורה דפשיטא שהקב״ה לא היה מצוה לו לכתוב דבר שאינו ע״פ דין וזה אין לומר דהשליח לא הגיד לו הדברים האלה אלא הקב״ה גילה לו ככל דברי התורה דהרי הקב״ה אינו מגלה דילטורין [סנס׳ י״ח.] אלא וודאי דהשליח אמר לו והקב״ה צוהו לכתוב זה בתורה וש״מ שאין בזה משום לה״ר וכן יכול השליח ב״ד לעשות דין במסרב בו להכותו ואם הזיקו בממונו פטור אפילו היה יכול להציל בדבר אחר [סמ״ע] ויש חולקין דביכול להציל ע״י דבר אחר אין לו רשות להזיקו בממונו או להכותו [סבו״י] וכן נראה עיקר ועיי׳ בסי׳ י״א :

סימן ט [שלא ליקח שוחד והתרת שכר בטילה ובו י״ב סעיפים] :

א כתיב לא תקח שוחד וא״א לומר דהאזהרה הוא שלא ליקח שוחד להטות הדין דהרי על זה נאמרו כמה לאוין

לאוין בפ"ע לא תטה משפט לא תכיר פנים לא תטה משפט אביונך בריבו אלא וודאי דהתורה אסרה קבלת שוחד אפילו לזכות את הזכאי ולחייב את החייב ולכן מאד מאד צריך ליזהר בקבלת שוחד ואם לקח חייב להחזירו כשיתבענו הנותן ולצאת י"ש מחוייב להחזיר אף אם לא יתבענו הנותן והנותן יכול לתבעו אף אחר זמן מרובה כל זמן שלא מחלו בפירוש [סמ"ע] ולאו דווקא דיין אסור בקבלת שוחד אלא אפילו כל הממונים וכל העוסקים בצרכי ציבור אף שאין דיניהם דין תורה ואסורים להטות הענין בשביל אהבה או שנאה וכ"ש ע"י לקיחת שוחד ולאו דווקא שוחד ממון אסור אלא אפילו שוחד דברים כגון להקדים שלום להדיין אם לא היה רגיל בכך מקודם וכן לעשות לו איזה שירות אסור אם לא היה רגיל בכך מקודם אפילו שירות קטן אסור וליתן שוחד לדיין עובד כוכבים אם נותן כדי שיטה הדין עובר על לפני עור לא תתן מכשול דבשם שיש איסור על הדיין לקבל שוחד כמו כן יש איסור על הנותן ובני נח נצטוו על הדינין אבל אם הוא רוצה להטות הדין שלא במשפט לצד השני ונותן לו שלא יטה הדין מותר [ה"ס] :

ב דיין שצריך לשאול כלים משכניו ורגיל הוא בכך והוא אין לו מה להשאילם פסול להם לדין אבל אם יש לו מה להשאילם אף שעדיין לא השאילם שרי דכיון דיש לו מה להשאילם אין על זה תורת שוחד ודרך השכנים בכך וכן אם מה ששואל מהם אינו מפני שצריך להכלים לתשמישיו אלא שעושה כן כדי להחשיבם וכבוד הוא להם כששואל מהם שרי ומה שנפסל בשאילת כלים כשאין לו מה להשאילם זהו דווקא כשרגיל כן בתמידיות אבל אם שואל באקראי בעלמא אין קפידא בזה :

ג אם קדם התובע ושלח מתנה להדיין קודם שהזמין את הנתבע לדין אם דרכו לפרקים לשלוח מתנה להדיין ולהנותו אין הנתבע יכול לפוסלו מפני זה אפילו היה הדבר מפורסם שיש לו דין דהרי נראה שלאו מחמת הדין שלח לו אלא להנותו כדרכו תמיד ואם מרגיש הדיין בעצמו שנתקרבה דעתו לזה יש לו למנוע עצמו מהדין ואפילו אם לא נתקרבה דעתו מפני זה אלא שמרגיש שלכן שלח לו התובע עתה מתנתו מפני הדין שיש לו פסול לישב בדין זה מדינא [ב"ח] ולאחר הדין כשהפך בזכות אחד מהבע"ד ושלח לו מתנה על שהפך בזכותו אסור לו לקבל אם לא שמדינא מגיע זה להדיין :

ד בזמן הקדמונים היו נוהגים לעשות קופה בעיר בעד הב"ד לפסוק ממון לפרנסתם ומגבין אותה בתחלת השנה או בסופה ואין בזה משום תורת שוחד ואגר דינא כי חובה על ישראל לפרנס דייניהם וחכמיהם וגם אם יש נדבות או הקדשות סתם שלא פירש הנותן לצדקה פרטית לוקחין מזה להדיינים והחכמים ויותר טוב לגבות מתחלת השנה שיהא מוכן להם כדי שלא יצטרכו להחניף או להחזיק טובה לשום אדם או שעושים מאיזה הכנסה ליתן להם שכירות בכל שבוע ושבוע דבר קצוב וכן נוהגים :

ה כל דיין אף שאינו נוטל שוחד אך שיושב ומגדיל שכר לסופרים ולשמשים ה"ז בכלל הנוטים אחרי הבצע ובני שמואל הצדיק נענשו בעד זה והציבור יראו שיהיה גם להם דבר קצוב :

ו הנוטל שכר לדון לא בתורת שוחד אלא בתורת שכירות כשארי מלאכות אפילו כן כל דיניו שדן בטילים הם אא"כ אותם הדינים הידועים שלא נטל בהם שכר הם מקויימים וכשרים דזהו לא הוה כרשע שיפסולו כל דיניו כמו קבלת שוחד דמדין תורה אין בזה איסור כל כך אלא שחכמים קנסוהו שיהא דיניו בטילים [סמ"ע] שאין זה כבודו של דין ליטול בעדו שכירות כבשארי מלאכות וכן אין פוסלים למפרע כל הדינים שדן ונחשוש שמא נטל אז ג"כ שכירות בעדם דאמרינן השתא הוא דאיתרע [כס"מ] ומה שנתפשט ששני הצדדים נותנים דבר מועט לדיינים קודם שאומרים להם הדין או הפשרה נראה דמזמן הקדמון היה תקנת הציבור כן והם יכולים לתקן שלא ידונו עד שיתנו שני הצדדים דזהו פרנסתם וכשמקבלים רב או דיין הוה כאלו התנו כן עם הציבור כיון שהמנהג כן [כס"מ] ושכר פשרה פשיטא דמותר תמיד ליקח משני הצדדים בשוה [ס"ך] :

ז אם הדיין אינו נוטל אלא שכר בטילה מותר והוא שיהא ניכר לכל שאינו נוטל אלא שכר בטילתו כגון שיש לו מלאכה ידועה לעשות בשעה שיש לו לדון אומר לשני הבע"ד תנו לי שכר פעולה של אותה מלאכה שאתבטל ממנה והוא שיקבל משניהם בשוה ודווקא כשהתנה עמהם מקודם אבל אם לא התנה מקודם ואח"כ מבקש מהם שכר בטילתו א"צ ליתן דיכולים לומר לו אלו אמרת לנו מקודם היינו הולכים לדיין אחר [ט"ז] ואם אינו ניכר שכר בטילתו כגון שאין לו מלאכה ידועה אלא שאומר שמא יזדמן לי איזה קניית סחורה או סרסרות וכיוצא בזה ובשביל זה מבקש שכר אסור אבל כשמבקשים אותו ליסע לאיזה מקום לדון יכול ליטול שכר נסיעתו כמה שירצה דאין זה שכר הדין וכן הוא לענין עדות כמ"ש בסי' ל"ד סעי' כ"ו ולפמ"ש שם אפילו כשמבקשים את הדיין לילך לבית אחר לדון שם יכול ליטול שכר טרחתו בעד הלוכו לשם ולפי מה שנתבאר יש שלשה חילוקים בדין זה דאם הוא עוסק באיזה עסק בשעה שבאו לפניו לדין מותר לו לכתחלה ליטול שכר בטילתו ואם אינו עוסק אז רק שאומר שרצונו כעת לעסוק בהעסק שיש לו ולכן יתנו לו שכר בטילתו מכוער הדבר אם אין שעה זו ידועה שנצרך לעסוק בעסקו אבל עכ"ז מותר לו להתנות עמהם ואם אין לו עסק כלל אלא שאומר שמא יזדמן לי עסק אסור [סמ"ע] :

ח כלל זה שאמרנו הוא בדיינים שאינם קבועים בעיר אבל בדיינים קבועים שנתמנו לכך וזהו פרנסתם מותרים לכתחלה ליטול משני הצדדים בשוה וכן הוא המנהג [תו״ת וכס״מ] כמ״ש בסעי׳ ו׳ דהוה כאלו התנו בכך עם הציבור:

ט אין לדיין להניח לתלמיד בור שישב לפניו בשעת הדין שלא ישא ויתן עמו ויטהו מדרך האמת ועל זה נאמר מדבר שקר תרחק:

י תלמיד היושב בפני רבו ורואה זכות לעני והרב רוצה לחייבו מחוייב התלמיד ללמד עליו הזכות שלדעתו ואם שותק עובר משום מדבר שקר תרחק ולאו דווקא לעני דה״ה אם הזכות לעשיר והדיין רוצה לחייבו צריך ללמד עליו הזכות שלדעתו ומה שאמרו חז״ל זכות לעני רבותא היא שלא יאמר התלמיד הגם שע״פ הדין יש לו זכות מ״מ רבי מבין שהאמת עם העשיר דאיך יתבע העשיר מהעני בשקר עכ״ז אסור לו לשתוק [רס״ל ותו״ת]:

יא תלמיד היושב לפני רבו ורואה שרבו טועה בדין לא יאמר אשתוק עד שיגמור הדין ואסתרנו ואחזור ואבננו כדי שיקרא על שמי דזהו ג״כ בכלל מדבר שקר תרחק אלא יאמר לו מיד דרך כבוד רבי כך וכך למדתני:

יב יש דבר שנוהגין העולם כהיתר והוא איסור גדול איסור שיש בזה קבלת שוחד והכשלת הרבים ומחלוקת וחלול ש״ש שאין קץ להעונש והוא שכאשר נצרך לברור למנהיג באיזה ענין מענייני העיר ע״פ רשיון המלוכה ומשתדלים להעמיד מקרוביהם או מאוהביהם או מחמת שנאה להאחר ואף שיודעים בעצמם שהאיש שרוצים בו אינו הגון לכך כמו האחר ומשתדלים להרבות דיעות על מי שרוצים ואף שאומרים שמי שרוצים בו הוא טוב והגון ומפתים להמון אמנם לפני יודע תעלומות גלוי שיש לו פנייה בזה ומכשילים את העיר ורבים חללים הפילה עניינים כאלה ולכן צריך האדם ליזהר בזה מאד מאד:

סימן י [להיות מתון בדין ובו ד׳ סעיפים]

א צריך הדיין להיות מתון בדין וכך דרשו רבותינו אשרו תמוץ אשרי הדיין שמחמיץ דינו כמו העיסה הנאפת קודם שנתחמצה כראוי אין הלחם יפה כ״כ אם אינו מחמץ דינו לא יצא הדין יפה וכמו העיסה המתחמצת יותר מכשיעור מקלקלת טעם הלחם כמו כן לא יחמיצנו להדין יותר מכשיעור וכשנתברר לו לא יענה הדין ויחתכנו מיד והגם לבו בהוראה וקופץ ופוסק הדין קודם שיחקרנו היטב בינו לבין עצמו עד שיהיה ברור לו כשמש ה״ז שוטה רשע וגס רוח שוטה שהוא סובר שהוא חכם ונשאר בשטותו ורשע שמעוות הדין וגס רוח שסובר שאיש כמוהו א״צ להיות מתון בדין:

ב כל מי שבא לידו דין ומדמיהו לדין אחר שבא לידו כבר ואותו דין עשה ע״פ חכם ויש בעיר גדול ממנו בחכמה ואינו נמלך בו ה״ז בכלל הגס לבם בהוראה דהא יכול להיות שדין זה אינו דומה להראשון בכל פרטיו וכן לענין איסור והיתר [תו״ת]:

ג כי רבים חללים הפילה זה ת״ח שלא הגיע להוראה ומורה והוא כמו נפל שלא מלאו ימיו כמו כן גם הוא לא מלאו ימיו עדיין להוראה והרבה חללים יפיל ועצומים כל הרוגיה זה שהגיע להוראה ואינו מורה שעוצם עיניו מלהורות ולדון הורג את בני דורו והוא שיהיה הדור צריך לו אבל אם ידע שיש שם ראוי להוראה ומונע א״ע ה״ז משובח וכל דיין שמונע א״ע מן הדין ורואה לעשות פשרה מונע ממנו איבה וגזל ושבועת שוא ואף כשהדין ברור לו כשמש מ״מ יותר טוב לעשות פשרה אם אפשר:

ד יהיה בעיני הדיין דין של פרוטה כדין של מאה מנה ויש למנוע עצמו מדין של פרוטה כמו מדין של מאה מנה [ט״ז] ובסי׳ ט״ו יתבאר בדין קדימת הדין:

סימן יא [כיצד מזמינים לדין ובו ט׳ סעיפים]

א כיצד מזמינים לדין כך נהגו קדמונים שולחים ב״ד שלוחם אחר הנתבע שיבא ליום הקבוע לישיבת הדיינים ואם הוא מקום שיושבים הדיינים בכל יום א״צ לומר לו לאיזה יום אלא מתרה אותו סתם וממתינים עליו כל היום עבר היום ולא בא אם הנתבע הוא מצוי בעיר אפקירותא הוא מה שלא בא ומנדין אותו [בימים קדמונים] למחרתו ואם הוא טרוד בעסק שחוץ לעיר משערין ב״ד כפי ענין טרדתו לקבוע לו זמן ואם הוא אדם שיוצא ונכנס תדיר מעיר לחוץ לעיר ומחוץ לעיר לעיר נוהגים לו שלשה התראות בשלשה ימים וכשלא בא בפעם שלישי מנדין אותו למחרתו וכבר נהגו דאף למי שהוא בעיר אין נותנים סירוב ב״ד עד אחר שלשה התראות בשלשה ימים [תו״ת וכס״מ] והטעם משום דהאידנא כולם טרודים ולא גרע מיוצא ונכנס מחוץ לעיר לעיר ותולין שמפני טרדתו לא היה יכול לבא אם לא לאורח דאז צריך לבא בפעם ראשון כמו שיתבאר בסי׳ י״ד ושכר ההזמנה נותן התובע:

ב יכול הנתבע לומר להתובע קודם ירידתו לב״ד הגד לי על מה אתה תובעני לדין ואם התובע אומר לא אגלה לך התביעה רק בב״ד יכול הנתבע לומר לא

אלך עמך עד שתגיד לי ואולי כאשר אשמע תביעתך אפצה אותך בלא ב"ד [ס"ך] והנתבע מודיע זה לשליח ב"ד וכן אם יש להנתבע איזה סיבה שאין ביכולתו לבא עתה לב"ד או שמוכרח עתה לילך בדרך מודיע זה לשליח ב"ד וב"ד קובעים לו זמן אחר ואם לא עשה כן מנדין אותו דאפקירותא הוא מה שלא השיב לב"ד התנצלותו וכן מי שאומר שאינו חושש לגזירת ב"ד או חכם אע"פ שבא הוה אפקירותא ואם אומר לא ארון בפני ב"ד זה אלא בפני ב"ד אחר נתבאר בסי' ג' ועוד יתבאר בסי' י"ד והשליח ב"ד נאמן לומר שביזה אותו או הב"ד כמ"ש בסי' ח' ונתבאר שם דלהוציא ממון אינו נאמן וממילא למדנו דבמקום שכותבים הסירוב ואין מתירין לו עד שישלם שכר הכתיבה דאין השליח נאמן לענין זה :

ג כתב רבינו הרמ"א דאם הלך הב"ד למקום אחר צריך הנתבע לילך אחריהם ואם לא הלך מנדין אותו עכ"ל וכל הפוסקים לא הביאו דין זה ותמוה הוא מצד הסברא ויראה לי דאין דין זה רק אם זה שהתרו בו אינו ממקום זה שהדיין דר בו אלא מסביבות מקומו וכשהלך הדיין למקום אחר אין לו להמותרה ריחוק מקום למקום זה דאז וודאי חייב לילך למקום שהדיין הלך כיון דאין לו ריחוק מקום בזה [וכ"מ ממקור הדין מר"ה ל"א: דההיא איתתא אזמנוה לנהרדעא והיא לא היתה משם דומיא דעידי ראיית הלבנה דמשנה דהם ממקום אחר ולכן השמיטו הרמב"ם והטור דין זה דאינו מצוי ודו"ק] :

ד כשהשליח ב"ד מתרה להבע"ד צריך לומר לו בשם כל הדיינים או בשם הראש ב"ד או בשם הרב שבעיר אבל אם אמר לו בשם אחד מהדיינים ולא בא אין מנדין אותו בד"א שהיה ביום שאינו קבוע לישיבת הדיינים אבל ביום הקבוע לישיבת הדיינים הכל יודעים שכל הדיינים מקובצים ואפילו בא בשם אחד הוי כאלו בא בשם שלשתן רק שלא יזכיר לו בשם הפחות שבדיינים [ס"ך] ומהנכון לחלוק כבוד להמומחה שבהם ולהתרות בשמו ונראה דבמקום שב"ד יושבים בכל יום צריך להזכיר בשם כולם או בשם המומחה אבל אם הזכיר בשם אחד מהם ולא בא אין מנדין אותו ולא דמי לזמן הקבוע לישיבתם דכשבא בשם אחד הוי כאלו בא בשם כולם דהתם כיון שאין יושבים בכל יום והזמן הקבוע מוכרחים לישב יודע הבע"ד שבוודאי ישבו כל הדיינים אבל כשיושבים בכל יום יכול הבע"ד לומר כיון שהזכיר לי אחד מהם חשבתי שאולי שארי הדיינים אין להם פנאי היום ויש מקומות שהשליח ב"ד מתרה את הבע"ד בשם בע"ד חבירו ואומר ראובן מתרה אותך לב"ד :

ה כשהשליח ב"ד לא מצאו להמותרה בביתו אין זה בכלל ההתראות אפילו כשביקש לשכיניו שיאמרו לו כשיבא לביתו שהתרו אותו והם הבטיחו לו אין זה כלום ואע"פ דקי"ל חזקה שליח עושה שליחותו ובוודאי אמרו לו השכנים דחיישינן שהשכינים יתיישבו בדעתם ויאמרו בוודאי מצאו הוא בעצמו ואמר לו ולכן אין זה רק כשהבע"ד בעיר דאז יאמרו שהשליח ב"ד בעצמו מצאו אבל אם דרכו של זה האיש להיות כל היום בסביבת העיר ובא בכל לילה לביתו ללון יכול השליח ב"ד למסור ההתראה לאחד מהשכינים ואפילו לאשה אם מבטחת שתאמר לו שהתרו אותו לב"ד שיבא למחר ואם לא בא מנדין אותו למחרת היום ההוא דחזקה שליח עושה שליחותו ואמרו לו דהא יודעים שהשליח ב"ד לא יראה אותו ולפיכך אם הדרך שהולך בה המותרה מחוץ לעיר לביתו הולכת על יד המקום ששמה יושבים הב"ד אין ההתראה נחשבת דאומרים השכינים כשהלך לביתו על יד בית הב"ד ראוהו ואמרו לו וכן אם אין דרכו לבא בכל יום לביתו רק ליום המחרת אין סומכין על השכנים דשמא עד יום המחרת שכחו על זה ולא הגידו לו כיון שאין הדבר נוגע להם ונראה דאפילו כשבקש השליח ב"ד את אשתו ובני ביתו אינו מועיל ג"כ דקרוב הדבר ששכחו ולא הגידו לו :

ו מי שכתבו עליו נידוי על שלא בא ואמר שיבא אין קורעין כתב הנידוי עד שיבא משום דכל זמן שלא בא הוי כאפקירותא נגד הב"ד אבל מי שכתבו עליו נידוי על שהיה מסרב לעשות ציווי ב"ד מיד כשאומר הריני מקבל עלי לעשות ציוויים קורעים כתב הנידוי דמיד כשמקבל עליו לעשות מסתלקת האפקירותא ומה שאינו מקיים תיכף שמא אין ביכולתו לקיים מיד אבל לילך לב"ד הרי ביכולתו לילך מיד והוא משלם שכר הסופר שפשע בעצמו שפקר בב"ד :

ז מי שכתבו עליו סרבנות על שלא רצה לקיים פס"ד ואחר זמן תובע התובע ממנו ע"פ הסרבנות ובאופן שבלא הסרבנות לא היה חייב כגון אשה שתבעה לבעלה בעד מזונות ופסקו ב"ד שיתן לה דבר קצוב בכל שבוע ולא רצה לקבל הדין ונתנו בידה כתב סרבנות ואחר משך זמן תובעת כמה שפסקו לה הב"ד והוא אומר כיון ששתקת מחלת והיא אומרת דלכן שתקה מפני שהסרבנות בידה ולא מחלה והוא אומר שלא שמע מהסרבנות אינו נאמן דמעשה ב"ד יש לה קול [מרדכי פי"ג דכתובות] וכה"ג בשארי עניינים :

ח נשים יקרות אם מזמינין אותן לדין וכן ת"ח שתורתו אומנתו וכן אם הנתבע יכול למנות מורשה במקומו שילך עם התובע לב"ד יתבאר בסי' צ"ו וקכ"ד ע"ש :

ט כשהדיין שולח שטר הזמנה אחרי הבע"ד יכול להתום א"ע מן הצד אע"ג דבעדים פסול כי האי גוונא כמו שיתבאר בסי' מ"ה בזה כשר דאין זה שטר כלל רק להודיע להבע"ד שיבא לב"ד :

סימן יב [דיני פשרה ובו י"ז סעיפים]

א שנים שבאו לפניך לדין אחד רך ואחד קשה שהוא אלם ואינו שומע לקול מורים עד שלא תשמע דבריהם או אפילו משתשמע דבריהם ואי אתה יודע להיכן הדין נוטה אתה רשאי לומר להם איני נזקק לכם שמא יתחייב הקשה וירדוף את הדיין אבל משתשמע דבריהם ואתה יודע להיכן הדין נוטה אין אתה רשאי לומר איני נזקק לכם ועל זה נאמר לא תגורו מפני איש כי המשפט לאלהים הוא ומשפט מקרי גמר דין כשיודע להיכן הדין נוטה ואם היה ממונה לדיין בעיר חייב תמיד להזקק להם וכן אם שניהם חזקים צריך ליזקק להם דכשהאחד ירדפנו השני יצילנו וכתב רבינו הרמ"א דעכשיו נהגו שאם הב"ד רואים סכנה בדבר יכולים להסתלק ואפילו בגמר הדין ואפילו דיין קבוע ודווקא כשיש סכנה בדבר אבל אם אין סכנה רק שיהיה לו תרעומות מהאלם אינו יכול להסתלק ולפני יודע תעלומות גלוי מפני מה הדיין מסלק עצמו:

ב מצוה לומר לבעלי דינים הדין אתם רוצים או הפשרה ומצוה להסביר להם שירצו בפשרה וכשם שהדיין מוזהר שלא להטות הדין כך הוא מוזהר שלא להטות הפשרה שנאמר צדק צדק תרדף אחד לדין ואחד לפשרה וכל ב"ד שמתאמצים לעשות פשרה תדיר ה"ז משובח מפני שראוי להרחיק א"ע מדין תורה מפני עומק הדין בד"א קודם גמר דין ואע"פ ששמע דבריהם ויודע להיכן הדין נוטה מ"מ מצוה לעשות פשרה אבל לאחר גמר דין כשאמר איש פלוני אתה זכאי איש פלוני אתה חייב אינו רשאי לעשות פשרה ביניהם בטענה שיאמר להם יראתי שמא טעיתי בדין דכיון שהגיד להם הדין גוזל את הזכאי במה שיפחות לו ע"פ הפשרה ועכ"ז מותר להדיין לבקש את הזכאי שיוותר מדעתו להחייב [ס"ך] אבל איש אחר מן הצד רשאי לבקש להבע"ד שלא במקום מושב הדיינים שיעשו פשרה אף אחר גמר דין וכשיש עסק שבועה בדין זה רשאי אף הדיין להתאמץ בפשרה כדי לפטור מעונש שבועה ועל לפנים משורת הדין אין כופין אע"פ שנראה לב"ד לפי הענין שראוי לכוף ויש חולקים בזה וס"ל דיכולים לכוף על לפנים משוה"ד ומחלקותם אינה אלא לענין כפייה גמורה אבל בדברים הכל מודים שצריכים לכופו כמו לומר לו שאתה מחוייב לעשות לפנים משוה"ד וכהאי גוונא דברי תוכחה והתעוררות רחמים:

ג אין לדיין להזדקק לשום דין שנעשה עליו פסק הן דין הן פשר אע"פ שבע"ד אחד נותן אמתלא לדבריו שאומר שכפוהו לדין או שאר אמתלא אין להזדקק לזה דבי דינא בתר בי דינא לא דייקא דאל"כ אין לדבר סוף מלבד שזה גורם שנאה ומחלוקת ואין שלום יוצא מענין כזה [לבוש] אא"כ הוא בענין שיתבאר בסי' י"ד סעי' ח' כשבע"ד אומר כתבו לי מאיזה טעם דנתוני כמ"ש שם:

ד כח הפשרה גדול כל כך שאף בממון היתומים שאין רשות לוותר ממונם מ"מ אם רואים ב"ד שזהו טובת היתומים להשקיטם מקטטות ומריבות ושיוכל להיות שע"י זה יגיע להיתומים הפסד ביכולת ב"ד לוותר על ממונם ולעשות פשרה וגם יש כח בידם לגזור שתתקיים הפשרה שלא יוכלו היתומים לערער כשיגדלו ואף אם לא גזרו מפורש כן אין ביכולת היתומים לערער כשיגדלו כיון שהב"ד עשו זה לטובתם הוה כמקח וממכר שיש רשות ביד ב"ד ליקח ולמכור בנכסי יתומים לטובתם וכן אפטרופס של יתומים יש לו כח זה ויש לו לעיין יפה יפה שלא יפסידו היתומים יותר ממה שנצרך לטובתם ויותר טוב שהאפטרופס יעשה זה ע"י ב"ד וכן גדול כח הפשרה דיש כח לדיין לעשות דין כעין פשר במקום שאין הדבר יכול להתברר ואין רשאי להוציא מת"י בלי גמר ויש להם רשות לפסוק לפי ראות עיניהם פעמים ע"פ שודא דדייני ופעמים ע"פ פשרה [כס"מ] וכל זה כשאין הדין יכול להתברר מפני רמאות של הנתבע או מסיבה אחרת ובהכרח לעשות פשרה אבל כשהרמאות הוא מצד התובע צריך הדיין לסלק עצמו מדין זה [סס]:

ה אע"פ שמצוה על הדיין לעשות פשרה אבל הבע"ד בעצמו כשהוא מוחזק אסור לו לעשות תחבולות עד שבעל דינו יהיה מוכרח לעשות פשרה ואם עשה כן גזל הוא בידו עד שיתן לבעל דינו מה שמגיע לו ע"פ הדין ודווקא שיודע שהצדק הוא עם בעל דינו אבל אם יודע שהצדק עמו אלא שבפני הב"ד אין ביכולתו לברר זה כי לא יאמינו לו ויחייבו אותו מותר לו לבקש תחבולה כדי שיבא לידי פשר ובלבד שלא יתראה כרשע לפני ב"ד [סס]:

ו ובמה תתקיים הפשרה שלא יוכלו הבע"ד לחזור בהם דבדברים בלבד אינה מתקיימת אפילו כשהיו ב"ד של שלשה ונזדקקו מתחלה לדין ואח"כ בקשום לעשות פשרה ונתרצו הבע"ד שאמרו מקבלים אנחנו דבריכם אין אומרים דכח ב"ד יפה ומתקיימת הפשרה שלא יוכלו לחזור בהם דאדרבא אפילו אם במקום שהיו עושים הבע"ד בל"ב היה מועיל דברים בלבד כגון שהתובע היה מוחל להנתבע איזה סכום ומחילה א"צ קניין או אם מחל האחד להשני שבועה שהיה צריך לישבע דא"צ קניין על זה כמו שיתבאר עכ"ז בב"ד אף כה"ג לא מהני ויכול לחזור בו מפני שיכול לומר לא מחלתי בלב שלם רק להפצרת הב"ד הוכרחתי למחול והוה כמחילה בטעות ולכן אם לאחר הפשרה אמר לבעל דינו דאני מוחל לך כך וכך שלא מחמת הפצרת הב"ד א"צ קניין כדין מחילה אבל בלא זה צריך קניין על כל פשרה וכשעשו קניין אין יכולים לחזור

בהם

בהם אפילו היתה הפשרה בדיין יחיד או בל"ב דאין אחר קניין כלום :

ז ואיזה קניין יעשו דסתם קניין סודר שיאמרו אנחנו מקבלים קניין על הפשרה לא מהני כלל דזהו קניין דברים בעלמא כמו שיתבאר בסי' ר"ג שכל קניין צריך שתחול על איזה חפץ ואפילו אם יקנו מיד התובע שימחול כך וכך לא מהני דזהו כקניין אתן שיתבאר שם דאינו מועיל [סס] ולכן צריך הנתבע להקנות להתובע החפץ שמחולקים עליו ע"י ק"ס וכשעושה הקניין יאמר הנני מקנה לך דבר פלוני והתובע יאמר אני מוחל לך עד כמה שיאמרו הפשרנים ואם היה הדין על מעות ומעות אינם נקנים בחליפין כמ"ש שם לכן כשעושה הק"ס ישעבד נפשו בלשון חיוב ויאמר בקניין זה אני מחייב עצמי על סך שיאמרו הפשרנים וה"ה דיכול להתחייב עצמו בשטר שקודם הפשר יתן שטר על עצמו שהוא חייב לפלוני כך וכך בלי שום תנאי דהתחייבות בתנאי לא מהני בשטר רק בק"ס [תו"ת וכס"מ] והתחייבות בשטר מועיל אע"פ שאינו חייב לו כלום כמ"ש בסי' מ' או שיכתוב השטר בלשון הודאה שמודה שחייב לפלוני כך וכך וה"ה אחד משארי דרכי הקנייה כפי ראיית הדיינים בענין זה וכשמקבלים קניין על הפשרה צריכים לומר על מי ומי הם סומכים בפשרה זו ואם לא הזכירו בפירוש אין ביכולת לעשות הפשרה זולת הדיינים שישבו בדין זה אם קבלו בפניהם על הפשרה דמסתמא היה כוונתם עליהם ואם קבלו שלא בבית הדיינים ולא הזכירו על מי הם סומכים צריכים לקבל קניין מחדש ולומר על מי הם סומכים וכשהדיינים אומרים שעשו קניין והבע"ד מכחישם נאמנים הדיינים או הפשרנים [ס"ך] ודיין או פשרן אחד אינו נאמן דעד אחד בהכחשה לאו כלום הוא [תו"ת] ודיינים שאומרים שהבע"ד קבלו עליהם שידונו בפניהם והבע"ד מכחישם אין יכולים לישב בדין זה כשאין עדים אחרים על זה דנהי דנאמנים כעדים על זה מ"מ א"א להם לדון דאין עד נעשה דיין אבל פשרנים בכה"ג נאמנים דעד נעשה פשר [ע"ש ס"ק ו'] ואם לא קבלו בק"ס לעשות פשרה רק שעשו ת"כ לעשות פשרה אף שאין זה קניין מ"מ כופין אותם לקיים הת"כ דהוי כשבועה ולכן כשמת אין כופין היורשים לקיים הפשר כיון דאין זה קניין אבל כשקבל בק"ס ומת מחוייבים היורשים לקיים ולעשות הפשר :

ח מה שאמרנו דמחילה א"צ קניין יתבאר בסי' רמ"א דאפילו יש בידו שטר או משכון ג"כ מהני מחילה דכיון דמוחל לו החוב ונסתלק מהלוה שיעבוד הגוף ממילא דבטל השטר והמשכון שזהו ערבות לשיעבוד הגוף ואפילו היתה המחילה להפצרת הנתבע שהפצירו למחול לו החוב או השבועה הוה מחילה ולא דמי להפצרת הדיינים דלא הוי מחילה כמ"ש בסעי' ו' דיכול לומר לא יכולתי להעיז פניהם והוי כמחילה בטעות אבל לגבי הבע"ד לא שייך לומר כן וי"א דכשיש בידו שטר או משכון לא הוי מחילה בדברים בלא קניין וכיון דיש מחלוקת הפוסקים בזה ממילא דהנתבע יכול לומר קים לי כהפוסקים דהוי מחילה [גס"מ] ועוד דבסי' רמ"א סעי' ג' הוכחנו בס"ד דהעיקר לדינא דמהני מחילה גם בשטר ומשכון ע"ש ומחילה במחשבה לאו כלום היא ויכול לחזור בו רק במקום דאיכא אומדנא דמוכח כגון שאמר אכול עמי וכה"ג אם היה במחשבתו שתהיה בחנם הוה כמתנה ואינו יכול לחזור בו [קלס"ח] ועיי' בסי' רמ"א :

ט שנים שקבלו פשרנים בקניין וקנס איזה סכום למי שיעבור על הפשרה אם אמר אם לא אקיים הפשרה אשלם קנס כך וכך נעשה הקנס כשובר על הפשרה וכשמשלם הקנס א"צ לקיים הפשרה [ה"מ וכ"מ לסע"ז סי' כ'] ואפילו נעשה הקנס באופן שיש בו אסמכתא צריך לקיים הפשר או הקנס אבל אם אמר שמקבל על עצמו בקניין ובקנס אזי צריך לקיים הפשר אף אם רצונו לשלם הקנס דהקנס לא הוה כשובר על הפשרה :

י הפשרנים כשפסקו מחוייבים הבע"ד לקיים הפסק מיד ואין יכולין לומר כיון שלא קבעו זמן אקיים מתי שארצה דאדרבא מדלא קבעו זמן מסתמא היתה כוונתם שיקיימו מיד ולכן יכול אחד מהבע"ד לכוף להשני שיקיים מיד ואם נאמנים הפשרנים לבאר כוונתם במה שאינו מפורש היטב בפסקם יתבאר בסי' כ"ג בס"ד :

יא הפשרנים כיון שהגידו הפסק לפני הבעלי דברים אין ביכולתם לשנות מאומה מפני שגמרו שליחותם וכל זמן שבפניהם לא הגידו הפסק אע"פ שהגידו להעדים ולאחרים יכולים להוסיף או לגרוע כפי שנראה להם היושר [בר"י] :

יב פשרה שנעשה באונס אינה פשרה ואפילו קבל בק"ס וביטל מודעות מ"מ אם נתברר אח"כ לפני ב"ד שנעשה באונס והב"ד מבינים שאנוס היה בטלה הפשרה ואפילו אם נשבע אם היה בענין שיכול לבטלה בלבו ע"פ מ"ש ביו"ד סי' רל"ב ויכול לחזור מהפשרה ודווקא שנתוודע שגם הביטול מודעא היה באונס וצריכים ב"ד לפסוק לפי עיקר הדין וכל זה כשנתוודע אונסו להב"ד ואז אפילו לא מסר מודעא בטלה הפשרה אבל כשאינו יכול לברר אונסו אפילו מסר מודעא מקודם לאו כלום הוא דהעיקר תלוי בהבנת הדיינים אם היה אנוס אם לאו :

יג ויש מין אונס אחר שהפשרה בטילה כגון שהפקיד חפץ אצל אחד וכפר בו הנפקד והוכרח להתפשר עמו ואח"כ מצא עדים שיודעים המעשה ואלמלי ידע מהעדים מקודם לא היה מתפשר עמו בטלה הפשרה וכה"ג בשארי דברים כגון שמצא שטר או ראיה מה שלא ידע מקודם וכ"ש אם הודה בעל דינו ודין פשרה בטעות יתבאר בסי' כ"ה וכן אם פסקו לבע"ד שבועה ועשה פשרה ואח"כ נתוודע לב"ד שאין עליו רק ש"ק

יכול

יכול לבטל הפשרה באמרו דלישבע לא רציתי אף באמת ועשיתי פשר אבל לקבל ש"ק אקבל והוה פשרה בטעות וחוזר בו וכן כשמצא עד המסייעו שפוטרו משבועה בטלה הפשרה אפילו כשכבר מסר המעות אע"פ שהעד גורם להוציא ממון [כ"ל]:

יד מה שאמרנו דפשרה צריכה קניין היינו דווקא כשלא קיימו עדיין את הפסק של הפשרנים אבל כשקיימו את הפסק כגון מסירת ממון או חפץ להבע"ד או מסירת העסק או שהיו חלוקים בקרקע ועשו הפשרנים חלוקה ביניהם ובנה כל אחד על חלקו אין יכולים לחזור בהם אף בלא קניין וכה"ג בשארי דברים דקיום הפסק הוא יותר טוב מקניין ואם מקצת הפסק קיימו ומקצת לא קיימו עדיין ורוצה אחד מהם לחזור על מה שלא נתקיים עדיין אינו יכול לחזור דהמקצת שקיים לא גרע מקניין ואף שיש חולקים בזה מ"מ נראה שכן עיקר לדינא ואם אחד מהם קיים הפסק והאחר לא קיים עדיין ורוצה זה לחזור בו צ"ע לדינא והסברא יותר נוטה שיכול לחזור בו:

טו בפשרה אין הולכין אחר הרוב אלא צריך שיסכימו כולן ולא דמי לדין דהתם גזירת התורה היא אחרי רבים להטות אבל בפשרה שהוא מרצון הבע"ד ולא פירשו שילכו אחר הרוב מסתמא היתה כוונתם שיסכימו כולם ולכן טוב להתנות מקודם שילכו אחר הרוב דע"פ רוב כבד מאד שיסכימו כולם לדעת אחת ונמצא טרחתם לריק:

טז הפשרנים יכולים להיות עדים ג"כ [רבינו ב"י בסס"כ"ין] כלומר דאף שהעידו קודם גמר הפסק על איזה דבר מעניין הפשרה דכה"ג אם היו יושבים בדין היו נפסלים לגמור את הדין דאין עד נעשה דיין אבל בפשרה יכול העד להיות פשרן כמ"ש בסעי' ז' אבל לאחר הגמר גם הדיין יכול להיות עד דאין עד נעשה דיין אבל דיין יכול להיות עד [כנלע"ד]:

יז פשרה בלא קניין ונתנו משכנות ביד הפשרנים על קיום הפשר לאו כלום הוא אא"כ הקנה אחד לחבירו בגוף המשכון שאומר לו זוכה בחפץ זה כפי שיאמרו הפשרנים אבל אם אמר אם לא אקיים הפשר תמסרו המשכון לחבירו הוה אסמכתא ולא קנה חבירו אא"כ עשה באופן שלא יהיה בו אסמכתא ע"פ הדינים שיתבארו בסי' ר"ז וטוב שיקנה בגוף המשכון בלא שום תנאי כמ"ש ואם היה המשכון שטר לא מהני כלל דשטר אינו נקנה רק בכתיבה ומסירה כמ"ש בסי' ס"ו:

סימן יג [כיצד בוררים דיינים ובו י"ב סעיפים]

א כבר נתבאר בסי' ג' סעי' ב' דבמקום שאין דיינים קבועים בעיר אין ביכולת אחד מבע"ד לכוף לחבירו שיתרצה על הדיינים שבירר וכיצד עושים כשאין משתוין בבירירתם בורר לו כל אחד דיין אחד שרוצה והשני דיינים בוררים להם עוד דיין שלישי וא"צ שיהיה השלישי ברצון הבע"ד בד"א כשהוברו לדין תורה דאז כיון שהוברו לדיינים יכולים לכוף לבע"ד לקבל עליהם השלישי שבררו אבל אם הוברו לפשרה ולא לדין תורה אין כח הדיינים יפה בזה אלא דצריך שגם השלישי יהיה מרצון הבע"ד ועכשיו המנהג גם בדין תורה ששני הבע"ד בוררים להם דיין שלישי להיות לשליש ומכריע בין שני הדיינים וכשהוברו אלו השלשה דנים אותם ומתוך כך יצא הדין לאמתו שמתוך שזה בורר לו אחד וזה בורר לו אחד הבע"ד צייתים להם והדיינים כל אחד מהפך בזכות מי שבררו בכל מה שאפשר מצד הדין והשלישי שומע דברי שניהם ופוסקים האמת:

ב ואם אינם יכולים להשוות עצמם על הדיין השלישי יתנו להם מנהיגי העיר שלישי ואם אין מנהיגים בעיר ילך התובע לפני ג' ויכופו את הנתבע לדון לפניהם כיון שאין בבירירה אחרת וכן אם הנתבע מערים לברור דיין שאינו הגון כופין אותו לדון לפני ג' או שיברור דיין הגון ואם התובע מערים לברור דיין שאינו הגון א"צ הנתבע להשיב לו עד שיברור דיין הגון אבל כשאחד מבע"ד בורר דיין הגון אף שאינו דומה לערך הדיין השני אין השני יכול למחות והגון מקרי מי שהוא גמיר עכ"פ או שהמחוהו רבים עליהם ויש בו יראת ה' [ס"ך] ואם שני הדיינים שהוברו הם הגונים רק שקרובים זל"ז יד הנתבע על העליונה ויכול להכריח להתובע שיברור לו דיין אחר [רמ"א בתשו']:

ג מה שכתבנו שכל דיין מהפך בזכות מי שבררו אין הכוונה שיהפך בזכותו בשקר או בערמה ותחבולה ח"ו אלא הכוונה שיהפך בזכותו מה שאפשר ע"פ הדין באמת וצדק:

ד אע"פ שהבוררים יש להם כל דיני דיינים וא"כ אסור לכל בע"ד להציע טענותיו לפני בורר שלו בלא בע"ד חבירו מ"מ כבר נהגו שכל אחד מציע טענותיו לפני הבורר שלו וכיון ששני הצדדים עושים כן והמנהג כן הוא הוה כאלו קבלו עליהם שני הצדדים על אופן זה ואין בזה איסור אך הבורר צריך ליזהר שבעל דינו שבררו והבטיח לו שכר טרחתו יתנהו לו בין אם יזכה בדין בין שלא יזכה דאל"כ אסור לו לישב בדין דהוה נוגע בדבר ולבו יטנו אף בשקר כדי שיקח מהצד שלו מה שהבטיחו:

ה אם אחד מהבע"ד אומר שרצונו לברור שני דיינים מצדו ושהכנגדו יברור ג"כ שנים והם יבררו עוד חמישי לשליש הרשות בידו דכל זמן שיש יותר דיינים יוצא הדין לאמתו יותר אמנם אם רואים שאומר כן מפני איזה

איזה ערמה ותחבולה אין מניחין אותו ודי בדיין אחד מכל צד כמ"ש וכופין אותו לזה :

ו אם שני הבוררים יכולים להשוות עצמם בהדין או בהפשר י"א שא"צ לברור דיין שלישי ואין אחד מהבע"ד יכולים למחות ויש חולקים על זה [ט"ז] ונראה עיקר כהיש חולקים דהכל יודעים כשבוררים דיינים אחד מכל צד הכוונה הוא לברור עוד שלישי לשליש וא"כ במה יוכלו להכריח את אחד מהבע"ד אם מעכב עד שיבררו שלישי וכן יש להורות ואין לומר דמה יועיל השלישי דאפילו אם יהיה כנגדם הלא נלך אחר הרוב די"ל דאולי כשהשלישי יגיד דעתו יחזרו בהם השנים מהטעמים שיגיד להם ועוד דבפשרה אין הולכין אחר הרוב כמ"ש בסי' י"ב סעי' ט"ו ואף גם בדין הדין כן מהטעם הקודם :

ז כותבין פלוני בירר דיין פלוני ופלוני בירר דיין פלוני וכל זמן שלא כתבו יכולים לחזור בהם ומשכתבו אין יכולים לחזור בהם לפיכך אין כותבין אלא מדעת שניהם ושניהם נותנים שכר הסופר וה"ה אם קנו מידם על זה אין יכולים לחזור בהם ואין זה קניין דברים דהקניין הוא שמתחייב עצמו לשלם או למחול כמה שיאמרו אלו הדיינים וזהו כקניין על קרוב או פסול שיתבאר בסי' כ"ב וי"א דכיון שטענו בפניהם אין יכולים לחזור בהם אע"פ שלא כתבו ולא עשו קניין ובמקום שאין המנהג לכתוב כלל פלוני בירר פלוני וכו' כמו בזמנינו זה כ"ע מודים דמשטענו בפניהם אין יכולים לחזור בהם וכל מקום שאין יכולים לחזור אין ביכולת צד אחד להוסיף דיינים אם הצד השני אינו מסכים לזה והדיינים עצמם ביכולתם להוסיף דיינים אם כל הדיינים רוצים בכך אף שלא ברצון הבע"ד [בי"ע] דאין הבע"ד יכולים למחות כשהדיינים רוצים שיצא הדין ברור יותר או הפשרה ויש מי שאומר דזה שאין הבע"ד יכול להוסיף דיינים זהו דווקא בזבל"א וזבל"א אבל בלא זה אפילו כשדנים אצל ב"ד קבוע שבעיר יכול אחד מהבע"ד להוסיף דיינים גם לאחר שטענו בפניהם [הו"ת] ועיי' בסי' י"ח :

ח אין אחד מהבע"ד יכול לכוף לבע"ד חבירו שיתן טענותיו בכתב לב"ד מפני שיכול לומר כשלא אתן טענותיי בכתב אוכל לחזור בי מטענתי הקודמת ע"פ אמתלא שאתן לדבריי ואף שלא יהיה ביכולתי לחזור מההיפך אל ההיפך כמ"ש בסי' פ"ו מ"מ ליפות טענותיי יהיה ביכולתי ע"פ אמתלא משא"כ אם אתן בכתב לא יקבלו ממני שום תקון בטענותיי ועוד שיכול לומר אין רצוני שיהיה בעל דיני עלי כארי ארבא להביט בטענותיי וללמוד מהם דברים ולהשיב עליהם בשקר ואדרבא יכול לומר לחבירו ולכופו שלא יתן תחלה טענותיו בכתב אלא שיטעון תחלה בע"פ מפני שיכול לומר אינני מחוייב להטריח א"ע ולקחת טופס טענותיך ולהעמיק בהם ולהשיב עליהם ועוד שיש להדיינים לשמוע טענותיהם מפיהם דמתוך דבריהם ילמדו להבין מי הוא הטוען אמת ומי טוען שקר ולא לבא בטענות סדורות על הכתב ומיפה אותן בתקון לשונו כפי אשר בדה מלבו טענות שקריות אך הדיינים בעצמם כשחוששין שלא ישכחו הטענות יכולים לצוות להסופר שלהם להעלות הטענות בכתב אחרי ששמעום בע"פ ואם שני הבע"ד מתרצים ליתן הטענות רק בכתב ולא בע"פ הרשות בידם ואין הדיינים יכולים למחות בהם דכיון שהם עצמם לא יחושו לקלקול אנו מה איכפת לנו ולכן שניהם נותנים שכר הסופר ואין ביכולתם לחזור כלל מטענותיהם וכמ"ש ועיי' מ"ש בסי' ז' סעי' ח' ולקמן סי' קכ"ד דלפעמים מקבלים טענות מתוך הכתב וע' בסי' פ' סעי' ה' :

ט אם בע"ד אחד פוסל דיינו של חבירו באיזה פסול אפילו יש עוד עד אחד עמו אינו כלום מפני שהוא כנוגע בדבר ואינו יכול להעיד ונשאר העד שעמו יחידי ועד אחד אינו נאמן :

י אם בירר הנתבע דיין שיודע עדות לתובע וכיון שיהיה דיין לא יהיה עד כמ"ש בסי' ז' לכן דוחקים את הנתבע בכל מה שביכולת שיברור דיין אחר ואם התובע בירר דיין שיודע עדות להנתבע לא ישיב לו הנתבע על טענותיו עד שיברור לו דיין אחר :

יא אם הוצרכו הדיינים לשאול שאלה בדין זה שיושבים יכולים לשאול באיזה מקום שירצו וא"צ דעת הבע"ד בזה והמשיב ישיב להדיינים ולא להבעלי דינים דבעינן שיהיו הבע"ד עומדים וטוענים לפני הדיינים שפוסקין הדין ולפני המשיב הלא לא טענו וזה שיתבאר בסי' י"ח דפוסקין הדין אף שלא בפני בעלי דינין היינו כשכבר טענו לפניהם יכולים לפסוק אף שלא בפניהם ואע"ג דכששני בעלי דינים שולחים טענותיהם בכתב לחכם אחד שיכול החכם להשיב להם זהו מפני שכיון ששלחו בעצמם מקודם טענותיהם בכתב לחכם זה הוי כעומדין לפניו לדין אבל בכאן הרי עמדו לדין לפני אלו הדיינים אלא שהדיינים מסתפקים ושואלים לחכם גדול מהם הדין או היושר א"כ מה להם להבע"ד עם זה החכם הנשאל אמנם אם הדיינים והבע"ד מתרצים כולם לבטל דינם וישיבתם יכולים אח"כ הבע"ד לשאול ממי שירצו [כנלע"ד] :

יב אמר אחד מהדיינים איני יודע הדין יוסיפו אחרים במקומו כאשר יתבאר בסי' י"ח וגרע יותר מאלו אמר להיפך משני הדיינים דהוה אזלינן בתר רובא בדין תורה משום דכשאומר איני יודע נחשב כאלו לא ישב כלל ואמרינן דאולי כשהיה יושב עוד שלישי והיה מראה להם טעם להיפך מדעתם היו מודים לו ועוד יתבאר בזה בסי' י"ח וכן בפשרה כשקבלו עליהם לילך אחר הרוב ואמר אחד איני יודע יוסיפו אחרים במקומו

אלא

אלא שבפשרה צריך דעת הב"ד בהדיינים הנוספים כמו שיתבאר שם וכ"ש כשלא קבלו לילך אחר הרוב דצריך דיין אחר דבפשרה לא אזלינן בתר רובא כמ"ש בסי' י"ב סעי' ט"ו ואם אותו הדיין שנסתלק בא אח"כ ואמר שמסכים לדבריהם מהני ונראה דה"ה כשחולק עליהם אח"כ ומראה להם טעמים וסברות ואז אם אין מודים לו אזלינן בתר רובא ואסור לדיין לומר איני יודע כשהוא יודע ועושה כן לטובת אחד מהבע"ד ויודע מחשבות יפרע ממנו כשאין האמת אתו שבאמת יודע יאומר איני יודע:

סימן יד [כשאחד מבע"ד אינו רוצה לדון בעירו ובו ט"ו סעיפים]:

א בזמן חכמי הש"ס היה ב"ד הגדול שבכל ישראל וגם היה בתי וועד והוא מקום קיבוץ חכמים גדולים ואמרו רבותינו כשהתובע טוען נלך לב"ד הגדול או לבית הוועד והנתבע אומר נדון כאן כופין את הנתבע לילך אחר התובע ואף שנתבאר בסי' ג' דאין מוציאין לעיר אחרת כשיש ב"ד במקומם היינו בסתם ב"ד ואף שגדולים מהב"ד שבזה המקום לא משגחינן בזה אבל לב"ד הגדול' או לבית הוועד דשם חכמים מופלאים יכול התובע לכוף להנתבע אבל כשהנתבע רוצה והתובע אינו רוצה כופין את הנתבע לדון כאן דאל"כ כל נתבע יאמר כן כדי להשמיט א"ע מן הדין שיצטרך התובע להוציא הוצאות כפי החוב ומה שהתובע יכול לכוף להנתבע היינו דווקא אם הב"ד שבמקום זה רואים שיש ממש בתביעתו כגון שיש עדים או ראייה הנראה לדיינים אזי כח התובע יפה לכוף להנתבע לילך אבל כל זמן שלא נתבררה שתביעתו תביעה אין לו כח זה אלא דן בעירו דאל"כ יתנו אנשים שאינם מהוגנים עיניהם בעשירים ויתבעו אותם שילכו לב"ד הגדול והעשיר יהיה מוכרח לפצות אותם למנוע טרחתו ואם אין בענין זה תובע ונתבע שאין אחד מוחזק יותר מחבירו כגון שמחולקים על קרקע או שנים אוחזים בטלית ששניהם מוחזקים או דבר שמונח ביד שליש אין להם כח זה אלא כופה אחד לחבירו לדון בעירם [כס"מ] ויש מרבותינו שאומרים דדווקא לענין בית הוועד יש חילוק בין תובע לנתבע אבל לענין ב"ד הגדול גם הנתבע יכול לכוף להתובע לילך לשם דב"ד הגדול הוא הב"ד הגדול שבכל ישראל ואינו אלא אחד בכל דור ודור לפיכך כח ב"ד כזה יפה שאף הנתבע יכול לכוף לזה וזהו וודאי דאם יש להתובע דרך לב"ד הגדול או לבית הוועד שבלא זה צריך לילך לשם דכ"ע מודים שגם הנתבע כופה אותו לדון שם אחרי שאין לו הפסד בזה וכן להיפך מה שהתובע יכול לכוף את הנתבע היינו כשאין להתובע דרך לשם דאז ניכר שרצונו לילך לשם הוא מפני הדין אבל כשיש לו דרך לשם אין יכול לכוף להנתבע דקרוב הוא אלמלי לא היה לו דרך לשם גם הוא לא היה מטריח עצמו לזה ואיך נכריח את הנתבע ואם הוצרכו הדיינים לשאול מב"ד הגדול שולחים ושואלים והם משיבים להם ולא לבע"ד כמ"ש בסי' י"ג סעי' י"א ע"ש:

ב עכשיו בעוונותינו אין לנו לא ב"ד הגדול ולא בתי וועד ואף דבוודאי יש ב"ד החשוב שבכל דור אמנם כיון שאין הסכם במדינה שב"ד זה הוא החשוב לכן אין לנו עסק בזמה"ז בדין הקודם אלא בכל מקום שיש ב"ד כופין בין להתובע בין להנתבע לדון בעירו וכן המנהג וכל הסביבה השייכה לבית החיים של העיר נגררת אחר אותה העיר ואין ביכולת אחד מבע"ד לדחות א"ע לעיר אחרת רק שיכול לדחות א"ע עד התראה שלישית ליום שלישי כמ"ש בסי' י"א והני מילי כששני בע"ד הם מאנשי העיר והשייך להעיר אבל אורח שתובע לאחד מאנשי העיר או אורח אחד תובע לאורח אחר שנזדמנו שניהם בעיר אחת והם אינם דרים בעיר אחת צריך לילך בההתראה ראשונה אבל כששני האורחים הם מעיר אחת יכול לומר נדון בעירינו אם לא שהב"ד שבמקום הזה רואין שיש בדחייתו איזה ערמה אזי כופין אותו לדון כאן וכן בן עיר שתובע לאורח אין לו ליסע מהעיר עד שידון עמו בכאן ואינו יכול לומר בא לעירי דכיון שהוא בכאן למה יטריח לבעל דינו ליסע עמו לעירו ובני הכפרים שבאים פעם אחת בשבוע להעיר ביום השוק מחוייבים לדון תיכף ולא יוכל לדחותו על יום השוק של שבוע הבא ואם ב"ד רואים איזה אמתלא שבהכרח לו לדחות על זמן אחר יקבעו לו הב"ד זמן אחר וכל זה כשיש ב"ד בעיר אבל כשאין ב"ד בעירם יכול כל אחד לכוף להשני ליסע למקום שיש ב"ד:

ג אם התובע והנתבע אינם דרים בעיר אחת צריך התובע לילך למקום הנתבע ולירד עמו שם לדין ואף אם הב"ד של מקום התובע גדולים מהב"ד שבמקום הנתבע מ"מ צריך לילך למקומו ולא תקשה לך למה לענין טענת ב"ד הגדול ובית הוועד יפה כחו של התובע דשאני התם דכיון שכבר נתברר להב"ד שבכאן שתביעתו תביעה הגונה ממילא יפה כחו של התובע כדכתיב עבד לוה לאיש מלוה אבל כשהנתבע בעיר אחרת והב"ד של מקום התובע אינם יודעים כלל טענות הנתבע ואולי יש לו עדים או ראיה שתובעו בחנם א"כ איך נכוף את הנתבע לילך למקום התובע אלא אומרים לו לתובע לך למקום הנתבע ושמה תדונו ואם יש להנתבע מעות או סחורה במקום התובע ובאופן שביכולתו לעקלם בדין ע"פ מה שיתבאר בסי' ע"ג אזי ממילא יפה כח התובע וביכולתו לכוף להנתבע שיבא למקומו אבל אם אין התובע יכול לעקלם בדין אינו כלום וכשהתובע יכול לעקלם בדין צריך לשליח תיכף

שליח

שליח להנ־..בע להודיעו ושיבא למקומו לדון עמו והוצאת השליח על התובע :

ד אב או אם שיש להם תביעה על בנם מחוייב הבן לילך לעירם אע"פ שהוא הנתבע וכן בת וכן תלמיד מובהק לרבו אבל שארי אנשים אע"פ שהנתבע חייב בכבודם כגון שתובעו אחיו הגדול או חמיו וחמותו או בעל שתובע לאשתו או ת"ח שתובע לע"ה או שתובעו אבי אביו או אבי אמו אין לכולם דין זה דאין זה רק בכיבוד אב ואם שהוקש כבודם לכבוד המקום וכן מורא רבך כמורא שמים אבל לא בכל שחייב בכבוד התובע דאין סברא שנטריחו להנתבע שלא בדין מפני כבודו של זה :

ה מי שהוא מוחזק לאלם בעירו שהכל יריאים ממנו ונושאים לו פנים מחוייב מדינא לדון בעיר אחרת בין שהוא תובע ובין שהוא נתבע ואע"פ שהב"ד שבעירו הם גדולים בחכמה דחיישינן שמפני אלמותו לא ידונוהו כראוי ואם הוא אינו אלם רק נכבד בעירו מפני עושרו או חכמתו ואומר בעל דינו לא ארון עמך כאן אלא בעיר אחרת תלוי בראיית עיני הדיינים שבמקום זה דאם באמת יש חשש שישאו לו פנים בכאן יכפוהו לדון בעיר אחרת ואם לאו אין שומעין לבעל דינו וידונו בכאן :

ו כששני הבע"ד מתרצים על ב"ד שבעיר אחרת ואין רצונם לילך בעצמם לפניהם אלא ששולחים להם טענות בכתב אם אחד ת"ח והשני ע"ה אין להם לכתוב בעצמם הטענות כדי שלא יחשדו לב"ד שבאותו מקום שמתוך שהכירו כתב החכם נשאו לו פנים אלא אנשים אחרים יכתבו ראובן טוען כך ושמעון טוען כך ולא יזכירו שמם מפורש לבלי ידעו מי ומי הם הבע"ד ושניהם פורעים שכר הכתיבה אף שהת"ח יודע בעצמו לכתוב וכן כשהת"ח והע"ה נדונים בב"ד במקומם והוצרכו לשאול מב"ד הגדול מהם לא יכתוב הת"ח הבעל דין בעצמו ראיותיו אלא הדיינים יכתבו בלי הזכרת שם רק ראובן טוען וכו' וטעמי הטענות של הת"ח יכתבו הם ולא בשם הת"ח [תו"ת] ואין להקשות דאם באנו לחשוש לכאלה א"כ גם כשת"ח וע"ה באים לדון לפני ב"ד ניחוש שמא ישאו פנים לת"ח דהתירוץ הוא דוודאי כן הוא ועל זה הזהירה התורה לא תהדר פני גדול ובאמת הדיין מוזהר בעניינים אלו על לא תגורו מפני איש לא תשא פני דל ולא תהדר פני גדול והרי כמה ענייני נשיאת פנים יש בדין והדיין צריך לירא מד' וליזהר מכל אלו אלא דכיון דשולחין בכתב לב"ד ואפשר להמלט ממשא זו בוודאי יותר טוב ויותר נכון לעשות כן אבל במקום שא"א כמו כששני הבע"ד עומדים לפני הדיינים בע"כ שא"א להמלט שלא ידעו הדיינים מהם וצריכין להזהר ולכן נראה לי שאם הע"ה אינו מקפיד על זה שיכתוב החכם בעל דינו בעצמו ואינו חושד לב"ד דשם שישאו לו פנים רשאי לכתוב בעצמו

וכמדומני שכן נוהגים ובכמה תשובות נמצא כזה [כנלע"ד] :

ז אם אין ב"ד קבוע בעיר ושניהם אין רצונם לדון בזבל"א וזבל"א ויש בעיר שני חכמים אחד גדול ואחד קטן מהראוי שישבו שני הת"ח יחד ואם אין רצונם לישב יחד ואחד אומר לדון אצל זה החכם והשני אומר לדון אצל השני יפה כח הנתבע לדון אצל החכם שרוצה אפילו כשהוא הקטן ועכ"ז אין כח הקטן יפה לנדות להתובע על סירובו אא"כ סילק הגדול עצמו כלל מדין זה שאינו רוצה אפילו לדון לבדו ואז נשאר הקטן מומחה בעיר ויכול לנדות להמסרב כיון שהגדול סילק עצמו ואם רצון בע"ד אחד לדון בזבל"א וזבל"א יכול לכוף להשני כמ"ש בסי' י"ג :

ח אם אחד מהבע"ד אמר להדיינים כתבו לי מאיזה טעם דנתוני אם כפו אותו לדין כותבין ונותנים לו תיכף מתי שמבקש ואין צריכין לכתוב הטעמים של הדין דגם החכמים האחרים יבינו הטעמים דתורה אחת לכולנו אלא כותבין פלוני טען כך ופלוני טען כך ופסקנו כך וכך והבע"ד מחוייב תיכף לקיים הפס"ד ואם יביא מהגדולים מהם בחכמה שטעו אז יסתרו הפס"ד ויראה לי שהדיינים צריכים לכתוב שנותנים רשות לעיין בהפס"ד דאל"כ הא נתבאר בסי' י"ב סעי' ג' דאסור לדון בפסק שפסקו אחרים ודווקא ב"ד קטן צריכים לעשות כן אבל ב"ד הגדול בחכמה א"צ ליתן ולא חיישינן שטעו דאל"כ אין לדבר סוף ואם לא כפוהו לדין אלא שבא ברצונו אף ב"ד קטן א"צ ליתן לו אפילו להראות לב"ד הגדול מהם :

ט אבל אם רואים הדיינים שהבע"ד חושדם ויש מקום לטעות בדין זה אזי אפילו אם הם גדולים בחכמה ואפילו בלא בקשת הבע"ד צריכים להגיד לו טעם הפס"ד מילתא בטעמא כדי לאפוקי נפשם מחשדא :

י הנתבע שסירב לבא לב"ד והוכרח התובע להוציא עליו הוצאות ויצא הנתבע חייב בדין צריך לשלם כל ההוצאות להתובע ואם יצא זכאי אזי אם התובע תבע בערמה איגלאי מילתא שביושר סירב א"ע וא"צ לשלם אבל אם לא תבעו בערמה אלא שהיה סובר שהדין עמו צריך לשלם דעכ"פ היה לו לעמוד עמו בדין ודבר זה תלוי בהבנת הדיינים ואף אם יצא הנתבע חייב בדין אך שהוצאות התובע לא היה מפני סירובו של הנתבע אלא שהתובע הוכרח לדון עמו בעיר אחרת כגון שלא היה ב"ד במקומם או ע"פ הפרטים שנתבארו מקודם ועלה לו הוצאות א"צ הנתבע לשלם לו אף שיצא חייב כיון שעשה ע"פ הדין :

יא אם יש ביניהם הכחשה בדבר הסירוב שהנתבע אומר שלא סירב א"ע והתובע אומר שסירב והוציא הוצאות על סירובו על התובע להביא ראיה כיון שהוא בא להוציא ממנו ואם לא הביא ראיה ישבע הנתבע שלא סירב א"ע ונפטר ואם טען הנתבע שלא הזמינו כלל

תביא

והביא התובע עדים שהזמינו ואח"כ טען הנתבע שלא סירב א"ע הוחזק כפרן וצריך לשלם ואם קודם שבאו עדים הודה שהזמינו אלא שלא סירב א"ע אם הורה שלא מחמת ביעתותא דעדים נאמן ואם מחמת ביעתותא דעדים הודה הוה ספיקא דדינא אם נאמן אם לאו [ס"ך]:

יב כשהוכרח התובע להוציא הוצאות בערכאות על סירובו של הנתבע והערכאות הכריחוהו לילך לדין אם הלך התובע ברשות ב"ד ע"פ מה שיתבאר בסי' כ"ו חייב הנתבע לשלם לו וכן אם יש לו פס"ד והנתבע אינו רוצה לקיים ונתנו לו ב"ד רשות שילך בערכאות ויגבה ממנו והוציא על זה הוצאות חייב לשלם לו:

יג כשהנתבע אינו יודע כמה הוצאות הוציא התובע על סירובו צריך התובע להביא בירור כמה שהוציא או שהב"ד ישומו לו ההוצאות לפי ראות עיניהם ואם הוא ענין שא"א לברר לא ע"י בירור ולא ע"י שומא ישבע התובע כמה הוציא ויטול [או"ת] והתובע יכול לומר לב"ד שומו לי כפחות שבהוצאות בענין כזה ואין רצוני לישבע וכשהתובע מביא בירור כמה הוציא עכ"ז יראו ב"ד בזה דאולי הוציא יותר מכפי הראוי דהנתבע א"צ לשלם לו אלא כפי מה שראוי להוציא על ענין כזה [עיי' ס"ך ס"ק ט"ז]:

יד חייבוהו ב"ד לפרוע ויצא וחזר ואמר פרעתי יתבאר בסי' ע"ט אם הוא נאמן אם לאו ע"ש:

טו אם הזוכה בדין בא לב"ד ובקש שיכתבו לו פס"ד יתבאר שם אם כותבין ונותנין לו אם לאו וכן אם יש בידו פס"ד אם חבירו נאמן לומר פרעתי יתבאר בסי' ל"ט ע"ש:

סימן טו [איזה דין דנין תחלה ודין דין מרומה ובו ו' סעיפים]

א כשיש הרבה דינים לפני הדיינים יקדימו את הדין שקדם לפניהם והיינו שהבע"ד עמדו לפניהם תחלה ומ"מ דינו של ת"ח בין כשהוא תובע ובין כשהוא נתבע קודם לאחרים אפילו עמדו האחרים קודם להת"ח ולא עוד אלא אפילו התחילו כבר בדין אחר אם הת"ח בעצמו בא לב"ד מפסיקים מדין האחר ועוסקים בדינו של הת"ח מפני כבוד תורתו ומפני ביטול תורתו שאם יצטרך להמתין יתבטל מלימודו וכן צריכין להפך בזכותו בכל היכולת והיינו לדקדק בדבריו ולעיין בהם אם ימצאו בהם צד זכות [כ"מ מרמ"י סבת קי"ט.] ואם הת"ח בעצמו לא בא לב"ד אלא ששלח מורשה או שאינו עסק של הת"ח כלל אלא של קרובו רק שהת"ח שלח לב"ד שידונו עסקו של קרובו אזי אם התחילו בדין א"צ להפסיק ואם לא התחילו עדיין אף שהבע"ד עומדים לפניהם מקדימין דינו של הת"ח או של קרובו מפני כבוד תורתו אבל קרובו של ת"ח שבא לדין והת"ח לא שלח להב"ד שידונו דינו אין לו דין קדימה כלל כי אין מצוה כלל לכבד קרובו של הת"ח לבד אשתו דכגופו דמיא וגם בזמה"ז יש דין ת"ח לכל מה שנתבאר [כנלע"ד כוונת רבינו סרמ"א ות"ש מה שהקשו עליו ותסו כמעשה דרב ענן כתובות ק"ו. ודו"ק]:

ב דין יתום קודם לדין אלמנה שנא' שפטו יתום ריבו אלמנה ודין אלמנה קודם לדין ת"ח וכ"ש שיתום קודם לת"ח ודין ת"ח קודם לדין ע"ה ודין אשה קודם לדין איש מפני שיש לה בושה לעמוד בב"ד וכל אלו הקדימות הוא כשבאו כולם לפני ב"ד בשוה אבל אם אחד מהם הקדים לעמוד לפני הב"ד הוא קודם לבד בת"ח וע"ה הת"ח קודם אפילו בא לבסוף כמ"ש ויראה לי שקדימת דין היתום אינו אלא כשבא בעצמו לב"ד דמפני לבו הנשברה מקדימין אותו אבל אם אפטרופס שלו בא אינו בדין זה כלל וכן באלמנה ולא דמי לת"ח דכבוד תורה יש אף כשאינו בעצמו בכאן דמצוה לכבד לומדי תורה אף שלא בפניהם משא"כ יתום ואלמנה דקדימתם הוא משום מצבם ולבם הנשברה דאין זה רק בפניהם [ות"ש מה שהקשו מדר"ע סס דלחתי' לדיכה דיתמי ודו"ק]:

ג הדיין שבא לפניו דין שיודע שהוא מרומה אלא שאין ביכולת לגלות הרמאות לא יאמר אחתוך הדין והקולר יהיה תלוי בצואר העדים אלא מחוייב לחקור הרבה בחקירה ודרישה הדק היטב ואחרי כל אלה אם נראה לו ברור שיש בזה רמאות שא"א לגלותו או שהעדים מעידים בשקר וע"פ הדין אין ביכולת לפסול אותם או שמבין שהבע"ד בערמתו השיא את העדים להעיד שקר אף שהם בעצמם כשירים ולפי תומם שלא בכוונת רשע העידו או שמבין בשכלו שיש כאן דברים של סתר בערמה ותחבולה שא"א לגלותן וכל תביעתו של תובע זה הוא בשקר אף שמעיקר הדין אין במה לדחותו האמנם כיון שלהדיין ברור הוא שהיא תביעה מרומה לא יזדקק לדונו ויתן כתב ביד הנתבע ששום דיין לא יזדקק לדין זה כי מרומה הוא וכן היה עושה הרא"ש ז"ל:

ד וזהו כשהתובע הוא רמאי אבל אם הנתבע הוא רמאי והדיין מבין שמדחה להתובע בטענות שקרים או בעידי שקר או שהטעה את העדים וכיוצא בזה אין הדיין יכול להסתלק כדי שלא ישתכר הרמאי ברמאותו אלא ישתדל ויחקור יפה יפה לבטל רמאותו ואם אחר כל ההשתדלות אין ביכולתו לבטל רמאותו אם הדיין נראה לו באומדנא דמוכח שהנתבע חייב להתובע יחייבנו אם הוא דיין מומחה וכן ניתן רשות להדיין המומחה גם בשארי דינים לעשות כפי שכלו והבנתו הברורה כגון אם הנתבע מבקש זמן המגיע לו ע"פ הדין שיתבאר בסי' ט"ז אם הדיין מבין שיש חשש ערמה ותחבולה בדבר להשמיט א"ע מתשלומין לא יתן

לו זמן עד שיעמיד ערב בעדו או יתן משכון וכן ביכולת הדיין לחייב שבועה אף שאינו ע"פ הדין אם מבין שע"י זה יתברר האמת וכיוצא בזה בשארי עניינים כי העיקר הגדול בדיני ממונות שיש לדון ע"פ הדברים שדעתו נוטה שהוא אמת והדבר נקבע בלבו של הדיין שכן הוא אע"פ שאין ראיה ברורה לדבר שיועיל ע"פ הדין ויש לדיין לדון ע"פ האמת שנתאמת לו בהענין ולא ע"פ הטענות המכחישות האמת וכן יש לפעמים שאדם נאמן הגיד להדיין המעשה והדיין יודע שזה האיש לא ישקר בשום פנים רק לעדות פסול מדין תורה צריך הדיין לדרוש ולחקור יפה יפה עד שיתברר הדבר או שיעמול לעשות פשרה ובדברים כאלו אין ביכולת לבאר כל פרט ופרט שיכול להיות ותן לחכם ויחכם עוד ואם הדיין הוא ירא אלקים חכם ונבון ויודע היטב בהויות העולם יבין דבר מדבר וילמוד דבר מדבר עד שיצא האמת לאמתו ואע"פ שהרמב"ם ז"ל כתב דמשרבו בתי דינים שאינם בעלי בינה ואינם הגונים אין לדון ע"פ אומדן דעת מ"מ המהרי"ק והאלשי"ך ועוד רבים מהגדולים כתבו דהיכא דיש אומדנות הרבה ולבו של הדיין שלם בדבר והוא מומחה ומוחזק לאינו נושא פנים בדין יש לו לדון ע"פ אומדנא דמוכח גם בזמה"ז ובלבד שתהיה כוונתו לש"ש:

ה אם נראה לב"ד שאחד גזל לחבירו ואין ביכולת להוציא ממנו יכולין לגזור עליו שלא ישאו ויתנו עמו ואם היא אשה שלא תנשא לאיש עד שיוציאו הגזילה מתחת ידם וכן כל כיוצא בזה אם יש ביכולתם לעשות מחויבים לעשות כל ההשתדלות כדי להציל עשוק מעושקו:

ו ראובן שתבע מעות לשמעון ושמעון משיב השבע לי במקום שע"פ הדין יכול להשביעו אם הדיין מבין שגם שמעון יודע שהאמת עם ראובן ורק רצונו להטיל עליו שבועה מפני שיודע שראובן לא ישבע אף על אמת ביכולת הדיין להחליף השבועה על ש"ק או על ח"ס ודבר זה הוא עיקר גדול בזמה"ז וצריך הבנה גדולה בענייני חיוב שבועות דידוע בזמנינו זה שרוב ישראל לא ישבעו אף על האמת ורוב העניינים אין יוצאין מידי שבועות ובכן האמת נלקה ולכן אם הדיין מבין לפי הענין ולפי ערך האיש יכול להחליף השבועה על דבר קל מזה האמנם בדברים כאלה צריך הרבה זהירות ויראת אלקים וחכמה והתבונה וידיעה גדולה בהווית העולם ושיהיה לבו לשמים וכל דיין שיודע בעצמו שאינו ראוי לזה יסלק א"ע מעניינים כאלו:

סימן טז [כמה זמן נותנים להביא ראיה ובו ח' סעיפים]:

א אחד מבע"ד שמבקש זמן מב"ד להביא ראיה או עדים אם לב"ד אינו ידוע לפי הענין כמה זמן שצריך נותנים לו שלשים יום דזהו זמן ב"ד ואם נראה לב"ד שצריך יותר זמן נותנים לו ואם נראה להם שדי בפחות מל' יום אין נותנין לו אלא כמה שצריך ולא יותר אפילו אין בזה פסידא בהארכת הזמן מ"מ אין נותנין זמן לבטלה ואחר הזמן כופין אותו לקיים את הדין מיד ואם אח"כ יביא ראיה או עדים יסתרו הפס"ד ויפסקו כפי הראיה או העדים:

ב כשהנתבע חייב שבועה וא"ל התובע המתן עם השבועה כי יש לי ראיה ומה תפסיד בזה רואים ב"ד אם אין בזה הפסד להנתבע בהמשכת הזמן נותנים להתובע זמן כמה שירצה אבל אם רואים שע"י זה יגיע להנתבע הפסד בעסקיו מפני שיחת הבריות ויאבד נאמנותו וכיוצא בזה אין נותנים לו זמן יותר מל' יום ואח"כ ישבע ואם אח"כ יביא ראיה יפסקו כפי הראיה:

ג בד"א שנותנין זמן להתובע או להנתבע כגון שתבע אותו בתביעה בע"פ ופסקו ב"ד פס"ד וטען התובע יש לי ראיה תנו לי זמן נותנים לו וכן להנתבע כשמבקש זמן אבל אם בתחלת התביעה טען התובע יש לי ראיה או עדים שמגיע לי מעות מזה אין שייך נתינת זמן על זה אלא אומרים לו מתי שתביא הראיה תעמוד אז בדין וכל שלא תביא אין הנתבע מחוייב להשיב לך ואם חזר ואמר אין לי ראיה משיב לו הנתבע בלא ראיה כבכל תביעות שבע"פ ונשבע ונפטר ואינו יכול התובע להביא ראיה עוד כיון שאמר שאין לו ראיה:

ד אם הנתבע מבקש זמן להשיב על טענות התובע רואים ב"ד אם באמת צריך זמן לחשוב חשבונותיו ועסקיו ולשום אל לבו העניינים שבינו לבין התובע נותנים לו זמן כפי ראות עיניהם ואם נראה להם שא"צ זמן כלל ודחיה בעלמא הוא כדי להשמיט א"ע אין נותנים לו זמן כלל וצריך להשיב מיד ואם התובע הראה כתב שביניהם שהתנו בו שיפרענו בלא שום דיחוי ובלא זמן ב"ד והנתבע אינו טוען על הכתב שמזוייף הוא אין נותנים לו זמן כלל אף אם שלפי הענין צריך לזמן משום דכל תנאי שבממון קיים:

ה טען אחד מבע"ד יש לי זכות בראיה או בעדים ואיני יודע ביד מי הוא חייב הדיין להטיל איסור על כל מי שיודע לו זכות שיודיע לדיין ואפילו הזכות הוא ביד בעל דינו או שיודע בעל דינו איפא נמצא זכותו וראיותיו שלזה ואדרבא ק"ו הוא דכיון דיודע הזכות של הכשנגדו והוא תובע שלא כדין היאך יאכילוהו ב"ד דבר איסור להגבותו ממון שאינו שלו ואע"פ שבסי' כ"ח יתבאר דכשנותנים איסור על עדות אינו חל על הקרובים וכ"ש על הבע"ד עצמו שאני התם דכיון דהגדתם אינו מועיל כלום מדינא שהם יעידו על גוף הדבר בעצמו לפיכך אין האיסור חל עליהם אבל בדין זה שיודע איפא נמצאו זכיותיו של בעל דינו או שיודע

את העדים שיודעים מהמעשה ולאו אדיבוריה קסמכינן פשיטא שחייב להגיד האמת כיון שהגדתו תועיל ומ"מ אם תשובתו טובה כגון שיאמר אמת שיש שם שטר אבל פרוע הוא נאמן במיגו והגם שמוכרח להגיד ע"פ האיסור שהטילו הב"ד מ"מ לא אבד המיגו שלו וכה"ג בשארי עניינים בענין כזה כשיש לו מיגו נאמן ובסי' ע"א יתבאר כיצד נותנים האיסור ובסי' צ"ב יתבאר אם טוען על בעל דינו שהוא פסול לשבועה אם נותנים איסור על זה :

ו האומר לחבירו שטר הנמצא בידך יש לי בו איזה זכות רצוני שתביא השטר לב"ד שיעתיקו מה שכתוב בו מזכותי בין שהוא בעל דינו בין שאינו בעל דינו אם הלה מודה שיש לזה זכות בו מביא השטר לב"ד וב"ד מעתיקים מה שכתוב בו מזכותו אבל אם אמר שאין בידו שטר כזה הנמצא בו זכות לזה אם אינו בעל דינו אין מחייבין אותו להראות שטרותיו וניירותיו לב"ד דאין כופין לאדם שיראה ניירותיו בפני אחרים ואם אומר שספק אצלו אם נמצא בו זכות שהוא בעצמו אינו יכול להבין זה מתוך הכתב מחוייב להראותו לב"ד והם יבינו אבל אם הוא בעל דינו אפילו כשאומר שבוודאי לא נמצא לו זכות אינו נאמן וחייב להראותו לב"ד דהרי לא גרוע טענה זו משארי טענות שיש לאחד על חבירו כשתובע אותו בדבר שבממון :

ז מה שאמרנו שאחר שאינו בעל דינו כשכופר א"צ להראות לב"ד מ"מ יכול התובע להטיל איסור על כל מי שיש בידו שטר או נייר שיש לו בו זכות ואינו מראיהו וכן אם אומר אמת שהיה לי שטר כזה שהיה לך בו זכות אבל נאבד השטר או הנייר אם הלה אינו יודע אם נאבד אם לא נאבד מטיל ג"כ איסור כמ"ש וגם על בעל דינו כן הוא ואין מחייבין אותו שבועה כיון שאינו טוען ברי שלא נאבד ממנו אבל אם טוען ברי שלא נאבד ממנו ויודע בבירור שהשטר נמצא אצלו מחייבין לזה שבועה שישבע שנאבד ממנו אפילו כשאינו בעל דינו ולא תקשה לך למה אמרנו כשכופר שלא נמצא אצלו שטר כזה דדי באיסור אם אינו בעל דינו והרי היא טענת ברי שאני התם דכיון שכופר בעיקר הדבר ואינו בעל דינו כלל איך נחייבנו שבועה ואם נחייב שבועה בכאלה לא שבקת חיי דביכולתו להפיל א"ע על כמה אנשים ולהטיל עליהם שבועה ואין זה דרכי נועם האמנם כשמודה שהיה לו שטר כזה ונאבד והלה צווח שעדיין נמצא אצלו הוה ממש בעל דינו בזה ואין פוטרין אותו במיגו דלאיפטורי משבועה לא אמרינן מיגו [כ"ל] :

ח המוציא שטר על חבירו ומבקש חבירו שיתן לו העתק מהשטר יכול בעל השטר לומר לא אתן לך העתקה כי אתה רוצה לבא עלי בעקיפין על השטר שלי ולהפסידני אלא אוציא את השטר לפני הדיינים והם יקראוהו אבל כשטוען שיש זיוף בהשטר לכן מוכרח הוא לקבל העתק כדי לדקדק בו ולהראות מקום הזיוף מחוייב בעה"ש ליתן לידו העתקה ואע"פ שכתוב בשטר בלא טפיסת טופס מהשטר לא משגחינן בזה כיון שטוען שיש בו זיוף וי"א דאף בלא טענת זיוף חייב ליתן לו העתק כשמבקש מפני שרחוק הדבר שיגיע לו הפסד מזה ונראה דזה תלוי בראיית עיני הדיינים אם רואים שבאמת מוכרח זה להעתק ולבעה"ש לא יגיע הפסד בזה יצוו ליתן לו ואם לאו לא יתנו לו אם לא בטענת זיוף ויורשים שמבקשים לעיין בשטר מורישם כשתובעים מהם מעות ע"פ זה השטר או תביעה אחרת ומבקשים להראות להם השטר או שמבקשים העתקה מהשטר טענתם טענה מעולה וצריכים ליתן להם כיון שהשטר אינו שלהם הרי יש להם לראותו ולדקדק בו [בר"י] :

סימן יז [להשוות הבעלי דינין בכל דבר ובו י"ט סעיפים] :

א צריכים הדיינים ליזהר שישתוו בעיניהם שני הבע"ד שנאמר בצדק תשפוט עמיתך איזהו צדק המשפט זו השווית שני הבע"ד בכל דבר שלא יאמר לאחד קצר דבריך ולהשני לא יאמר כזה או שיסביר פנים לאחד יותר מלחבירו וידבר לו רכות או שיראה לאחד זעומת פנים וידבר עמו קשות דבכל אלו יש חשש דכשמקטין לאחד יסתתמו טענותיו וכן כשמגדיל את הכשנגדו אבל לשניהם הרשות בידו לומר קצרו או האריכו דבריכם ולא יהא אחד יושב ואחד עומד אלא שניהם עומדים ואם רצו ב"ד להושיב את שניהם מושיבין ולא ישב אחד למעלה במקום מכובד ואחד למטה אלא שישבו זה בצד זה ובעמידה אין קפידא במקום שעומדים דאין בעמידה הידור במקום בד"א שרשאי להושיב לשניהם בשעת הטענות ומשא ומתן של הדין אבל בשעת גמר הדין כשאומר להם הפס"ד צריכים שניהם לעמוד לכתחלה וכן העדים בשעה שמקבלים עדותן צריכין לעמוד לכתחלה גם הבע"ד יש להם לעמוד בשעת קבלת העדות שנאמר ועמדו שני האנשים אשר להם הריב לפני ד' והאי שני אנשים מיותר הוא ועוד דאטו אנשים באים לדין ולא נשים ועוד דאטו שנים באים לדין ולא יותר אלא אעדים קאי ואשר להם הריב הם הבע"ד ולפני ד' אלו הדיינים והצריכם התורה לעמוד ואגמר דין קאי כמו קבלת עדות לגבי עדים דזהו גמר דינם ובדיעבד אין קפידא דהאי קרא אינו אלא למצוה ולא לעיכובא ועוד דהאי קרא אמומחין קאי ואנן הדיוטים ושליחותייהו דקמאי קעבדינן כמ"ש בסי' א' :

ב עמידה ע"י סמיכה שנסמכין לכותל או לשולחן

מקרי

מקרי עמידה לענין זה וכן מיקרי ישיבה לענין זה לגבי הדיינים שצריכים לישב ואם הדיינים עומדים ע"י סמיכה דמקרי אצלם ישיבה צריכים העדים והבע"ד לעמוד ממש דאם כולם יעמדו ע"י סמיכה הוה תרתי דסתרי שלאלו יחשב עמידה ולאלו ישיבה וי"א דבעדים בעינן תמיד עמידה ממש [ט"ז ומג"א א"ח סי' קמ"א] :

ג ת"ח וע"ה שבאו לדין מושיבין את הת"ח ואומרים גם להע"ה שב ואם לא ישב אין מחויבין לומר לו פעם אחרת דכיון שחלקו לו הכבוד באמירתם שוב לא יסתתמו טענותיו ואפילו אם ישב ובא אחר והעמידו או אפילו השליח ב"ד העמידו אין על הדיינים חובה להושיבו פעם אחרת כי יאמר בעצמו הרי הדיינים בקשוני לישב והאחר מעצמו עשה זאת ולא יסתתמו טענותיו ובביאת הת"ח להב"ד מותרים לעמוד מפניו דזה גם הע"ה יודע שחיוב לעמוד מפני ת"ח בתחלת ביאתו וכיון דבשעת הדין שניהם שוים לא יסתתמו טענותיו וכן אם בע"ד אחד זקן מותר לעמוד מפניו כשבא וכל העם יודעים שדין תורה הוא שנאמר מפני שיבה תקום ולא יסתתמו טענות השכנגדו :

ד ויש להסתפק כשאחד מהבע"ד ישב מעצמו בלא ציווי ב"ד אם מחויבים הב"ד להעמידו או להושיב את השני או אפשר כיון שמעצמו עשה אין מזדקקין ב"ד לכך דבזה לא שייך שיסתתמו טענות השני ואדרבא השני יחשוב לו לעזות שישב מעצמו וכן נראה עיקר לדינא :

ה כתבו הרמב"ם והטוש"ע בסעי' ג' דכבר נהגו כל בתי דינין שמושיבין הבע"ד והעדים כדי להסיר המחלוקת שאין בנו כח להעמיד משפטי הדת על תלם עכ"ל אמנם כן עכ"ז נהגו בהרבה בתי דינים גם עתה להעמיד העדים והבע"ד וכ"ש בגמר הדין ולא שמענו שיצמח מחלוקת מזה והבע"ד בעצמם והעדים כל מי שנגע יראת ה' בלבו ועמדו אבותיו על הר סיני יחושו לכבוד התורה לקיים מה שנאמר ועמדו וגו' שהדיינים ישבו והם יעמדו כי המשפט לאלקים הוא :

ו אם צד אחד מהבע"ד הוא יחיד והצד השני הם רבים יכול היחיד לומר לא אטעון עם כולכם יחד שירא אני שמפני שאתם רבים יסתתמו טענותיי לכן הרבים או שיבררו אחד מהם לטעון בשביל כולם או שיטענו זה אחר זה אם אינם סומכים כולם על אחד מהם וכן אם אחד מהבע"ד רוצה שיהיו אוהביו וקרוביו אצלו בב"ד יכול השני למחות דשמא ירמוזו לו שיטעון איזה שקר וגם אולי יסתתמו טענותיו ואף שאומר לו טול גם אתה מקרוביך ואוהביך מ"מ יכול למחות בו ודבר זה תלוי ברצון הבע"ד ואם שניהם מסכימים בזה אין הדיינים יכולים למחות בהם [חו"מ] :

ז כתיב שמוע בין אחיכם ושפטתם וגו' מכאן שהדיין צריך לשמוע הטענות כששני הבע"ד עומדים לפניו ואסור לשמוע טענות מאחד כשאין השני אצלו ובזוהר וישב כתוב דכל דיינא דקביל מבר נש מלה עד לא יתי חבריה כאלו מקבל עליו טעוא אחרא וכו' ועל זה נאמר לא תשא שמע שוא כי טענות של הראשון נקבע בלבו ויוכל להיות שמזה לא יצא הדין לאמתו ואם אירע שאחד סיפר טענותיו לפני חכם שלא ידע שיהיה דיין בדבר ואח"כ בקשוהו לדון בזה צריך החכם להגיד להשני שכבר שמע טענות הראשון ואם עכ"ז נתרצה השני רשאי להיות דיין בדבר דכיון שזה קיבל עליו לא גרע מקבלת קרוב או פסול ועוד דמאחר שלא ידע שיהיה דיין בדבר לא נקבעו הדברים בלבו שיטה אחריהם ומי שהוא דיין קבוע מהנכון ליזהר שלא לקבל דברים מאדם דרך סיפור כשמבין הדיין שיש לו ד"ת בזה ויכול לומר להמספר לו דע לך שבשמעי המעשה ממך א"א לי להיות דיין בדבר וכשם שאסור לדיין לשמוע מבע"ד אחד שלא בפני חבירו כמו כן חל האיסור על הבע"ד ולכן מהראוי ששני הבע"ד יבואו יחד לפני הדיינים ולא יבא האחד קודם כדי שלא יהא נראה כמקדים לסדר טענותיו ואם אירע שבא קודם לא ישב אצל הדיינים ואפילו תלמיד שיש לו דין לפני רבו לא יקדים לבא אא"כ היתה לו עת קבוע ללמוד עם רבו שרי דבזה ליכא חשדא :

ח אין לשום חכם להשיב לשואל בדיני ממונות אם לא כשהשואל הוא דיין אבל לבע"ד או לקרובו ואוהבו של בע"ד אין להשיב ואפילו אם רוצה החכם להשיב הדין לא בהחלטה אלא שישיב אם הדבר כן הדין כך ואם הדבר כן הדין כך ג"כ אסור שלא יהיה כעורכי הדיינים ושמא מתוך דבריו ילמוד לשקר ועוד דשמא אח"כ יכתוב לו הבע"ד השני באופן אחר המעשה ויצטרך לשנות דינו ואיכא זילותא לחכם אבל אם החכם רואה שבהעדר תשובתו יתהוה קילקול מזה כגון שהשואל רוצה לנתק קישורי תנאים ואם לא ישיב לו לאיסור ינתק הק"ת וכיוצא בזה או אם לא ישיב יצמח מזה מחלוקת או שבתשובתו יציל עשוק מיד עושקו מצוה להשיב כיון שכוונתו לשמים :

ט צריך הדיין לשמוע הטענות מפי הבע"ד בעצמו ואם הבע"ד אינו איש דברים ומעמיד מורשה במקומו שרי ובסי' קכ"ד יתבאר עוד בזה והדיינים צריכין להבין הלשון שטוענים בו ואע"פ שאינו יודע להשיב בלשונם ומעמיד תורגמן להשיבם שרי אבל אם אינם מבינים כלל בלשונם והמתורגמן מתרגם להדיינים מה שמדברים הבע"ד אין להם לדון בזה אא"כ לא נמצאו דיינים אחרים בעיר שמבינים בלשונם דאז שרי [הגי"ת] ומהאי טעמא נהגו כשבאים מהאומות לדון לפני דייני ישראל שאין מבינים בלשונם ודנים אותם ע"י מתורגמן וצריך הדיין ליזהר כשבאו ישראל ואינו ישראל לדין לא ידבר הדיין עם הישראל בלשון עברית שאין האינו ישראל מבין שלא יחשדנו שמדבר עם הישראל לרעתו ואיכא חילול ש"ש אלא צריך לדבר עם שניהם בלשון האינו ישראל

ישראל ואם אין הדיין יכול לדבר עם האינו יהודי בלשונו ידבר עם שניהם ע"י מתורגמן ויש ליזהר בזה מאד מפני חילול ד' חלילה :

י אם אחד מהבע"ד רוצה לדבר בלשון אחד והשני רוצה לדבר בלשון אחר אין אחד יכול לכוף את חבירו אבל אם משני הלשונות אינו מבין הדיין רק לשון אחד צריכים לדבר בלשון שהדיין מבין ואם יש רשות לבעל דבר לטעון בכתב נתבאר בסי' י"ג סעי' ח' :

יא צריך הדיין לחזור הטענות בפני הבע"ד לאחר ששמעום מהם קודם שישא ויתן בדין כדי שלא יהא לבות הבע"ד נוקפם שאולי לא הבין הטענות ולמדנו זה משלמה המלך שאמר להנשים שבאו לפניו לדין זאת אומרת בני החי וגו' וכשהם שלשה דיינים צריך אחד מהם לחזור הטענות ואח"כ נושאים ונותנים בדין ופוסקים הדין ויש כמה ב"ד שאינם זהירים בזה ואולי ס"ל דאין זה רק בדיין יחיד ולא בב"ד של שלשה דבשלשה אין חשש שלא יבינו הטענות והפוסקים לא חילקו בזה :

יב דיין שדן דין ולבו נוקפו שטעה בדין לא יתאמץ להחזיק דבריו אלא מחוייב לחזור לכל הצדדים להוציא הדין לאמתו ומוטב להתבייש בעלמא דין מבעלמא דאתי ועוד דאין זה בזיון כלל דמצינו לחכמים גדולים שחזרו בהם והודו שמה שאמרו מקודם אינו כן לדינא :

יג בשעה שטוענים הבע"ד ישתוק הדיין ולא יסייע להם בדברים שלא יהא כעורכי הדיינים ולא ימליץ דברי הבע"ד ולא יאמר לאחד מהם כך וכך תטעון אמנם כשאינו מבין דברי הבע"ד צריך לשאול היאך כוונתם וכשאחד מהבע"ד מביא עד אחד לא יאמר לו הדיין דעד אחד אינו נאמן רק לשבועה משום דאולי יודה הבע"ד להעד אלא ישתוק וישאול מהשני מה אתה משיב לדברי העד שהעיד כנגדך ואם משיב עד אחד אינו נאמן או שאומר ששקר העיד או שאומר לא ידעתי מה לענות על זה אני יודע שאני אומר אמת וכה"ג פוסק כפי הדין לחייבו שבועה להמכחישו וכן בשארי טענות צריך הדיין ליזהר שלא יקלקל בדיבורו :

יד ומ"מ אין זה כלל בכל הדברים ולפעמים מחוייב הדיין לדבר ולתקן דברי הבע"ד כגון שרואה שהבע"ד טוען טענה הוגנת אך אינו יודע איך לחבר הדברים או שמפני סכלותו או כעסו נשתבש באמירתו מותר וחוב עליו לסעדו ולהוליכו על הדרך דבכגון זה פתח פיך לאלם הוא אך הרבה התבוננות וישוב הדעת צריך בזה שלא יהיה כעורכי הדיינים ובעד יתומים צריך הדיין תמיד לטעון בעד זכותם דב"ד הם אביהם של יתומים וכן טוענים ללוקח :

טו יש לו לאדם אפילו כשאינו דיין להתרחק עצמו מלהיות כעורכי הדיינים דהיינו שילמד לאחד מהבע"ד טענות ולאמר לו תטעון כך וכך ואם יטעון שכנגדך כך תשיב לו כך [רמב"ס] וכן להטעים דברי אחד מהבע"ד להדיין [רס"ין] אפילו אינם דברים של שקר וכן אין לייעץ לאחד מהבע"ד לעשות דבר בהיתר כדי שיזכה בדין כמו ביתומים שחייבים לזון את אשת אביהם וחלתה דהדין הוא דרפואה שאין לה קיצבה הוא בכלל מזונות ושיש לה קיצבה אינו בכלל מזונות וצריכה לרפאות משלה ולא משל יתומים כמ"ש באה"ע סי' ע"ט אין לייעצם שישוו עם הרופא בדבר קצוב כדי שיהיה על חשבונה וכה"ג בשארי עניינים דגם זהו בכלל עורכי הדיינים ואם הוא קרוב לבע"ד מותר לו לעשות כן כיון שהוא בהיתר ואם אדם חשוב הוא צריך למנוע עצמו אף כשהוא קרובו [כתובות נ"ב: פ"ו.] :

טז אסור לדיין לרחם בדין על דל שלא יאמר עני הוא ובעל דינו עשיר וחייב לפרנסו אזכנו בדין ונמצא מתפרנס בכבוד ועל זה נאמר לא תשא פני דל וכן אסור להדר פני גדול שאם באו לפניו עשיר וחכם עם עני והדיוט לא יכבדנו יותר ממה שמחוייב בדין תורה ולא ישאול בשלומו שלא יסתתמו דברי בעל דינו ולא יאמר איך אחייבנו בדין והרי יתבייש אלא אפטרנו ואח"כ אומר לו שיתן לו את שלו אלא מיד יחתוך הדין לאמתו ועל זה נאמר ולא תהדר פני גדול וכן כשבאו לפניו לדין צדיק ורשע לא יאמר זה רשע וחזקתו משקר וזה בחזקת כשרות אטה הדין על הרשע אלא לעולם יהיו שני בעלי דינין בעיני הדיין כשמכחישים זא"ז כרשעים ובחזקת שכל אחד מהם משקר וידון לפי מה שנראה לו מהדברים ומהענין וכשיפטרו מלפניו וקבלו עליהם את הדין יהיו שניהם בעיניו ככשירים וידון את כל אחד מהם לכף זכות :

יז צריך הדיין לפסוק הדין מיד אחר שנתברר לו שאם מענה את הדין ומאריך בדברים הברורים כדי לצער אחד מהבע"ד ה"ז בכלל לא תעשו עול במשפט :

יח כשאחד מהבע"ד אומר להשני בתוך טענותיו אלו הייתי רוצה הייתי תובעך כך וכך והיה הדין עמי אלא שאין רצוני לתובעך בזה עתה אם הדין אינו כן כמה שאומר צריך הדיין לומר לו שקר אתה דובר דאין הדין כן והטעם משום דחיישינן כיון דבזה הפרט לא יגיד הדיין בפסק דינו כיון שאינו תובעו עתה בזה יטעה השומע שהדין עמו בזה מפני שתיקתו של הדיין לכן מחוייב להגיד לו מיד שאין הדין כן אבל במה שבא בתוך טענותיהם שצריך לפסוק הדין א"צ לומר עתה אלא אח"כ בפסק הדין [מו"ת] :

יט ראובן שתובע לשמעון בעד איזה דבר סכום מעות והדיין רואה שמגיע לו יותר בעד תביעה זו אין לו לדיין לפסוק יותר מתביעתו דמסתמא כל אדם תובע כל מה שיכול לתבוע ואין אדם מוותר ממונו לחנם ומדלא תבע בעצמו הדעת נוטה שאינו מגיע לו יותר מתביעתו או מפני שיודע התובע שמגיע ממנו להנתבע בעד איזה עניין כפי הסכום היתר על התביעה

או

או שמחל לו מפני איזה טעם ואיך יחייב הדיין את הנתבע יותר ממה שתבעו התובע ולכן אם הדיין פסק יותר מתביעתו הוה טעות בדין וחוזר אמנם אם הדיין יודע בהתובע שהוא ירא אלקים ואינו בקי בדין וקרוב הדבר שלכן לא תבעו יותר מפני יראתו שלא יוכשל בגזל יכול הדיין לומר לו דע לך שע"פ הדין מגיע לך יותר וממ"נ אם מחל לו או שמגיע ממנו להנתבע יאמר כן להדיין כיון שהוא ירא אלקים ואם יאמר שטעה מפני שאינו בקי בדין בוודאי נאמן וכן כל זכות שרואה הדיין להתובע והוא לא תבע אם ברור אצל הדיין שהתובע לא הרגיש כלל בזכות זה צריך הדיין לומר לו דע שיש לך זכות בענין זה ואם אינו ברור אצלו שלא הרגיש צריך לשתוק אא"כ התובע הוא י"א דאז יכול לומר לו ויגיד האמת כיון שהוא י"א [ככלע"ד בביאור דברי רבינו ברמ"א ס"ס זה ות"ם כל מה שפקפו עליו ודוק] :

סימן יח [כיצד נושאין ונותנין ושהולכין אחר הרוב וגם בד"נ איך הי' ובו י"ג סעיפים]

א הביאו הבע"ד עדים מכניסים העדים ומקבלין עדותן בפני הבע"ד כמ"ש בסי' כ"ח ולאחר שקבלו עדותם יצוו שהעדים והבע"ד יצאו לחוץ כדי שלא ישמעו מי הוא המזכה ומי הוא המחייב וגם כדי שלא ישמעו המו"מ של הדיינים וילמדו מדבריהם לטעון איזה שקר והדיינים נושאים ונותנים בהדין וטוב שיתחיל הקטן שבדיינים להגיד דעתו תחלה דאם הגדול יגיד תחלה דעתו חיישינן שמא לא ימצאו הקטנים עוז בעצמם לחלוק עליו ולא יתברר הדין יפה ואחר שנשאו ונתנו בדבר אם אינם מסכימים לדעת אחת אזלינן בתר רוב הדיינים דכתיב אחרי רבים להטות ואע"ג דהשלישי הוא הרבה גדול בתורה מהשנים שכנגדו וגם הוא חריף יותר מ"מ אזלינן בתר רבים כיון ששומעין טעמו והולקין עליו [עיי' יבמות י"ד. ודו"ק] ולכן כששנים אומרים זכאי ואחד אומר חייב זכאי וכן כששנים אומרים חייב ואחד אומר זכאי חייב וזו מ"ע של תורה דכתיב אחרי רבים להטות ומוציאין ממון ע"י זה הרוב ואע"פ שאין הולכין בממון אחר הרוב מ"מ המיעוט הלזה התורה ביטלתו דהרי בימלה דעתו וכמאן דליתא דמי אבל בבכ"מ שיש רוב ומיעוט הרי המיעוט בע"כ ישנו [תוס' ר"פ המניח] ואם אחד מהדיינים אומר איני יודע נחשב כאלו אינו כמ"ש בס"ם י"ג ועכ"ז אם יאמר אח"כ דעתו מקבלין אותו בד"מ ולפיכך שני הדיינים שנשארו כשצריכים להוסיף על מקום הדיין שאמר איני יודע יוסיפו שני דיינים ואינו די באחד משום דאולי גם הנסתלק יאמר דעתו אח"כ ויהיה אז ארבעה דיינים ואין ב"ד שקול ולכן מוסיפין שנים ועתה יהיו חמשה ביחד ואף שעתה אומר איני יודע מ"מ קרוב הדבר שע"י ריבוי הדיינים תתחדש גם דעתו של זה ויצטרף א"ע בהדין ומוטב שיגמר הדין בחמשה מבשלשה ודנין אלו החמשה יחד ואם שלשה אומרים כן ושנים אומרים להיפך אזלינן בתר רובא ואפילו אם השנים אומרים אין אנו יודעים אין אנו חוששים לזה כיון שיש שלשה שאומרים דעתם ומתחלה לא הושיבו רק שלשה די בזה אבל אם שנים אומרים כך ושנים אומרים להיפך ואחד אומר איני יודע או אפילו שנים אומרים זכאי ואחד אומר חייב ושנים אומרים אין אנו יודעים דליכא רובא כנגד האינם יודעים יוסיפו עוד וההוספה הוא עד ע"א כנגד סנהדרי גדולה ויותר מזה אין מוסיפין ואם גם באלו מחצה מזכין ומחצה מחייבין ואחד אומר איני יודע ואין ביכולת להכריע אחד מהם מצד זה לצד זה נשאר הממון בספק ומעמידין המעות בחזקת בעליו וכן בכ"מ דליכא הכרעה הדין כן הוא ואין ביכולת להוציא מיד המוחזק ויראה לי דאם אין רצונם של הבע"ד להוסיף רק דיין אחד ולסלק מן הדין את זה שאמר איני יודע הרשות בידם ודווקא כשהדיינים מוסיפים צריכים להוסיף שנים מהטעם שנתבאר אבל לא הבע"ד והדיין שאומר איני יודע א"צ לתת טעם לדבריו למה אינו יודע ואיפא הוא מקום ספיקו וכבר נתבאר בס"ם י"ג דאסור לו לדיין לומר איני יודע כשהוא יודע ועושה זה לטובת אחד מהבע"ד אא"כ עושה כן לש"ש כגון שרואה שהשנים מעוותים הדין ואם יגיד דעתו נגדם יפסקו כמוהם מפי הרוב ולכן אומר איני יודע כדי להוסיף דיינים ולא יהיה עיוות הדין דבכזה מצוה עליו לעשות כן וכן אם רואה שבאמירתו איני יודע יצא הדין לאמתו יותר אז רשאי לומר כן ובוחן לבבות יודע מפני מה הוא אומר כן :

ב זה שנתבאר דכשהוסיפו שני דיינים ונעשו חמשה ואמרו שנים אין אנו יודעים דגומרין בשלשה היינו דווקא משום דמתחלה לא ישבו רק שלשה וכמ"ש אבל אם בתחלת הדין ישבו חמשה או עשרה לא סגי בהכי ובהכרח שכל החמשה או העשרה יגידו דעתם לחיוב ולפטור ובהם נלך אחר הרוב אבל כשיש אחד מהם שאומר איני יודע צריכים להוסיף דיינים עד שיגמור הדין כפי המספר שישבו מקודם ושהמספר הזה יגידו דעתם ובהם נלך אחר הרוב [סמ"ע ולתרונים] :

ג וזה שנתבאר דבאומר איני יודע יוסיפו דיינים ה"ה אף כשאינו אומר איני יודע אלא שנסתלק מהם אחר שנשא ונתן עמהם ואף אם נסתלק בגמר הדין ועד הגמר היה עמהם בדיעה אחת וסילוקו אינו מפני שאין רצינו לישב בדין אלא מפני ענין אחר שנטרד באיזה ענין שלו ואין לו פנאי לישב בגמר הדין מ"מ יוסיפו דיינים והטעם דחיישינן דשמא אם היה בגמר הדין היה רואה טעם לסתור הדין הקודם והם אפשר שהיו מודים לו ולכן אסור לגמור הדין בפחות מכפי שישבו בתחלת

דין

דין [תו"ת וכס"מ] וכל זה שלא ברצון הבע"ד אבל ברצונם רשאים לגמור אף בפחות מהקודם [כ"ל]:

ד כבר בארנו בסי' י"ב סעי' ט"ו דבפשרה לא אזלינן בתר רובא וכן בפסקי בע"ב או בעסקי הציבור שבירו מבוררים להגיד דעתם צריכין כולם להסכים ואם לא הושוו כולם לדעת אחת אין מוציאין מיד המוחזק כמו בכל ספק ממון דנותנין הקולא לנתבע דהממע"ה ולכן אם רצונם שילכו אחר הרוב צריכים להתנות קודם ישיבתם בעסק זה שילכו אחר רוב דיעות ואם אחד מהם נסתלק אין ביכולת המבוררים להוסיף פשרנים או מבוררים בעצמם כמו בדין אלא צריכין דעת הבעלי דברים דהא אין זה דין תורה ויכולים לומר על אלו החדשים אין רצונינו לסמוך ומ"מ המבוררים היושבים בזה יוכלו לישאל ספיקתם ממי שירצו בלי שאלת הבע"ד ויפסקו על פיהם דכיון דסמכו עליהם מה להם להבע"ד מאין לקחו ישרותם לפסוק כך וכך משא"כ להושיב אחרים בישיבתם צריכין דעת בעלי הדברים דאולי לא ניחא להו בזה:

ה בגמ' [סנה' ל"ו.] אמרינן דהרב ותלמידו כשיושבין בדין אין מונים להם אלא אחד משום דהתלמיד גריר בתר סברת רבו אמנם אין זה רק בשעה שמלמדו הדין שאז סומך עליו לגמרי אבל אם אינו בשעת לימודו מונין להם שנים ורק באופן שהתלמיד יודע לישא וליתן בדין ואפילו בשעה שמלמדו אם אינו תלמיד גמור רק תלמיד חבר דלסברתו א"צ רק לגמריה לקבל ממנו הלכות מונים להם שנים וכל זה הוא לענין ד"מ וד"נ ומלקות ועיבור השנה והחודש אבל לאיסור והיתר וטומאה וטהרה מונים להם שנים בכל ענין משום דעיקר הוראתן הוא ביחיד ודווקא כשיודע עכ"פ לישא וליתן אבל כשאינו יודע אין דעתו נחשבת לכלום וכן הדין באב ובנו אלא שבדיני ממונות וד"נ א"א להם לישב ביחד דקרובים פסולים לישב יחד בדין ואיתא בתוספתא [פ"ז דסנ'] שלא יהא הבן יושב כלל בצדו בשעת הדין אפילו אם אינו דן עמו כדי שלא יתראה שדנים ביחד אלא עומד והולך לו והרמב"ם ז"ל [פי"ח מסנ'] משוה ד"מ לטומאה וטהרה וגירסא אחרת היה לו בגמ' ותוספתא ותלמיד שהוא חכם ומחוסר קבלה הרי רבו מוסר לו הקבלה שהוא צריך לה בדין זה והוא דן עמו בד"נ [רמב"ס] וכ"ש בד"מ:

ו להגיד הפס"ד יכולין ב"ד אף שלא בפני בע"ד כיון שכבר טענו לפניהם ואז אף כשלא באו שני הבע"ד לשמוע הדין יכולים לכתוב פסקים ולמסור להצד המבקש פס"ד ועיי' בסי' י"ג סעי' י"א:

ז כיצד הוא המשא ומתן בד"נ בזמן הבית כתב הרמב"ם ז"ל בפ"ט מסנהד' סנהדרין שפתחו כולם בד"נ תחלה ואמרו חייב הרי זה פטור עד שיהיו שם מקצת מזכין שיהפכו בזכותו וירבו המחייבין ואח"כ יהרג עכ"ל והטעם מפני דכל ד"נ אין גומרים בו ביום לחובה אלא למחרתו כדכתיב צדק ילין בה ושמא ימצאו לו זכות וכיון שכולם דנוהו לחובה וודאי לא יראו זכות בעדו ואין להרוג נפש בלי חיפוש זכות דע"י הויכוח מתברר הדין לאמתו כדכתיב ושפטו העדה והצילו העדה עדה שופטת לחוב ועדה מצלת לזכות כמ"ש בסי' ג' סעי' י"ח ולא בעינן עדה שלימה מצלת דאפילו אם רק אחד דנהו לזכות וכולם לחובה הרי יש כאן ויכוח והלנת דין וחיפוש זכות ולא מצרכינן רק להושיב בתחלה דיינים שיהיה עדה מצלת כמ"ש שם אבל בשעת משא ומתן אין מדקדקין בזה וזה שכתב הרמב"ם ז"ל שפתחו כולם לחובה אין כוונתו בפתיחה ממש דהרי אסור לפתוח בד"נ לחובה כמו שיתבאר בסעי' י' אלא ר"ל שבשעת משא ומתן דנוהו כולם לחובה:

ח גם בד"נ הולכין אחר רוב דיעות מיהו לחובה אין האחד מכריע עד שיהיו שנים יתירים על המזכים וזהו שהזהירה התורה לא תהיה אחרי רבים לרעות כלומר אם הרוב נוטים לרעה להרוג לא תהיה אחריהם עד שיטו הטייה גדולה בשנים וזהו שנאמר לנטות אחרי רבים להטות כלומר שלרעה תהיה ההטיה מרבים ולא מרוב דלא כהטייתך לטובה הטייתך לרעה דלטובה די באחד ולרעה בעינן שנים וכל זה בא בקבלה ולכן סנהדרי קטנה שחלקו בד"נ י"ב אומרים זכאי וי"א אומרים חייב זכאי אבל כשי"א אומרים זכאי וי"ב אומרים חייב או שי"א אומרים זכאי וי"א חייב ואחד אומר איני יודע ואפילו כ"ב מזכין או מחייבין ואחד אומר איני יודע יוסיפו שני דיינים דזה שאמר איני יודע הרי הוא כמי שאינו ואינו חוזר ומלמד חובה אבל זכות ביכולתו לחזור וללמד [מר"ן בכ"מ ותוס' סנה' ל"ג:] ונמצאו אחר התוספת כ"ד לבד מזה המסתפק ועומדים למנין אם י"ב אמרו זכאי וי"ב חייב הרי הוא זכאי אע"פ שאין כאן הטייה דבמוסיפין א"צ הטייה לטובה מפני שלמספר הדיינים אחרי ההוספה הוה זוגיי ואם י"א מזכים וי"ג מחייבים הרי זה חייב מפני שיש כאן הטייה לרעה ע"פ שנים ואם ההוספה היתה מפני שי"א אמרו זכאי וי"ב חייב וכשהוסיפו שנים נעשו כ"ה דינם כמו בהיותם כ"ג ולכן אם י"ב מזכים וי"ב מחייבים ואחד אומר איני יודע מוסיפין עוד שני דיינים וזה שאמרנו דבמוסיפין א"צ הטייה לטובה זהו כשאחר ההוספה כולם הגידו דעתם ולכן כשלאחר ההוספה היה מספרם כ"ה בהכרח שכולם יגידו דעתם ואם אחד מהם אומר איני יודע צריכים שנים אחרים במקומן ויהיה מספר זוגיי ויחזור הדין דמחצה למחצה זכאי דהקודם שנסתלק אינו בחשבון ובזה האופן מוסיפין והולכין עד שבעים ואחד וכללו של דבר דלכתחלה אין עושין ב"ד שקול כדי שתהיה הטייה לטובה ע"פ אחד וההטייה לרעה בהכרח שתהיה ע"פ שלשה דע"פ שנים לא משכחת לה במספר שאינו זוגיי [סנה' י"ז.] וכיון דקיי"ל הטייה לרעה ע"פ שנים בהכרח כשאחד אומר איני יודע להוסיף שנים כדי

שיהיה

שיהיה מספר זוגיי ויכול להיות הטיה ע"פ שנים ולכן אף כשאחד עשר אומרים זכאי וי"ב חייב הגם שהיה די בהוספת אחד מ"מ כיון שבאינו יודע צריכין להוסיף שנים מוסיפין גם בזה שנים ועוד דבזה וודאי טוב יותר להוסיף שנים כדי שלא יהיה ב"ד שקול ואם הגיעו לשבעים ואחד אין מוסיפין יותר ולכן אם ל"ה אומרים חייב ול"ו זכאי יצא זכאי ואם ל"ו אומרים חייב ול"ה זכאי דנים אלו כנגד אלו עד שיראה אחד מהם דברי חבירו ומזכין או מחייבין אותו ואם עמדו בדעתם אומר הגדול שבדיינים נזדקן הדין כלומר כבר נשאו ונתנו בו כל מה שביכולת ופוטרין אותו ואם ל"ד אומרים זכאי ול"ז חייב יצא חייב ואפילו ל"ו אומרים חייב ואחד אומר איני יודע חייב כיון שיש הטיה בשנים ולהוסיף אין חיוב על שבעים ואחד דגם בב"ד הגדול אין מוסיפין אלא דנים אלו כנגד אלו כמ"ש וזהו בין בד"נ ובין בד"מ ואו"ה [כנלע"ד לפרש המשנה דפ"ה דסנה' ודברי הרמב"ם בפ"ט מסנה' ומ"ש וכן מוסיפין והולכין עד שירבו וכו' ר"ל כשאחד מהמוספים יאמר איני יודע וכ"כ הלח"מ ומ"ש היו אלו כנגד אלו ואחד אומר איני יודע וכו' הייגו כשי"א אמרו זכאי וי"ב חייב והוסיפו שנים וכמ"ש ומתורץ קושית הראב"ד ומרי"ן כדאק בזה ע"ש ובע"כ צ"ל כן בדבריו הקודמים ומ"ש דאין מוסיפין על ע"א ר"ל דאין חיוב והכרלו יכולין כדמוכח מרים הוריות או אפשר לחלק בין הוראה לדין וע"ש במל"מ ודו"ק]:

ט כתב הרמב"ם ז"ל בפ"י מסנה' אחד מן הדיינין בד"נ שהיה מן המזכין או מן המחייבין לא מפני שאמר דבר הנראה לו בדעתו אלא נטה אחר דברי חבירו ה"ז עובר בל"ת ועל זה נאמר ולא תענה על ריב לנטות מפי השמועה למדו שלא תאמר בשעת מניין די שאהיה כאיש פלוני אלא אמור מה שלפניך עכ"ל ומשמע מדבריו דבדיני ממונות יכול להתלות בחבירו או בהגדול ממנו והנה זה וודאי דכשאינו שומע ומבין טעם חבירו אלא שאומר אני מסכים כפי שאומר פלוני גם בד"מ אסור דאינו דיין כלל בזה אלא דה"פ דבד"מ כששומע טעמי חבירו ויישר בעיניו אינו מחויב לחקור בעצמו עומקו של דין ובד"נ מחוייב בתחלה לחקור ולהעמיק בעצמו בכל פרטי הדין ואח"כ כששומע טעמי חבירו או יבטל דעתו לחבירו מפני שטעמי חבירו נראין לו יותר מטעמי עצמו או יתווכח עמו וכן משמע בתוספתא פ"ג דסנה' שאומר שם שלא תאמר בשעת הדין דיו לעבד שיהא כרבו אמור מה שבדעתך עכ"ל הרי דמשום ביטול דעתו הוא אבל בד"מ רשאי לבטל דעתו כששומע טעמי רבו וחבירו וא"צ לחקור עוד בעצמו [כנלע"ד ומרי"ן לא הראה מקורו והמ"ע הביא ממכילתא והיכו במכילתא שלפנינו וכ"ל שמתוספתא זו לקח דין זה]:

י הרבה חלוקים יש בין ד"מ לד"נ דיני ממונות בשלשה ד"נ בכ"ג ד"מ פותחין להבע"ד בדרישות הטענות בין לזכות בין להובה ובד"נ פותחין רק לזכות ולא לחובה וכיצד פותחין לזכות שאומרים לו להחוטא אם לא עשית דבר זה שאומרים עליך העדים אל תירא מדבריהם [סנה' ל"ב:] ובירושלמי איתא שאומרים בינם לבין עצמם וכי אפשר שזה הרג את הנפש וזה שאין פותחין לחובה אע"ג שבעיקר הדין אין נ"מ בזה מ"מ פתיחת פי הב"ד יהיה לזכותו של אדם ועוד כדי שיתחזק בעצמו למצא דרך להכחיש העדים וכיוצא בזה אבל בד"מ לא שייך זכות וחובה דמה שלזה הוא זכות הוי חוב להשני ד"מ מטין הדין ע"פ אחד המכריע להרוב בין לזכות בין לחובה ובד"נ מטין ע"פ אחד לזכות וע"פ שנים לחובה ד"מ כשרואין ב"ד שטעו בדין מחזירין את הדין אף לאחר פס"ד בין לזכות בין לחובה ובד"נ אין מחזירין כשטעו אלא אם פסקו לחובה ועתה רואין שיש מקום לזכותו אבל מזכות לחובה אין סותרין את הדין ד"מ הכל ראוים ללמד זכות או חובה בין הדיינים בין התלמידים בין העדים וד"נ הכל מלמדים זכות אפילו תלמידים לבד עדים כמ"ש בסי' ז' וחובה אין מלמדין זולת הדיינים בעצמם ולא תלמידים וכ"ש אנשים אחרים ד"מ כל דיין יכול לחזור מדעתו כל זמן שיושב בדין מזכות לחובה ומחובה לזכות כשרואה סתירת סברתו הקודמת ובד"נ המלמד חובה יכול לחזור וללמד זכות אבל המלמד זכות אינו יכול לחזור וללמד חובה כל שעת משא ומתן כדי שיתגבר למצא זכות אבל בשעת גמ"ד כשרואה שסברתו לזכות אינה מתקיימת אין משא פנים בדין ויש לו לחזור ולהמנות עם המחייבים וכן זה שנתבאר דבד"נ אין סותרין הדין מזכות לחובה זהו דווקא כשטעו בדבר שאינו מפורש בתורה והיינו דבר שאין הצדוקים מודים בו אבל בדבר שהצדוקים מודים בו מחזירין הדין וממיתין אותו מפני פירסום העולם כיצד כגון שדנו לבא על הערוה שלא כדרכה דפטור ופטרוהו חוזרין בזה דמשכבי אשה כתיב וידוע לכל דהקיש הכתוב שלא כדרכה לכדרכה אבל אם דנו בהעראה שלא כדרכה דפטור אין מחזירין אותו דלפי פשטא דקרא י"ל דלא איתקש רק לגמר ביאה אע"פ שאין האמת כן וכן כל כיוצא בזה [רמב"ם שם] דיני ממונות דנין ביום וגומרים אף בלילה כמ"ש בסי' ח' וד"נ דנים ביום וגומרין ג"כ ביום דכתיב והוקע אותם. לד' נגד השמש דאפילו התלייה שהיא אחר גמר דין צריך להיות ביום ד"מ גומרין בו ביום בין לזכות בין לחובה וד"נ גומרין בו ביום לזכות אבל לחובה אין גומרין בו ביום שנאמר צדק ילין בה ומלינין את הדין שמא ימצאו צד זכות ולמחר כשלא מצאו זכות גומרין לחובה ולפיכך אין דנין ד"נ מן התורה בע"ש ועיו"ט דשמא יתחייב ויצטרכו לעשות הלנת דין עד למחר ולמחר אסור להורגו מפני חילול שבת ויו"ט ויניחוהו עד יום א' ואסור לענות את דינו ולכן אוסרים אותו עד אחד בשבה ואז מתחילין בדינו דקודם גמר דין אין עינוי הדין כיון שאינו יודע וודאי שתגמר לחובתו וד"מ

מותר מן התורה לדון בע"ש ועיו"ט וכמ"ש בסי' ה' אבל ברצון הבע"ד מותר לדון אף מדרבנן כמ"ש שם ובכל מה שנתבאר אין חילוק בד"נ בין חייבי מיתות לחייבי מלקות וחייבי גלות לבד מה שחייבי מלקות נדון בג' כמ"ש בסי' ג' סעי' י"ח ובשור שהמית או רובע ונרבע אינו נוהג בו כל הדינין לבד מה שנדון בכ"ג כמ"ש שם והמסית לעבוד עבודת כוכבים אין דינו כשארי עוברי עבירות וא"צ התראה ואין מחפשין עליו זכות ומכמינין עליו עדים ואם יצא זכאי מב"ד ואמר אחד יש לי ללמד עליו חובה מחזירין אותו וזכות אין מלמדין עליו ואין מחזירין אותו לזכותו ומושיבין בדינו זקן וסרים ומי שאין לו בנים כדי שלא ירחמו עליו מפני שהאכזריות על אלו שמטעין את העם אחרי ההבל רחמים הוא בעולם שנאמר למען ישוב ה' מחרון אפו ונתן לך רחמים וכן בד"מ מושיבין זקן וסרים [ירושלמי פ' הד"מ] מפני שאין בד"מ זכות וחובה [ואף דלא חשיב לה במשנה דהד"מ דלא מיירי באיכות הדיינים אלא באיכות הדינים ובכמות הדיינים] :

יא אמר אחד מן הדיינים יש לי ללמד עליו זכות ונשתתק או מת קודם שאמר הזכות בטעמו הרי הוא כמי שאינו אבל כשאמר הטעם ונשתתק או מת חשבינן אותו למזכה לענין צירוף דיעות ולא אמרינן שמא היה חוזר בו אם לא היה מת או נשתתק ואפילו אחד מתלמידים שהיה מזכה ומת כיון שאמר הטעם חשבינן דעתו להמזכים אבל לחובה אין מצרפין דיין שמת אפילו הגיד טעמו ובדיני ממונות ג"כ אין מצרפין מי שמת באמצע הדין אפילו הגיד טעמו דאין כאן זכות וחובה [ואף דלא חשיב לה במשנה דהד"מ משום דהוי מילתא דלא שכיחא] :

יב כתב הרמב"ם בפ"י שנים שאמרו טעם אחד אפילו משני מקראות אין נמנים אלא כאחד עכ"ל ומשמע מדבריו דכ"ש אם אמרו ממקרא אחד ותימא דא"כ בשהרבה מהם משתוים עצמם בהטעמים לא יחשבו רק כאחד ולפ"ז רחוק במציאות שיגמר איזה דין ובגמ' [סנה' ל"ד.] לא אמרו רק כשאמרו טעם אחד משני מקראות משום דקבלה בידינו דאין טעם אחד יוצא משני מקראות דכתיב אחת דיבר אלקים שתים זו שמעתי מקרא אחד יוצא לכמה טעמים ואין טעם אחד יוצא וכו' ולכן כששנים אומרים טעם אחד משני מקראות בהכרח שאחד לא כיון כהלכה לפיכך אין מונין להם אלא אחד וכן פירש"י אבל אם אומרים בשוה למה יחשבו כאחד וכי כל אחד מוכרח לומר טעם אחר [וזהו כוונת הרמ"ך בהגה' מר"ן ודבריו ל"ע] וצ"ל דס"ל כשיש ויכוח בין המחייבים ובין המזכים דאלו אומרים טעמים מפני מה מזכים ואלו אומרים מפני מה מחייבים כשיש טעמים יותר בצד האחד מבצד השני נקראים הם הרבים וזהו דווקא כשאין להם במה לדחות טעמי הצד השני אלא שיש גם להם טעמים כפי סברתם דאז אע"פ שאלו ואלו דברי אלקים חיים מ"מ גזרה התורה אחרי רבים להטות והרבים המה מי שיש להם יותר טעמים אבל כשיש להם לדחות טעמי הצד השני והצד השני דוחים טעמיהם וכל אחד עומד בסברתו ואין מקבלים דיחויי הצד האחר שפיר אזלינן בתר רוב דיעות אע"פ שטעם אחד לכולם [כנלע"ד ואין לומר דכוונתו כ"ש משני תיבות ממקרא אחד כדמוכח מפי"ב סל' ג' ע"ש ודו"ק] :

יג כתב הרמב"ם ז"ל מפי השמועה למדו שאין מתחילין בד"נ מן הגדול שמא יסמכו השאר על דעתו ולא יראו עצמן כדאין לחלוק עליו אלא יאמר כל אחד דבר הנראה לו בדעתו עכ"ל וכ"כ בפי"א דיני ממונות והטומאות והטהרות מתחילין מן הגדול שבדיינים ושומעין את דבריו וד"נ מתחילין מן הצד ואין שומעין דברי הגדול אלא באחרונה עכ"ל ואין כוונתו דבדיני ממונות וטומאה וטהרה החיוב להתחיל מן הגדול דוודאי טוב יותר להתחיל מהקטנים כמ"ש בסעי' א' דהא גם באלו יש חשש שמא לא יראו עצמן לחלוק עליו אלא דבשארי דינים לא חששו חכמים לזה מפני כבודו של גדול אבל אם הגדול מוחל על כבודו טוב יותר שלא להתחיל ממנו ורבינו הקדוש לא הגיד מעולם דעתו בראשונה [ולפמ"ש מובן כוונת הראב"ד ז"ל ע"ש] :

סימן יט [כיצד נותנין הפסק וסדר כתיבתו ובו ה' סעיפים]

א אחר שהדיינים נשאו ונתנו בדבר וצריכים להגיד הפס"ד מכניסים הבע"ד וגדול שבדיינים אומר להם הדין כדי שלא ירגישו מי מהדיינים המזכה ומי המחייב ואסור לדיין כשיצא מב"ד לאמר אני הייתי מזכה אבל מה אעשה שחביריי רבו עלי ועל זה נאמר הולך רכיל מגלה סוד וכ"ש אחר שאינו דיין אסור לו לומר לאחד מהבע"ד שהדיינים דנוך שלא כדין ועובר על לא תלך רכיל [סמ"ג] ועל מדבר שקר תרחק וגורם שנאה ומחלוקת ואין קץ לענשו :

ב בשכותבין פס"ד אם כל הדיינים הסכימו להפסק כותבין סתם פלוני בא עם פלוני לדין ויצא פלוני זכאי ופלוני חייב וכשלא היו בדיעה אחת ופסקו כפי רוב דיעות כותבים פלוני בא עם פלוני לדין ומדברי הדיינים יצא פלוני זכאי ופלוני חייב וכל הדיינים יחתמו על הפס"ד ואפילו זה הדיין שהכריעו אותו מחוייב לחתום [ירושלמי פז"ב סל' י'] דהא התורה גזרה עליו שיבטל דעתו מפני הרבים ובהפסק יכתבו דברים ברורים מה שעל בעלי הדינין לעשות וכבר נתבאר בסי' י"ב סעי' ג' שאין לשום דיין להזדקק לדין שכבר נפסק אפילו כשאחד מבע"ד אומר אמתלא לדבריו והבע"ד השני

אינו מחוייב להשיב לו כלל אם לא בטענות חדשות ואין שום ב"ד רשאין לשמוע דבריו כלל דבי דינא בתר בי דינא לא דייקי [ס"ך] :

ג אם אחד מהבע"ד בועט בפסק הדיינים ואינו מקבל עליו הפס"ד ודובר דברים שאינם מהוגנים מנדין אותו מיד משום אפקירותא ואם קיבל עליו הפס"ד ומבקש זמן נותנין לו כמ"ש בסי' ק' ואם קיבל עליו את הדין ואינו מבקש זמן ועכ"ז אינו משלם מתרין אותו בשני וחמישי ושני ואח"כ מנדין אותו עד שישלם ואם עמד ל' יום ולא תבע נדויו מחרימין אותו מיד וא"צ לכתיבת אדרכתא כבסי' ק' דמאחר שלא בקש זמן נראה שיש לו במה לשלם ולמה לנו ליתן לו זמן [סמ"ע] ובסי' ק' יתבאר עוד :

ד מה שבארנו דנותנים זמן היינו דווקא לפס"ד אבל מי שהשליש שטרותיו ביד ב"ד והתנה שאם לא ישלים תנאו ליום פלוני יתנו השטרות לכשנגדו ועבר הזמן ולא השלים ובאופן שאין בו אסמכתא כמו שיתבאר בסי' נ"ה ור"ז ובע"ד שכנגדו מבקש השטרות והלה טוען שיתנו לו זמן אין נותנים לו דמיד שעבר הזמן שייכים השטרות לכשנגדו וה"ה בשארי השלשות [ב"י] :

ה אם נאמן החייב לומר פרעתי נגד פס"ד יתבאר בסי' ל"ט ועוד פרטים יתבאר בסי' ע"ט :

סימן כ [עד מתי יכול להביא ראיה לסתור הדין ובו ה' סעיפים] :

א מי שיצא חייב מב"ד ומצא אח"כ עדים או ראיה לזכותו סותר הדין וחוזר ואף אם כבר פרע לבעל דינו חוזרין ונוטלין ממנו ואפילו אמרו לו ב"ד בשעת הדין כל ראיות שיש לך הבא עד ל' יום והוא הביא לאחר ל' סותר הדין דמה היה יכול לעשות אם לא מצא בתוך ל' יום האם מפני זה יאבד זכותו אבל אם כשאמרו לו ב"ד הבא עדים הבא ראיה ואמר אין לי עדים ולא ראיה ומצא אח"כ אינו כלום דמסתמא כשהשיב תשובה כזו לב"ד דקדק יפה שאין לו שום ראיה או עדים וממילא דאין לסמוך על זה שהביא אח"כ דוודאי יש איזה זיוף בזה דהודאת בע"ד כמאה עדים דמי אבל אם בלא שאלת ב"ד אמר אין לי עדים וראיה יכול להביא אח"כ [ב"ח] דכיון שאמר מעצמו בלא שאלת ב"ד יכול להיות שלא דקדק יפה ורק לפי הדומה היה נראה לו שאין לו :

ב מה שאמרנו דכשענה לב"ד אין לי עדים וראיה והביא אח"כ אינו כלום מ"מ אין העדים נפסלים לשום ענין בעולם אפילו לבעל דבר הזה בעצמו דאע"ג דחשדינן לי' שיש בזה איזה שקר עכ"ז לא הוברר שקרותם וחששא בעלמא הוא לגבי האי עניינא משום דהודה בעצמו שאין לו [תו"ת ודלא כנס"מ] אבל אם כשאמרו לו ב"ד הבא עדים הבא ראיה ואמר אין לי וחייבוהו וכשראה שנתחייב אמר קרבו פלוני ופלוני והעידוני והעידו ניכר הדבר שעידי שקר הם ויש קנוניא ביניהם ופסולים לכל עדות של אותו האיש וקרוב לומר שפסולים לכל עדות שבעולם [וכ"מ מרש"י וכ"י ז"ב ל"ת.] :

ג ואם לא ענה לב"ד אין לי עדים וראיה אלא שתק כששאלו לו ב"ד ואח"כ כשחייבוהו אמר קרבו פלוני ופלוני והעידוני או שהוציא ראיה מכיסו אע"פ שנראה קצת שיש חשש ערמה בדבר בזה שלא ענה מיד לב"ד יש לי עדים או ראיה מ"מ מקבלים העדות והראיה כיון שלא ענה אין לי וזה ששתק אפשר שהיה לו איזה טעם בדבר ואנו אין בכחינו לפסול העדים או הראיה מפני זה וכן לענין טענות כששאלוהו ב"ד אם יש לך עוד טענות ושתק וחייבוהו וטען אח"כ טענות וסתר הדין מקבלין ממנו הטענות ודנין על פיהן כיון שלא אמר אין לי עוד טענות :

ד וזה שאמרנו בסעי' א' דאם ענה על שאלת ב"ד אין לי עדים וראיה אינו יכול להביאן עוד היינו דווקא עדים וראיות כאלו שהיה לו לידע כגון שהיו בעיר וכה"ג שברור שידע מהם ולכן מדאמר אין לי פשיטא שאין ממש בהן אבל כשבאו לו עדים וראיה מרחוק או שהיו ראיותיו טמונים בידי אחרים שאינם בעיר וכה"ג ואח"כ באו האנשים שטמונים אצלם הראיות יכול להביאם ולסתור הדין מפני שיכול לתרץ דבריו ולומר מה שאמרתי אין לי מפני שלא היו מצוים אצלי ולא ידעתי מהם ולכן אם פירש ואמר בשעה ששאלוהו ב"ד אין לי עדים וראיה לא בכאן ולא במקום אחר לא אצלי ולא אצל אחרים שוב אינו יכול להביא דמאחר שהודה בעצמו שאין לו בשום מקום בוודאי כן הוא האמת וזה שהביאם אח"כ יש איזה קנוניא בזה וכל זה הוא דווקא במי שדינו היה מפני עסקי עצמו אבל יורש שדן בב"ד בעסקי אביו או שארי מורישיו והיה קטן כשמת מורישו אע"פ שעכשיו הוא גדול ואמר היורש בשעה ששאלוהו ב"ד שאין לו שום ראיה ולא עדים לא במקום זה ולא במקום אחר ואח"כ באו אחרים ואמרו לו דע לך שיש ראיות למורישך מופקדים אצל פלוני או עדים שיודעים מעסקי מורישך הרי זה מביאם וסותר הדין ואפילו הראיות והעדים היו בעיר מפני שאין יורש קטן יודע כל ראיות מורישיו אף שנתגדל אח"כ וכן לוקח בעסקי ראיות של המוכר לו כשצריכם יכול להיות שלא ידע אבל יורש שהיה גדול כשמת מורישו דינו כעסקי עצמו דבוודאי חקר ודרש בכל עסקי עזבונו וזה שאמרנו דכשאמר אין לי עדים וראיה ובאו לו ממקום אחר שיכול להביאן היינו דווקא כשנתברר שהוא ממקום אחר או שב"ד מבינים לפי הענין שהיה במקום אחר ולא ידע מהם אבל בלא זה אין אנו מאמינים לו וכן נראה כשמביא ראיותיו או העדים צריכין ב"ד לשאול

ממנו

ממנו הלא אמרת לנו שאין לך עדים וראיה אם ענה לא ידעתי מהם מקבלים ממנו ואם נשתתק ולא ענה אין מקבלין אותם דניכר שאינם אמת [וכ"מ מדברי הב"ח ע"ש]:

ה וכל אלו הדברים הם בסתמא שאינו ידוע לנו אם ידע מהראיות אם לאו אבל אם נתברר שלא ידע מהראיות או מהעדים עד עתה יכול להביאם ולסתור הדין אפילו גדול בעסקי עצמו ואפילו היו הראיות והעדים בעיר וכן להיפך יורש קטן בעסקי מורישו אם נתברר שידע מאלו הראיות בשעה שירד לדין שוב אינו יכול להביאן אם ענה לב"ד אין לי עדים וראיה:

סימן כא [מי שקיבל עליו להשלים הדין ליום ידוע ונאנס ובו ד' סעיפים]:

א ביכולת הבע"ד להתנות ביניהם איזו תנאים שירצו כגון אחד מב"ד שנתחייב שבועה וכשישבע יטול ממון מחבירו או שכשישבע יהיה פטור מלשלם יכול להתנות שבאם לא יבא ליום פלוני לישבע יהיה חבירו בעל דיני נאמן בטענותיו בלי שבועה הן ליטול הן לפטור דכל תנאי שבממון קיים וכשעבר הזמן ולא בא נפטר חבירו מיד מלשלם או שיטול ממנו רק שנותנין לו זמן לפרעון כמ"ש בסי' ק' וכמ"ש בסי' י"ט אבל החיוב או הפטור חל מיד וכה"ג בשארי תנאים שמתנים זה עם זה:

ב אמנם כל תנאי שהוא אינו מועיל כשהתנו בדברים בעלמא וצריך קניין ובאופן דלא ליהוי כאסמכתא ע"פ מה שיתבאר בסי' ר"ז ואפילו לענין שחבירו יפטור ממנו דהוה כמחול לך ומחילה א"צ קניין כמ"ש בסי' י"ב מ"מ הכא צריך קניין כיון שהוא ע"י תנאי וקרובה למחילה בטעות ובסי' ר"ז יתבאר עוד:

ג ואם הביא ראיה שהיה אנוס אף שהאונס היה רק ביום האחרון של הזמן לא הפסיד זכותו דאונס רחמנא פטריה וחוזר הדין כמו שלא היה תנאי כלל ואפילו אם אחר הזמן עבר האונס בטל התנאי משום דתיכף בסוף הזמן הקבוע כשנאנס בטל התנאי אמנם האונס צריך להיות מילתא דלא שכיחא קצת דאם היה אונס ששכיח הרבה לא נקרא אנוס דהיה לו להתנות שאונס כזה יבטל התנאי דהא הוה לו לאסוקי אדעתיה כיון דשכיח הוא ומדלא התנה איהו דאפסיד אנפשיה [ס"ך סי' כ"ס] אבל אונס דלא שכיח הרבה לא הוה לו לאסוקי אדעתיה ולא היה צריך להתנות וכל זה כשהביא ראיה שהיה אנוס אבל בלא ראיה אינו נאמן לומר שהיה אנוס אפילו כשהוא מוחזק [תו"ת] דחזקה אינו מועיל לאונס דלא שכיח דבלא ראיה אנחנו כמו עדים שלא היה אנוס וחזקה במקום עדים לאו כלום הוא:

ד מה שאמרנו דאונס מבטל התנאי היינו דווקא למי שהתחייב עצמו כשלא יעשה דבר זה לזמן פלוני ואירעו אונס ולא עשה פטור אבל אם התחייב עצמו כך וכך כשיעשה חבירו לזמן פלוני דבר מה ונאנס חבירו ולא עשה הדבר לא אמרינן כיון דנאנס ופטריה רחמנא יתחייב זה שהתנה דאין זה סברא כלל דאטו מפני אונסו של זה יתחייב זה ומה לו ולאונס חבירו דהן אמת התורה פטרה לאנוס אבל לא חייבה התורה להאחר מפני אונסו של זה וכיון דהאחר לא קיים התנאי יהיה מאיזו סיבה שיהיה ממילא דהוא אינו מתחייב במה שהתנה [ס"ך]:

סימן כב [דין קבלת קרוב או פסול ודין שבועה והיפוכה ובו י"א סעיפים]

א כבר נתבאר בסי' ז' דקרוב או פסול פסולים לדין ולעדות ומ"מ כיון דכל תנאי שבממון קיים כמ"ש בסי' כ"א לכן מי שקיבל עליו קרוב או פסול בין שיהיה דיין בין שיהיה עד ואפילו קיבל עליו את הפסול כשני עדים כשירים או כב"ד של ג' מומחים בין שקיבל על עצמו לאבד זכיותיו ובין שקיבל עליו ליתן כל מה שיתחייב ע"פ עדות זה הפסול או ע"פ דינו דבריו קיימים אף קודם גמר דין או קודם קבלת העדות אם קנו מידו שמתחייב עצמו בכל מה שיפסוק עליו זה הפסול או כל מה שיעיד עליו זה הפסול ואינו יכול לחזור בו ואם לא קנו מידו יכול לחזור בו ודווקא עד גמר הדין אבל לאחר גמ"ד כגון שאמר צא תן לו אינו יכול לחזור בו [ס"ך] וכן אף רק כשאמר זה הדיין הקרוב או הפסול פלוני אתה חייב ופלוני אתה זכאי ויצאו מב"ד או אף שהם עדיין בב"ד אלא שהסיחו דעתם מענין זה ונתעסקו בדברים אחרים גם זה הוי כגמר דין ולענין עדות מיד כשהעיד אינו יכול לחזור בו אף בלא קנין דבעדות הוה גמר דין כשהעיד עדותו בב"ד:

ב מה שאמרנו דלאחר גמ"ד אינו יכול לחזור כשקיבל עליו י"א דדווקא כשהקבלה היתה בפני ב"ד כשר [ס"ך] וי"א דאף אם לא קיבל עליו בפני ב"ד כשר כיון שטען בפני הפסול או הקרוב וקיבל עליו לקיים כל מה שיפסוק והפסול או הקרוב פסק דינו כאשר בארנו אינו יכול לחזור בו וב"כ האחרונים וכן יש להורות [תו"ת וכס"מ] דבמה אלים דדבר יותר כשקיבל בב"ד ולא שייך בזה לומר כח ב"ד יפה דהרי עיקר הקיום הוא הגמ"ד אמנם אם זה הקרוב או הפסול דנהו שלא בפניו יכול

יכול לחזור בו [גס"מ] דלענין זה וודאי דלא יפה כח הפסול כבב"ד כשר כשלא קנו מידו ואין לזה שם דין כיון שלא היה בפניו:

ג כשמקבל עליו קרוב או פסול צריך שיאמר בפירוש אני מקבל עלי הדין או העדות של הקרוב פלוני או הפסול פלוני אבל אם רק השליש מעות לבטוחות על זה הדין ביד הקרוב או הפסול לא אמרינן כיון שהשליש בידו קיבל עליו דינו דכל זמן שלא קיבלו בפירוש לא מקרי קבלה ודינו בטל והנה זה וודאי אם זה השליש אינו דיין כלל אלא שליש בעלמא והשליש בידו מעות ויקיים כפי שיצא ע"פ דין וודאי דאין שום שייכות להשליש שידון בעצמו כשלא דברו כן בשעת ההשלשה ואפילו אין השליש קרוב או פסול דאטו כל שליש הרשות בידו לדון בדבר שהושלש בידו אלא אפילו זה השליש הוא דיין קבוע ודרך בעלי דינים שהולכין אצלו ומשלישין אצלו מעות על דעת שיעשה עמהם כפי שיצא הפס"ד ממנו ואפילו אין אומרים בפירוש שהוא ידון הוי כאמירה בפירוש כיון שהוא דיין קבוע מ"מ אם אחד מהבע"ד קרובו של הדיין ובאו אליו והשלישו ת"י לא אמרינן דזהו כמו שקבלוהו עליו כיון שכל העיר עושים כן דכיון שהוא קרוב אינו מועיל עד שיתנו בפירוש [ככ"ל בביאור דברי רבינו הרמ"א בסעי' ח' דהל"כ אין פוס פירוש לזה וכן מוכח מתשו' ריב"ש סי' ט"א שממנו מקור דין זה ושם היתה המעשה כן ע"ש]:

ד מה שבארנו בסעי' א' דאפילו בשקיבל הקרוב או הפסול כשני עדים או כב"ד של ג' מהני אף בלא קנין אם נגמר הדין יש חולקין בזה וס"ל דדווקא אם קיבלו כעד אחד או כדיין אחד מהני גמ"ד אבל בקיבלו כבי תרי או כג' דיינים הוה תרתי לריעותא ולא מהני גמ"ד ויכול לחזור בו ואם קנו מידו בכל ענין אינו יכול לחזור בו ואם קיבל עליו דיין כשר אחד כג' מומחים או עד כשר אחד כשני עדים ונגמר הדין גם לדיעה זו אינו יכול לחזור בו [האחרונים דלא כס"ך]:

ה אם נתוודע שהקרוב או הפסול טעה בדין או שקבלוהו לדין והוא עשה פשרה אפילו קנו מידו חוזר דהוה בקנין בטעות אבל בסתמא לא מהימן הבע"ד לומר שטעה ואין יכולים לחזור בהם אפילו כששני הבע"ד רוצים לחזור מדינו אם בזה שיחזרו מדין הפסול או הקרוב יגרמו רעה לאחרים כגון שחייב את אחד מהם לשלם לחבירו ומחבירו מגיע לאחרים וכיוצא בזה [ס"ך] אבל אם אין בזה רעה לאחרים יכולים לחזור מדינו אם שניהם רוצים ואין להחכם הפוסק לעכבם מפני כבודו [האחרונים דלא כמר"ן]:

ו מי שיצא חייב מב"ד כזה וטוען שלא קבלתיו מעולם לדיין ואין עדים בדבר ישבע היסת אפילו אם גם הדיין מכחישו לא נחשב כעד להביא אותו לידי שד"א כיון דהוא קרוב או פסול אלא נשבע היסת ואם הדיין הוא כשר והתייב טוען שלא קבלו לדיין והדיין מכחישו אם הדיין כבר חייבו מקרי כפירת ממון ונשבע שד"א דזהו כשבועה להכחיש את העד ואם עדיין לא חייבו שלא פסק הדין עדיין והאחד מהבע"ד אומר שלא קבלו לדיין והשני אומר שקבלוהו אפילו אם גם הדיין אומר שקבלוהו והוא כשר לדון לו מ"מ אינו חייב שבועה דאין זה כפירת ממון ואין לו עליו רק ח"ס ואם הדיינים הם שנים וכשירים פשיטא דנאמנים כשאומרים ששני הבע"ד קבלו אותם לדיינים ובע"כ דנים אותם [גס"מ]:

ז אם קבלו עליהם לדון בפני ג' מטובי העיר או מהממונים שבעיר אפילו לא קבלו בקנין ואפילו קודם גמר דין אין יכולים לחזור בהם דכן הוא המנהג דכח טובי העיר בעירם גדול ככח ב"ד הגדול כמ"ש בסי' ב' ואפילו עשו פשרה במקום שהיה להם לדון ד"ת ואפילו טעו דכן המנהג לקבל כל מה שעושים טובי העיר בעירם כ"כ רבינו הרמ"א ועכשיו אין קבוע אצלינו מנהג זה וכבר נתבאר בסי' ח' דבמקום שאין ת"ח ורבים המחום עליהם דייני דלא גמירי אין ביכולת הבע"ד לעכב וגם זה אינו נהוג עתה:

ח אם קיבל עליו עדות ערבי מהני כמו שקיבל עליו קרוב או פסול אבל אם קיבל עליו לדון בפני דיין ערבי אינו כלום ואסור לדון לפניהם כמו שיתבאר בסי' כ"ו אבל אם קיבל לסמוך עליו ע"פ מה שידון ע"פ חוות דעתו ולא בדינם הקבוע מהני כקבלת קרוב או פסול [ככ"ל בכוונת הס"ך ס"ק ט"ו וכן עיקר ודלא כגס"מ]:

ט וכן בשארי דברים בכל מה שמקבל עליו בע"ד אף שלא כדין דבריו קיימים דכל תנאי שבממון קיים כגון ראובן שנתחייב לשמעון שבועה חמורה בב"ד בין שהיתה השבועה שישבע ויטול ובין שהיתה השבועה שישבע ויפטור וא"ל שמעון לראובן אינני מטיל עליך השבועה החמורה שחייבוך ב"ד אלא השבע לי בחיי ראשך והפטר אם היתה השבועה שישבע ויפטור או שאמר לו השבע לי בחיי ראשך ואתן לך כל מה שאתה תובע ממני אם היתה השבועה ליטול אם קנו מיד שמעון אינו יכול לחזור בו ואם לא קנו מידו יכול לחזור בו עד שישבע ראובן וכשנשבע שוב אינו יכול לחזור בו שמעון וכן מי שנתחייב שבועת היסת והפכה על בעל דינו אם קנו מידו או שנשבע הבע"ד שוב אינו יכול לחזור בו וכן מי שלא היה חייב שבועה ואמר לבעל דינו אשבע לך אם קנו מידו אינו יכול לחזור בו ואם לא קנו מידו אע"פ שקבל עליו בב"ד חוזר בו ויש מרבותינו הראשונים שאומרים דבכל הנך דינים שבארנו אף אם לא קנו מידו ואף שלא נשבע עדיין כיון שקבל עליו כן בב"ד ויצאו מב"ד או אף שעומדים עדיין בב"ד רק שהפסיקו מלדבר בענין זה והתחילו לדבר בענין אחר שוב אינו יכול לחזור בו ולדיעה זו הסכימו גדולי האחרונים שכן ראוי להורות וכ"ש מי שהיה חייב שבועה ואמר להבע"ד בפני ב"ד איני רוצה לישבע אלא הריני משלם ויצא חוץ לב"ד או שהפסיקו מלדבר

מלדבר בענין זה והתחילו לדבר בענין אחר דהוה כגמר דין כיון שקיבל עליו לשלם ואע"פ שיש חולקין גם בזה מ"מ כן עיקר לדינא שזהו גמ"ד ואינו יכול לחזור בו אבל אם אמר סתם איני נשבע יכול לומר שהיתה כוונתו שיהפכנה על שכנגדו וכן כשאמר בב"ד הריני נשבע ויצא חוץ לב"ד יכול להפך על שכנגדו ולא אמרינן כיון שאמר הריני נשבע ויצא חוץ לב"ד הוי גמ"ד ואינו יכול לחזור בו דשאני הכא דמה שאומר הריני נשבע הוה כאלו אמר הריני מקיים הדין וכיון שע"פ דין יכול להפכה לכן אף כשיצא מב"ד יכול להפכה וכן הוא המנהג [ס"ך] ולפיכך בשבועה דאורייתא שמן הדין אינו יכול להפכה כמ"ש בסי' פ"ז ואמר לחבירו השבע וטול וקיבל עליו ואמר אני נשבע ויצא מב"ד או שהתחילו לדבר בענין אחר אינו יכול לחזור בו [כס"מ] ואין לתמוה על סברא האחרונה דבדברים בעלמא יתקיים הדבר שלא יוכל לחזור בו דהא אפילו לדיעה ראשונה יש להקשות דלמה בקנין אינו יכול לחזור בו והלא זהו כקניין דברים דאין על מה לחול הקניין לפמ"ש בסי' י"ב אלא דהדבר תלוי בגמר דין דכשנגמר הדין אינו יכול לחזור בו ולדיעה ראשונה הוה הקניין כמו גמר דין ולדיעה האחרונה הקבלה בב"ד ויצא אח"כ מב"ד או שהתחילו לדבר בענין אחר הוה כגמ"ד :

י מי שנתחייב לחבירו שבועה דאורייתא ואמר לחבירו השבע וטול וקפץ חבירו ונשבע בלא נקיטת חפץ אינו יכול לחזור בו ואע"ג דוודאי היתה כוונתו כשאמר השבע וטול שישבע בנק"ח וכל שבועה שצריכה להיות בנק"ח אם היתה בלא נק"ח לאו כלום היא וא"כ פשיטא שחבירו צריך לישבע פעם אחרת בנק"ח מ"מ לענין חזרה הוי כגמ"ד אחרי שקפץ ונשבע וצריך חבירו לישבע פעם אחרת בנק"ח ויש חולקין בזה דכיון דנשבע בלא נק"ח לא הוי כגמר דין ויכול לחזור בו עד שיצאו מב"ד או שיתחילו לדבר בענין אחר כדלעיל [ס"ך] ולדיעה ראשונה אף בנשבע חוץ לב"ד הוי גמ"ד :

יא בכל הדברים האלו שנתבאר אם יש הכחשה ביניהם שזה אמר שלא אמר לו כלל השבע וטול וזה אומר שאמר לו וכיוצא בזה בכל הדברים שבסי' זה כשיש הכחשה ביניהם ישבע הכופר שלא אמר לו כן ויחזרו לדין תורה ויש חולק בזה דכיון דחבירו לא יזכה אלא בשבועה אין משביעין על זה דלא הוה כפירת ממון דמי יימר דמשתבע [סס] ועוד שאין זה רק דבר הגורם לממון ולא ממון עצמו אבל זה וודאי דיכול להטיל עליו ח"ם :

סימן כג [עד מתי נאמן הדיין או הפשרן לומר לזה זכיתי ולזה חייבתי ובו ד' סעיפים]

א כל זמן שבעלי דינים עומדים לפני הדיין נאמן לומר לזה זכיתי ולזה חייבתי ואין הבע"ד נאמן להכחישו כיון שמינוהו לדיין או לפשרן נאמן כשני עדים ואפילו אם יש לבע"ד מיגו שהיה יכול לומר לא קבלתיך לדיין או לפשרן כגון שאין עדים על זה שקבלוהו מ"מ אינו נאמן להכחישו דכיון דנאמן כשני עדים הוה כמיגו במקום עדים [כס"מ] אבל כשנסתלקו מלפניו אינו נאמן רק כעד אחד אם אינו קרוב או פסול וזוקק לשבועה להמכחישו ופוטר מן השבועה להמסייעו כמ"ש בסי' ע"ה ואם הדיין אינו עד בדבר כגון שמת או הלך מפה והבע"ד מכחישים זא"ז שכל אחד אומר אותי זיכה אם האחד מוחזק על השני להביא ראיה כדין המוציא מחבירו ואם שניהם מוחזקים יחלוקו ואם שניהם אינם מוחזקים כל דאלים גבר או יעשו פשרה [סמ"ע] כמו שיתבארו דינים אלו בסי' קל"ג ויראה לי דאחד יכול להטיל שבועה על חבירו ואם אחד מהבע"ד אומר שכבר זיכה לו ובע"ד השני והדיין אומרים שלא נפסק הדין עדיין אם יש עדים שמינוהו לדיין נאמן הדיין בזה אפילו כשנסתלקו מלפניו אבל אם אין עדים שמינוהו לדיין ונסתלקו מלפניו נאמן הבע"ד במיגו שלא קבלו לדיין [כס"מ] ויראה לי שזה השני אם רצונו להשביע להראשון שישבע שכבר זיכהו ויטול יכול להשביעו היסת ולא שד"א אף שהדיין הוא עד המכחישו דשבועה דאורייתא היא רק לישבע ולפטור כמ"ש בסי' פ"ז והראשון אינו יכול להשביע להשני דהדיין הוי עד המסייעו ופוטרו משבועה לדיעה שיתבאר שם דאף שלא בשד"א עד המסייע פוטר משבועה :

ב זה שאמרנו דכשנסתלקו מלפניו אינו נאמן כשני עדים זהו דווקא בדין שתלוי באומד דעת הדיין כגון בשודא דדייני או בפשרה דיוכל להיות שאח"כ ישתנה אומדן דעתיה אבל בדין תורה לא שייך נאמנות כלל בזה דביכולתו לחזור ולדונם דדין תורה לא תשתנה האמנם זהו דווקא כשאין הכחשה ביניהם בהטענות אבל כשיש הכחשה ביניהם שהבע"ד אומר כך היתה טענתי והדיין מכחישו ולא שייך שיחזור וידונם גם בדין תורה חזר דינו להיות רק כעד אחד וכן אף כשעומדים לפניו ויש הכחשה ביניהם בהטענות אין הדיין נאמן רק כעד אחד [ס"ך וכס"מ] וכ"ז דווקא בדיין אחד אבל שני דיינים וכ"ש יותר נאמנים לעולם אף כשנסתלקו הבע"ד מלפניהם ואפילו כששני עדים מכחישים את הדיינים נאמנים הדיינים דבוודאי דקדקו יותר מהעדים מפני שעליהם מוטל הדין אבל כשדיין אחד ועד אחד אומר כך ושני עדים מכחישים אותם אין להם יתרון נגד העדים ודינם כשני כיתי עדים המכחישות זא"ז שיתבאר בסי' ל"א ושקולים הם כאחד בלי יתרון [סמ"ע] :

ג וכ"ז דווקא כשאין פס"ד אבל כשיש פס"ד יקיימו מה שכתוב בהפס"ד והדיין אינו נאמן לעשות ביאור רחוק מה שאינו סובל לשון הפס"ד ואולי אף הרבה דיינים

אין נאמנים בכה"ג אמנם אם לשון הפס"ד סובל שני ביאורים נ"ל דגם דיין אחד נאמן לומר כך היתה כוונתי :

ד אם קבלו פשרן לזמן נאמן בתוך הזמן כל מה שיאמר כמו שליש שבסי' נ"ו ולאחר הזמן נאמן רק כעד אחד ואם נתן להם הפשרה בכתב אין לו לעשות ביאור רחוק מה שאינו סובל הלשון וכמ"ש בסעי' ג' :

סימן כד [שנזקקין לתובע תחלה ובו ג' סעיפים]

א רבותינו ז"ל אמרו [רפ"ס דב"ק] שאין נזקקין אלא לתובע תחלה ואי זיילי נכסי דנתבע נזקקין לנתבע תחלה ונאמרו על זה כמה פירושים וכולם אמת לדינא יש שפירשו כגון שראובן תובע לשמעון באופן שאין שמעון יכול לומר פרעתי כמו בשטר או בעדים תוך זמנו וכה"ג ושמעון משיב שיש אצל ראובן משכון שלו וכדומה ומבקש על זה זמן לברר הדבר יותר מל' יום שהוא זמן ב"ד ואף שהב"ד יודעים שיש לו עדים בדבר רק אינו ידוע להב"ד שצריך על זה זמן יותר מל' יום אין נותנין לו זמן שמבקש ומצוים לו ליפרע מיד לראובן כיון שאינו מבקש זמן על תשלומי מעות ולפי הנראה יש לו עתה במה לשלם רק שמבקש זמן על בירור טענתו יותר מזמן ב"ד וזה אין נותנים לו כמ"ש בסי' ט"ז לכן צריך לשלם מיד ואח"כ יזדקקו לטענתו בדבר המשכון וכיוצא בזה אבל אי זיילי נכסיה כלומר שהב"ד רואים שע"י זה יגיע הפסד לשמעון כגון שעתה הוא זמן מכירת המשכנות ואם לא ימכור עתה יהיה לו היזק נזקקין לנתבע תחלה ונותנין לו זמן כמו שמבקש או שהב"ד רואים שאם יצוו לו לפרוע מיד יהיה לו זלזול בנכסים וכיוצא בזה נזקקין לנתבע תחלה או שהב"ד רואים שע"י זה שידחקו אותו לפרוע עתה יגיע לו היזק במצבו או בשידוכין או שיהיה קשה להוציא אח"כ את שלו מיד התובע נזקקין ג"כ לברר טענתו של הנתבע תחלה אע"פ שהוא יותר מזמן ב"ד אבל זמן ב"ד נותנים לו בכל ענין אמנם כל זה הוא בזמן שב"ד יודעים או מבינים שעכ"פ יש ממש בטענתו של הנתבע אבל אם אין יודעים כלל שיש ממש בטענתו ולפי הבנתם אין ממש בטענתו אין נזקקין לו אף אם זיילי נכסיה ומחוייב לקיים תיכף הפס"ד כשאינו מבקש זמן ב"ד על התשלומין דאל"כ כל נתבע יערים וידחיהו להתובע בדברים של מה בכך ותלוי זה בראיית עיני הדיינים :

ב ויש שפירשו לענין להזדקק תחלה להטענות כגון שהתובע רוצה שישמעו טענותיו תחלה ואח"כ של הנתבע והנתבע רוצה להיפך שומעין להתובע ואי זיילי נכסיה כלומר שהב"ד רואים שע"י זה שיצא עליו הקול שהוא נתבע יגיע לו היזק בנכסיו כמו בבטוחות וכיוצא בזה אומרים הב"ד שיטעון הנתבע תחלה וכן אם התובע רוצה שיקבלו ב"ד העדים שלו תחלה ואח"כ יקבלו עידי הנתבע והנתבע רוצה להיפך נזקקים תחלה לעידי התובע ואי זיילי נכסיה כלומר שיגיע להנתבע היזק בזה כגון שעידי הנתבע ילכו מכאן למקום רחוק אם לא יקבלו עדותן מיד וכיוצא בזה נזקקין לעידי הנתבע תחלה בד"א שבתובע אין חשש זה שיש לחשוש אצל הנתבע אבל אם גם בהתובע יש חשש זה נזקקין לתובע תחלה דזה שאמרו חז"ל דאי זיילי נכסיה דנתבע נזקקין לו תחלה היינו כשזיילי נכסיה ולא של התובע אבל אם ממ"נ זיילו נכסיה דחד מינייהו הדר דינא דנזקקין לתובע תחלה :

ג וכן אם התובע מבקש מב"ד שלא יזדקקו עתה לדין זה או שהנתבע חייב שבועה ומבקש התובע שלא ישבע עכשיו אלא מתי שירצה התובע או שאמר שיש לו עוד טענות על הנתבע ואין רצונו לטוענם עכשיו אלא לאחר זמן והנתבע אינו מרוצה לכל זה שומעין להתובע כיון שאין היזק בזה להנתבע ולכן אם זיילי נכסיה כלומר שב"ד מבינים שע"י זה שיומשך הדבר מדינו או משבועתו או מעוד טענותיו של התובע יגיע לו היזק בענייניו מצוים להתובע שיעמוד עמו עתה בדין ויגמור כל טענותיו שיש לו עליו ויגמור שבועתו וכל כיוצא בזה ויתבאר עוד בזה בסי' פ"ז סעי' כ"ג ע"ש וכן במקום שהדין שזה גובה וזה גובה כמו שיתבאר בסי' פ"ה נזקקין להגבות להתובע תחלה ואם הב"ד רואים שע"י זה יגיע היזק להנתבע נזקקין להנתבע תחלה ואם ראובן תבע את שמעון לב"ד ושמעון לא רצה להשיבו והוא אלם וא"א לכופו אם אח"כ תבע שמעון לראובן בתביעות אחרות א"צ ראובן להשיב לו עד שישיב לו שמעון על תביעה ראשונה שתבעו [סמ"ע] וכל אלו הדברים תלוים בראיית עיני הדיינים לפי הענין ותן לחכם ויחכם עוד להבין דבר מתוך דבר בעניינים כאלו שא"א לפורטם :

סימן כה [דיין שטעה מתי חוזר ומתי משלם ובו י"ג סעיפים]

א כל דיין שטעה בדין המפורש בגמ' או בפוסקים לא מקרי דין כלל אף שהם ג' דיינים מומחים וקבלום הבע"ד עליהם מ"מ כיון שהטעות גדול כל כך חוזר הדין ודנין אותו כהלכה ואפילו נטל הדיין מיד החייב לפי טעותו ונתן ביד בעל דינו נוטלין מידו המעות בחזרה ודנין כהלכה ואם א"א להחזיר הדין כגון שהמקבל הוא אלם או שהלך למדה"י אם הדיין לא נשא ונתן בידו מיד החייב להזכאי לפי טעותו אלא שע"פ צוויו שילם

שילם לו וכן בהוראה שע"פ הדיין טימא דבר הטהור או הורה על כשירה שהיא טריפה והשליכו אותה הבעלים לכלבים פטור הדיין מלשלם ואע"ג דקיי"ל כר"מ דדאין דינא דגרמי כמ"ש בסי' שפ"ו מ"מ הא לא נתכוין להזיק והבעלים הוא שהזיקו א"ע ואף לפנים משורת הדין פטור [תו"ת] ואף שיש חולקין בזה וס"ל דחייב לשלם מדיני דגרמי מ"מ כן הכריעו גדולי האחרונים כדיעה ראשונה ואם הדיין נשא ונתן ביד וא"א להחזיר אם הוא מומחה וקבלוהו שלא דן ע"י כפייה פטור ומ"מ לפנים משוה"ד חייב [סס] ואם לא קבלוהו אף שהוא מומחה או קבלוהו ואינו מומחה חייב לשלם דלא היה לו לעשות מעשה בידים ודיין מומחה יש לדין זה גם בזמה"ז אם הוא רב גובריה בש"ס ופוסקים ובעל סברא ישרה וידוע ומפורסם למומחה [ס"ך] ונראה דכל רב בעירו שנתמנה מהציבור יש לו דין מומחה לענין זה אם לא במקומות שממנין לכתחלה את שאינם גדולים בתורה וקבלוהו מקרי כל שבאו לפניו לדין שלא ע"י כפיה ואפילו אם התרו אותו ע"י שליח ב"ד ובא לדין לא מקרי כפיה אא"כ לא רצה לילך וכפאוהו שיבא זהו כפיה ובכל זה אין חילוק בין דיין אחד לשלשה דיינים :

ב אבל אם היה הטעות בשיקול הדעת דהיינו בדבר שהוא מחלוקת הפוסקים ולא נתבררה ההלכה להדיא כחד מינייהו אלא שהמנהג נתפשט במדינה כדיעה אחת והדיין פסק להיפך מהמנהג וזהו נקרא שיקול הדעת והוא לא ידע מהמחלוקת כלל או שידע רק שפסק בלי טעם והכרעה כחד מינייהו היפך מהמנהג אם היה מומחה וקבלוהו אנשי העיר למורה ודאין אף שלא קבלוהו הבע"ד בדין זה שדנם בכפיה או שלא קבלוהו אנשי העיר אבל הבע"ד קבלו אותו לדיין בענין זה הדין קיים אע"פ שאפשר בחזרה [ס"ך] דאין לזה שם טעות בדין ופטור מלשלם אפילו כשנשא ונתן ביד ובאיסור והיתר אפילו אם הדיין עצמו השליך לכלבים פטור מלשלם רק אם יש גדול בתורה ממנו בעיר מחזיר הדין וההוראה אם עדיין אפשר להחזירו ובהסכמתו של הדיין ואם א"א להחזיר פטור מלשלם אפילו בנשא ונתן ביד כיון שהוא מומחה וקבלוהו אנשי העיר או בעלי הדינים ונראה דאפילו לפנים משוה"ד פטור כיון שלא טעה בדבר משנה והוא מומחה ואם זה החכם הכריע בראיות לדון כדיעה שלא נתפשטה אין על זה שם טעות כלל וכך דרכה של תורה :

ג שלשה הדיוטות וקבלום בעלי דינים עליהם דינם כיחיד מומחה רק בקבלוהו לא דמו למומחה דבמומחה כשבאים לפניו לדין מקרי קבלוהו ובהדיוטות לא מקרי קבלום אלא כשיאמרו להם מפורש הרי אתם מקובלים עלינו לדין ומבקשים אתכם לדון אותנו ואז דינם כיחיד מומחה לכל מה שנתבאר [כס"מ] :

ד היה הטועה מומחה ולא קבלוהו אנשי העיר לדיין קבוע וגם הבע"ד לא קבלו אותו אלא שהתאמץ לדונם בפיתויי דברים או שלא היה מומחה אבל קבלו אותו הבע"ד עליהם שבקשו אותו לדונם וטעה בשיקול הדעת מה שעשה עשוי וישלם מביתו ואפילו רוצה בעצמו להחזיר הדין ואפשר בחזרה ובין שנשא ונתן ביד ובין שלא נשא ונתן ביד ואפילו יש גדול הימנו בעיר אינו מחזיר הדין ואפילו הבע"ד בכאן ויש לי לשלם פטור דקם דינא והדיין משלם מביתו [סס] ולא דמי למומחה וקבלוהו שבסעי' ב' דכשיש גדול בעיר מחזיר הדין דבאמת כיון שהטעות הוא רק בשיקול הדעת שהמנהג נתפשט להיפך אבל בעיקרא דדינא יש מקור לדין שפסק א"כ אין בכח הדיין להחזיר הדין וליטול בחזרה מהזכאי שזה בעצמו זיכהו וכן בהוראת איסור והיתר אין בכח להחזיר הדין בכה"ג רק במומחה וקבלוהו שכחו יפה ויש גם גדול בעיר להצטרף עמו להחזיר הדין יפה כחם משא"כ בחד מינייהו במומחה ולא קבלוהו או קבלוהו ואינו מומחה אין כחו יפה שיחזיר הדין ע"י גדול ובהוראת איסור והיתר אם הוא מומחה מחזיר ההוראה ע"י גדול דבזה לא שייך כל כך לא קבלוהו ובסעי' ה' יתבאר עוד מזה :

ה בכל מה שנתבאר דבטעה בשיקול הדעת אינו חוזר היינו דווקא כשכבר נתקיים הפס"ד והוציאו ממון מזה לזה אבל אם עדיין לא נתקיים הפס"ד מחזירין הדין בין שהיה מומחה או לא בין קבלוהו בין לא קבלוהו בין שהיה יחידי בין שהיו שלשה ואפילו אם חצי הפסק נתקיים עכ"ז מה שעדיין לא נתקיים מחזירין הדין דכיון דעדיין לא נתקיים הדין למה לא ידונו כהלכה [ס"ך] ולפ"ז באיסור והיתר כל זמן שלא השליכו לכלבים חוזר ומורה להיפך ממה שפסק בין מאיסור להיתר ובין מהיתר לאיסור ואפילו בלא גדול בעיר ולפ"ז לא שייך מה שבארנו בסעי' הקודם דע"י גדול מחזיר ההוראה דאפילו בלא גדול ג"כ מחזיר ואפילו אינו מומחה ואפשר דהוראה לא דמי לדין דבהוראה כיון שהורה להיתר או לאיסור ויש טעם בהוראתו ע"פ בעלי הפוסקים אע"פ שנתפשט כהחולקים על דיעה זו מ"מ שם הוראה על זה וא"א להחזיר ההוראה אם לא שהוא מומחה ויש גדול דכחם יפה משא"כ בד"מ כל זמן שלא נתקיים הדין א"א לנו לחייב את הזכאי ע"פ סוגיא דעלמא מפני דינו של זה שטעה בסוגיא דעלמא [ובע"כ ל"ל כן דהל"כ הס"ך סותר ח"ע עיי' בכללוו בסי' זס סעי' ב' ס"ק ה' וסעי' ג' ס"ק ב'] :

ו וכל אלו הדינים הם כשקבלום בסתם אבל אם הבע"ד קבלו בפירוש בין לדין בין לטעות פטורים בכל ענין וי"א עוד דכשקבלו יושבי קרנות שידוע שאין יודעים לדון דין תורה וטעו נתקיים הדין דבוודאי סברו וקבלו בכל אופן שידונו שהרי הבע"ד יודעים שאלו אינם יודעים לדון ד"ת :

ז כתב רבינו הרמ"א דבזמן הזה שמכריחיב הקהל את הדיינים

הדיינים ע"פ הח' שיהיו דיינים בע"כ לא ישלמו אפילו טעו דמה להם לעשות אע"פ שדנו בכפיה שהרי הם כמו אנוסים לדון [ס"ך] ומ"מ אם עדיין לא הוציאו מיד החייב יש להם לחזור כשנודע שטעו ואם אינם רוצים לחזור ומקיימים את דבריהם חייבים לשלם ואף כשקבלו אותם בין לדין בין לטעות יכולים לחזור קודם שהוציא וזכה זה שכנגדו בהממון אף לאחר גמר דין [סס] והנה בימינו אלה כבר בטלה הכפיה ע"פ הכרחת הקהל ומ"מ יראה לי דכיון שקבלו רוב הציבור את הרב או את הדיין ע"פ ראשי העיר ומנוהו הוה כנטילת רשות מר"ג שבזמן הש"ס ולכן בכ"מ שנזכר בגמרא ופוסקים נטילת רשות כתבנו בסעי' הקודמים קבלוהו אנשי העיר דדא ודא אחת היא :

ח במקום שהדיינים חייבים לשלם אם טעו אם כל הדיינים הסכימו לטעות זה משלמים כולם חלק כחלק אבל אם שנים מהדיינים הכריעו את השלישי משלמים הם שני חלקים וחלק השלישי מפסיד הבע"ד דהשנים יכולים לאמר כיון דבלא השלישי לא היינו יכולין לגמור את הדין דד"מ בשלשה א"כ אין עלינו לשלם רק שליש לכל אחד והדיין השלישי פשיטא שפטור דהרי לא הסכים לדינם אלא שע"פ גזירת התורה אחרי רבים להטות נבטלה דעתו ולמה ישלם ואם היו חמשה דיינים והכריעו שלשה כנגד שנים מחוייבים לשלם הכל דהא גם בשלשה גומרין הדין ואין יכולים לומר דאלמלי השנים לא היו יכולים לגמור את הדין :

ט מי שאינו מומחה שאינו גמיר וסביר ולא קבלו אותו הבע"ד אע"פ שנטל רשות אין נטילתו כלום והרי הוא בכלל בעלי זרוע ודינו אינו דין והוראתו אינה הוראה בין שטעה בין שלא טעה וכל אחד מבע"ד חוזר ודן בפני ב"ד ואין ההוראה שהורה בפניו נחשבת הוראה והזמן ב"ד שנתן אינו כלום [נס"מ] ואם טעה בדין ונשא ונתן ביד חייב לשלם מביתו וחוזר ולוקח מבע"ד שנתן לו שלא כהלכה אפילו אם היתה הטעות רק בשיקול הדעת משום דאין הפסק שלו נחשב כלל לפס"ד ואם לא נשא ונתן ביד חוזר הדין ואם א"א להחזיר כגון שהוא אלם או בטהרות שטימא או בהוראת או"ה שהאכיל לכלבים אם כפה אותו לעשות כן אפילו היה הטעות רק בשיקול הדעת ישלם כדין מזיק ואם לא כפה אותו לשלם או לטמא ולהשליך לכלבים רק שע"פ הפסק שלו עשה מדעתא דנפשיה פטור מלשלם [ס"ך] ואיהו דאפסיד אנפשיה ששמע לו :

י דיין שטעה וחייב שבועה למי שאינו חייב בה ע"פ ד"ת ולא היה עליו בדין רק איסור ומפני שלא רצה לישבע עשה פשרה עם בעל דינו וגילה דעתו שעושה פשרה מפני שאין רצונו לישבע ואח"כ נתוודע שלא היה חייב שבועה כלל אין הפשרה כלום אע"פ שקנו מידו דקנין בטעות הוא וחוזר וכן כל פשרה בטעות חוזר כגון שהדיין פסק שיתן סך פלוני ונתפשר עם חבירו אפילו בקנין על סך פלוני ואח"כ נתברר שהדיין טעה אף שהיה הטעות רק בשיקול הדעת חוזר מהפשרה דהרי הקנין הוה עכ"פ בטעות והפשרה בטעות דאלמלי ידע מזה לא היה עושה פשרה כלל ודווקא כשעדיין לא נתן המעות אבל אם נתן המעות והטעות היה רק בשה"ד מה שעשה עשוי כמ"ש בסעי' ב' וכן כשנתפשרו בירושה בדבר מועט מפני שסבר שהנכסים מועטים ואח"כ נתוודע שיש יותר הוה קניין בטעות וחוזר וכן כל כיוצא בזה :

יא אם מחל לחבירו מה שביד חבירו בעד השבועה שחייבו הדיין ואח"כ נתברר שטעה הדיין בשה"ד דלפי סוגיא דעלמא פטור משבועה יכול הנמחל לומר אני תופס במה שבידי בשביל השבועה דהוי כמו טועה בשה"ד והוציאו ממון דקם דינא ה"נ כיון דזה מוחזק הוה כקם דינא [ס"ך] וצ"ע :

יב אם יש מחלוקת בין הפוסקים והדיין אינו גדול בתורה שתהא יכולת בידו להכריע בראיות וסוגיא דעלמא לא נתפשטה בדין זה כחד מינייהו כיצד יעשה אם הוא איסור תורה יפסוק לחומרא ובאיסור דרבנן יפסוק לקולא ובדיני ממונות לא יוציאו ממון מספק דכלל גדול הוא בד"מ שנותנין הקולא להנתבע וחומרא להתובע אמנם במקום שפוסקים רבים חולקים על יחיד ילך אחרי הרבים בין לקולא בין לחומרא ועיי' ביו"ד סי' רמ"ב :

יג אם יכול בע"ד לומר קים לי כפוסק זה רבו בזה הדיעות והפרטים ואין יסוד נכון לסמוך בזה לכן לא הארכנו בזה אבל זה וודאי דאין לומר קים לי כפוסק יחיד נגד רבים וגם בדיעה שלא הובא ברבותינו בעלי הש"ע אין לומר קים לי [תו"ת] וגם זה כלל גדול הוא שהבע"ד בעצמו אין ביכולתו לומר קים לי אלא בזמן שאיזה חכם מובהק יסכים עמו דאל"כ לא שבקת חיי לכל דין ומעולם לא יצא הדין לאורה :

סימן כו [שלא לדון בדיינים עובדי כוכבים ובו ה' סעיפים] :

א אסור לדון בפני דייני עובדי כוכבים ואפילו במקום דעביד דינא לנפשיה כמ"ש בסי' ב' אסור לדון על ידם ואפילו בדין שדנים כדייני ישראל ואפילו נתרצו הבע"ד אסור וכל העושה כן ה"ז רשע גמור וכאלו חירף וגידף והרים יד בתורת משה רבינו ע"ה דמראה כאלו תורת משה וכו' ואם יד ישראל תקיפה צריכים לעשות כל מה שביכולתם עד שיסלק ידם מעל חבירו וכן המחזיק ביד מי שהולך לפניהם ה"ז רשע ומי שהלך לפניהם ונתחייב וחזר ותבע את בעל דינו לפני ב"ד אין נזקקין לו ורק כשהבע"ד יודע בעצמו שחייב לו

מחוייב

מחוייב לשלם לו ולהוציא הגזילה מת״י [נס״מ] :

ב אם הבע״ד הוא אלם ואין יד ב״ד תקיפה להכריחו לבא לב״ד מחויב השני להתרותו מקודם לב״ד וכשנתברר לב״ד שאין רצונו לילך נוטל השני רשות מב״ד ומציל בדיניהם המגיע לו ודווקא שהב״ד יודעים שהמסרב חייב לו ע״פ ד״ת כגון שיש לו שטר וכיוצא בזה אבל אם לא נתברר להם שחייב לו אין נותנים לו זה הרשות שידון שמה דשמא יוציאו ממון שלא כדין אלא נותנים לו רשות שיפעול שיכריחו את המסרב לדון בב״ד ונראה שאם אין ביכולת לעשות כן ולהב״ד אינו מבורר העניין יכולים ב״ד לקבל טענות מן התובע ולקבל עדות ולברר מה שביכולתם לפי ראות עיניהם ואם יראה להם שהמסרב חייב להתובע אע״פ שא״א לידע ברור מצד אחד מ״מ כיון שהמסרב אין רצונו להשיב בב״ד כאשר עשה כן יעשה לו ושלא יהא חוטא נשכר נותנים רשות להתובע שידון עמו שמה כיון שנראה להם שעכ״פ יש לו תביעה חזקה על המסרב :

ג וכן יש רשות לב״ד להעיד לפני הערכאות למי שאינו ציית דין שזה חייב לזה והב״ד בעצמם ילכו כדי להציל עשוק מיד עושקו בין שהנגזל הוא ישראל או אינו ישראל :

ד המקבל עליו בקניין לדון בפני דייני עובדי כוכבים אינו כלום ואפילו נשבע דהוה כנשבע שבועת שוא ואפילו אם יש לאחד מבע״ד ויתור זכות בדינם מבדיני ישראל אין זכותו כלום [תשו׳ הרא״ש ואו״ת דלא כסמ״ע] ואסור אף לב״ד שידונו לפי דינם של העובדי כוכבים ואם קיבל עליו שאם לא ילך לפניהם לדון יתן כך וכך לעניים אסור לו לילך והצדקה מחוייב ליתן דזהו נדר והוה כנודר שאם לא יחלל את השבת שיתן מנה לעניים שהוא חייב לשמור את השבת ולקיים נדרו [רי״ף בתשו׳] דנדר חל באופן כזה וי״א שאין ב״ד מוציאים ממנו בע״כ אלא שמודיעין אותו שחל עליו הנדר ומחוייב לקיימו :

ה שטר שכתוב בו שיכול לתובעו בדיני עובדי כוכבים אינו רשאי וכמ״ש בסעי׳ הקודם ואם תבעו שמה או שמסר השטר שמה חייב לשלם לו כל מה שגבו יותר שמה מבב״ד וגם אם עלה להנתבע הוצאות חייב להחזיר לו וכ״ז כשיכול לגבות ממנו בב״ד אבל אם הנתבע מסרב לבא לב״ד יתנו לו ב״ד רשות כמ״ש בסעי׳ ב׳ אמנם אם אומר שרצונו לדון בב״ד אחר ולא בב״ד זה אם אין זה דרך דיחוי לפי הבנת הב״ד צריך לילך עמו לב״ד אחר ועיי׳ בסי׳ שס״ט נתבאר שמה דדינא דמלכותא דינא :

סימן כז [שלא לקלל דיין ולא שום אדם ובו ג׳ סעיפים] :

א המקלל דיין קבוע עובר בלאו דאלקים לא תקלל נוסף על הלאו של כל ישראל והמקלל אחד מישראל אפילו מקלל לחרש שאינו שומע ואינו מצטער מזה כלל מ״מ עובר בלאו שנאמר לא תקלל חרש כלומר אפילו חרש וכ״ש לאינו חרש ובדיין עובר בשני לאוין מלבד שהוא עלבון כלל התורה אחרי שדנו ד״ת כשמבזה הדיין כמבזה התורה ח״ו ואיסור גדול יש כשמבזה את הדיין באיזה דיבור של גנאי או מקללו באיזה מין קללה שהוא אך מלקות אינו חייב רק כשמקללו בשם או בכינוי ואף בשמות לע״ז שקוראים להקב״ה האומות חייב מלקות בזמן המקדש אם היה בעדים והתראה ואפילו מחל המתקלל אבל בלא התראה או שקילל בלי שם וכינוי או שהקללה באה משלילת הברכה כגון שאמר אל יהי פלוני ברוך לד׳ או מקלל את המת אינו חייב מלקות אבל איסור גדול יש בזה וכן המקלל את עצמו האיסור כמו מקלל לאחרים ואם חירף כת״ח עונשים אותו והרשות בידם לעשות כשבכוונתם לשמים ואף כשחירף לע״ה עונשין אותו כפי ראות עיניהם כשיש יכולת בידם [עתה אין נוהגים דינים אלו] :

ב מי שנתחייב עונש מפני שפקר בב״ד או בשארי ת״ח ורוצים למחול על כבודם הרשות בידם ודווקא כשלא יהיה בזה הפסד בכבוד ד׳ ותורתו הקדושה כמו אם ימנעו מלהענישו יהיה בזה פירצה בפני ההמון וכיוצא בזה [ג״ז אין נוהג עתה כי אין לנו רשות על זה מהממשלה הרוממה] :

ג הרבה גדולים צווחו ככרוכיא על מה שמזכירין שם שמים במכתבי חול שכותבים איש לרעהו הן שמזכירים בלה״ק הן בלשון חול או באיזה לשון שהוא כי אח״כ המכתבים מוטלים באשפה ובאים שמות לידי בזיון ועניות ירדה לעולם בהעון הגדול הזה והרי אבותינו קבעו יו״ט כשחדלו מלהזכיר שם שמים בשטרות מפני חששא זו שלמחר זה פורע חובו ומוטל השטר באשפה [ר״ה י״ח:] ולכן בידוע שאצל נשים ועמי הארץ רגיל עון זה לכן יזהר כל אחד שלא להשתמש במכתבים שום דבר של גנאי ובזיון ועון חמור הוא עד מאד ועל כיוצא בזה נאמר כי מכבדי אכבד ובוזי יקלו ולכן טוב לבער מכתבי חול בכבוד ולשורפם אמנם אם ידוע שכתוב בהם שם ה׳ אסור לשורפם ע״כ יחתוך השמות ויגנזם בכבוד והשומע תבא עליו ברכת טוב אמן ואמן :

סליק הלכות דיינים בס״ד

סימן כח [החיוב להעיד וכיצד מקבלין העדות ובו ל"ב סעיפים]

א מ"ע מן התורה על כל איש שיודע עדות לחבירו הן בדבר שבממון הן בדבר איסור מחוייב לבא לפני ב"ד ולהעיד שנאמר והוא עד או ראה או ידע אם לא יגיד ונשא עונו ואף אם הוא רק עד אחד מחוייב מדרבנן [כס"מ] להעיד בדבר שבממון שאע"פ שאין עד אחד נאמן מ"מ הא מחייב להמכחיש שבועה ושמא לא ישבע וישלם ונמצא שבעדותו מציל ממון חבירו ואף בדבר איסור כדי לאפרושי מאיסורא מחוייב לבא לב"ד ולהגיד אבל כשכבר נעשה האיסור לא יעיד יחידי דאינו אלא כמוציא שם רע על חבירו כיון דהתורה לא האמינתו לעד אחד:

ב אינו מחוייב להעיד רק אם יש תועלת בעדותו אבל כשאין תועלת כגון שהוא קרוב או פסול או נוגע בעדות או שאינו יודע בבירור רק מפי השמועה או מאומדנא א"צ להעיד ואם הוא קרוב או פסול וקבלו שני הבעלי דברים אותו עליהם דכשר כמ"ש בסי' כ"ב אע"פ שאינו עובר באם לא יגיד כשלא יעיד כיון דהתורה פסלתו מ"מ מחוייב להעיד כדי להציל ממון חבירו כיון דקבלוהו הבע"ד [כס"מ]:

ג החיוב חל עליו כשיתבענו אחד מהבע"ד שילך ויעיד או שהב"ד שלחו אחריו ולפעמים אף אם הבע"ד או הב"ד לא תבעוהו שיעיד כגון שאין יודעים שיודע בעדות זה מ"מ כשיודע שהבע"ד דנים בעסק זה בב"ד חל עליו החיוב שילך ויעיד בב"ד וכל זמן שהבע"ד אין דנים בב"ד אין החיוב חל עליו [אחרונים] ונראה שאם יודע העד שבמשך זמן ידונו זה עם זה והוא לא יהיה אז בביתו שמצוה עליו לבא לב"ד ולספר מה שיודע ואולי ישלחו הב"ד אחרי הבע"ד לקבל העדות דהא מצוה להציל ממון חבירו:

ד כל מי שהחיוב עליו להעיד וכובש עדותו ואינו מעיד עובר על לא תעמוד על דם רעך [סמ"ע רל"ז] ואינו נמחל לו מן השמים עד שישיב הממון לחבירו כפי מה שהפסידו בכבישת עדותו ואף אם הוא עד אחד חייב בד"ש דשמא כשהיה מעיד והיה מחייב שבועה להבע"ד לא היה נשבע לשקר והיה משלם ונמצא שהפסידו ממון אבל בדיני אדם אין מחייבין אותו אף כשהם שנים כיון שלא עשו מעשה אלא גרמא בעלמא והב"ד אומרים להם או לו דעו או דע שבדיני שמים חייבים אתם או חייב אתה רק אנחנו אין בכחינו לחייב אתכם או אותך וגם תפיסה אם תפס הבע"ד שהפסיד ע"י כבישת עדותם מהעדים לא מהני וצריך להחזיר [ס"ך וסגס דבכ"מ ספי"ז מעדות ובס"ג הכוכס אות ב' מסמע דבסניס גס בדיני אדס חייביס מ"מ כל רבותינו לא ס"ל כן]:

ה אם אומר העד אמת שאני יודע בעדות זו אבל קבלתי עלי שלא לגלות הדבר אינו כלום והב"ד גוזרים עליו שיעיד ואם נשבע שלא יגלה הדבר אם יש עוד עד אחד אין השבועה כלום דהוי נשבע לבטל את המצוה ואם אין שני לו חלה השבועה כיון דמן התורה אינו עובר באם לא יגיד וצריך חרטה והתרה [או"ת ע"ס] ומצוה להתיר לו השבועה ע"י חרטה והוא דבר מצוה כדי להציל ממון חבירו ואם יש בלעדו שני עדים וודאי דחלה השבועה ואין מתירין לו אא"כ לא נתקבלה עדותן של האחרים מאיזה סיבה ולשון נדר אינו חל על זה כלל שאין הנדרים חלים על דבר שאין בו ממש ודיבור אין בו ממש אם לא שאמר קונם פי מדבר העדות כמ"ש ביו"ד סי' רי"ג ויראה לי דבכה"ג גם כשיש עוד אחד חל הנדר דנדרים חלים ע"ד מצוה כמ"ש שם בסי' רט"ו ולכן צריך התרה משא"כ שבועות אינם חלים ע"ד מצוה וחלים אף על דבר שאין בו ממש כמ"ש שם בסי' רל"ו ע"ש:

ו העד צריך להעיד הדבר כמו שהוא ולא יוסיף ולא יגרע ואסור להעיד שראה בדבר שלא ראה בעיניו אע"פ שברור אצלו שהמעשה היה כן כגון שא"ל אדם כשר שיודע בו שאינו משקר בשום פנים שהמעשה היה כך וכך או כשמשער לפי הענין שהמעשה היה כן אסור לו להעיד שהמעשה היה כן אלא יאמר לפי השערתי או לפי מה שאמר לי פלוני נראה שהענין כן הוא והב"ד בעצמם ידונו בזה כפי הדין או ידרשו ויחקרו כללו של דבר העד צריך לספר כל הענין כפי שראה או ששמע ולא יוסיף מדעתו כלום וכן אם מבקש אותו אדם נאמן דע לך שמגיע לי מפלוני מעות ואין לי אלא עד אחד לכן אבקש אותך שגם אתה תהיה בב"ד כדי שבעל דיני יפחד שגם אתה עד בדבר ויודה לי במעותי אסור לו לעשות כן אע"פ שאינו מדבר כלום דשמא מחמת פחד יתפשר עמו שלא כדין [כס"מ] ועל כיוצא בזה נאמר מדבר שקר תרחק:

ז יש רשות לאדם ליתן איסור בבה"כ על כל מי שיודע לו עדות שיבא ויעיד והאיסור חל על כל מי שכשר להעיד ואף אותם שאינם כשירים להעיד בקרובים או פסולים אם יורעים באיזה מקום נמצאו ראיותיו של פלוני מחוייבים להגיד להב"ד [סס] אבל להשביע לאדם אם יודע לו עדות אין ביכולת אם לא שהב"ד רואים לפי השעה שלהעיד שקר קל בעיני הבריות יש ביכולתם להשביע העדים קודם הגדת עדותן שיגידו האמת ועיי' מ"ש בסי' ע"א ודווקא להב"ד יש כח זה כפי ראות עיניהם אבל הבע"ד אין ביכולתו לתבוע זה מהב"ר [ח"ס] ועיי' ביו"ד סי' רל"ב:

ח אם מצרי תובע לישראל שיעיד לו בדיניהם נגד הישראל צריך לידע אם לא יוציאו בדיניהם ממון מאלו היה בדינינו והוא מוכרח להעיד יעיד לו אבל אם מוציאין יותר מאלו היה בדינינו צריך להשמיט א"ע ואם היה יכול להשמיט א"ע ולא השמיט והעיד חייב לשלם

לשלם להישראל כשחייבו אותו יותר מאלו היה בדינינו ומשמתין אותו עד שישלם [טו"ר וכס"מ] ואם לא היה יכול להשמיט א"ע להעיד כגון שהדבר מפורסם בין המצרים שזה יודע בעדותו או שהמצרי ייחד את הישראל שיהיה עד בדבר ואם לא יעיד יהיה חילול ש"ש מחוייב להעיד מפני כבוד שמים ואם הבע"ד מברר שהעיד שקר חייב לשלם מה שהפסידו [ובמדינתינו במקום משפטי הקיר"ס שהשופטים ישרים מחוייב כל איש ישראל כשהשופטים דורשים אותו להעיד שיעיד האמת כי דינא דמלכותא דינא]:

ט וישראל התובע למצרי וכופר ומעמיד המצרי ישראל אחר לעד צריך לראות ג"כ הכלל שנתבאר האמנם מאשר שפרטים רבים בזה וכן במה שמבואר בסעי' הקודם יש הרבה פרטים כגון בעדות שני קרובים דבדינינו חשיבא כחד ובדיני מצרים חשיבי כתרי ונמצא שלא יעשו כדין התורה וכן כל כיוצא בזה לכן בעדות ישראל בדיני מצרים הן שמעיד לטובת הישראל והן שמעיד לטובת המצרי צריך לשאול שאלת חכם [ב"ח] וכל זה לא שייך בזמנינו במשפטי הקיר"ה כמו שבארנו:

י אם ת"ח צריך להיות עד אצל דיינים שקטנים ממנו בתורה ואין בכל הג' דיינים גדול ממנו או שוה לו אם אין רצונו לילך לפניהם מפני כבוד תורתו הרשות בידו והב"ד שולחים לו ג' אנשים לביתו ויעיד בפניהם והם מוסרים הדברים לב"ד אבל למסור העדות לאחד או לשנים ושהם יגידו לב"ד אסור דהוה כעד מפי עד אא"כ יש תקנה בעיר לענין קבלות עדות כמ"ש בסעי' כ"ז ודווקא בדבר שבממון אבל בדבר הנוגע לאיסור אין חכמה נגד ה' ומחוייב לילך ולהעיד ואפילו בדבר שבממון יכול לילך וחכם שמחל על כבודו כבודו מחול ומרבה בזה כבוד שמים ובפרט האידנא רחוק שיהיה כוונתו לש"ש במה שאינו רוצה לילך וכהן גדול בזמן שבהמ"ק היה קיים אינו חייב להעיד אלא במה שנוגע להכלל והולך לסנהדרין ומעיד ובשארי עדות פטור [רמב"ם פ"א מעדות] ואיתא בגמ' [סנה' י"ח:] דכשהכה"ג היה צריך להעיד היה יושב המלך לכבודו עד שקבלו עדותו וכל זה בדבר שבממון אבל בדבר איסור מחוייב לילך ולהעיד כמ"ש בת"ח ונראה דכה"ג אינו יכול למחול על כבודו ויראה לי דהריש גלותא בזמן הגמרא דינו ככה"ג:

יא טען אחד מהבע"ד שיש לו עדים והם יריאים להעיד מפני שבעל דינו אלם ויראים ממנו אם הב"ד מבינים שאמת הדבר כופין את בעל דינו האלם שיביא הוא אותם העדים ויעידו ולא חיישינן שמפני יראתו יעידו שקר דזה לא שכיח דאף ששכיח שמפני היראה יכבשו עדותם ולא יעידו כלל אבל שגם יעידו שקר מפני היראה לא חיישינן וכל זה כשידוע לב"ד שיש לו עדים ומבינים שיריאים מפני אלמותו של השני אבל אם לא נודע לב"ד מזה אינו נאמן לומר כן דאל"כ כל אחד יאמר כן ועיי' בסעי' ק"א:

יב הדיינים צריכים לישב בשעת קבלת העדות והעדים צריכים לעמוד ובסי' י"ז נתבאר דעמידה ע"י סמיכה מקרי עמידה וגם ישיבה ולכן רשאים הדיינים גם לכתחלה לעמוד ע"י סמיכה והעדים יעמדו או שהעדים יעמדו ע"י סמיכה והדיינים ישבו אבל שהדיינים והעדים יעמדו יחד ע"י סמיכה ולחשוב להדיינים ישיבה ולהעדים עמידה הוי תרתי דסתרי כשהם במעמד אחד ובדיעבד אם עמדו הדיינים בשעת קבלת העדות או שהעדים ישבו כשר העדות ולכן אם העד ת"ח מושיבין אותו לכתחלה מפני כבוד התורה ועיי' במ"ש שם סעיף ה' ונראה שאף שבדיעבד כשר בכל גווני מ"מ אם הדיינים עמדו והעדים ישבו אין זה קבלת עדות כלל אפילו בדיעבד וצריכים לקבל מחדש:

יג צריכים לקבל העדות במקום המיוחד לישיבת הדיינים ואם קבלו שלא במקום המיוחד לישיבתם אם עכ"ז הכינו הב"ד עצמם באיזה בית וישבו לקבל העדות כשר בדיעבד אבל אם קבלו בשוק וכיוצא בזה דרך הלוכם שלא בהכנה באיזה מקום אינה נחשבת לקבלת עדות כלל וצריכים לקבל מחדש [ככ"ל מרש"י ב"ק ע"ס. ועיי' בס"ך והאחרונים ולדבריהו לא פליגי כלל ודו"ק]:

יד הדיינים צריכים להבין לשון העדים ולא יקבלו עדותן ע"י מתורגמן ואם מבינים מה שהעדים מדברים רק שאין יודעים להשיב מותר להעמיד מתורגמן וכל מ"ש בסי' י"ז סעי' ט' לענין בע"ד נוהג גם בעדים:

טו קודם קבלת העדות מאיימין הדיינים על העדים בפני כל שיעידו אמת ומודיעים אותם עונש המעיד שקר בעוה"ב והבושת שיגיע לו בעוה"ז וגם בעיני שוכריו יתבזה כדאמרי אינשי סהדי שיקרי אאוגרייהו זילי ואח"כ מוציאים כל אדם לחוץ ולא ישארו שם רק הדיינים והעדים והבעלי דברים [סמ"ע] כי טוב יותר לחקור ולדרוש כשאין אנשים הרבה וגם מהעדים שולחין אחד לחוץ כדי לחוקרן זה שרא בפני זה כדי שלא ילמוד אחד מחבירו לשקר ואומרים הדיינים להעד אמור היאך אתה יודע שזה חייב לזה אם אמר הוא אמר לי או איש פלוני נאמן אמר לי או שלפי השערתי חייב לו אין בדבריו כלום עד שיאמר שראה ההלואה או שבפניו הודה לו בהודאה גמורה שהוא חייב כמו שיתבאר בסי' פ"א וכן כיוצא בזה בשארי עדות יחקורו וידרשו יפה יפה עד שיעמדו על בירור הענין ואח"כ מכניסים את העד השני אם העיד הענין כמו חבירו שולחים העדים והבע"ד לחוץ כדי שלא ישמעו מי הוא המחייב ומי הוא המזכה והדיינים נושאים ונותנים בהדין וגומרים אותו וצריכים הדיינים ליזהר כשהעד השני אומר כל הלשון שאמר הראשון מלה במלה אם אין קנוניא ביניהם איך שיגידו ואינה עדות אמת ואז חייבים לחקור ולדרוש הרבה [ירושלמי פ"ב ס"ח] ואם העד השני אינו אומר כל פרטי עדותו אלא אומר אף אני אומר כמו העד הראשון כגון ששמע מה שאמר הראשון אע"ג דמדין תורה

תורה מהני אף בעידי נפשות [סנה' ס'.] מ"מ אין לעשות כן וצריכים לחקור גם אותו אא"כ נחוץ לילך לדרכו וא"א לו להעיד בפרטיות מפני בחילתו או שהוא חולה וקשה עליו הדיבור דאז מוקמינן אדינא ושטר בקיום ב"ד שבא לפנינו וכתוב בו שהשני אמר אף אני כמוהו כשר [ט"ז] כיון שכשר מדינא ומסתמא עשו כדין:

טז מדין תורה שאין מקבלים עדות העדים מפי הכתב שישלחו עדותן בכתב לב"ד שנאמר על פי שנים עדים יקום דבר ובאה הקבלה על פיהם ולא ע"פ כתבם ויש מרבותינו דס"ל דזה לא קאי רק אאלם שהתורה מיעטתו מאם לא יגיד פרט לאלם שאינו יכול להגיד [גיטין ע"א.] וכמ"ש בסי' ל"ה בזה מיעטתו התורה אע"ג שיכול להגיד מתוך הכתב כיון שאינו ראוי לדבר בפיו אבל מי שיכול לדבר יכול לדבר גם מתוך הכתב וכמו שאמרו חז"ל לענין בלילת מנחות דאם לא בלל כשר מיהו בעינן שיהא ראוי לבלול [מנחות י"ח] דכל הראוי לבילה אין בילה מעכבת בו וראיה לסברא זו דאל"כ למה לן מיעוטא לאלם אלא וודאי דהגדה הוי גם מתוך הכתב ואם לא מיעטו התורה לאלם מאם לא יגיד לא היינו דורשים מפיהם ולא מפי כתבם דהאי קרא לא מייתרא דאיצטריך שלא ישמעו מפי התורגמן [מכות ו':] והשתא דמעטיה קרא לאלם מאם לא יגיד דרשינן לי' להאי קרא לאלם דמפיהם ולא מפי כתבם כלומר אם אפילו האלם יכול לכתוב לא מהני ובלא זה לא הוה ידעינן מאם לא יגיד אלא דרמיזתו לא תועיל אבל כתיבה לא ידענא [כנלע"ד בכוונת ר"ת סבתוס' יבמות ל"א. וגיטין שם] אמנם המנהג כדיעה ראשונה דרוב הפוסקים סוברין כן ומ"מ כתב אחד מגדולי האחרונים שראה בעלי הוראה נוהגין שמקבלין מת"ח עדות מתוך הכתב וסומכין על דיעה זו ויש בשעת הדחק לסמוך על דיעה זו ואף לדיעה ראשונה אם העד בעצמו בב"ד וכותב עדותו בכתב ואומר אני מעיד מה שכתוב בכתב זה מקרי מפיהם [ריטב"א] וכשמקבלין עדות בכתב בשעת הדחק צריכים הדיינים לקרא הכתב לפני הבע"ד דצריך קבלת עדות לפני הבע"ד כמו שיתבאר ואם לא ישמעו מה שבכתבם הוי שלא בפני בע"ד [כס"מ] וכששולח העדות בכתב יכתוב אני פב"פ מעיד בתורה עדות וכו' ולכן אם נצרך לגבות עדות מאיש שהוא במקום אחר שאין מצוי שם ב"ד בנקל יכתוב עדותו בכתב וישלחם להב"ד של מקום הבעלי דינים:

יז לדיעה ראשונה שנתבאר. אין לב"ד לקבל שטרות שעדים חתומים בו מדין התורה כשאין העדים לפני הב"ד דאיך ידונו על פיהם והרי זהו מפי כתבם אלא שתקנת חכמים הוא לקבל שטרות ולדון על פיהם כדי שלא לנעול דלת בפני בעלי מסחור דא"א להביא תמיד העדים לפני הב"ד כשאינם בהעיר או מתו או סיבה אחרת ובסי' מ"ו וס"א יתבאר מהו שטר דדבר שנכתב רק לזכרון דברים בעלמא אין שם שטר עליו ע"ש והרבה מרבותינו חולקים על זה וס"ל דעדות שבשטר מן התורה הוא [עיי' בש"ך] ואף לדיעה ראשונה אין זה רק בשטרי ראיה ולא בשטרי קניין [כס"מ]:

יח העד כשמעיד צריך שיזכור הענין על בוריו מה שמעיד ואם נשכח ממנו איזה פרטים או אינו זוכרם בבירור יאמר כן את זה שכחתי ואת זה איני זוכר על בוריו ולא יעמיד על דמיונו והשערתו דאין זה עדות אמת אבל מה שזוכר יכול להעיד אפילו אחרי שנים רבות ולא אמרינן דמסתמא נשכח ממנו באורך הזמן דהאדם יכול לזכור משך רב מהשנים ולא עוד אלא אפילו אם נשכח ממנו הענין ומצא בין כתביו הענין כתוב ונתן אל לבו ונזכר בהמעשה על בוריו יוכל להעיד אבל אם לא נזכר אסור לו להעיד אלא יאמר את זה מצאתי בין כתביי ואני איני זוכר וממילא דהב"ד לא ידונו ע"פ זה אלא יחקורו וידרושו וכן אם שכח המעשה ואדם אחר הזכירו ואחר שהזכירו נתן אל לבו ונזכר המעשה על בוריו יכול להעיד ואפילו הזכירו העד השני או אפילו קרובו של בעל דין הזכירו כיון שאח"כ נזכר מעצמו יכול להעיד אבל אם הבע"ד בעצמו הזכירהו או אשתו ובניו של הבע"ד דהם כגופו לא יעיד אפילו אם נזכר אחר שהזכירוהו דחיישינן שמא הטעימו לו הענין כל כך עד שהטעו אותו שלא ירגיש שאינו זוכר כטוב ומדמה בדעתו שזוכר אע"פ שאינו זוכר היטב ואם העד ת"ח יכול להעיד אפילו הזכירו הבע"ד בעצמו דת"ח לא יניח א"ע שהבע"ד יטעיהו ויש שכתבו דאין לזה דין ת"ח בזמה"ז ואין זה כלל בכל העניינים ותלוי בראיית עיני הדיינים לפי חכמתו ויראתו וכל זה כשהבע"ד מוסר דבריו להעד בעצמו אבל אם מסר דבריו להב"ד או לשליח ב"ד שיגידו להעד בשמו שכך וכך היה המעשה ובאותו זמן ובאותו מקום והם הגידו להעד ונזכר העד מעצמו יכול כל אדם להעיד דכיון דלא שמע מהבע"ד עצמו אין כאן חששא [תו"ת]:

יט עד מפי עד אינו יכול להעיד ואפילו שמע משני עדים כשרים שפלוני לוה מפלוני או מכר שדה פלונית לפלוני אסור לו להעיד על המעשה כיון שעיניו לא ראו עצם המעשה דעד לא נקרא בין בד"מ בין בד"נ רק מי שראה המעשה ולא מי ששמע מפי אחרים ועל זה נאמר על פי שנים עדים ולא מי ששמע מהעדים וזה שמצינו לענין גט כשאמר הבעל לשנים אמרו לפלוני ופלוני שיכתבו ויחתמו גט לאשתי יש דיעה בגמרא שאותם הפלוני ופלוני יכולים לכתוב הגט אע"פ שלא שמעו מפי הבעל וגם בד"מ יש מהפוסקים שמכשירים באומר אמרו לפלוני ופלוני שיכתבו ויחתמו שטר מתנה לפלוני כמ"ש בסי' רמ"ד אין זה כעד מפי עד דעד מפי עד לא הוה אלא כששמעו מפלוני ופלוני שפלוני לוה מפלוני מנה או מכר או נתן לו מתנה שלא נמסרה העדות לאלו אבל באומר אמרו עיקר העדות נמסרה לאלו

לאלו והראשונים הם שלוחי הבעלים שיצוו לאלו לעשות [תוס' גיטין ס"ז. ד"ה אמרו] ועכ"ז דווקא ע"פ שנים כותבים ולא ע"פ אחד [תוי' רשב"א שם כ"ט.] ואע"ג דשלוחו של אדם כמותו מ"מ אין לעדים לעשות מעשה ע"פ נאמנותו של עד אחד ורק בגיטין האמינו חכמים לשליח להביא הגט מטעם כיון שיש גט חתום בידו ועדים החתומים על השטר נעשה כמי שנחקרה עדותן בב"ד ורבנן הצריכו קיום ומשום תקנת עגונות הקילו רבנן להאמין לאחד המביאו [ריש גיטין] ואין לשאול בזה כיון דשני עדים נאמנים בכל דיני התורה למה אין לשני עדים אחרים ששמעו מפיהם לבא לב"ד ולהעיד על המעשה די"ל כיון דקיי"ל דעדים כל זמן שלא נחקרה עדותן בב"ד אע"פ שהעידו חוץ לב"ד יכולים לחזור מעדותן משא"כ כשהגידו עדותן בב"ד שוב אינם חוזרים ומגידים כמ"ש בסי' כ"ט א"כ איך יכולים להעיד במה ששמעו מפי שני עדים חוץ לב"ד והרי העדים בעצמם יכולים לחזור מעדותן א"כ אין זה עדות כלל ולכן שנים ששמעו מפי עדים שהעידו בב"ד שפלוני לוה מפלוני או קנה או מכר או נתן והב"ד פסקו כן על פיהם יכולים להעיד בב"ד אחר כן ואותו הב"ד פוסקין הדין על פיהם וראיה לדבר זה דהרי אף בד"נ כשמעידין שנים דאיש פלוני נגמר דינו בב"ד פלוני הורגין אותו על פיהם כמ"ש הרמב"ם פי"ג מסנהדרין וכ"ש בד"מ דזהו ווודאי דיותר מחוייבין העדים לראות המעשה בד"נ משישמעו מפי הבע"ד בד"מ ואין להקשות כיון שחוץ לב"ד יכולים העדים לחזור בהם א"כ באומר אמרו היאך עושים האחרים מעשה על פי השנים שאמרו להם שהבעלים צוום שיאמרו להם לעשות כך וכך הרי לא הגידו זה בב"ד ויכולים לחזור בהם די"ל דוודאי שנים נאמנים שלא יכשילו לאחרים וזה שביכולתם לחזור בהם כשלא הגידו בב"ד זהו רק בספירת דברים בעלמא כשהגידו כך וכך ולא ע"מ לעשות מעשה דאז לא חשו להגיד האמת אבל כשמצווים לאדם לעשות מעשה וודאי דשנים נאמנים אף שלא בב"ד כמו שנאמנים בכל דבר איסור להוציא מחזקת איסור או עד אחד שנאמן באיסורים במקום שבידו או שאין בזה חזקת איסור כמ"ש ביו"ד סי' קכ"ז דפשיטא דאין חילוק בנאמנותם בין בב"ד לשלא בב"ד ומיהו הרמב"ם והרבה מהפוסקים פוסלים באומר אמרו מטעם מילי לא ממסרן לשליח כמ"ש בסי' רמ"ד ע"ש [ודברי הכס"מ בבאוריס ס"ק ז' לא נתבררו אצלי] ובסי' כ"ט יתבאר עוד בזה בס"ד :

כ כתיב בשור שהמית והועד בבעליו אמרה תורה יבא בעל השור ויעמוד על שורו מכאן סמכו חכמים דבכל עדות אין מקבלים עדותן שלא בפני בע"ד [רבינו ב"י] והסברא נותנת כן דכשמעידין לפני הבע"ד ישימו יותר אל לבם להעיד אמתת הענין [לבוש] ולכן בדבר הברור שאין חשש בזה שישקרו אם לא יהיה בפניו כגון בצוואות וכיוצא בהן מקבלין אפילו שלא בפני הבע"ד [סמ"ע] וגם זה נראה דווקא שיש טורח רב שיעידו בפני הבע"ד אבל בדברי משא ומתן והודאות והלוואות מחוייבים לקבל רק בפני הבע"ד מיהו אם הב"ד חוששין שאולי ישאו פנים לאחד מהבע"ד טוב ונכון שמקודם ישאלום שלא בפני הבע"ד ואח"כ יגידו בפני הבע"ד כדי שיתביישו מלחזור מדבריהם [יש"ש סגוזל בתרא סי' ח'] וכן היה עושה הריב"ש [שם] ושלשה הדיוטות לא יקבלו עדות כי בקל יטעו בקבלת עדותם וכל המקבל עדות ואינו ראוי לדון כאלו קיבל עדות שקר [שם סי' ע' בשם סרי"ף בתשו'] מיהו במקום שאין ב"ד וההכרח מביא לקבלת עדות בשם יזהרו השלשה המקבלים העדות שיכתבו מלה במלה כמו שאמרו העדים וישלחום ליד ב"ד ויראו אם יש ממש בקבלת עדותן אם לאו :

כא ואם קבלו עדות שלא בפני בע"ד פסקו רבותינו בעלי הש"ע דאין דנין ע"פ עדות זו וחוזרין ומקבלין בפני הבע"ד ואע"פ שיש מרבותינו שפסקו דבדיעבד עדותן עדות והביאו ראיה לזה מדחזינן שבמקום אונס הקילו חכמים כמו שיתבאר ואי ס"ד דאף בדיעבד אינו כלום היאך הקילו חז"ל במקום אונס [רא"ן ורא"בי"ס] מ"מ לא קיי"ל כדיעה זו ואף שהוא מתקנת חכמים מ"מ הם אמרו והם אמרו שאף בדיעבד אינו כלום ובמקום אונס מקבלים לכתחלה [רבינו ב"י] וכתב רבינו הרמ"א דאם הגידו שלא בפני הבע"ד והוצרכנו אותם שיחזרו ויגידו לפני הבע"ד ושינו בעדותן ממה שהגידו בראשונה הולכין אחר העדות השני שהגידו בפניו אע"פ שהגידו מקודם ע"פ השבועה דכל שלא בפניו כחוץ לב"ד דמי וחוזרין ומגידין עכ"ל ותמיהני בזה כיון דמן התורה עדותן עדות הו"ל חוזרים ומגידין וכי אפשר שע"פ תקנת חכמים יעברו על דין תורה ובפרט אם הגידו ע"פ שבועה הקשו גדולי האחרונים דהא נפסל לעדות משום שבועת שוא ותרצו דוודאי אם נשבעו שיאמרו אמת א"א להם לחזור רק אם נשבעו שיגידו עדות יכולין לומר לא עברנו על השבועה כי היתה הכוונה בעדות שיועיל ע"פ הדין והיינו בפני הבע"ד [כס"מ] ויראה לי דכל זה הוא דווקא כשלא היתה קבלת עדותם בהחלט שלא ידרשו עוד הפעם מהם בפני בע"ד כגון שהבע"ד היה בעיר ולכן אף שמן התורה לא מהני מ"מ כיון דמתקנת חכמים אין מקבלין שלא בפני בע"ד ממילא שלא כוונו לעדות גמור בפעם הראשון ואין זה חוזר ומגיד גם מדין תורה אבל אם קבלו עדותם בהחלט שוב אין יכולים לחזור בהם [וקצת ראיה לזה מדברי סר"מ סלרוך סהובא בב"י שממנו מקור דין זה ע"ש] וכיון שיש מרבותינו דס"ל דבדיעבד ביכולת לדון ע"פ עדות זו לכן כתב רבינו הרמ"א דאם הבע"ד הוא אלם שיריאים העדים להגיד בפניו מקבלים לכתחלה אפילו שלא בפניו שלא יהא חוטא נשכר אא"כ יש ביכולת הב"ד לכוף האלם שיעידו בפניו ואם אין ביכולתם יקבלו שלא בפניו

בפניו ובעסק של קטן אין מקבלים עדות דקטן אין לו דעת והוה כשלא בפניו אא"כ בדבר ברור או בפני האפטרופס שלו כמ"ש בסי' ק"י ע"ש כמה פרטי דינים בזה:

כב תקנו הגאונים דבענייני קטטות ומריבות מקבלין עדות שלא בפני בע"ד מפני שיש לחוש שע"י שיגידו העדים בפניהם תתעורר יותר הקטטות והמריבות וגם הב"ד לא יגלו מי הם העדים כדי שלא יתקוטטו עמהם ודווקא כשאין דנין בזה דין תורה ממש אלא להשקיט הריב ולהורות כפי צורך הענין ולקנוס החייב רק כפי להשקיט המריבה אבל כשרוצים לענוש ולדון אחד מהם כפי הדין אין לקבל העדות אלא בפני הבע"ד וכמ"ש באהע"ז סי' י"א אם לא שהעדים יריאים להגיד בפניהם דאז מקבלים שלא בפניהם:

כג ומפני שעיקר דין זה תקנות חכמים הוא לכן אמרו רבותינו ז"ל דכשיש חששא שאם ימתינו על הבע"ד תתבטל העדות כגון שהעדים חולים ואם ימתינו על הבע"ד שמא ימותו או יחלושו שלא יוכלו להגיד מקבלים שלא בפניו וא"צ לשלוח אחריו וכן אם התובע חולה ומבקש מב"ד לקבל העדות מיד כשהוא חי כדי שיזכיר להעדים הענין מכוון אף שזוכרים מעצמם עכ"ז יעוררם יותר בהזכרת הענין אין שולחין אחר הנתבע ומקבלין עדותן אבל כשהנתבע חולה אין מקבלין שלא בפניו דממ"נ אם יחיה יקבלו בפניו ואם לאו נקבל אח"כ שלא בפניו ו:ע"פ שיש לחוש שיפלו הנכסים לפני היתומים ואז לא יהיה ביכולת לקבל העדים כמ"ש בסעי' כ"א מ"מ כיון שבעיקר העדות לא נתקן עתה יותר אין מקבלין שלא בפניו:

כד וכן אם העדים מבקשים לילך למרחק ומבקש התובע לקבל עדותן שלא בפני הנתבע שומעין לו ודווקא אם הנתבע אינו בעיר אבל אם הוא בעיר ישלחו אחריו ואם שלחו אחריו ולא בא מקבלין שלא בפניו ובזה חמור יותר מחולים דא"צ להמתין כלל משום בהלת מיתה או בלבול דעתו אבל בזה דאין כאן בהלה צריכין לשלוח אחריו כשהוא בעיר ומבואר מזה דאם העדים נחוצים כל כך שאין להם פנאי כלל להמתין מקבלים מיד שלא בפניו אף כשהוא בעיר:

כה לפי מה שנתבאר דווקא כשהעדים רוצים לילך למרחק ושלחו אחריו ולא בא מקבלים שלא בפניו אבל כשהעדים אין רוצים לילך למרחק אע"פ שהב"ד שלחו אחריו ולא בא בפעם הראשון ממתינים בקבלת העדות עד שישלחו בזמן אחר אחריו ויבא וי"א דכששלחו אחריו ולא בא בכל ענין אין ממתינים עליו ומקבלין עדותו שלא בפניו ודווקא כשהדיינים הם דיינים קבועים בעיר או אפילו אינם קבועים רק שקבלו עליהם לדון בפניהם והיינו שהתחילו כבר לטעון בפניהם ולכן כיון ששלחו אחריו שיבא וישמע קבלת העדות ולא בא איהו דאפסיד אנפשיה אבל אם לא קיבל לדון בפניהם ואינם דיינים קבועים באופן שיכול לומר לא אדון בפניכם וכמ"ש בסי' ג' סעי' ב' אין ביכולתם לקבל עדות אף ששלחו אחריו ולא בא ומיהו בעדים חולים או רוצים לילך למרחק אף דיינים כאלו יכולים לקבל שלא בפניו:

כו וכן יש לפעמים שמקבלין עדות שלא בפני בע"ד כגון ראובן שתובע לשמעון ויש לראובן עדים בעיר אחרת יאמרו ב"ד לשמעון אם אתה חפץ לך למקום העדים ויעידו בפניך ואם אינו רוצה מקבלים הב"ד שבמקום העדים את עדותן ושולחים לב"ד של מקום הבע"ד והם דנים אותם ע"פ גב"ע זה ואף שיש חולקים בזה מ"מ כתב רבינו הרמ"א שכן המנהג פשוט ומורין כן וכן אם מצא עדיו בעיר אחרת מקבלים שם עדותן:

כז וכל עיקר דין זה אינו אלא בתובע שבא להוציא ממון מהנתבע צריכים להעיד בפני הנתבע אבל כשהנתבע מביא עדים לפטור א"ע מקבלים אפילו שלא בפני התובע ודווקא כשבעדותן לא יוציאו דבר מהתובע אבל אם ע"פ עדותן יהיה נצרך להוציא עוד מהתובע או כגון שיש ביד התובע שטר או משכון ויצטרך להוציא ממנו אין מקבלין שלא בפני התובע [ס"ך] וי"א עוד דאפילו בלא הוצאת דבר מהתובע אינו אלא דווקא אם התובע כבר תבעו אזי כשהנתבע השיג עדים מקבלין אף שלא בפני התובע אבל אם עדיין לא תבעו התובע אין מקבלין עידי הנתבע שלא בפני התובע דלמה להם לב"ד לקבל עדיו כיון שאין אדם תובעו [נס"מ] ויראה לי דאם הב"ד מבינים שאמת אומר זה המביא עדים דבוודאי יתבענו התובע כשיוודע שאין להנתבע בכאן עדים מצוה היא לקבל עדיו כדי לסכל ערמומיות התובע כללו של דבר בענין זה דאין מקבלים עדים שלא בפני בע"ד כשהב"ד רואים בהמתנת הבע"ד הפסד לאחד מהבע"ד גובים שלא בפני הבע"ד ומי שמוחזק באיזה בית או קרקע ומביא עדים על חזקתו אע"פ שאין תובע לפנינו מקבלין עדותם דאולי יבא איזה מערער על חזקתו וכן בכל ענייני חזקה [רסב"ח] ודווקא שהוא מוחזק עתה לפנינו אבל כשידענו שזה הדר שם או המחזיק השדה אינה שלו ובשכבר הימים היתה שכורה בידו ועתה מביא לפנינו עדים שקנה אותה מהמשכיר לו אין מקבלין עדותן שלא בפני המשכיר [נס"מ ול"ס קך דסי' ק"מ] וכן כל כיוצא בזה:

כח אין שנים ראוים לקבלת עדות דהוה כעד מפי עד אלא ב"ד של שלשה והם יהיו חכמים בקיאים בהל' עדות ושיזהרו בקבלתן לכוין עדות כל אחד ואחד כדתנן באבות והוי זהיר בדבריך שמא מתוכם ילמדו לשקר וכל שקבלו עדות ואינם ראוים לדון אין קבלתם כלום אלא ב"ד הראוי חוזרים ושואלים העדים אם אפשר בכך ועכ"פ בשעת הדחק שאין ב"ד מומחים יזהרו שישבו שלשתם ביחד וידרושו מהעדים בעונש אם לא יגיד ונשא עונו ויכתבו מה שאומרים ולא יוסיפו ולא יגרעו ואז אם א"א שיבואו העדים לפני ב"ד מומחים

בהכרח דנים ע"פ קבלתם אם הב"ד מומחים רואים שקבלו עכ"פ בלי פסול וכמ"ש בסעי' כ' ונכון שמקבלי עדות שאין דנים בעצמם אלא שולחים גב"ע לב"ד שיכתבו מי ומי המה העדים אמנם אם לא כתבו אין נפסל בכך אם רק גבו כהלכה :

כט אם יש תקנה בעיר ששנים אלו המיוחדים יקבלו עדות או איזה תקנה אחרת בענייני עדות אף שאינו כדין תקנתם קיימת דרשות לציבור לעשות תקנות לעצמם וכל ציבור בעירם כב"ד הגדול לכל ישראל כמ"ש בסי' ב' :

ל מי שאמר בב"ד שיש לו שני כיתי עדים ודרשו כת אחת ואמרו שאין יודעים מאומה מעדות זו עכ"ז לא הפסיד זכותו ויביא הכת השנייה ולא אמרינן שהוחזק שקרן די"ל דנדמה לו שגם אלו יודעים מזה וכן אם אמר שיש לו ג' כיתות ושנים אמרו שאין יודעים מזה יכול להביא הכת השלישית ואין ב"ד מחוייבים לדרוש כל עד טרם שישיב הנתבע על טענת התובע דשמא יודה הנתבע להתובע ולא נצטרך לעדים וכמה להו לטרוח בחנם ובהכרח שכן הוא דכיון שאין מקבלין שלא בפני הנתבע כמ"ש ממילא דמקודם שומעין תשובת הנתבע על טענת התובע ואח"כ מקבלין העדים :

לא אין מקבלין עדות בלילה אף כשהעדים חולים או נחוצים לילך למרחוק וכשגבו בלילה אינו כלום ויכולים לחזור בהם דהוי כמו שהעידו חוץ לב"ד דעיקר הדין הוא הקבלת עדות וכבר נתבאר בסי' ה' דמן התורה היא דדנים ביום ואפילו כבר דנו על עדות זה אינו כלום וצריכין לדון מחדש [כס"מ שם] וזהו הכל שלא מרצון הבע"ד אבל אם נתרצו לזה מקבלים בלילה אפילו לכתחלה כמ"ש שם :

לב אם הנתבעים הם שנים או יותר צריכים כולם להיות בשעת קבלת העדות ואם קבלו בפני אחד מהם אם השני מודה שאין לו להוסיף דבר או להכחיש אלא שרצונו שיעידו בפניו אין משגיחין בטענתו דקבלת עדות שוה לאחד כלשנים ומסתמא דקדקו הב"ד בקבלת העדים וכמ"ש בסי' קע"ו לענין שבועה אמנם אם אומר שיש לו להוסיף דבר צריכים לקבל עוד הפעם בפניו ואם התובע בא לב"ד לבקש פס"ד אחר עדות הראשונה והב"ד אינם יודעים אם יש להשני להוסיף דבר או לאו אזי אם היה השני בעיר בשעת קבלת העדות וב"ד הודיעוהו ולא בא א"צ להודיעו פעם אחרת ונותנין להתובע פס"ד כיון שנתבע אחד היה בב"ד אא"כ בא ואמר שיש לו להוסיף דברים ואז אף לאחר שנתנו פס"ד חוזרים ושומעים בפניו דלא מפני שלא בא יפסיד בזה ואם לא היה אז בעיר אזי כשיבא צריכים ב"ד להודיעו איך שקבלו עדותם במעמד הנתבע פלוני ואולי יש לך להוסיף דברים בא ואמור ואם אמר שאין לו להוסיף דברים אלא שרצונו לשמוע בעצמו לא משגחינן ביה כמ"ש [כנלע"ד מכתובות ל"ד. ע"ש ודו"ק] :

סימן כט [שאין ביכולת העדים לחזור מעדותן ובו ח' סעיפים] :

א תניא בתוספתא כתובות [פ"ב] ובירושלמי שם העדים שהעידו בין לטמא בין לטהר לרחק ולקרב לאסור ולהתיר לפטור ולחייב עד שלא נחקרה עדותן בב"ד אמרו בדאין אנו הרי אלו נאמנין משנחקרה עדותן בב"ד אמרו בדאין אנו אינן נאמנים ובירושלמי מסיים על זה דעשו עדים החתומים על שטר כמי שנחקרה עדותן בב"ד וכ"כ הרמב"ם בפ"ג מעדות והטור בסי' זה ורבותינו בעלי הש"ע כתבו אחר שהעיד העד בב"ד והוא לאחר כדי דיבור אינו יכול לחזור בו כיצד אמר מוטעה הייתי שוגג הייתי ונזכרתי שאין הדבר כן לפחדו עשיתי אין שומעין לו אפילו נתן טעם לדבריו עכ"ל וזה שלא כתבו אחר שנחקרה עדותן בב"ד משום דדיני ממונות לא בעי דרישה וחקירה כמו שיתבאר בסי' ל' ולכן אחר שהעידו נגמרה עדותן ואין יכולין לחזור בהן אבל בד"נ או קנסות שצריך דרישה וחקירה יכולים לחזור בהם גם אחר הגדת עדותם אם לא נגמרה הדרישה והחקירה וכל זה למדנו מקרא דאם לא יגיד דכיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד דהגדה אחת כתיב בקרא ולא שני הגדות [רש"י שם י"ח:] ומשמע דאהגדה שיש בה תועלת כתב קרא דהיינו בב"ד מקום שמקבלים עדות ולכן בכל מה שדברו חוץ לב"ד יכולים לחזור בהם ומשדברו בב"ד ונגמרה עדותם אין יכולים לחזור בהם ותוך כדי דיבור יכולים לחזור בהם דבכל התורה תוך כ"ד כדיבור דמי והעד הראשון יכול לחזור אף תוך כדי דיבור של השני [סמ"ע] מפני ששני העדים כאחד הם נחשבים ודווקא כשהשני העיד עדותו תוך כ"ד של הראשון אבל אם העיד לאחר כ"ד של הראשון אין נחשבים כחד ואין הראשון יכול לחזור בו אחר כדי דיבור של עצמו [תו"ת] וה"ה בג' עדים וזה שאומר בירושלמי עשו עדים החתומים על השטר כמי שנחקרה עדותן בב"ד ור"ל דאין יכולין לחזור בהן זהו דווקא כשמכירין חתימתן כמו שיתבאר בסי' מ"ו בס"ד ומשמע מלשון הירושלמי דתקנתא דרבנן היא ואע"ג דבש"ס שלנו מבואר [דדבר תורה] עדים החתומים על השטר כמי שנחקרה עדותן בב"ד וקיום השטר הוא מדרבנן אפשר דשטרי קניין ושטרי גיטין וקדושין דהתורה צותה עליהם ולא מצינו שהצריכה קיום זהו מן התורה כמי שנחקרה עדותן בב"ד ואדרבא הקיום הוא מדרבנן אבל שטרי ראיה כגון הלוה מעות ונותן להמלוה שטר שלא יכפור בו אין לשטר זה עיקר מן התורה כלל ושטר של ירמיה הנביא [ל"ב] אף דכתיב ביה למען יעמדו ימים רבים ומשמע

ומשמע דיעמוד לראיה שטר מקנה היה כמפורש שם ודרך אגב נתן לו עצה טובה שיתקיים השטר זמן רב [גיטין כ"ב:] ולכן כל שטרי ראיה הוה תקנתא דרבנן דמשנתקיימו אין יכולים לחזור בהם [והיינו חולק הירושלמי והבבלי ומזה ראיה גדולה להרמב"ם ז"ל בפ"ג מעדות דשטרות הם מדרבנן וכוונתו לשטרי ראיה וכמ"ש בסי' הקודם סעי' י"ז והדיוק דברים גיטין דמיירי בגט אומר הש"ס עדים וכו' ורבנן הוא דאצרכו קיום ע"ש דגט הוא מן התורה אבל בכתובות י"ח: אינו אומר הש"ס לשון זה משום דמיירי בשטר ראיה ועיקרו מדרבנן כדעת הירושלמי] :

ב לפי מה שנתבאר משמע דאין לסמוך על עדות בני אדם בכל דברי התורה זולת בב"ד ולפ"ז יש לשאול שאלה גדולה היאך אנו סומכים על כל הדברים השייך לכשרות ולטומאה וטהרה על בני אדם שאומרים לנו שזהו כשר וזהו טהור וכן על עידי הקדושין והגיטין אף כשאינם מגידים בב"ד [וחז"ל אמרו אטו כל דמגרש בבי דינא מגרש בערכין כ"ג.] והרי אין בדבריהם כלום כיון שיכולין לחזור בהם ותשובת דבר זה נלע"ד דעיקר הענין כך הוא דוודאי כשעדים מעידים לאדם שיעשה מעשה על פיהם כגון שאומרים לו בשר זה כשר הוא ותוכלו לאכול או שאומרים לכהן תרומה זו טהורה היא ותוכל לאכול או שאחד רוצה לקדש אשה ואינו יודע אם היא פנויה ומעידים לו שפנויה היא ותוכל לקדשה וכ"ש כשמקדש או מגרש בפניהם אף שאין מעידין בב"ד או בענייני ממון שאומרים לאדם שדה זו או בית זה של אביך הוא ותוכל להחזיק בה בכל אלו אין שום נ"מ בין שאומרים כן בב"ד או שלא בב"ד דע"פ שנים עדים יקום דבר וכן בדבר שעד אחד נאמן כמ"ש ביו"ד סי' קכ"ז ג"כ אין נ"מ בין בב"ד או שלא בב"ד ואין יכולים לחזור בהם כיון שציוו לעשות מעשה על פיהם ושני עדים אחרים יכולים לבא לב"ד ולהעיד על הדבר ששמעו שעדים הגידו לראובן שכך וכך יעשה ואין זה עד מפי עד דכמו שמעידים על אחד שהרג א"ה הנפש כמו כן מעידים על זה כיון שיש מעשה בדבר דעדים א"צ להיות מיוחדים לעדים כמ"ש בסי' ל"ט וזה שפסלה התורה עד מפי עד ושהעדים יכולים לחזור בהם כל זמן שלא הגידו בב"ד היינו כשאינם מעידים לאיש לעשות מעשה אלא סיפור דברים בעלמא כגון שאומרים בשר זה כשר תרומה זו טהורה היא אשה זו פנויה היא פלוני חייב לפלוני מנה כיון שאין מעידים לאדם שיעשה מעשה על פיהם אין בדבריהם כלום ויכולים לחזור בהם עד שיגידו בב"ד ואסור לעדים להעיד בב"ד מה ששמעו מאלו וזהו עד מפי עד כמ"ש בסי' כ"ט סעיף י"ט וממילא דבענייני שטרות כשאנו מוצאים שטר שעדים מעידים שפלוני לוה מפלוני או מכר לפלוני או נתן או שטר שפלוני קידש פלונית או גירש פלונית ואין אנו יודעים כלל אם אמת הדבר או שכתבו לשם שחוק או לשם זיוף וכיוצא בזה והיה מן הדין שלא להעמיד על דברים אלו כלל דלא עדיף כתיבתם מדבורם ואלו שמענום לשני עדים שמדברים כן חוץ לב"ד אין בדבריהן ממש ואסור להעיד על דברים אלו כמ"ש ואין דיבורם מועיל זולת כשאמרו בב"ד וא"כ למה יש כח יותר לכתיבתם מדבורם אמנם גזירת התורה היא דכשאנו מוצאים שטר הוה כמו שנחקרה עדותן בב"ד ועושים על פיו ומדרבנן הצריכו לקיים דווקא ולפמ"ש בסעי' הקודם אין זה רק בשטרי קנין ושטרי ראיה עיקרן מדרבנן כמ"ש שם וקרא דאם לא יגיד מוכח כן דכתיב בי' והוא עד או ראה או ידע וגו' אבל לא שצוה לעשות מעשה דבזה א"צ ב"ד [כנלע"ד] :

ג כבר נתבאר שאחר הגדתם בב"ד אין יכולין לחזור בהם אפילו נותנים אמתלא לדבריהם שאומרים שוגגין או מוטעין היינו או נזכרנו שאין הדבר כמו שהעדנו או שאומרים שמחמת פחד עשינו וכיוצא בזה אין בדבריהם כלום ומלקים אותם ועדותם הראשונה קיימת אא"כ עדים אחרים מכחישים אותם ואף להוסיף על עדותם אין יכולים ואף שאומרים על תנאי היה הענין אין נאמנים כיון שמקודם לא הגידו כן וי"א שתנאי יכולים להוסיף שאין זה סתירה לעדותם ועיי' בסי' מ"ו והעיקר כדיעה ראשונה [ס"ך] ושם יתבאר :

ד אבל טעות שהעדים מצוים לטעות בו לפי הבנת הב"ד והב"ד מבינים שטעו בזה נאמנים לומר שטעו וכן אם מוכח שטעו כגון שהב"ד צוו לאחד מהבע"ד שיביא עדים שאינו רמאי והביא העדים ושאלו הב"ד להם יודעים אתם באיש זה שהוא רמאי ואמרו העדים כן הדבר ואמר להם הבע"ד וכי רמאי אני ואמרו לא אמרנו שאתה רמאי אלא שאינך רמאי אמרנו שומעים לדבריהם האחרונים משום דמסתמא לא יביא אדם עדים לחובתו ובוודאי שטעו וכן כל כיוצא בזה :

ה וכן אם היו דבריהם סתומים וסובלים שני פירושים נאמנים לפרש דבריהם ולאמר שכן היתה כוונתם ואפילו אם מפרשים פירוש הרחוק שלפי אומדן דעתינו לא היינו מפרשים כן מ"מ נאמנים לומר שכך היתה כוונתם אחרי שלשונם הקודם סובל גם ביאור זה וכללו של דבר כל שאנחנו יכולים לכוין דבריהם שמדברים כעת עם דבוריהם הקודמים שלא יכחישו זא"ז יש לנו לכוונם ובכל זה אין חילוק בין עד אחד לשני עדים :

ו כשנותנים כרוז בבה"כנ אחר איזה עדות שכל מי שיודע יבא ויעיד קודם שיצאו מבה"כנ וכשיצאו מבה"כנ באו עדים להגיד ואמרו שבעת שהיו בבה"כ לא שמו לבם לזכור הענין ולהעיד ועתה שמו לבם ונזכרו יכולין להעיד ואין אומרים שמשקרים כיון ששתקו תחלה ואפילו אם אמרו בעודם בבה"כנ אין אנו יודעים מעדות זה ואח"כ נתנו אמתלא לדבריהם למה אמרו כך יכולים להעיד כיון שלא אמרו מקודם ההיפך ממה שאומרים עתה וכ"ש אם אמרו בבה"כנ אין אנו זוכרים עתה דיכולים להעיד אח"כ אף בלא אמתלא דפשוט הוא

דאח"כ

דאח"כ נזכרו אבל בב"ד כששאלום ואמרו אין אנו זוכרים אין יכולין להעיד אח"כ אא"כ אמרו אין אנו זוכרים עתה [סמ"ע]:

ז עדים שאמרו שקר העדנו אע"ג דאין נאמנין לבטל עדותן מ"מ לגבי עצמן נאמנים וחייבים לשלם לאותו בע"ד כל מה שהפסיד בעדותן ואם עד אחד מעיד ששקר העדתי צריך לשלם מחצה ואם היו ג' או יותר והודה אחד מהם ששקר העיד יש להסתפק אם צריך לשלם כפי חלקו או אפשר כיון דגם בלא עדותו היו שני עדים א"צ לשלם כלל דגם בלעדו היתה העדות מספקת והדעת נוטה שצריך לשלם ולא דמי למ"ש בסי' כ"ה סעי' ח' דבשם הדיינים השנים לא הסכימו להשלשה משא"כ כאן כולם בשוה העידו ועיי' עוד בדין זה בסי' ל"ח ונראה דבהך דסעי' ג' א"צ לשלם כלל דנהי דלפי דבריהם שקר העידו מ"מ הרי לפי דבריהם היו אנוסים אלא שאין אנחנו מאמינים להם ולמה יתחייבו לשלם אבל בשאומרים שקר העדנו במזיד וודאי דחייבים לשלם:

ח עד אחד מעיד שראה דבר זה והשני אומר לא ראה אם עמדו מרוחקים קצת זה מזה אין זה עדות מוכחשת דאפשר שזה ראה וזה לא ראה ולא ראינו אינה ראייה שהמעשה לא היה אבל כשעמדו במקום אחד ואמר האחד לא ראיתי הו"ל כהכחשה ודווקא כשהשני מודה שהיה עמו במעמד אחד ולא ראה אבל אם השני אומר שלא היה שמה כלל אע"פ שהראשון אומר שהיה זה השני עמו אין זה הכחשה דבזה הטעות מצוי דאין העד מדקדק מי היה עמו בשעת העדות ובדמיונו שזה היה עמו ואין זה שקר כמי שמעיד שקר דבכלל גדול הוא דכל מה שאנו יכולים לכוין דברי העדים שלא יהיו מוכחשין מיישבין דבריהם כמו שיתבאר בסי' ל':

סימן ל [דיני דרישה וחקירה ודיני צירוף עדות ובו ל"ב סעיפים]:

א מן התורה כל עדות צריך דרישה וחקירה ובאה הקבלה דיש שבע חקירות השוה בכל עדות ודרשינן מקראי דכתיב בד"נ ודרשת וחקרת ושאלת היטב ועוד כתיב והוגד לך ושמעת ודרשת היטב ועוד כתיב ודרשו השפטים היטב הרי שבע ואלו הם שיאמרו מתי היה המעשה באיזו שמיטה באיזה שנה באיזה חודש בכמה ימים בחודש באיזה יום בשבוע באיזה שעה ובאיזה מקום וכתיב משפט אחד יהיה לכם ש"מ דבכל מיני משפט צריכין לחקור כל החקירות ואפילו אם אחד מהעדים יאמר על אחד מז' חקירות אלו לא ידעתי בטלה כל העדות אבל רבותינו ז"ל תקנו דבדיני ממונות א"צ דרישה וחקירה כל כך דכשנצריך להרבה חקירות לא יקובל העדות ברוב פעמים דמצוי הוא שאחד מהעדים ישכח איזה מהחקירות ותהיה נעילת דלת בפני לוין ובפני בעלי המסחור ולכן תקנו שבד"מ השכיחים לא יצטרכו דרישה וחקירה הרבה ועכ"ז אם אירע שהעדים הכחישו זא"ז בחקירות כגון שאחד אמר שביום א' היה המעשה והשני אומר ביום ב' עדותן בטלה אבל כשאמרו אין אנו זוכרין עדותן קיימת ואם הדיין מבין שהדין מרומה צריך לחקור ולדרוש הרבה ולענין איסור אם צריך דו"ח נתבאר באהע"ז סי' י"א וי"ז ומ"ב ע"ש:

ב ויש עוד לבד הדרישות וחקירות בדיקות לבודקם כגון לשאול אותם איזה מעות היה ואיזה מין סחורה היה ויש בזה חלוקים דמה שנוגע לעצם הענין כגון ז' הקירות שנתבאר או דרישות בעצם העסק כגון איזה מין סחורה היה אם הכחישו העדים זא"ז בטלה עדותן ואפילו שבועה א"צ הנתבע אבל בשארי בדיקות כגון שזה אמר שהמעות היו שחורים וזה אמר לבנים ובסכום המעות שוין הן לא בטלה העדות דדרך העולם לטעות בכזה ואין זה הכחשה וכ"ש בדיקות שאינו נוגע כלל להענין כגון שזה אומר שבחדר הראשון היה המעשה וזה אומר בחדר השני וביכולת לראות מחדר זה לחדר זה דאל"כ הוה הכחשה דחקירה דמקום או שזה אומר שמלבושים כאלו היה לבוש הבע"ד וזה אומר מלבושים אחרים וכיוצא בזה דברים שאינם נוגעים להעסק כלל דכשהכחישו זא"ז ואף אם הבע"ד מכחיש אותן דעדותן קיימת ובמעות שחורים ולבנים כשמכחישים להבע"ד או שלא תבע רק שחורים או לבנים דממילא מכחיש את אחד מהעדים יש בזה מחלוקת הפוסקים אם עדותן קיימת אם לאו ודעת הטור ורבינו הרמ"א דדווקא כשתובעו שניהם השחור והלבן אבל כשתובעו שחור או לבן הרי אחד מהעדים מוכחש מהבע"ד ואינו דומה להכחישו זא"ז ולכן כשתובעו שני מנים אחד שחור ואחד לבן אע"ג דשני העדים לא העידו רק על מנה מ"מ מחייבינן לי' מנה [סמ"ע] ובדיקות שאינו נוגע כלל לעצם הדבר כגון ארנקי שחור וארנקי לבן או בחזקת שדה דסי' קמ"א שזה אמר אכלה חטין וזה אמר שעורין א"צ הבע"ד לומר שניהם [כס"מ] דדווקא במנה שחור ולבן דדרך לדקדק בעצם המעות בזה אמרינן דאע"ג דהעדים כשמכחישים זא"ז אין זה הכחשה מ"מ כשהבע"ד מכחישם או את אחד מהם אין זה עדות אבל בשארי דברים אין חילוק בין הכחשת העדים זא"ז להכחשת הבע"ד ורבים חולקים על מנה שחור ולבן ג"כ דכיון דהטעם מפני שהטעות מצויה בזה א"כ מה לי הכחשתם זא"ז או את הבע"ד וכן הסכים הגר"א ז"ל וגם בהכחשה דמחדר לחדר י"א דאפילו אין רואים מחדר זה לחדר זה לא מקרי הכחשה שאין זה שתי מקומות והטעות מצוי בזה [וכ"מ מנמק"י פז"ב ע"ס]:

ג אם עד אחד אומר שמנה הלוהו ואחד אומר מאתים הלוהו באותו זמן אם התובע תובע מאתים מצטרפים

זל"ז דיש בכלל מאתים מנה ונמצא דיש על המנה שני עדים אבל אם אינו תובע רק מנה אין מצטרפין דזה שמעיד על מאתים מוכחש מהבע"ד עצמו ולא נשאר רק עד אחד אבל כשתובע מאתים אין העד שמעיד על מנה כמוכחש ממנו דהרי יש בכלל מאתים מנה [כנלע"ד] ואם מעידים על זמנים מתחלפים שזה אומר ראיתי שהלוהו מנה בניסן וזה אומר ראיתי שהלוהו מאתים באייר והתובע תובע שניהם המנה והמאתים פשיטא דמצטרפין לחייבו מנה דבדיני ממונות לא בעינן שיעידו שראו המעשה כאחד כמו שיתבאר ובאינו תובע שני התביעות לכ"ע אין מצטרפין דהאחד מוכחש מהבע"ד בעיקר הענין ולא דמי למנה שחור ולבן:

ד אם זה אומר סחורה פלונית היתה וזה אומר סחורה פלונית אם הסחורות לא רחוקים זה מזה שיש הרבה שטועים בין זל"ז מקיימים עדותן ואומרים שאחד מהם טעה ומחייבים להנתבע הפחות שבסחורות וכה"ג בשארי דברים צריכים הב"ד להבין הקירוב והריחוק זה מזה וכן במיני מטבעות כמו בין שחור ללבן שנתבאר דבזה הטעות בנקל אבל בסחורות הרחוקות זמ"ז כגון שזה אומר יין וזה אומר שמן עדותן בטלה דהוי הכחשה גמורה בעיקר העדות ואם התביעה לא היתה על הסחורה עצמה אלא על דמי הסחורה והעדים מכחישים זא"ז שאחד אומר בפני הודה לו שמגיע לו מעות בעד חבית יין והשני אומר שהודה לו שמגיע לו בעד חבית שמן והשמן עולה יותר מיין דינו כמנה ומאתים שנתבאר וצריך לשלם לו דמי חבית יין ואם צריך התובע לתבוע שניהם תלוי במחלוקת שנתבאר במנה שחור ולבן ונראה שזה תלוי בהבנת הדיינים שאם מבינים שהיה מקום לטעות כגון שדברו מאלו שני המינים מקיימים עדותן ואמרינן שאחד מהם טעה בשמיעתו ואם לא היה מקום לטעות עדותן בטלה וכה"ג בכל הדברים:

ה אל יפלא בעיניך שלפעמים אף בעדות מוכחשת אנו עמלים לקיים עדותן כמ"ש דכלל גדול הוא בעדות שבכל מקום שנוכל ליישב דברי העדים שלא יסתרו זא"ז אנו מיישבין דבריהם והרי אפילו בד"נ אמרו חז"ל דכשזה אומר בשנים בחודש היה המעשה וזה אומר בשלישי עדותן קיימת ואמרינן שהשני לא ידע שהחודש שעבר היה מלא ודימה שהיה ג' בחודש ואף דאין לך מצוה גדולה מהצלת נפשות והיה לנו לומר דעדותן מוכחשת מ"מ כיון שכוונו עדותן בכל הדברים אין בידינו כח לבטל עדותן [רס"י פסחים י"א:] והטעם משום דיש הרבה אנשים שטועים בעיבור החודש אמרינן שגם אחד מהם טעה [סנהדרין ס"ע.]:

ו ועוד כלל אחר אמרו חז"ל בד"מ דאע"פ שלא ראו העדים המעשה כאחד מצטרפים ולא עוד אלא אפילו אם בע"כ שני מעשים הן כיון שע"פ העדאת שניהם מגיע לו סך כזה מתחייב על פיהם אך בזה מצרכינן שהתובע יתבע שני התביעות דאל"כ הרי אחד מהעדים מוכחש ממנו ולפי כלל זה למדנו דמצטרפין הלואה אחר הלואה וכ"ש הודאה אחר הלואה או אחר הודאה שיכול להיות שמעשה אחת היא וכן מצרפין הלואה אחר הודאה כיצד ראובן העיד שלוה הנתבע מהתובע מנה בניסן ושמעון העיד ששמע מהנתבע שהודה להתובע הודאה גמורה באייר שחייב לו מנה אמרינן שמנה אחת היא והודה לו באייר על מה שלוה ממנו בניסן ולא מצרכינן שיתבע ממנו שני מנים וכן בהודאה אחר הודאה שזה מעיד ששמע ממנו ההודאה בניסן וזה שמע ההודאה באייר אמנה אחת הודה וחזר והודה ואפילו בהלואה אחר הודאה יש מי שאומר שא"צ לתבוע שניהם דהכל מנה אחת היא והודה לו קודם שהלוה לו מפני שהיה מבטיח לו שילונו אח"כ [סמ"ע] אבל בהלואה אחר הלואה שזה מעיד שראה שהלוה לו בניסן וזה מעיד שראה שהלוה לו באייר אע"פ שמצטרפין לחייבו מ"מ בעינן שיתבע שני ההלואות דאל"כ הרי אחד מהם מוכחש ממנו ואף אם אינו תובע מפורש מנה שבניסן ומנה שבאייר אלא תובע סתם שני מנים ואומר שאינו זוכר מתי היתה ההלואות מצטרפים ג"כ [סס] ואם ההכחשה היתה ביום אחד מימי החודש אין זה הכחשה כלל כמ"ש בסעי' ה' וא"צ לתבוע שני מנים ואם אינו תובעו רק מנה שבניסן וזה השני מעיד על מנה שבאייר או להיפך לא נשאר לו רק עד אחד ומחייבו להנתבע לישבע שד"א להכחיש העד ולא אמרינן כיון שהשני מכחישו לא יתחייב גם שבועה דאין זה הכחשה דהכחשה היתה אם השני היה אומר לא לוה בניסן אלא באייר או הכחישו לגמרי שלא לוה כלל אבל בכה"ג לא מקרי הכחשה אלא דאנן לא מחייבינן ליה כיון דלאו על זמן אחד מעידין וממה שנתבאר למדנו דכ"ש שמצטרפין עדותן אם העידו על זמן אחד אלא שלא היו יחד במעמד אחד שזה ראה המעשה מביתו וזה ראה מביתו וזהו עדות מיוחדת דאף שבדיני נפשות לא מצטרפין כמו שיתבאר מ"מ בד"מ מצטרפין וכן בעדות דבר איסור מצטרפין בכה"ג ולענין עידי קדושין נתבאר באהע"ז סי' מ"ב:

ז יש מי שאומר דהא דהלואה אחר הלואה מצטרפין היינו כשלא נשבע הנתבע שד"א להכחיש העד על הלואה ראשונה אבל כשנשבע שוב אין מצטרפין עד לעד [ז"י] ואע"ג דאם היה העד השני מעיד על ההלואה הראשונה היינו מצרפין אותו להראשון ולא השגחנו בשבועתו ואדרבא היה נפסל לעדות ושבועה ע"י זה כמ"ש בסי' פ"ז מ"מ כשמעיד על הלואה אחרת ואינו מסייע להעד הראשון בהלואה ראשונה אינו מצורף לו אחר השבועה ויש חולקין בזה [סמ"ע] ומצד הסברא נראה עיקר כדיעה ראשונה וכ"מ מסי' ל"ד [ואין להקשות דא"כ בב"ק ק"ו. אוקמא לקרא בכה"ג די"ל דאם קרא להכי דאתי א"כ אף במסייעו לראשון נמי כדמשמע לי' לדרב והכי משמע פשטא דקרא אלא וודאי דלדרשא אצטריכא אתי ודו"ק]:

כיון

ח כיון שנתבאר דהלואה אחר הלואה מצטרפין לפ"ז כשאחד תובע מחבירו סכום מעות ומביא הרבה עדים שמעידים על איזה סכומים בזמנים מתחלפים ובהקבץ כל מה שמעידים יתקבץ הסכום שתובע כגון שתובע אלף ות"ק זהובים והביא חמשה עדים הראשון העיד שהלוהו ק' בניסן והשני העיד שהלוהו ר' באייר והשלישי העיד שהלוהו ש' בסיון והרביעי העיד שהלוהו ת' בתמוז והחמישי העיד שהלוהו ת"ק באב הרי אלף ות"ק ואינו חייב לשלם לו כל הסכום דהא אין שני עדים על כל הסכום אלא משלם לו שבעה מאות ונשבע שבועת התורה על מאה השמינית וע"י גילגול נשבע על השבעה מאות הנותרים והטעם דמצרפינן העד הרביעי שעל ת' עם העד החמישי שעל ת"ק ששניהם מעידים על ת' ומשלם אותם ושוב מצרפינן המאה שנשאר מהת"ק עם מאה אחת מהעד השלישי שעל ש ומשלם עוד מאה ושוב מצרפינן המאתים שנשארו מהשלישי עם המאתים של השני ששניהם מודים במאתים אלו ומשלמם והעד הראשון נשאר לבדו ונשבע כנגדו שר"א להכחישו וע"י גילגול ישבע על השאר אבל אם לא היה חייב שבועה על העדות של העד הראשון לא היה חייב שבועה על הנותר מאלו הקודמים אע"פ שנשאר מהם ז' מאות שאין עליהם רק עד אחד שהרי בצירופם עשינו ז' מאות ועל הז' הנותרים לא היה רק אחד אחד מ"מ אין חייב עליהם שבועה דכיון דעל פיהם שילם מחצה אין ביכולתם להביאו עוד לידי שבועה דעד המחייב ממון אינו יכול לחייב גם שבועה [סמ"ע] והטעם בזה לא מיבעי ביה שנתבאר וודאי אין לחייבו שבועה דעל כל עד שתרצה לחייבו שבועה יאמר הלא שלמתי כל מה שהעיד עלי כגון שצרפנו השני מאות של השני והשני מאות של השלישי וחייבנו אותו לשלם שני מאות הרי שילם בעד טענת אחד מהעדים וכן בהמאה השלישית של השלישי שצרפנו עם המאה החמישית של החמישי וחייבנו אותו מאה וכן כשצרפנו הד' מאות של הרביעי עם ד' מאות של החמישי וחייבנו אותו לשלם ד' מאות אלא אפילו אחד העיד עליו על מנה ואחד על מאתים וחייבנו אותו מנה ועדיין יש לחייבו שבועה על מנה הנותר מבעל המאתים מ"מ אין לחייבו דאיך ישבע להכחישנו והלא מחצה שילם על ידו ושנאמר שישבע להכחישו מחצה מעדותו הלא מכחישו כולו ועוד דשבועת עד אחד ילפינן מלא יקום עד אחד באיש לכל עון ולכל חטאת אבל קם הוא לשבועה ממילא שמעינן מינה דדווקא מי שאינו קם לכל דבר רק לשבועה אבל זה העד שנתקיים עדותו למחציתו הרי קם לעון הגזל שרצה לגוזלו ולא יקום לשבועה [ככלע"ד]:

ט כל זה שנתבאר הוא כשמעידים על זמנים מתחלפים ואינם מכחישים זא"ז אבל כשמעידים על זמן אחד ומכחישים זא"ז שזה אומר מנה לוה ממנו ביום פלוני והשני אומר לא כן אלא מאתים והשלישי אומר לא כן אלא ש' והרביעי אומר לא כן אלא ת' והחמישי אומר לא כן אלא ת"ק והתובע תובעו ת"ק או יותר דינו דהנתבע שמשלם מאתים ולא יותר שהרי הראשון והשני מעידים שיותר ממאתים לא לוה ממנו ואף שהשלישי והרביעי והחמישי מעידים על יותר ממאתים מ"מ תרי כמאה ואף שבועה אינו מחוייב על טענת שלשה העדים כיון ששני עדים מסייעים לו אבל מאתים משלם מפני העד השני והשלישי ואינו נאמן העד הראשון שמעיד שאינו מגיע לו יותר ממנה דעד אחד במקום שנים לאו כלום הוא ואם כל העדים העידו סתם שלא אמרו שהיה בזמנים מתחלפים וגם לא אמרו שהיה בזמן אחד דנים כאלו העידו על זמן אחד ומכחישים זא"ז ואע"פ שבארנו שכל מה שנוכל לכוין דבריהם שלא יהיו כמכחישים זא"ז אנו דנין ליישבם כמ"ש בסעי' ה' מ"מ הכא כיון דבלא"ה לענין סכום המעות מכחישין זא"ז שוב אין אנו דנין להשוות דבריהן דלפמ"ש שם עיקר הטעם הוא דכיון דשוין בעדותן בכל הפרטים אין בנו כח לבטל עדותן ובכאן בלא זה דבריהן אינם שוין וממילא דדנים בעדותן להקל על הנתבע שהממע"ה [כלע"ד ועיי' בט"ז]:

י וכמו דמצטרפים הלואה אחר הלואה כמו כן מצטרפין בפרעון אחר פרעון כיצד ראובן תובע משמעון בשטר מאתים וטוען שמעון פרעתיך ועד אחד מעיד שפרע לו בניסן מנה והשני מעיד שפרע לו באייר מנה אם השטר נכתב קודם זמן פרעון הראשון מצטרפין עד לעד ומנכה לו מנה ואפילו נעשה השטר בט"ו בניסן והעד מעיד שבאותו יום פרע לו [רבינו ב"י] ואע"פ שחזקה אין אדם פורע תוך זמנו וכ"ש ביום הלואתו ר"מ לגבי עדים לא אמרינן חזקה זו ואפילו עד אחד עדיף מחזקה [ככ"ל ללמוד מדין זס] וכן הודאה אחר הודאה והודאה אחר פרעון מצטרפין ולא יוכל המלוה לומר סטראי נינהו שעל חוב אחר הוא ופרטי דין זה נתבאר בסי' נ"ח ע"ש אבל פרעון אחר הודאה לא מצטרפי אע"ג דבהלואה מצטרפין גם בכה"ג כמ"ש בסעי' ו' התם משום דעבד לוה לאיש מלוה אמרינן שהודה לו על הבטחתו להלוות לו אח"כ אבל בפרעון א"א שיודה לו קודם הפרעון [סמ"ע] וכן אם הלוה בעצמו אומר שלא פרעו אלא מנה אין מצטרפין עדותן כיון שמכחיש אחד מהם וישבע מלוה שד"א נגד העד שאינו מכחישו הלוה וגובה כל שטרו [סס]:

יא וכמו שבהלואות מצטרפים עד לעד כמו כן בשארי דברים אע"ג דלא מסהדי בחדא גווני מ"מ כיון דנושא הענין אחד הוא מצטרפין כגון בקרקע שאחד אומר בפני הקנה קרקע זו לשמעון ואחד אומר בפני החזיק שמעון בקרקע זו מצטרפין זל"ז ומעמידין אותה ביד שמעון ומזה תדין לכל העניינים בכה"ג ודווקא שמעידין על זמן אחד אבל אם מעידים על זמנים מתחלפים

מתחלפים נתבאר בסי' ר"מ דאפילו בשני שטרות ביטל שני את הראשון וכ"ש דלא מצרפינן עד לעד מיהו בחזקה כשהשני מעיד דאין מצטרפין זהו כשהעיד שעשה אז חזקה לקנותה בזמן אחר דאין מצטרפין אז אבל אם מעיד שראהו מוחזק בקרקע זו מצטרפין דאינו מכחיש קנייתו של זמן העד הראשון ויש מי שאומר דאפילו בקניינים שבשני זמנים מצטרפים דדווקא בשני שטרות ביטל שני את הראשון דלמה היה לו לכתוב השטר השני אבל בשני קניינין יכול להיות דמחמת שלא היו לו העדים הראשונים שיכתבו לו שטר מזמן הראשון הוכרח לעשות עוד קנין חדש ואין זה ביטול להראשון [כס"מ] וצ"ע בזה [עיין בד"מ אות ג'] :

יב ומה שבארנו דמצטרפין עד לעד כבר נתבאר דזהו כשאחד אינו מכחיש לחבירו אבל אם אחד מהם מכחיש לחבירו שאומר לו שקר אמרת שבשעה שאתה אומר שנתן או מכר לא זזה ידו מידי ולא ראיתי שנתן אין בדבריהם כלום אבל כשאומר אני לא ראיתי דבר זה לא מקרי הכחשה דאולי זה ראה וזה לא ראה כיון שאינו אומר שלא זזה ידו מידי וכשיש עוד עד אחר על זמן אחר מצטרפין זל"ז דאם על אותו זמן יש עד אחר פשיטא שאין בדברי המכחיש כלום אפילו באומר לא זזה ידי מידו דאחד במקום שנים לאו כלום הוא ואפילו הראשון אומר בפני ובפניך נתן לו וזה אומר לא ראיתי לא הוה הכחשה דאמרינן שהראשון דימה שגם השני ראה ובאמת לא ראה וצריך הדיין להבין היטב בעניינים אלו מהו הכחשה ומהו לא הוה הכחשה :

יג וכמו דבראיית העדות א"צ שיראו שניהם כאחד כמו כן להעיד לפני ב"ד א"צ שיעידו שניהם כאחד בב"ד אלא אף אם אחד מעיד היום והשני למחר מצטרפין עדותם בדיני ממונות ולא עוד אלא אפילו לא העידו שניהם בב"ד אחד אלא זה העיד בפני ב"ד זה והשני העיד בפני ב"ד אחר באים ב"ד אצל ב"ד ומצרפין העדות שלא בפני העדים ודווקא כל הב"ד אבל מקצת מב"ד זה ומקצת מב"ד השני אין מצטרפין להעשות ב"ד חדש כיון שלא שמעו רק מעד אחד ועתה ג"כ שומעין זה מזה ממקצת ב"ד הוה כעד מפי עד וב"ש אנשים אחרים ששמעו הענין בהבתי דינים לא יעידו בפני ב"ד לפסוק ע"פ עדותן כיון שלא שמעו רק מפי עד אחד הוה כעד מפי עד כשמעידים עתה לפני ב"ד שכך שמעו מהעד אבל שני עדים שהעידו בב"ד כאחד יכולין אחרים להעיד שכך נתקבלה העדות בב"ד דלאו על שמיעת העדים מעידים אלא על מעשה ב"ד וכ"ש שני עדים שהעידו בשלשה בתי דינין שמתאספין אחד מכל ב"ד ומצטרפין להעשות ב"ד חדש לדון על מה ששמעו מפני שהם דנים על מעשה כל ב"ד אבל בעד אחד שהעיד לא שייך בזה מעשה ב"ד דעד אחד לאו כלום הוא לעשות ע"י מעשה ב"ד ואין מעידים רק על מה ששמעו מפיו והו"ל עד מפי עד [אתרוגים] ולפ"ז שטר שחתום בו רק עד אחד ונשרף אין העדים יכולים להעיד שכך היה כתוב בשטר דכיון דאין חתום עליו רק עד אחד אין שם שטר עליו ועדותם הוא שעד אחד העיד ע"פ התימתו שכך וכך היה המעשה וזהו עד מפי עד [כס"מ] אבל בשטר ששנים חתומים בו כשמעידים אין מעידין על עדותן אלא מעידין שכך כתוב בשטר כללו של דבר דעל מעשה ב"ד או על שטר יכולים להעיד דמעידים על מה שדנו הב"ד או על מה שנכתב בשטר ואין זה רק בשני עדים ולא בעד אחד ויש להסתפק במ"ש שכשאחד העיד בפני ב"ד זה ואחד בב"ד אחר דבאים ב"ד אצל ב"ד ודנים בזה ודווקא כל הב"ד כמ"ש אם העידו כל אחד בפני יחיד מומחה כמו בפני רב העיר אם יכולים להצטרף יחד או דהוה כעד מפי עד וצ"ע לדינא :

יד עד ודיין אין מצטרפים יחד שיעידו לפני ב"ד אחר על הענין שזה העיד וזה דן ויחשבו כשני עדים מפני שאין עדותן שוה דהדיין אינו מעיד על המעשה אלא על קבלת העדות והעד מעיד על עצם המעשה ואין עדותם מסוג אחד ואפילו זה העד כשהעיד לפני ב"ד היה זה הדיין בתוך הב"ד אין מצטרפין מפני הטעם שנתבאר וכן הדיין אין יכול לדון בדין זה עם זה העד [טור] דאין עד נעשה דיין :

טו עד אחד בכתב שמעיד בשטר שראובן לוה משמעון מנה ועד אחד מעיד זה בע"פ על אותו זמן ואותו סכום מצטרפין לחייבו לשלם אבל לעשות מלוה בשטר אין ביכולתם דשטר לא הוה רק כששנים חתומים בו ולכן אם העד שבע"פ מעיד אני קניתי מידו על זה רק המלוה לא בא עדיין לבקש ממני לכתוב לו שטר שניהם מצטרפין לעשותו מלוה בשטר דסתם קניין לכתיבה עומד ואינו יכול לומר פרעתי ונתבאר עוד בסי' נ"א ע"ש [ומ"ש אותו זמן ואותו סכום לענין זה הוא דאלו לענין ע"פ הלואה אחר הלואה מצטרף כמ"ש] :

טז כתיב ע"פ שני עדים וגו' יקום דבר ובאה הקבלה דבר ולא חצי דבר כגון בעדים שהעידו שפלוני הביא שתי שערות צריך כל אחד להעיד שראה בו שתי שערות אבל אם אחד מעיד שראה שערה אחת בגבו והשני העיד שראה שערה אחת בכריסו אפי' שנים העידו שראו שערה אחת בגבו ושנים אחרים העידו שראו שערה אחת בכריסו אין זה כלום דהעידו על חצי דבר דשיער אחד לאו כלום הוא אבל אם אחד העיד שראה שתי שערות בגבו והשני על שתי שערות בכריסו מצטרפין עדותן ואע"פ שלא על מקום אחד מעידין מ"מ כיון שכל אחד מעיד על שתי שערות הרי שניהם מעידים שזה האיש הוא גדול וזה שנתבאר בסי' קמ"ה לענין ג' שני חזקה דאפילו שנים מעידים על שנה ראשונה ושנים על שנה שנייה ושנים על שלישית מצטרפין עדותן והרי חצי דבר הוא דפחות מג' שנים אינה חזקה לא דמי דהתם השנים בע"כ נפרדות הן וא"א לראות כל הג' שנים כאחת ועוד דעדות על שנה אחת מועלת לפירות כמ"ש שם

ולכן

ולכן נחשבת כדבר שלם משא"כ בשתי שערות ומזה תדין לכל ענייני עדות מה נקרא דבר שלם ומה נקרא חצי דבר ואם המקצת מהעדות מועלת לאיזה דבר לא מקרי חצי דבר כמ"ש ועוד נתבאר זה בסי' ל"ח סעי' כ"ד ע"ש ולדיני נפשות צריכים שני העדים לראות שתי השערות על מקום אחד:

יז כתב רבינו הב"י בסעי' י"ד דעדות בידיעה שלא בראייה יתבאר בסי' צ' שיש מי שאומר דהוי עדות עכ"ל וביאור הדברים דהלכה פסוקה בידינו דלא אזלינן לא בד"מ ולא בד"נ בתר אומדנת העדים כמ"ש בסי' ת"ח ע"ש וזה שנתבאר בסי' רמ"ו דאזלינן בתר אומדנא זהו כשהמעשה מבורר אצל הדיינים והם דנים אומדנת הנותן אבל לדון את המעשה ע"פ אומדנא של העדים איך היה המעשה לא דייניגן [מסקי"ק טורס קכ"ט] וזה דאזלינן אחר עדות של ידיעה או ראייה הוי ג"כ כהך דסי' רמ"ו ונתבאר דין זה בסי' ע"ט כשעדים העידו שמנה ראובן מעות לשמעון ולא ידעו אופן הנתינה אם שמעון כפר חייב לשלם וזהו ראייה בלי ידיעה וידיעה בלי ראייה הוא כששמעו שהודה לו [שבועות ל"ב] והתם הב"ד דנים ע"פ אומדנת כפירתו של הבע"ד ולא ע"פ אומדנת העדים ובסי' צ' שאנו דנים ע"פ אומדנת העדים באמת תקנת חז"ל הוא בנגזל ונחבל שנשבעים ונוטלים כמ"ש שם ולא מדינא והיש מי שאומר שבשם דנוטל בלא שבועה היינו במקום שלהעדים ברור הדבר והוי בידיעה וראייה כמ"ש שם סעי' ט' ע"ש ותמיהני על רבינו הב"י שכתב שיש מי שאומר דידיעה בלא ראייה הוי עדות לא ידעתי מי חולק על זה וגמ' ערוכה היא בשבועות שם וזהו הך דסי' ע"ט [וכך דסי' ל' מקורו מרמב"ס שבועות פס סעי' כ"ד ולח כתב טעס זס כלל ול"ע]

וביאור הענין כמ"ש ועיי' מ"ש בסי' ת"ח בס"ד:

יח אין חילוק בדבר שבממון בין מילתא דעבידא לגלויי או לא דעד אחד אינו נאמן אפילו במילתא דעבידא לגלויי ואף שבדבר איסור נאמן בכה"ג כמ"ש ביו"ד סי' שי"ד ובאהע"ז סי' י"ז וברמב"ם פ"ג מקה"ח דין י"ד [ולס"י יבמות ע"ז.] אבל בממון אינו נאמן והטעם דבשלמא במילתא דאיסורא דהעדות הוא רק משום נאמנות ולכן אפילו קרובים כשרים להעיד שפיר נאמן עד אחד בדעבידא לגלויי דוודאי לא ישקר בזה אבל בממון דגזירת התורה היא דרק ע"פ שני עדים כשרים יקום דבר ולא בקרובים אף שהם צדיקים גמורים ולכן גם בעד אחד אף שוודאי לא ישקר במילתא דעבידא לגלויי מ"מ גזירת התורה היא שאינו נאמן וה"ה בדיני מלקות וד"נ וכל מיני עונשים ובזה שנתבאר בסי' זה דמצרפין עד לעד אם עשה דבר בפני עדים על תנאי כך וכך והזר והתנה בפני עדים אחרים תנאי אחר והוא בענין שבידו לבחור איזה תנאי שירצה אם מצטרפים אחד מעדים ראשונים ואחר מאחרונים שיעידו שהיה תנאי בענין זה נתבאר באה"ע סי' קמ"ד ע"ש:

יט כיצד היתה החקירה והדרישה בד"נ בזמן שבהמ"ק היה קיים כתב הרמב"ם ז"ל בפ"א מעדות דמ"ע לדרוש את העדים ולחקרן ולהרבות בשאלתן ומדקדקין עליהם ומסיעין אותם מענין לענין בעת השאלה כדי שישתוקו או יחזרו בהם אם יש בעדותם דופי שנ' ודרשת וחקרת ושאלת היטב וצריכין הדיינים להזהר בעת חקירת העדים שמא מתוכם ילמדו לשקר ובשבע חקירות בודקין אותם באיזה שבוע באיזה שנה באיזה חודש בכמה בחודש באיזה יום מימי השבת ובכמה שעות ביום ובאיזה מקום אפילו אמרו היום הרגו או אמש הרגו שואלין להם באיזה שבוע באיזה שנה באיזה חודש בכמה בחודש באיזה יום באיזה שעה ומכלל החקירות היתר על השבע השוות בכל שאם העידו עליו שעבד עכו"ם שואלין להם את מה עבד ובאיזה עבודה עבד העידו שחילל את השבת שואלין אותן איזו מלאכה עשה והיאך עשה העידו שאכל ביה"כ שואלין אותן איזה מאכל אכל וכמה אכל העידו שהרג את הנפש שואלין אותן במה הרגו וכן כל כיוצא בזה הרי הוא מכלל החקירות עכ"ל וס"ל להרמב"ם ז"ל דזה שחשבו חז"ל רק ז' חקירות זהו בהזמן ובהמקום ששוה בכל העדות אבל בכל עבירה ועבירה יש עוד עניינים שנקראו חקירות ולא בדיקות ודינם כחקירות שאם אחד מהם אמר איני יודע עדותן בטלה [לח"מ] עוד נ"ל דוודאי חקירות אינם אלא ז' כמ"ש רז"ל וזה שחוקרים בגופה של עדות נקרא דרישה כמ"ש ודרשו השפטים היטב והנה עד שקר העד וגו' דכל מה שהוא בעצם הענין מקרי דרישה כמ"ש ואת שעיר החטאת דרש דרש משה וגו' וכמו עד דרוש אחיך אותו וגו' וכמו דרשו את ה' בהמצאו כלומר דרשו עיקר עבודת ד' וחקירה מקרי לחקור מן הצד בעומק הענין שע"י זה יתוודע הענין ולא בעצם הדבר כמש"כ הנה זאת חקרנוה כי כן וגו' וכמו עושה גדולות עד אין חקר וכמו החקר אלוק תמצא ולכל תכלית הוא חוקר ושאלה מקרי דבר שאינו כלל בעומק הענין רק שאלות מן הצד ולזה כיון דכתיב ודרשת וחקרת ושאלת היטב לכן דורשין בגוף העבירה וחוקרין מן הצד בעומק הענין ע"י חקירות הזמן והמקום ושואלין שאלות בעלמא לבדוק אותם ודרישות וחקירות דין אחד להם ושאלות אינן מעכבות ואע"ג דמאלו הלשונות דרשינן השבע חקירות מ"מ גם אין מקרא יוצא מידי פשוטו וזה נראה דעת הרמב"ם ז"ל בכל אותו פרק ע"ש:

כ עוד כתב החקירות והדרישות הן הדברים שהן עיקר העדות ובהן יתחייב או יפטר והן כוונת המעשה שעשה וכיוון הזמן וכיוון המקום שבהם יזומו העדים או לא יזומו שאין אנו יכולים להזים העדים עד שיכוונו הזמן והמקום ועוד מרבין לבדוק העדים בדברים שאינן עיקר בעדות ואינה תלויה בהם והם הנקראים בדיקות וכל המרבה בבדיקות הרי זה משובח כיצד הן הבדיקות הרי שהעידו עליו שהרג ונחקרו בשבע חקירות שמנינו

שהן

שהן בכוונת הזמן וכוונת המקום ונדרשו בכוונת המעשה וכוונו הכלי שהרגו בו בודקין אותן עוד ואומרים להם מה היה לבוש הנהרג או ההורג בגדים לבנים או שחורים עפר הארץ שנהרג עליה לבן או אדום אלו וכיוצא בהן הם הבדיקות מעשה שאמרו העדים הרגו במקום פלוני תחת התאנה ובדקו העדים ואמרו להם תאנים שלה שחורות היו או לבנות עוקצין של אותם התאנים ארוכות היו או קצרות וכל המרבה בבדיקות וכיוצא בהן ה"ז משובח עכ"ל:

כא עוד כתב בפ"ב מה בין חקירות ודרישות לבדיקות בחקירות ודרישות אם כיון האחד את עדותו והשני אומר איני יודע עדותן בטלה אבל בבדיקות אפילו שניהם אומרים אין אנו יודעים עדותן קיימת ובזמן שהן מכחישין זא"ז אפילו בבדיקות עדותן בטלה כיצד העידו שהרג זא"ז ואמר האחד כשנחקר בשבוע פלונית בשנה פלוני בחודש פלוני בכך וכך בחודש ברביעי בשבת בשש שעות ביום במקום פלוני הרגו וכן כשדרשו במה הרגו אמר שהרגו בסייף וכן העד השני כיון עדותו בכל חוץ מן השעות שאמר איני יודע בכמה שעות היה ביום או שכיון את השעות ואמר איני יודע במה הרגו ולא הבנתי בכלי שהיה בידו הרי עדותן בטלה אבל אם כוונו הכל ואמרו להם הדיינים כליו היו שחורים או לבנים ואמרו אין אנו יודעים ולא שמנו לבנו לדברים אלו שאין להם ממש הרי עדותן קיימת אמר אחד כלים שחורים היה לבוש והשני אמר לא כן אלא לבנים היה לבוש הרי עדותן בטלה וכאלו אמר אחד ברביעי בשבת והשני בחמישי שאין כאן עדות או שאמר האחד בסייף הרגו והשני אמר ברומח שאין כאן עדות שנאמר נכון הדבר וכיון שהכחישו זא"ז מכל הדברים אין זה נכון עכ"ל וי"א דאף אם אינם יודעים במה הרגו עדותן קיימת דזהו כבדיקות דבחקירות אמרו חז"ל הטעם דעדותן בטלה משום דהוה עדות שאי אתה יכול להזימה [פסחים י"ב.] וזה אינו רק בזמן ובמקום אמנם דעת הרמב"ם ז"ל כמ"ש דדרישות עדיפא מחקירות דדרישות הן בעצם הדבר ודווקא לחקירות הוצרכנו לטעם דאין אתה יכול להזימה דבלא זה הווין כבדיקות אבל לדרישות דבעצם הדבר לא הוצרכנו לטעם זה [ופשיטא] דעדותן בטלה [ומשנה דסוף בודקין אינו מחלק רק בין חקירות לבדיקות אבל בין דרישות לבדיקות החילוק פשוט כמ"ש ובמשנה שם מבואר כולהו ע"ש ולכן בתוספתא דסנהד' פ"ט דאינו מזכיר רק חקירות ודרישות ולא בדיקות אינו מזכיר שום ספרה ע"ש היטב ודו"ק]:

כב לפעמים אפילו בחקירות והשני עדים מכחישים זא"ז ועדותן קיימת כגון שעד אחד אומר ברביעי בשבת שלישי לחודש היה המעשה והשני אומר ברביעי בשבת בשנים לחודש היה המעשה כיון שכוונו היום ניכר שאחד מהם טעה בעבורו של חודש העבר כמ"ש בסעי' ה' בר"א עד חצי החודש אבל אחר חצי החודש כגון שזה אמר בט"ז בחודש וזה אמר בי"ז לחודש אע"פ ששניהם כוונו יום השבוע עדותן בטלה דאחר חצי החודש הכל בקיאין אימתי היה ר"ח וקודם חצי החודש אין הב"ד צריכים לשאול לעדים אם ידעו שניהם בהעיבור ואע"ג דאם היה נתוודע לנו שידעו היתה עדותן בטלה מ"מ כיון שכוונו היום מהשבוע ברור הוא שאחד מהם טעה בעיבור העבר דרוב אנשים טועים בזה [תוס' שם י"ח:] ואם אחד אומר בג' בחודש ואחד אומר בחמשה עדותן בטלה:

כג כתב הרמב"ם ז"ל אמר עד אחד בשתי שעות ביום והשני אומר בג' שעות היה עדותן קיימת שדרך העם לטעות בשעה אחת אבל אם אמר האחד בשלש שעות והשני אומר בה' עדותן בטלה אמר אחד קודם הנץ החמה ואחד אומר בהנץ החמה עדותן בטלה אע"פ שהוא שעה אחת שהדבר ניכר לכל וכן אם נחלקו בשקיעתה עכ"ל ואין כוונתו דרק בשעה אחת אדם טועה ולא יותר דא"כ אפילו אמר האחד בג' שעות והשני אמר מעט לאחר ד' שעות ג"כ בטלה עדותן ועוד דבגמ' שם אמרינן דאדם טועה שתי שעות חסר משהו דאל"כ איך מקיימינן עדותן כשאחד אומר בשתי שעות והשני אומר בג' שמא זה האומר בשתי שעות כוונתו על תחלת השעה השנייה והשני על סוף שעה ג' ולפחות נבדוק אותם איך כוונתם דבזה לא שייך הסברא שבארנו בסעי' הקודם אלא וודאי אפילו אם יאמרו כן ג"כ טועים העולם בזה וא"א לבטל עדותם מפני זה אמנם מ"ש הרמב"ם שדרך העם לטעות בשעה אחת ר"ל משעה שנייה לשלישית או משלישית לרביעית והטעות הוא אפילו מתחלת השנייה לסוף השלישית [כ"מ] ואין לומר דא"כ אמאי מבטלינן עדותם כשאחד אומר בשלש ואחד אומר בחמש נבדוק אותם שמא אחד מהם אומר באמצע השעה ואחד אומר בסוף ואין ביניהם הפרש רק שעה וחצי ונקיים עדותן דהאמת דוודאי אם בדקנום ונמצא שזה אמר בסוף שלש וזה אמר בחצי חמש דעדותן קיימת אבל לכתחלה אין לנו לבודקם ולקיים עדותן ולהרוג נפש [תוס' שם] דכיון דלפי דבריהם החצונים סותרים זא"ז אין לב"ד לחפש אחר חובתו של זה ויראה לי דבדיני ממונות אם אירע שהב"ד בדקום בהשעות ואמר זה בג' וזה בה' מחוייבין ב"ד לחקור ואם נמצא שאחד אמר באמצע השעה וכמ"ש מקיימינן עדותן:

כד כתב הרמב"ם ז"ל היו העדים מרובים שנים מהם כוונו עדותן בחקירות ובדרישות והג' אומר איני יודע תתקיים העדות בשנים ויהרג אבל אם הכחיש את שניהם אפילו בבדיקות עדותן בטלה עכ"ל והקשו עליו דלפמ"ש בפ"ה דבנמצא אחד קרוב או פסול אפילו בשלשה עדים עדותן בטלה א"כ כשהשלישי אומר בחקירות איני יודע ליבטל עדותן דהש"ס [סנהד' מ"ה:] מדמה להו להדדי ומדברי התוס' שם מבואר באמת דלפי מה דקיי"ל

דקיי"ל בקרוב או פסול דעדותן בטלה גם בזה עדותן בטלה ויראה לע"ד דהרמב"ם ז"ל מחלק ביניהם בסברא נכונה דאיני יודע אין זה פסול כלל וראיה דהא בבדיקות אינו מעכב כמ"ש אבל קרוב או פסול הוא פסול גמור והשקלא וטריא בגמ' אם לדמות זל"ז או לא ומסקנא דאין מדמין זל"ז [וז"ש שם כמאן כר"ע ר"ל דדמי לדר"ע ולרבא אומר כמאן דלא כר"ע ר"ל דלא דמי לדר"ע ובע"כ צ"ל כן לפמ"ש בפי' המשנה בפ"ק דמכות שאין מי שחולק על ר"ע כלל לא שייך לומר דלא כר"ע אלא דל"ל כמ"ש ודו"ק] :

כה כל עידי נפשות או מלקות צריכין להתרות בהעובר ואם לא התרו בו אין עונשין אותו אע"פ שהוא ת"ח ויודע הדין דשמא היה לו איזה צד שגגה וכיצד מתרין בו אומרים לו פרוש או אל תעשה שזו עבירה היא ואתה תתחייב מיתה או מלקות ואם פירש פטור וכן אם שתק או שהרכין בראשו ואפילו אמר יודע אני פטור עד שיתיר עצמו למיתה או למלקות ויאמר ע"מ כן אני עושה ואח"כ יהרג או ילקה וצריך שיעבור תיכף להתראה בתוך כ"ד אבל אחר כדי דיבור צריך התראה אחרת דשמא שכח וההתראה א"צ דווקא מן העדים ואפילו התרה בו אשה או עבד או שמע קולו של המתרה אפילו לא ראהו ואפילו הנהרג בעצמו אם התרהו הוי התראה וכל דברים אלו בא בקבלה עד הלכה למשה מסיני ואם לא היה כל זה אין ב"ד של מטה דנים אותו ודינו מסור לשמים ככל חייבי כריתות ועשה ולאו שאין בו מלקות דעונשו בעולם האמת הקשה אלף פעמים מעונש של מטה כדמיון הכוכבים שלמטה נראים כקטנים מאד ולמעלה גודלם הרבה מאד וכתב הרמב"ם ז"ל בפי"ב מסנה' דכשיבואו עדים לב"ד ואומרים ראינו שפלוני זה עבר עבירה פלונית אומרים להם ב"ד מכירים אתם אותו התריתם בו ואם אמרו אין אנו מכירין אותו או נסתפק לנו או לא התרינו בו כמו שנתבאר הרי זה פטור מדין ב"ד :

כו ואם אמרו העדים התרינו בו כדין ומכירין אנו אותו מאיימין ב"ד עליהם וכיצד מאיימין על עסקי נפשות אומרים להם שמא תאמרו ע"פ אומדנא שעבר עבירה זו מפני שהדבר בריא אצליכם אבל לא ראיתם בעצמכם כגון בהריגת נפש שראיתם את זה רץ אחר חבירו לחורבה ורצתם אחריו ומצאתם סייף בידו ודמו מטפטף והרוג מפרפר ולכן ברור אצליכם שהרגו ואין זה כלום לענין עדות כיון שלא ראיתם ההריגה בעיניכם ממש וכן בעריות כשראו היחוד ולא ראו כדרך הניאוף אין זה כלום וכן בחלול שבת כשהתרו בו שלא להדליק אש בשבת והוא הדליק ולא ראו כשהדליק אלא שמקודם ראו שהיה חשך במקום זה ותיכף להההתראה נראתה אור אצלו ואחר לא היה עמו ואע"פ שברור הוא שעבר העבירה מ"מ אין זה כלום לענין עדות בב"ד וכן אומרים להם שמא שמעתם מאדם נאמן שראה בעצמו העבירה ג"כ אין עדותכם כלום דהוה עד מפי עד או שמא אין אתם יודעים שסופינו לבדוק אתכם בדרישה וחקירה הוו יודעים שלא כד"מ ד"נ דיני ממונות אדם נותן ממונו ומתכפר לו דיני נפשות דמו ודם זרעו תלוין בו עד סוף כל העולם שהרי בקין נאמר קול דמי אחיך צועקים דמו ודם זרעו לפיכך נברא אדם יחידי בעולם ללמד שכל המאבד נפש אחת מן העולם מעלין עליו כאלו איבד עולם מלא וכל המקיים נפש אחת בעולם מעלין עליו כאלו קיים עולם מלא ושמא תאמרו דא"כ מה לנו ולצרה לא נעיד כלל אפילו כששמש ראינו לא כן הדבר דאם ראיתם והתריתם בו עליכם החיוב להעיד לפנינו והרי נאמר והוא עד או ראה או ידע אם לא יגיד ונשא עונו ושמא תאמרו מה לנו לחוב בדמו של זה שיהרג על ידינו אדרבא זכות הוא אם אמת אתם מעידים דכתיב ובאבוד רשעים רנה אם עמדו בדבריהם מכניסין את הגדול שבהם לבדו ובודקים אותו בדרישה וחקירה שנתבאר ואם נמצאת עדותו מכוונת מכניסין את השני לבדו ובודקין אותו כהראשון ואפילו היו מאה עדים בודקים כולם בדרישה וחקירה ואח"כ מרבין לבודקם בבדיקות לבד במגדף את השם אין בודקין רק העד הראשון שיאמר מה ששמע בפירוש והוא אומר והב"ד עומדים על רגליהם וקורעין בגדיהם והעד השני אינו אומר בפירוש אלא אומר אף אני כמוהו וכן השלישי והרביעי ואפילו עד מאה ובודקין אותם זה בפני זה דאל"כ לא יוכל לומר אף אני כמוהו ובאמת לפי דין התורה בכל המיני עדות די שיאמר השני אף אני כמוהו רק בד"נ ובשארי עדות החמירו רבנן לבדוק את כל אחד בפ"ע ובמגדף מפני כבוד שמים אוקמוה אדינא [סנהדרין ס'.] :

כז כשנמצאו כל דברי העדים מכוונים פותחין הסנהדרין לבעל העבירה בזכות כמ"ש בסי' י"ח ואומרים לו אם לא חטאת אל תירא מדבריהם ובירושלמי מבואר דהפתיחה לזכות הוא שאומרים וכי אפשר שזה הרג את הנפש ודנין הסנהדרין כל היום כולו אם מצאו לו זכות פטרוהו ואם לאו אין גומרין הדין לחובה היום אלא מלינין את הדין עד למחר שנאמר צדק ילין בה ואוסרין את החייב במאסר שלא יברח וכל הלילה מזדווגין הסנהדרין זוגות זוגות וממעטין במאכל ואין שותין יין ונושאין ונותנין בדבר כל הלילה כל אחד עם זוג שלו בענין עבירה זו אם היה רוצח נושאין ונותנין בפרשת רוצח ואם היה מגלה עריות בפרשה עריות [תוספתא פ"ט] ולמחרת משכימין לב"ד והחזנין קוראין לכל אחד מב"ד בשמו והוא משיב אם היה מן המזכין משיב מזכה הייתי ועכשיו ג"כ מזכה אני ומקבלין אותו ואם משיב מזכה הייתי ועכשיו מחייב אני אין מקבלין אותו [שם] דכבר נתבאר בסי' י"ח דעד גמר דין ממש אין מניחין לחזור מזכות לחובה ע"ש והמחייב אם אומר מחייב הייתי ועכשיו ג"כ מחייב אני אין מוחין בידו ומקבלין

ומקבלין אותו וכ"ש אם אומר עכשיו מזכה אני ואם שכחו טעמיהם שאמרו כל אחד לפי הדין שלו סופרי הדיינים מזכירים אותם דכבר נתבאר בסי' א' דלכל סנהדרין היו שני סופרי הדיינין וכותבין טעמי המזכין וטעמי המחייבין ומתחילין בדינו אם מצאו לו זכות פטרוהו ואם הוצרכו להוסיף דיינים כגון שאחד אומר איני יודע מוסיפין ואם רבו המחייבין בשני דיעות מוציאין אותו להריגה כפי חיובו באחד מד' מיתות ב"ד ומקום ההריגה היה חוץ לב"ד ורחוק מב"ד כדי שלא יתראו ב"ד כרוצחין כמ"ש הוצא את המקלל אל מחוץ למחנה ושיעור הריחוק מב"ד לא נתבאר בגמרא ורש"י פי' רחוק קצת והרמב"ם כתב דנ"ל ע"פ סברא שהיה רחוק ששה מילין כמו שהיה בין ב"ד של משה רבינו שהיה לפני פתח אהל מועד ובין מחנה ישראל וכשמוציאין אותו מב"ד למות עומד אחד על פתח הב"ד והסודרין בידו והסוס עם רוכב רחוק ממנו וכרוז יוצא לפניו פלוני יוצא ליהרג במיתה פלונית על שעבר עבירה פלונית במקום פלוני בזמן פלוני ופלוני ופלוני עדיו מי שיודע לו זכות יבא וילמד עליו אמר אחד יש לי ללמד עליו זכות זה מניף בסודרין שבידו שהיא כמו דגל והרוכב על הסוס רץ ומחזיר את הנדון לב"ד ושומעין את הזכות אם נמצא בו ממש פוטרין אותו ואם לאו יחזור ויצא להריגה ואם אמר הוא בעצמו יש לי ללמד על עצמי זכות אע"פ שאין ממש בדבריו מחזירין אותו שני פעמים דשמא מפני הפחד נסתתמו טענותיו וכשיחזור לב"ד תתיישב דעתו ויאמר טעם ואם החזירוהו ולא נמצא ממש בדבריו מוציאין אותו פעם שלישית אמר בשלישית יש לי ללמד על עצמי זכות אם יש ממש בדבריו מחזירין אותו אפילו כמה פעמים לפיכך מוסרין לו שני ת"ח ששומעין דבריו בדרך אם יש ממש בדבריו מחזירין אותו ואם לאו אין מחזירין אותו וכתב הרמב"ם ז"ל דעדיו הם ההורגים בכל מיתה שיתחייב בה [פי"ג מסנה'] ורוצח שלא הרגוהו עדיו חייבין להמיתו ביד כל אדם עכ"ל ונראה שלמדה הרמב"ם ז"ל מסקילה דכתיב ביה יד העדים תהיה בו וגו' ולמד מזה לכל חייבי מיתות ב"ד ותמיהני דבפ"א מרוצח פסק דמצוה ביד גואל הדם להרוג את הרוצח ועיי' מ"ש בס"ד בסי' תכ"ה סעי' ב' :

כח כשמגיע רחוק עשרה אמות ממקום ההריגה אומרים לו התודה שכן דרך כל המומתין מתוודין וכל המתוודה יש לו חלק לעוה"ב וכל מי שהוא חולה צריך לומר וידוי לפני מותו כמ"ש ביו"ד סי' של"ח ואם אינו יודע להתודות אומרים לו אמור תהא מיתתי כפרה על כל עונותי ואפילו יודע בעצמו ששקר העידו בו יתודה כך ואחר הוידוי משקין אותו קורט של לבונה בכוס של יין שתטרף דעתו עליו וישתכר ולא ישמע היסורים ואח"כ הורגים אותו בהמיתה שנתחייב בה וזה היין והלבונה והאבן שנסקל בו או הסייף שיהרג בו או הסודר שחונקין אותו והעץ שנתלה עליו החייב סקילה דמגדף ועובד עכו"ם והסודרין שמניפין בהם כמ"ש והסוס שרץ להצילו הכל באין משל ציבור ולא משל הנהרג אע"פ שיש דברים שבאין לטובתו ומי שירצה להתנדב יבא ויתנדב דאין החיוב שיהיה דווקא משל ציבור אע"פ שהמיתה להחייב היא תועלת להכלל כמ"ש ובערת דם הנקי מישראל וטוב לך דע"י עוברי עבירה הקללה שולטת בעולם כמו שאמר הנביא [הושע ד'] אלה וכחש וגו' ע"ב תאבל הארץ ואומלל כל יושב בה מ"מ אין זה כקרבנות דבעינן דווקא משל ציבור [כ"נ לפרש דהל"כ מתוי קמ"ל] :

כט משנגמר דינו ביום המחרת אסור להשהות אותו עוד ליום שלאחריו דזהו עינוי הדין אלא הורגין אותו ביום זה מיהו יראה לי דאם נמשך הדבר עד אחר שקיעת החמה בע"כ מניחין אותו ליום המחרת דאין דנין ד"נ בלילה וכן חייבי מלקות דבכל הדברים שוה מלקות למיתה בדרישה וחקירה ובגמר הדין שלא יהיה בלילה ואם החיוב מיתה היתה אשה והיא מעוברת אין ממתינים לה עד שתלד ולא אמרינן איך נאבד נפש חנם מפני דכל זמן שהעובר לא יצא לאויר העולם לאו נפש הוא כמ"ש בסי' תכ"ה אבל כשישבה על המשבר אפילו לאחר גמר דינה ממתינין לה עד שתלד [תוס' ערכין ז'.] דכיון שנעקר ממקומו לצאת לאויר העולם הוי כגוף אחר ולא חיישינן לעינוי הדין שלה ואפילו נשתהה כמה ימים ונראה דאם ישבה על המשבר קודם גמר דינה אין גומרין דינה עד שתלד [וזהו כוונת רש"י ז"ל שם ולא פליג על תוס' ע"ש ודו"ק] וכשאינה יושבת על המשבר וממיתין אותה מכין אותה כנגד בית ההריון כדי שימות הוולד תחלה ולא תבא לידי ניוול כשיצא אחר מיתתה דהתורה חסה אפילו על כבוד נפשות הרשעים וכתב הרמב"ם ז"ל בפי"ב מסנהד' דאשה הנהרגת מותר ליהנות בשערה וכן פסק סוף הל' אבל בכל המתים דמותר ליהנות בשערן והטור ביו"ד סי' שמ"ט חולק בזה ע"ש [והרמב"ם מפרש שם כרש"י דלרנב"י אין השיער נאסר דאינן בכלל מיתה ומר"ן תמה שם בזה והלח"מ האריך ע"ש והדבר פשוט כמ"ש] ומי שיצא ליהרג והיה זבחו זבוח אין הורגין אותו עד שמזין עליו מדם חטאתו ודם אשמו ולא הוי כחטאת ואשם שמתו בעליו דאזלן למיתה ולרעייה [רש"י שם] וכ"ש עולה ושלמים ותודה ואם נגמר דינו ועדיין לא נשחט הזבח אין ממתינין עליו עד שיקריבו עליו קרבנו אע"פ שהוא חייב בהבאת קרבנו מפני שאין מענין את דינו :

ל עדות מיוחדת שכשירה בד"מ פסולה לד"נ כגון שאחד ראהו בשעת העבירה מחלון זה והאחד מחלון זה אין מצטרפין דצריך שיהו שניהם רואים כאחד ואם העדים ראו זא"ז אע"פ שהם במקומות מפורדים מצטרפין ואפילו העדים עצמן לא ראו זא"ז אלא מי שהתרה בהעובר ראה את שני העדים והעדים ראו אותו להרמב"ם ז"ל ולרש"י ותוס' [מכות ו'.] בחד מינייהו סגי או שהמתרה ראה

ראה את העדים או שהעדים ראו אותו ואע"פ דלפ"ז נמצא הריגתו ע"פ אחד כשהמתרה אומר שראה את העדים דבאמת צריך המתרה עדים על זה שהוא ראה אותם [תוס' שם] ועוד יש שנקרא עדות מיוחדת אפילו כששני העדים ראו ממקום אחד אלא שבשעה שראה זה לא ראה זה כגון שאפילו עמדו שניהם במקום אחד והוציא אחד מהם ראשו מהחלון וראוהו עובר העבירה ואחד מתרה בו והכנים ראשו והעד השני הוציא את ראשו וראהו עובר ואף שהמתרה ראה שניהם מ"מ כיון שלא ראם בעת אחת אינו מועיל לצרפם :

לא וכיון דעדות מיוחדת אין מצטרפין בד"נ לפיכך אם היו שני כיתי עדים מיוחדים ששני עדים ראוהו ממקום אחד ושנים אחרים ממקום אחר ולא ראו אלו את אלו וגם המתרה לא ראה אותן הרי הם כשני כיתי עדים לכל דבר ואם נמצא אחד מהם קרוב או פסול תתקיים העדות בכת השנייה אבל אם ראו אלו את אלו אפילו אחד מכל כת ראה את השני נעשים עדות אחת ופסולים וכן לענין הזמה דקיי"ל אין העדים נעשים זוממים עד שיזומו כולם ובשני כיתי עדים ונמצאת אחת זוממת גומרין הדין ע"פ כת השני והורגין אותו וגם הכת הנזומת כמ"ש בסי' ל"ח ע"ש [וכל עניינים אלו לא שייך בזמה"ז כלל והכל נוהג ע"פ דינא דמלכותא כי דינא דמלכותא דינא] :

לב עד אחד אינו מועיל לשום דבר לא בד"נ ולא בד"מ ורק מחייב שבועה להמכחיש אותו כדכתיב לא יקום עד אחד באיש לכל עון ולכל חטאת ודרשינן דלעון ולחטאת אינו קם אבל קם הוא לשבועה וזהו שבועת התורה להכחיש העד כמ"ש בסי' פ"ז ולבד שני דברים האמינה התורה לעד אחד בסוטה כשיש עידי קינוי וסתירה נאמן עד אחד לומר שנטמאת שלא תשתה המים המרים ובעגלה ערופה כשעד אחד אומר שמכיר את ההורג אין עורפין את העגלה כמ"ש בסי' תכ"ה וגם בזה יש טעם בדבר דמפני שיש רגלים לדבר בסוטה העידי קינוי ועידי סתירה ובעגלה ערופה ההרוג שנמצא לכן האמינתה אף לעד אחד וגם להעיד לאשה שמת בעלה נאמן מפני דהוי מילתא דעבידי לגלויי ועוד טעמים יש בזה כמ"ש באהע"ז סי' י"ז ובכל האיסורין עד אחד נאמן בדבר שבידו אף שיש בזה חזקת איסור דהרי התורה האמינתו לכל איש מישראל שאומר שהפריש תרומה מכרי זה ושבהמה זו נשחטה בכשרות ובדבר שאין בזה חזקת איסור נאמן גם במה שאין בידו כמ"ש ביו"ד סי' קכ"ז ורק בנפשות ומלקות ולהוציא ממון אין עד אחד נאמן כמ"ש ועד מפי עד אינו כשר רק לעדות אשה ולבכור כשאומר שנפל בו מום כמ"ש ביו"ד סי' שי"ד וכל מקום שעד אחד מועיל כשר גם אשה ופסול לבד מעד המחייב שבועה והטעם דאין עד אחד קם לשבועה אלא אם יצטרף לו עוד אחד נחייבנו ממון ודע דשני עדים ושלשה עדים ויותר שוין הם לדינא לענין נמצא קרוב או פסול דעדותן בטלה כמ"ש בסי' ל"ו ולענין הזמה בסי' ל"ח :

סימן לא [דין עדים המכחישים זא"ז ובו ו' סעיפים] :

א שתי כיתי עדים שמכחישין זא"ז הכחשה גמורה כגון ששנים אומרים שביום פלוני לוה ראובן משמעון מנה ושנים אומרים שבאותו יום לא זזה ידם מתוך ידו של המלוה או הלוה ולא היה דברים מעולם עדות זו לאו כלום היא ואף שבועה א"צ הנתבע כיון שיש שני עדים המסייעים לו ולעדות אחרת שני הכיתות כשירים ומוציאין ממון על פיהם ולא שייך לומר אוקי ממונא בחזקת מרא כיון שיש ספק בעדותם דאין אצלינו שום ספק ואין בנו כח לפסול אותם דעדים אין נפסלים אלא ע"י הזמה ע"פ גזירת התורה ולא בהכחשה כמ"ש בסי' ל"ח או כשמעידים עליהם בעבירה ולא בהכחשת עדות זו ואף שעדות זו פסולה וכן כשיעידו שני הכתות בענין אחד לאיש אחד א"א לקיים שתיהם כמו שיתבאר דבהכרח שאחת מהן משקרת אבל כל כת לבדה כשמעידה אנו מעמידים אותם בחזקת כשרותם ונאמר דהאחרת היתה המשקרת ומקבלין עדות כל אחת מהכתות בפני עצמן אבל כשבאין להעיד אחד מכת זו ואחד מכת זו אין מקבלין עדותן דאחד מהם וודאי פסול ואפילו שבועה א"צ הנתבע דכיון דאחד מהם פסול הוה כנמצא קרוב או פסול דעדותן בטלה כמ"ש בסי' ל"ו ונשאר זה כבלא עדים כלל וא"צ הנתבע לשבע רק היסת [סמ"ע] וכן שני עדים המכחישים זא"ז הכחשה גמורה פסולים להעיד ביחד בעדות אחרת [ש"ך] ואע"ג דכל אחד אינו מוכחש רק מעד אחד מ"מ בע"כ אחד מהם מעיד שקר ודין זה כשנים המכחישים זא"ז דכל אחד מצטרף לעדות אחרת [וכ"מ להדיא מרש"י שבועות מ"ח. בד"ה מאי לאו וכו' כל אחד מהן כשר להעיד עם עד אחר וכו' עכ"ל ולא פירש שהם ביחד כשרים ש"מ דבכה"ג אפילו לר"ה פסול ומגמ' עצמה מוכח כן דאל"כ מאי פריך לר"ח וזהו כוונת הגר"א בס"ק א' וכן מבואר מתוס' ר"ס כ"ד. ד"ה אבל דאל"כ מאי מקשו לר"ח ודברי התומים והנתיבות כפלאי ממני ול"ע ומרמב"ם פ"ב מגירושין אין ראיה דבמאי דשוין עדותן קיימת וכמ"ש בסעי' ב' והר"ן לא יסבור כן ודו"ק] :

ב אם השני כיתי עדים אינם מכחישים זא"ז הכחשה גמורה אלא שאלו אומרים מנה שחור ואלו אומרים מנה לבן או שההכחשה הוא בסכום המעות מקיימים עדותם כהפחות שבהם דזהו לא מקרי הכחשה גמורה דעבידי אינשי דטעו בהכי ובזה לא נצריך שהתובע יתבע שתיהן דדווקא בסי' ל' סעי' ב' בשני עדים הֻצרכנו

הוצרכנו בכך אבל בשני כתות אין האחת צריך לצירופן של האחרת [סמ"ע] וכן לעדות אחרת כשרים אחד מכת זה ואחד מכת זה וכן אפילו כשמכחישים זא"ז הכחשה גמורה רק שנשאר דבר אחד בעדות זו שכולם שוים בו כגון בחזקת קרקע ששנים מעידים שראובן אכלה שני חזקה ושנים מעידים ששמעון אכלה אלו השנים אם כולם מעידים שהיתה בקרקע אבותיו של ראובן מקיימים עדותן בזה ומעמידים הקרקע בחזקת ראובן [ב"י בשם רי"ו] וכן בשני עדים המכחישים זא"ז הכחשה גמורה מקיימים עדותן במה שהן שוין כגון אשה שהיא בחזקת פנויה ובאו שני עדים ואמרו א"א היא ואחד אומר נתגרשה ואחד אומר לא נתגרשה כיון ששניהם מעידים שא"א היא מוקמינן לה בחזקת א"א [כתובות כ"ג. תרוייהו בח"ח וכו' וכמ"ש הרמב"ם פי"ב מגרושין ודו"ק] ויש חולקין בזה דכיון שאין כאן עדים כשרים בטלינן כל עדותן [כ"מ מהר"ן שם שהקשה כן והובא בש"ך ס"ק ח' וכמ"ש בסעי' הקודם] [ומלאתי בש"מ שם בשם הרשב"א ותלמידיו שכתבו כמ"ש לדעת הרמב"ם דבמאי דלא אתכחשו מקיימין עדותן ולפ"ז הוי הר"ן יחיד לגבייהו וכ"ז דלא כהתומים]:

ג כפי מ"ש בסעי' א' מבואר דכשיש למלוה אחד על לוה אחד שני שטרות שבאחד חתומים בו כת אחת ובשטר השני הכת האחרת ושטר אחד הוא על מנה והשני על מאתים אם הוציאן כאחד אינו גובה אלא השטר של מנה דכיון דאחד מהם פסול יד בעל השטר על התחתונה והשטר של מאתים מוציאין ממנו וקורעין אותו אלא דהנתבע צריך לישבע שד"א שאינו חייב לו אלא מנה דמה שמשלם המנה ע"פ עידי השטר האחד דינו כמודה מקצת כמ"ש בסי' ע"ה [ועיי' בט"ז] ואין העדים החתומים בשטר של מאתים נאמנים לפוסלו ולאמר שנשבע לשקר דכיון דפסלנו השטר שלהם שוב לא נקבל עדותם בענין זה [כס"מ] ואם הוציא המלוה שטר אחד בלבד גובה אותו וכשמוציא אח"כ השטר השני גובה גם אותו ואפילו בב"ד אחד יכול לגבות וזהו לפמ"ש דכל כת בפ"ע כשירה וי"א דבב"ד אחד אין יכול לגבות השטר השני רק בב"ד אחר דבב"ד אחד נחשבת כת אחת לפסולה ולדיעה זו כשבא המלוה לגבות בשטרו הראשון יכול המלוה להשביע להלוה אם אין לו עוד שטר ממנו שחתומים בו הכת השניי' ולכן אם המלוה פיקח שורף השטר הקטן ואז אפילו כשמודה לו שהיה בידו עוד שטר גובה בשטר שמוציא עתה כיון שהאחר איננו [סמ"ע]:

ד ושני מלוים שיש לכל אחד מהם שטר על לוה אחד וכל כת חתומה על שטר אחד והלוה כופר בשניהם זה נשבע ונוטל וזה נשבע ונוטל ואפילו כתוב נאמנות בהם צריכים לישבע דכיון דאחד מהם פסול אלא שכיון ששני מלוים הם אין בנו כח לפסול אותם אבל עכ"פ בלא שבועה איך יטלו כיון שהלוה צווח ששקר הוא ואם אין הלוה טוען כלום אנן לא משבעינן להו אפילו אם אין כתוב נאמנות בהשטרות [כ"ל] ואם מכרו שני השטרות לאחד דינם כמלוה ולוה אחד שנתבאר כיון דעתה הוא ביד אחד [כס"מ] ולא שייך בזה לומר שמכרו לו כל זכות שלהם בדבר שאחד מהם שקר ואף אם עתה יחזיר להם השטרות לא יגבו שניהם כיון דאתחזק השקר בב"ד [כ"ל]:

ה מלוה אחד שהוציא שני השטרות על שני לוים אם הוציאן כאחד ושניהם כופרים בהחוב ישבע כל אחד מהלוים היסת ויפטר כיון שאחד מהם וודאי פסול והוא הוציאם כאחד אין בנו כח לגבותם ואם אחד מהלוים מודה ששטרו אמת גובה המלוה ממנו מבני חורין ולא ממשועבדים דלאו כל כמיניה לחייב את הלקוחות בהודאתו [לבוש] וכ"ש שאינו נאמן להחזיק את עידי השטר השני לוודאי שקרנים ולפסול עדותן להבא אמנם הלוה השני פטור משבועה דאיך ישביענו והלא זהו וודאי דאין לו לגבות רק שטר אחד והרי גבאו ע"פ הודאת השני של זה ואם מתחלה הוציא המלוה רק שטר אחד גובה בו אפילו ממשעבדי ואם הוציא אח"כ השני גובה גם בו ממשעבדי ע"פ הכלל שנתבאר בסעי' א' ואפילו הוציאם בב"ד אחד ואפילו להי"א שבסעי' ג' דבמלוה ולוה אחד אינו גובה בב"ד אחד מודים בשני לוים [סמ"ע] דכל אחד הוא ענין בפ"ע ואין שייכים זל"ז ויש להסתפק במקום שנתבאר בסי' זה חילוק בין הוציאם כאחד לזה אחר זה אם הוציאם זה אחר זה ופסקו ב"ד להגבות שניהם ובא אח"כ בשני השטרות עם הפס"ד להגבותם מי אמרינן כיון דעתה בא בשניהם יחד אין להגבות לו רק אחד או אפשר כיון דכבר פסקו הב"ד להגבות שניהן הולכין אחר פס"ד [גס"מ] ויראה לי דגובה שניהם [ורלו' מסני סבילן ודו"ק]:

ו מי שהביא עדים והוכחשו ואח"כ הביא אחרים והוכחשו ג"כ ואח"כ הביא עדים ולא הוכחשו מקבלים אותם ולא אמרינן כיון שאנו רואים שזה האיש מחזר אחר עדים פסולים אולי גם אלו פסולים הם דהן אמת דהוא הוחזק לחזור אחר עדים שקרנים אבל אלו האנשים המעידים עתה לא הוחזקו בפסול וא"א לנו להחזיקם כפסולים אבל בקיום שטר אם באו שנים ואמרו שבקש מהם לזייף לו שטר זה שוב אין מקיימים השטר אפילו אם שנים מעידים ואומרים שמכירים ה"י אלו החתומים בשטר זה משום דחיישינן שבעצמו זייפם אא"כ באו העדים החתומים בעצמם ואומרים שזהו חתימת ידם וזה לא חיישינן שיזייף כל כך עד שהם בעצמם יטעו בחתימתם ויש חולקים גם בזה דאולי זייף כל כך עד שהם בעצמם טועים בזה אם לא שמעידים שזוכרים שחתמו על שטר זה ונתבאר עוד בסי' ס"ג ע"ש:

שהעדים

סימן לב [שהעדים יאמרו דברים כהווייתן ושוכר עידי שקר ובו ב׳ סעיפים]:

א בסי׳ פ״א יתבאר שהאומר לחבירו חייב אני לך מנה אם לא הודה בהודאה גמורה אלא שאמר דרך שיחה בעלמא יכול לומר אח״כ משטה הייתי בך ולדעת הרא״ש והטור גם זה לא מהני אם לא שיאמר אתם עדי ולכן יזהרו העדים להעיד דברים כהווייתן אבל לא יעידו סתם שחייב לו מנה דאולי אם יאמרו הלשון ששמעו יוכל לפטור א״ע ולכן יזהרו שיעידו מלה במלה כאשר שמעו והב״ד ידקדקו בדבריו ויבחינו הענין אם מהני טענתו לפטור א״ע או לא וכיוצא בזה בשארי טענות יאמרו דברים כהווייתן לא יוסיפו ולא יגרעו:

ב השוכר עידי שקר להעיד ועל פיהם הוציאו ממון מראובן לשמעון אם שמעון מודה ששקר הוא מחוייב להחזיר וכן אם הוא אינו מודה והעדים מודים שהעידו שקר חייבים לשלם וכמ״ש בסי׳ כ״ט סעי׳ ז׳ אבל אם גם העדים אינם מודים ששקר העידו אלא שזה האיש מודה ואומר אני שכרתי אותם להעיד שקר פטור מדיני אדם לפי שהוא גרמא בעלמא דאף לפי דבריו לא היה להם להעיד ועיקר גורם ההיזק הם העדים אבל בדיני שמים חייב לשלם ודווקא כשכל הענין שקר אבל אם הענין אמת שמגיע מראובן לשמעון זה הסכום אלא ששקר העידו שלא היו בשעת מעשה כלל והעדים והשוכרן עברו על מדבר שקר תרחק מ״מ פטור מלשלם גם בד״ש כיון שהענין אמת ואם לא שכרן אלא שפיתה אותם בדברים שיעידו שקר ולא קבלו שום ממון בעד זה אף אם הענין שקר פטור מלשלם גם בד״ש דאין שליח לד״ע ורק בשוכר מחייבינן לי׳ מפני מעשה השכירות וי״א דאף בלא שכירות חייב בדיני שמים ובכל שליחות לדבר עבירה חייב המשלח בד״ש [ס״ך]:

סימן לג [פסולי עדות מחמת קירבה ואשה ועבד ובו ט״ו סעיפים]:

א כל ישראל כשרים לעדות חוץ מנשים ועבדים ורשעים שיתבאר בסי׳ ל״ד וחרש שוטה וקטן שיתבאר בסי׳ ל״ה והנוגעים בדבר שיתבאר בסי׳ ל״ז וקרובים שיתבאר בזה הסי׳ ואין הטעם שמא ישקרו שהרי הם פסולים בין לזכות בין לחובה והרי אפילו משה ואהרן פסולים זל״ז וכן שני קרובים ביחד אסורים להעיד אף שאינם קרובים לבעלי הדין אלא גזירת התורה היא שקרובים פסולים לעדות אבל אין הטעם מפני אהבה ושנאה דאוהב ושונא כשר להעיד אם אינו קרוב ואף שלדיין פסולים כמ״ש בסי׳ ז׳ דמפני שהדין תלוי בדעת הדיין חיישינן שמא מפני אהבה ושנאה יטה דעתו בלי כוונה כמ״ש שם אבל לעדות כשירים דהעד אינו מעיד רק מה שראה ושמע ולא נחשדו ישראל שמפני אהבה ושנאה יעידו שקר ואלו הן הקרובים שפסולין להעיד ראשון בראשון וראשון בשני ושני בשני ומשם ואילך דהיינו שני בשלישי וכ״ש הרחוקים מזה כשר ובשלישי בראשון יש פוסלים ויש מכשירים ומה הוא ראשון בראשון אב ובנו ואח לאח ובני האחים הם שני בשני ונמצא דאב פסול לבן בנו שזהו ראשון בשני ולבן בן בנו דהוא ראשון בשלישי יש פוסלים ויש מכשירים כמ״ש ורבינו הרמ״א הכריע דפסול אמנם פסולו הוא רק מדרבנן ונ״מ לענין קדושין כמ״ש באה״ע סי׳ מ״ב ואין חילוק בין קרובי האב לקרובי האם דגם קרובי האם פסולים מן התורה [ס״ך] וי״א דאינם רק מדרבנן וכן קרובי אישות שלא יעיד לאשת קרובו או לבעל קרובתו כמו שיתבאר אינם אלא מדרבנן וזהו דעת הרמב״ם ז״ל ויש מי שאומר דאשת קרובו הוי מן התורה ובעל קרובתו מדרבנן והטעם דהאשה הוי קנין בעלה והיא כמותו ממש ואין האיש קנין אשתו [מרדכי בשם ריב״ן פז״ב] ודעת הרבה מרבותינו דכולהו הוי מן התורה שהרי בגמ׳ דרשו מקרא דבעל כאשתו ואשה כבעלה ולא משמע דהוי אסמכתא בעלמא [עיי׳ טו״ז מס״ת לס״ע סי׳ ע״ו]:

ב כשם שקרוב פסול להעיד לקרובו כמו כן פסול להעיד לאשת קרובו וכן לאשה שהוא קרוב לה פסול להעיד גם לבעלה דבעל כאשתו ואשה כבעלה רק בשלישי בראשון אפילו מי שפוסל מכשיר לאשתו כיון דאיפליג כל כך ולכן כשר להעיד לאשת בן בן בנו וכן לבעלה של בת בן בנו אבל אם העסק הזה נוגע גם לו כגון שהם נכסי מלוג שהוא אוכל הפירות אסור להעיד לה כיון שנוגע לו וכן לבעל בת בן בנו אם הדבר נוגע גם לה פסול:

ג זה שבעל כאשתו ואשה כבעלה אינו אלא בהם לבדם ולא בקרוביהם כמו בנו של הבעל מאשה אחרת ואחיו של הבעל כשירים הם זל״ז וכן אחי האשה הנפסלת מפני קורבת בעלה ובנה מאיש אחר כשירים זל״ז דהם לא נעשו קרובים מפני קורבת אישות קרובם אבל בעל לקרובי אשתו פסול דהרי הוא כמותה לפיכך לא יעיד לא לבנה ולא לאשת בנה ולא לבתה ולא לבעל בתה ולא לאביה ולאשת אביה ולא לאמה ולבעל אמה ופסול אף לאבי אביה ולאבי אמה [ע״ז] וכן הם לו:

ד זה שבעל כאשתו ואשה כבעלה כשאפילו הם משני הצדדים כגון שני אנשים שנשאו שתי אחיות נעשו הבעלים כראשון בראשון וכן בכל הקרובים לבד בשני בשני לא אמרינן תרי בעל כאשתו לפיכך שני אנשים שנשותיהם הן שני בשני כשירים הם זל״ז וכן להעיד יחד וי״א דגם בראשון בשני לא אמרינן תרי בעל כאשתו וכן הכריע רבינו הרמ״א ולכן כשר אדם להעיד

לבעל

לבעל בת אחי אשתו או לבעל בת אחות אשתו והטעם בכל זה נראה דהנה הא דאשה כבעלה ובעל כאשתו ילפינן מהא דכתיב ערות אחי אביך לא תגלה אל אשתו לא תקרב דודתך היא וזהו מיותר ודרשינן דר"ל דודתך היא דלכל ענין דודתך היא ונחשבת האשה כבעלה וממילא דבעל כאשתו ופסוק זה הוא בראשון בשני ובחד צד ולכן בראשון בראשון כגון שאחד נשא אשה והשני בתה או שנשאו שתי אחיות דהיא מדריגה היותר גבוה וודאי דאמרינן בזה תרי בעל כאשתו ובשני בשני דהיא רחוקה ממה שבפסוק וודאי דלא אמרינן תרי בעל כאשתו ובהמדריגה שבפסוק דהיינו ראשון בשני ס"ל לי"א דאין לנו ללמוד יותר ממה שמבואר בהפסוק ודיעה ראשונה ס"ל דאין הפרש בין חד בעל לתרי וגבי עריות א"א לצייר איסור ערות דודתו בתרי בעל ודע דאע"ג דמדינא כשירים תרי בעל בשני בשני מ"מ כתב רבינו הרמ"א שלכתחלה יזהרו שלא יחתומו יחד בשטר אחד משום דחיישינן לב"ד טוען שיפסולו שטר זה [סמ"ע] ומ"מ במקום שאין עדים רק הם יבואו ויעידו ויחתמו ביחד כשאין אחרים שיחתומו :

ה אבי חתן ואבי כלה מעידין זה לזה לכתחלה דמחותנות אין שום קורבא רק קירוב דעת ולכן אף דלענין דיינות אסור לכתחלה כמ"ש בסי' ז' מפני דאוהב אין לכתחלה לדון אבל בעדות כבר נתבאר דאוהב ושונא כשירים להעיד דלא נחשדו ישראל לשקר בשביל אהבה ושנאה :

ו אחי האח מן האם מעידים זה לזה כגון רחל שילדה את יוסף ליעקב בעלה ולאה ילדה את יהודה לראובן בע"ה ומתו רחל וראובן ונשאת לאה ליעקב וילדה בן ושמו שמעון והרי שמעון אח ליוסף מאביו ואח ליהודה מאמו עכ"ז יוסף ליהודה אין שום קורבה ביניהם :

ז הארוס פסול להעיד לארוסתו דכיון שקידשה היא כקורבתו ומ"מ אינה כאשתו ממש שיפסול אף לקרוביה ומ"מ לא יעיד לכתחלה לקרוביה כשיש עדים אחרים וכל זה בארוסה אבל במשודכת אחר כתיבת התנאים כנהוג במדינתינו כשר המשודך להעיד אף להמשודכת עצמה דאין זה קורבה עדיין כיון שאין ביניהם קירוב של תורה עדיין אם לא שמעיד לענין ממון שתזכה בו הוה כנוגע בדבר דרצונו שתכנים לו את הממון ופסול ככל נוגע בעדות :

ח הגרים בימים הקדמונים אין להם קורבה דכקטן שנולד דמי ומי שנולד בגיותן של אביו ואמו מותר להעיד לאחיו אע"פ שאחיו נולד כשנתגיירו אביו ואמו דאין להם שום קורבה זל"ז ואם היו תאומים והיתה הורתן שלא בקדושה ולידתן בקדושה פסולים זל"ז [ס"ך וט"ז] דהא לענין אשת אח הוה כערוה גמורה כמ"ש ביו"ד סי' רס"ט ויש שמסתפקים בזה דעדות לא דמי לעריות [עיי' יבמות כ"ב.] :

ט כשהפסול הוא משום קורבת אשתו אם מתה אשתו או גירשה אף שיש לו בנים ממנה הרי זה נתרחק וכשר להעיד לאותו קרוב שהיה מקודם פסול מחמת קורבתה וכן אותו קרוב כשר להעיד לו ודווקא שיהיה כשר בשעת ראיית העדות ובשעת הגדה בב"ד לאפוקי אם ראה העדות קודם המיתה והגירושין אינו יכול להעיד אף אח"כ אבל כשהראייה וההגדה בב"ד היה בכשרות אע"ג שבאמצע נפסל כגון שראה העדות קודם נשואי אותה אשה וההגדה היתה אחר המיתה והגירושין כשר ואע"ג דבפסול נוגע בדבר לא בעינן תחלתו וסופו בכשרות כמו שיתבאר בסי' ל"ז אבל בפסול הגוף בעינן תחלתו וסופו בכשרות דנוגע אינו פסול הגוף אלא חשדא בעלמא דשמא ישקר מפני נגיעותו בדבר וכיון שנסתלק החשד לא חיישינן לה אבל פסול קורבה דהוא פסול הגוף ע"פ גזירת התורה בעינן שיהא כשר בשעת ראיית ג"כ כדכתיב והוא עד או ראה או ידע אם לא יגיד דבעינן שם עד בשעת ראייה ובשעת הגדה וכן בכל הפסולים שיתבאר כמו סומא וחרש בעינן תחלתו וסופו בכשרות ובאמצעו לא חיישינן לה ויש חולקים גם בנוגע בדבר דבעינן תחלתו וסופו בכשרות [ש"ך סי' ל"ז ס"ק ל"ב] דבזה חמירא עדות מדין :

י ראובן שהיה לו דין עם שמעון ואמר ראובן שיש לו עדים ולא קבלו ב"ד עדותן מפני שהיו קרובים לאחד מהבע"ד באותו זמן מחמת נשותיהם ופסקו ב"ד הדין כמו שאין לו עדים ואח"כ מתו נשותיהן ובקש ראובן מב"ד לקבל עתה העדים כיון שעתה הם כשירים וראיית העדות היתה ג"כ קודם שנשאו הנשים ועכ"ז אין שומעין לו כיון שכבר נפסק הדין וכן ראובן שהביא עדים והגידו עדותן ואח"כ נודע להעדים ולהב"ד שפסולים הם מחמת קורבת נשותיהם ובזה אפילו לא פסקו הדין עדיין ובתוך כך מתו נשותיהם אין מקבלין עדותן עוד כיון שהעידו פעם אחת כשהיו קרובים חיישינן שלא יחזרו מעדותן שהעידו מפני הבושה ונמצא שנסמוך על עדותן שהעידו בשעה שהיו קרובים וכן עדים שראו מעשה בעת שהיו קרובים פסולים להעיד אפילו כשנתרחקו אח"כ [סג"ה פ"ד דשבועות] :

יא שכיב מרע שעשה צוואה לבניו בפני עדים שהם כשירים לבניו ופסולים לו כגון שהוא שני בשני עם העדים יש פוסלים כיון שצריכין להעיד מה ששמעו מפיו וקרוב פסול לעדות ויש מכשירים כיון דעיקר העדות נוגע להבנים ולא לו וכן בכל מתנת שכ"מ שהעדים קרובים להשכ"מ ורחוקים ממקבלי המתנות או במי שעשה שטר חצי זכר לבתו בעדים שכשירים לבניו ופסולים לו יש ג"כ מחלוקת זו ודווקא בצוואות ובמתנת שכ"מ בכולה ובשטר ח"ז אבל במתנת בריא או במתנת שכ"מ במקצת דדינה כמתנת בריא כמ"ש בסי' ר"ן וכן בכל ענייני משא ומתן לכ"ע פסולים עדים שקרובים לו אף שרחוקים מהמקבלי מתנות ומהקונים דכיון דע"פ עדותן אינו יכול זה הנותן או המוכר לחזור בו נמצא דנוגע העדות.

העדות גם לו וקרוב פסול ורק בצוואות ובמתנות שכ"מ בכולה שביכולתו לחזור בו כל זמן שהוא חי וכן שטר ח"ז שאינו נוגע לו כלל וכל עיקר העדות הוא על לאחר מותו בזה יש מכשירים והרא"ש והטור ס"ל כדיעה ראשונה :

יב עדים הקרובים לערב פסולים להעיד בענין הלואה זו להלוה בין לזכות בין לחובה דכיון דהערב שייך בהלואה זו אם לא יפרע הלוה נמצא דעדותם נוגע לקרובם וקרוב פסול בין לזכות בין לחובה כמ"ש בתחלת הסי' ואין חילוק בין שהלוה בא לפטור א"ע בטענת להד"ם שכופר בההלואה והם מעידים שלוה או שפוטר א"ע בטענת פרעון והם מעידים שלא פרעו וכן להיפך שמביא עדים שפרעו או הבטיחו ללות ולא לוה אף שיש שטר ביד המלוה ולא אמרינן דליהמני לגבי לוה ולא לגבי ערב כשמחייבים הלוה דעדות שבטלה מקצתה בטלה כולה ולא דמי למה שיתבאר בסי' ל"ד באדם המעיד על חבירו ומשים עצמו רשע דפלגינן דיבורו ונאמן לגבי חבירו ולא לגבי עצמו דאדם לעצמו אינו בגדר עדות כלל אבל בעדות לא פלגינן דיבורו [ב"י בשם ריטב"א] :

יג עדים הקרובים לדיינים יש פוסלים משום דהו"ל עדות שאי אתה יכול להזימה דהדיינים לא יקבלו את עידי הזמה על קרוביהם ויש מכשירים דנהי דזה הב"ד לא יקבלו ההזמה הלא יכולים להעיד בב"ד אחר [תוס' ב"ק ל': ד"ה כגון] ועוד דבממון לא בעינן כלל עדות שאתה יכול להזימה דהרי טעמא דשבע חקירות הוא מפני הזמה כמ"ש בריש סי' ל' ובממון בטלו חז"ל השבע חקירות מפני נעילת דלת כמ"ש שם אלמא דלא בעינן בממון עדות שיכול להזימה [ר"י וב"י פז"ב] אבל עדים שקרובים זל"ז פסול לכל הדיעות ואע"ג דבירושלמי [פז"ב ס"ע] אומר בטעם פסול קורבת העדים זל"ז ג"כ מפני הזמה דכשיוזמו ויענשו נמצא דקרוב גורם שיהרג קרובו דאין נעשים זוממין עד שיזומו שניהם מ"מ הש"ס שלנו [ז"ב כ"ח.] דחי לטעם זה וס"ל דגזירת התורה היא ונוהגת בכל דבר עדות :

יד ראובן שהרג או הכה לשמעון כשירים קרובי שמעון להעיד על ראובן בדבר שלא יגיע טובת הנאה לשמעון בעדותם כגון לגרשו מבהכ"נ וכיוצא בזה ולא עוד אלא גם שמעון בעצמו כשר לזה ואע"ג דהוא שונאו מ"מ כבר נתבאר דשונא כשר לעדות ועד שהוא טריפה פסול בד"נ כמ"ש בסי' תכ"ה משום דה"ל עדות שאין אתה יכול להזימה דאם יזימו את הזוממין לא יתחייבו מיתה דלא בקשו להרוג רק טריפה ע"ש ובד"מ כשר אף לדיעה ראשונה שבסעי' הקודם דחיוב ממון שייך גם בטריפה דהרי גם טריפה שלוה ממון חייב לשלם דמה ענין ממון לטריפה [ס"ך] :

טו כתבו רבותינו בעלי הש"ע אם הקהל מינו עדים ותקנו שלא ישוה שום עדות זולתם כשירים להעיד אפילו לקרוביהם כיון שקבלום עליהם אבל אם מינו סתם עדים בעיר אין כוונתם שיעידו לפסולים וכן דיינים הממונים בעיר לא ידונו לקרוביהם וכן נוהגים עכ"ל ועיי' מ"ש בסי' ח' :

סימן לד [עדים הפסולים מחמת עבירה ובו כ"ו סעיפים] :

א רשע פסול לעדות ואפילו עד כשר שיודע בחבירו שהוא רשע ואין הדיינים מכירים רשעתו אסור לו להעיד עמו אע"פ שהוא עדות אמת שנא' אל תשת ידך עם רשע להיות עד חמס כלומר אל תעיד עם רשע שתגרום שב"ד יפסקו ע"פ שניכם ויוציאו ממון ע"פ עד שהוא פסול מן התורה ואין לך חמס גדול מזה ואין לומר דפירושו הוא להעיד שקר עם הרשע אסרה התורה דא"כ גם בלא עד הרשע אסור וכיצד יעשה אותו העד הכשר יעיד לבדו בב"ד וב"ד יפסקו הדין כע"פ עד אחד וכ"ש בעד שיודע עדות שלא יעיד עם חבירו שאינו יודע בעדות זה ועד שקר הוא שלא יעיד עמו אע"פ שהוא יודע שעצם הענין אמת שנא' מדבר שקר תרחק כלומר אע"פ שהענין אמת מ"מ דבורו של זה שקר ואם נפסל הכשר מחמת שראה עדות יחדיו עם הפסול יתבאר בסי' ל"ו בס"ד ואפילו אם יש שני עדים לבד הרשע ואין נ"מ בעדותו אסורין להעיד עמו דכל עדות שנמצא בו פסול בטלה כל העדות כמ"ש שם ונמצא דהב"ד יוציאו ממון בעדות פסולה [ס"ך] [ולפמ"ש ה"ס מס ספקסס רכינו ב"י על סטור וסרמב"ס שטינו נדרס סגמ' סבועות ל': ע"ס ודו"ק] :

ב איזהו רשע כל שעבר עבירה של תורה במזיד וחייבין עליה מיתה או כרת או מלקות בין שעבר להכעיס בין שעבר לתיאבון דהתורה קראתו רשע שנאמר והיה אם בן הכות הרשע וכ"ש חייבי כריתות ומיתות ב"ד ועבירה שאין בה מלקות נפסל מדרבנן כ"כ רבינו הרמ"א ואמת שמלשון הטור והרמב"ם פ"י מעדות משמע כן אבל מדברי רבותינו רש"י ותוס' [ר"ס כ"ב.] שכתבו דלכן מלוה בריבית אינו פסול אלא מדרבנן אע"ג דאיסור דאורייתא הוא משום דהלוה נותן לו מרצונו ולא משמע לי' לאינשי איסורא בזה [תוס' ומ"ס רס"י סוף לרבה בסגס' ק"ז.] ומבואר דאי לאו טעם זה היה פסול מן התורה אע"ג דאין בריבית מלקות דהוא ניתק לעשה דהשבה [ב"מ ס"ב.] ואם עבר עבירה מדרבנן נפסל מדרבנן והבא על הכותית פסול מדאורייתא וי"א מדרבנן [סמ"ע] ואפשר דלא פליגי דאם ידעו מזה עשרה מישראל דהוי פרהסיא דדינו דקנאין פוגעין בו כמ"ש בסי'

בסי' תכ"ה פסול מן התורה ואם לאו פסולו מדרבנן וכן אם יש לה בעל פסול מן התורה לדעת רש"י ותוס' שנתבאר דהא יש בזה איסור עשה ודבק באשתו ולא באשת חבירו [תוס' קדושין כ"ח: ד"ס אלא] וכן אם בעלה דרך אישות פסול מן התורה לדיעה ראשונה שבאה"ע סי' ט"ז ע"ש וכן אם היה כהן כמ"ש שם [וי"ל דגם רש"י ותוס' ס"ל כרמב"ס וטור ודבר של ממון לא בעי מלקות והרי גם הטור וש"ע כתבו דמלוה בריבית פסול מדאורייתא וכמ"ש סכ"י ע"ש] :

ג כתב רבינו הרמ"א די"א דבאיסור דרבנן אינו נפסל לעדות עד שיעבור איסור משום חימוד ממון דאז חששו דכמו שעובר עבירה משום ממון כמו כן יעיד שקר בשביל ממון וטעמם דכיון דבגמ' יש מי שסובר דאף באיסור דאורייתא אינו נפסל רק כשיש בהעבירה חימוד ממון נהי דלא קיי"ל כן מ"מ באיסור דרבנן וודאי כן הוא ולא נעשה פלוגתא רחוקה [וכ"מ במסכת דסנה' כ"ו: דלא חשיב רק איסוריס שיש בהס הנאת ממון ע"ש] :

ד זה שנתבאר דבאיסור דרבנן פסול מדרבנן זהו כשעבר באקראי אבל הפורק עול מצות דרבנן מעל צוארו אפילו מצוה היותר קלה ה"ז מין ופסול מן התורה וכן כשביטל מ"ע של תורה כגון שלא הניח תפילין יום אחד או לא ישב בסוכה יום אחד בחג וכל כיוצא בזה אם עשה כן שלא בפריקת עול אלא מחמת עצלות או תאוה אינו נפסל בפעם אחד לדעת הרמב"ם והטור והש"ע שבסעי' ב' אבל אם עשה כן בפריקת עול ששחק ממצוה זו או שאינו חושש תדיר למצוה זו וכן הלועג על דברי רז"ל ה"ז מין ופסול לכל עדות ולצירוף למניין עשרה עד שישוב בתשובה שלימה ושב ורפא לו :

ה יש דברים שהן עבירות וההמון אינם חושבים אותם לעבירה כגון בלאו דלא תחמוד דמשמע להו דאין האיסור רק אם חומד שיתננו לו בחנם אבל כשישלם בעד זה מדמים שאין איסור בדבר ולכן העוברים על לאו דלא תחמוד בנתינת דמים אע"ג שעוברים איסור דאורייתא מ"מ מדלא מכווני לעשות איסור כשירים לעדות וכן כל כיוצא בזה שנראה לההמון כהיתר אין נפסלים לעדות וכ"ש בעבירות שנדמה להמון דאדרבא מצוה קעבדי' כגון שמלוים על ספרים ולומדים בהם או שמלוים מעות יתומים בריבית קצוצה שלדעתם מצוה קעבדי לטובת יתומים או שקברו את המת בעצמם ביו"ט ראשון שלדעתם עושים מצוה בזה ואפילו נידו הב"ד אותם על שחללו יו"ט ואח"כ עשו פעם אחרת ג"כ כשירים דהם סוברים דהנידוי הוא לכפרה ומ"מ עשו מצוה וכן בשארי עבירות שנוכל לומר שמפני טעות עשו אין נפסלים בכך אבל עבירות שידועות לכל שהן עבירות אלא שההמון נתפרץ בזה באיזהו מקומות כמו שמודדין ושוקלים במדות ומשקלים של שקר או שמטלטלים מעות בשבת או שארי מוקצות הידועים וכ"ש אם יושבים בחנויות בשבת או שמגלחים זקנם או שותים יי"נ או הולכים בבתי זונות וכיוצא בהם פסולים לעדות עד שיעשו תשובה גמורה בחרטה על העבר ובקבלה על להבא שלא לעשות כן שזהו עיקר התשובה והרגיל להגביה יד על חבירו פסול לעדות מדרבנן דהתורה קראתו רשע דכתיב ויאמר לרשע למה תכה ריעך ומ"מ אינו פסול מן התורה מפני שאין בזה מלקות דחובל בחבירו חייב בתשלומים ולא במלקות כמ"ש בסי' ת"ך [סמ"ע] ולפ"ז לדעת רש"י ותוס' שבסעי' ב' פסול מן התורה :

ו העובר על השבועה פסול לעדות בין שעבר על שבועת שוא בין שעבר על שבועת שקר של ממון או אפילו של שבועת ביטוי וכ"ש אם עבר על שבועת עדות ושבועת הפקדון ואפילו עבר על חרם הקהל [בימיס קדמוניס] וי"א שאינו נפסל אלא בשבועה דלשעבר כגון שנשבע שלא אכל ואכל דבשעה שיצאה השבועה מפיו יצתה לשקר אבל בשבועה דלהבא כגון שנשבע שלא יאכל ואכל אינו נפסל בכך וי"א שגם בלהבא יש שנפסל ויש שאינו נפסל כיצד אם עשה מעשה כגון בנשבע שלא יאכל ואכל נפסל מפני שעושה מעשה לעבור שבועתו אבל באינו עושה מעשה כגון שנשבע לאכול ולא אכל דעבר בשב ואל תעשה אינו נפסל בכך והעיקר כדיעה זו [כס"מ] והעובר על השבועה אינו נאמן לומר שוגג או אנוס הייתי אם יש עדים שעבר על השבועה דאל"כ לעולם לא ימצא מי שיפסול ע"י שבועה דכל העובר יאמר כן אא"כ ב"ד משערים לפי הענין שיכול להיות שהיה שוגג או מוטעה או אנוס ואז כשטוען כן נאמן [כנלע"ד ומיושב קושית סס"ך ודו"ק] :

ז טבח שמכר טריפה לישראל בחזקת כשירה פסול מן התורה אע"פ שהוא אינו אוכל טריפות בעצמו מ"מ כיון שמפני חימוד ממון מה שכשירה ביוקר מטריפה חשוד להאכיל טריפות כמו כן חשוד להעיד שקר בעד ממון שיתנו לו וכן כל מי שמוכר דבר איסור בחזקת היתר מפני ריוח ממון פסול לעדות כללו של דבר כל מי שעושה אף איסור קל בעד ממון פסול לעדות מן התורה ובפרט דלבד האיסור שמכשיל הרי הממון גזל בידו וכיון שחשוד על ממון פשיטא שיעיד שקר מפני ממון :

ח הגנב והגזלן פסולים לעדות מזמן הגניבה והגזילה ואם החזיר הגניבה או הגזילה אם החזיר מעצמו ולא הוחזק עדיין לגנב או לגזלן אלא שהיה באקראי חוזר לכשרותו אבל אם החזיר ע"י כפיית ב"ד או ע"י כפייה אחרת אינו נתכשר בכך וכן אם הוחזק לגנב או לגזלן לא מהני חזרתו מרצונו גניבה אחת או גזילה אחת עד שיעשה תשובה נכונה לכל גניבותיו או גזילותיו והחולק עם הגנב י"א דנפסל לעדות וי"א דאינו נפסל ואם עוסק תדיר בכך נראה דלכ"ע פסול וכן ראוי להורות דמי

שמקבל

שמקבל גניבה או חולק עם הגנב או מסייע לגנב כשרגיל בכך יפסלו לעדות כיון שעושים עבירה מחמת חימוד ממון וכמ״ש בסעי׳ הקודם וכן כופר בפקדון או בהלואה פסול לעדות ובסי׳ צ״ב יתבאר אימתי נפסל ע״ש :

ט עדים זוממים נפסלו משעה שהעידו דגזירת התורה היא שהמזימים כשאומרים לעדים עמנו הייתם באותו זמן שאתם אומרים שהיה המעשה נאמנים ונפסלו העדים משעה שהעידו ואע״פ ששילמו הממון שרצו להפסידו בעדותן מ״מ כיון שלא ע״פ עצמן שילמו אלא ע״פ ב״ד לא חזרו לכשרותן כמ״ש בסעי׳ הקודם ואם ההזמה היתה על שטר כגון שיצא לפנינו שטר שחתומים בו עדים שמעידים שבר״ח ניסן לוה ראובן משמעון מנה בירושלים ובאו שני עדים ואמרו להם עמנו הייתם בר״ח ניסן בבבל לא נפסלו בכך ולא עוד אלא אפילו השטר כשר מפני שאנו אומרים ששטר מאוחר הוא שנכתב קודם ר״ח ניסן על זמנו של ר״ח ניסן ושטר מאוחר כשר בהלואה כמ״ש בסי׳ מ״ג דכבר נתבאר בסי׳ ל׳ שמיישבים דברי העדים בכל מה שאנו יכולים אא״כ מבואר בהשטר שנכתב בזמנו או שעידי השטר הגידו בע״פ לפני ב״ד שנכתב השטר בזמנו דאז השטר פסול והעדים נעשים פסולים ומאימתי הם פסולים אם יש עדים שיודעים באיזה יום נכתב השטר נפסלו מאותו יום ואם אין יודעים מתי נכתב נפסלו מיום שראו חתימתן על שטר זה ואם לא ראו עדים את השטר מקודם וגם אין יודעים מתי נכתב אין נפסלים אלא מהעת שהעידו המזימים עליהם בב״ד כשנכתב בהשטר שבזמנו נכתב ואין ביכולתינו לפוסלם למפרע מיום חתימתן דאולי ביום זה שהעידו עליהם בב״ד חתמו אז ברשעתן את השטר על זמן מוקדם ואף אם אין מבואר בהשטר שבזמנו נכתב אלא שהם עצמם העידו שבזמנו נכתב מ״מ אין נפסלים רק מאותו יום שהעידו על עצמם שבזמנו נחתם דאולי בזה היום עצמו חתמו על זמן מוקדם ומספיקא לא נחזיקם בפסולים למפרע דטעמא דנעשים מוזמים גם בשטר משום שהעדים החתומים על השטר נעשה כמי שנחקרה עדותן בב״ד ונעשו רשעים מאותו העת דהו״ל כאלו העידו באותו העת א״כ אין לנו לפוסלם רק מהיום שוודאי חתמו את השטר ולא נוכל להביט על זמן הנכתב בהשטר כיון דרשעים הם מאן לימא לן דבזמנו נחתם אף אם אומרים כן דהרי אבדו נאמנותם ע״פ עידי ההזמה :

י יש מגדולי הראשונים דס״ל דאין דין הזמה בשטר בכל ענין דכיון דהזמה חידוש הוא מה שהאמינה התורה להאחרונים אין לך בו אלא חדושו והיינו בעדות בע״פ ולא בשטר [ר״ן ספ״ב דכתובות בשם המאור] ורבים חולקים על זה וי״א דאף לדיעה זו וודאי העדים נפסלים דלא גרע מהזמה שלא בפני העדים שנתבאר בסי׳ ל״ח דנהי דאין בזה דין הזמה לקיים כאשר זמם אבל הכחשה מיהא הוי לפסול העדים וכן הדין בשטר דהוי כהזמה שלא בפניהם דהם נפסלים וכאשר זמם לא נקיים בהם וא״צ לשלם [ב״ח] ולפ״ז יכול להיות דכל הפוסקים מודים לזה [ש״ך] [ול״ע דלפ״ז גם העדים למה יופסלו לכל עדות דהרי בהזמה שלא בפניהם אין להם רק דין הכחשה דעדות זו בטלה ואינם נפסלים לכל עדות כדמוכח מגמרא כתובות כ׳. ע״ש ברש״י וכ״מ מהרמב״ם פי״ח הל׳ ה׳ ומטור שם ול״ל דס״ל גם בהזמה שלא בפניהם דהעדים נפסלים לגמרי ורק לענשם אין ביכולת שלא בפניהם ומהגמ׳ ורמב״ם וטור אין ראי׳ כ״כ ע״ש ומצאתי להתומים שהקשה כן ע״ש] :

יא מי ששכר עידי שקר להעיד לו אין נפסלים עד שעה שיעידו ולא מזמן ששכרם אף שקבלו מעות מהשוכר אותם דהא היה בידם לחזור וליתן לו המעות שלקחו ממנו ומפני מחשבתם לעשות עבירה אין ביכולת לפוסלם ולא נפסלו רק משעה שהעידו בב״ד וכן בכל מיני פסלות שיש בזה מחשבה ומעשה אין נפסלין רק משעת המעשה דמחשבה רעה אין מצרפין למעשה ומי שמעיד ע״י כפייה ואונס וכ״ש ע״י יסורים אין בעדותו ממש דיעיד שקר מפני אונסו ורק לבע״ד עצמו כשנראה שקרו כופין אותו שיודה השקר שעשה כמ״ש בסי׳ מ״ב סעי׳ ג׳ :

יב המלוה בריבית פסול אחד המלוה ואחד הלוה ואם היה ריבית קצוצה נפסלים מן התורה ואע״ג דאין בריבית חיוב מלקות הא בדבר שיש הנאת ממון א״צ חיוב מלקות דווקא [ב״י] וכמ״ש בסעי׳ ז׳ ואף אצל הלוה יש הנאת ממון שהלוהו בשעה שהיה נצרך למעות ואם היה אבק ריבית פסולים מדרבנן [ולפמ״ש בסעי׳ ז׳ יכול להיות פסולם מדאורייתא] וי״א דבאבק ריבית אינו נפסל רק המלוה ולא הלוה וגם בר״ק אינו נפסל הלוה רק מדרבנן [או״ת] והעדים והערב אף שעוברים בלאו מ״מ מדלא משמע לאינשי דאינהו עבדי איסורא אין נפסלים לעדות [ש״ך] אבל עדים שחתמו עצמם על שטר מוקדם במזיד פסולים לעדות דזה ידוע לכל דאיסור הוא לגבות מלקוחות שלא כדין :

יג לוה שהעיד על המלוה שהלוה לו בריבית ויש עד אחד עמו מצטרפים לפוסלו ואע״פ שאין אדם משים עצמו רשע ואינו נאמן לגבי עצמו מ״מ פלגינן דבוריה ונאמן לגבי המלוה ולא לעצמו ואפילו אמר שנתן לו הריבית פלגינן דבוריה [שם] וכן כשהעיד שפלוני רבעו אפילו אומר שהיה ברצונו ומשים עצמו רשע פלגינן דבוריה ונאמן על הפלוני ולא על עצמו וכן כשמעיד שפלוני בא על אשתו אע״ג דלגבי אשתו אינו נאמן דאשתו כגופו מ״מ נאמן על הפלוני מטעם שנתבאר וכן כשאומר פלוני רבע שורי ונאמן גם להרוג השור דלא אמרינן אדם קרוב אצל ממונו [סמ״ע] ואם יש עד אחר עמו פוסלין אותו וכן יכול הנגזל להעיד על הגזלן ובלבד שלא יגיע לו הנאה מעדותו וכן הנשבע להכחיש את העד והבע״ד שנשבע לו מצטרפין לפוסלו אך

צריכים

צריכים להעיד עליו מחדש בב"ד שנשבע לשקר באותה שבועה ולא סגי במה שאמרו בשעת התביעה בב"ד [סמ"ע] והטעם משום דבעת מעשה אין הבע"ד עד והרי כשנשבע להכחיש העד היה נאמן בשבועתו מדין תורה ואיך יפסל אז אלא דאח"כ יכולים לבא ולהעיד כשאר עדות וכן כשנשבע לשני בעלי דינים יכולים לפוסלו אח"כ כשיעידו עליו שנשבע לשקר ואין חילוק בין שנשבע להם כאחד בין שנשבע להם זה אחר זה ויש חולקים בכל זה דכיון דהתורה האמינתו לישבע כנגד העד והבע"ד אין ביכולתם לפסול אותו אח"כ ע"י שבועה זו ולכן אפילו היו שני בע"ד ולכל אחד היה עד אחד ונשבע נגד כל אחד לפי שהיה בעניינים שונים אין ביכולת שני העדים ושני הבע"ד לפוסלו אח"כ מפני שבועות אלו ודווקא אחר שעמד בדין ונשבע אבל קודם לכן יכולים להעיד עליו שני בעלי דינים אפילו כשמעידין עליו שני מיני גזילות אחד מעיד שגזל אותו בניסן והשני מעיד שגזל אותו באייר מצטרפין לפוסלו אם אין נוגעין בעדותן כגון שמוחלין הגזילה [ס"מ] ואף אחר המחילה נפסל דהא לא עשה תשובה דהוא לא השיב את הגזילה מיהו אם השתדל שימחול לו הנגזל וודאי דחוזר לכשרותו דזהו כהשבה ועיי' מ"ש בסעי' ט"ז:

יד אין אדם נפסל בעבירה ע"פ עצמו אלא ע"פ עדים דאין אדם משים עצמו רשע דהרי קרוב פסול לעדות ואין לך קורבה יתירה מהאדם לעצמו ואיך יעיד על עצמו לפסול עצמו ומ"מ אין מוסרין לו עדות לכתחלה לייחד אותו לעדות וכן אין אדם נפסל על קול וחשד בעלמא אפילו בקלא דלא פסיק וכן מי שחשוד על עריות שרגיל להתייחד עמהן וקול יוצא עליו בלי עדות ברורה כשר הוא לכל עדות לבד מעדות אשה ועיי' ביו"ד סי' קי"ט וכן ממזר ופצוע דכא וכרות שפכה וערל שמתו אחיו מחמת מילה כשירים לעדות אף לכתחלה וכן שנים שהעידו באחד שהוא פסול מאיזה עבירה ובאו שנים והעידו בו שעשה תשובה הרי זה כשר אבל אם באו שנים והכחישום שלא עשה אותה עבירה הרי זה ספק פסול על כל עדות שיעיד אח"כ משום די"ל דכל תרי ותרי אוקמיה אחזקת כשרותו ואפשר לומר דאין מעמידין אותו על חזקת כשרותו להוציא ממון בעדותו אבל בעדות שהעיד מקודם וודאי דאין מוציאין אותה מחזקת כשרותו [סמ"ע] ולא דמי לשני כתי עדים המכחישים זא"ז דבאה כל אחת בפ"ע ומעידה כמ"ש בסי' ל"א דשני עדים שאני אבל אחד הנפסל מפי שנים אע"פ שיש מכחישים אותם מ"מ אין בכחינו להוציא ממון על פיו ואף שיש חולקים בזה וס"ל דגם בכאן מעמידים אותו על חזקת כשרותו [ר"ן בפס ר"ה פ"ב דכתובות ותוס' שם כ"ב.] מ"מ רוב הפוסקים הסכימו לזה וכן סתמו רבותינו בעלי הש"ע לפיכך לא יעיד ולא ידון עד שיוודע לנו שעשה תשובה וכן כל מי שנתחייב מלקות ולקה בב"ד חוזר לכשרותו ואף עכשיו שאין דנין דיני מלקות אם הענישו אותו כפי ראות עיני ב"ד וקבל עליו את הדין ברצונו חוזר לכשרותו:

טו שני עדים שהעידו על אחד שהוא פסול בחלוקי עניינים כגון שאחד העיד שגזל והשני העיד שלוה בריבית מצטרפין לפוסלו כיון דעכ"פ שני עדים מעידים עליו ברשע:

טז עדים נפסלים אפילו שלא בפניהם ואפילו מתו אם העידו עליהם שני עדים שעברו עבירה שבזה פסולים הם לעדות נפסלה עדותן מאז שעברו והשטרות שחתמו עליהן נפסלו [ס"ך סי' מ"ו ס"ק ק"ב] והנ"מ כשאין לתלות המעשה שהעידו עליהם בהיתר אבל כשיש לתלות בהיתר כגון שהעידו עליהם שהלוו בריבית קצוצה והם היו אפטרופסים או ממונים על נכסי עכו"ם או יתומים תולין שמאלו המעות הלוו ואף שמעות של יתומים אסור להלוות בר"ק מ"מ הטה סברי דמצוה קעבדי וכמ"ש בסעי' ה' וכן כשהב"ד מבינים לפי הענין שלא היו יודעים שיש איסור בזה תולין בזה אבל אם אין מבינים לפי הענין שהיה בהיתר או שלא ידעו האיסור אין תולין מן הסתם אא"כ היו העדים מפורסמים בכשרות אזי תולין לומר דבוודאי עשו בדרך היתר או שלא ידעו האיסור ואין נפסלין אא"כ אין שום דרך לתלות שעשו בהיתר או שלא ידעו האיסור [כ"פ מלבוש סעי' י"ב]:

יז העובר על גזל דרבנן פסול מדרבנן כיצד כגון שגזל מציאת חרש שוטה וקטן או שהוא חמסן שלוקח קרקע או מטלטלים שלא ברצון הבעלים אף שמשלם להם דמים וכן הרועים שיתבארו בסי' ת"ט וכן המוכסים שגובים מכם לפי דעתם ואין גובין הדבר הקצוב מהממשלה דמסתמא נושאים פנים למקצתם ומכבידין על אחרים אבל כשגובין כפי המכם הקצוב מהממשלה אינו פסול מסתמא אא"כ נתוודע שלקח פעם אחד יותר מהקצוב דאז מסתמא עשה כן כמה פעמים אבל משום פעם אחת לא היה נפסל דהיינו תולין דע"פ טעות לקח [סמ"ע] ומלשון הרמב"ם משמע דנפסל גם בפעם אחת [שם] ואם מחזיר מה שלקח אותו פעם חוזר לכשרותו ולא אמרינן דוודאי לקח עוד כמה פעמים [כ"ל] ולכן צריכין שמאי העיר ליזהר כשעושים שומא בעיר [ע"פ ליווי סממסלס] שיעשו באמת ולא יחניפו לאחד ויכבידו על האחר דבזה יפסלו לעדות ולשבועה אבל הנוטלים מחבריהם דבר שהרבה נוהגין בו היתר ליקח שלא מדעת הבעלים כמו בזמנינו שלוקחים שלא ברשות העשב שמעלים בו עשן וכן מהדרך הנכנס לבית חבירו בעת ששותים חמים נוטל לעצמו כום חמים ואינו שואל דעת הבעלים כיון שהמנהג כן אין זה כגזל וכיוצא בזה אמרו חז"ל שהארים שלוקח דבר מועט מפירות שבכרו ביומי ניסן ותשרי קודם שתגמר מלאכתן אע"פ שלקח שלא מדעת בעל השדה אינו גנב וכשר לעדות דמורו התירא לעצמם ומדמים שאינם עושים איסור בזה וי"א

דדווקא בדבר שנגמרה מלאכתן מורו התירא [עיי' בטור וב"י] :

יח יש עוד שפסולים לעדות מדרבנן מפני שאין עוסקין בישובו של עולם כגון מי שכל עסקו לשחוק בקוביא ואין לו אומנות אחרת איש כזה חשוד על כל דבר ופסול לעדות ולאו דווקא משחק בקוביא דה"ה במשחק בקליפי אגוזים וקליפי רמונים וכיוצא בזה או שמשחק בשחוק בהמה חיה ועוף והשחוק הוא שכל המנצח את חבירו או כל הקודמו בהלוכו יטול מחבירו או שמשחק ביונים שאיזה יונה שתקדם יזכו בעליה בהיונה האחרת וכל כיוצא בזה שאומנתו מהבלים כאלו פסולים לעדות וכ"ש מי שמלמד את יוניו שיגזלו יונים של אחרים דזהו גזל גמור וכן מי שאינו עוסק לא במקרא ולא במשנה ולא בד"א דהיינו איזו מלאכה או איזו משא ומתן והולך בטל הרי זה בחזקת רשע ופסול לעדות מדרבנן לפיכך אין מוסרין עדות לע"ה ואין מקבלין ממנו עדות אא"כ הוחזק שעוסק במצות ובגמ"ח ונוהג בדרך ישר ויש בו דרך ארץ ונמצא לפ"ז שסתם ת"ח הוא בחזקת כשרות עד שיופסל ובל ע"ה אין לו חזקת כשרות עד שיוחזק שהולך בדרך הישר וכל מי שמקבל עדות ע"ה קודם שתהיה לו חזקה זו או קודם שיבואו עדים ויעידו עליו שהוא נוהג במצות ובד"א הרי זה הדיוט ועתיד ליתן את הדין שמוציא ממון ע"פ אנשים שאינם מהוגנים וכן הבזוים פסולים לעדות מדרבנן והם אנשים שהולכים ואוכלים ברחוב תדיר אכילת קבע בפני כל העם או אלו שהולכים ערומים בשוק בעת שעוסקים במלאכה מנוולת וכיוצא בזה שאינם מקפידים על הבושה דכל אלה אין להם תואר אדם אלא כבהמה וכלב ואין מקפידים על עדות שקר ומכלל אלו העניינים יש כעין זה שמקבלים צדקה ממצרים בפהרסיא ואפשר להם לקבל בצינעא גם הם אין מקפידים על בושתם ופסולים מדרבנן ודע שבדין משחק בקוביא יש להרמב"ם ז"ל דיעה אחרת דפסולם מן התורה ונתבאר בס"ד בסי' ר"ז סעי' כ"ג ע"ש :

יט נשים ועבדים ומצרים פסולים לעדות מן התורה ודבר זה אין בו טעם רק מגזירת התורה וכן המלשינים והמינים והאפקורסים והמומרים פסולים לעדות מן התורה ואם חזר בו וקיבל עליו תשובה כשר מיד אע"פ שעדיין לא עשה התשובה דכיון שמבדיל א"ע מתאוותיו להדביק עצמו בדת משה רבינו וודאי לבו שלם עם ד' ותורתו וכן שארי עבריינים כשקבלו עליהם לפרוש מהעבירה כשירים מיד [סמ"ע] ומלשין אף שהנלשן מחל לו פסול עד שיעשה תשובה נכונה על גודל חטאו ופסולי עדות משום ממון שגנבו או גזלו או חמסו אם היה באקראי בעלמא מיד שהחזיר מה שגנב הוה תשובה וכשר לעדות ודווקא כשהחזיר מעצמו אבל כשהחזיר ע"י כפייה לא מהני החזרה עד שיעשה תשובה מה שיטילו עליו הב"ד שבאותה העיר אבל אם גנבו או גזלו או חמסו הרבה פעמים אינו מועיל תשובתם עד שיוודע בב"ד שחזרו בהם מדרכם הרעה כיצד כגון מלוי בריבית אינו מועיל מה שמחזיר כל הריבית שלקח מעודו אלא אף צריך שיקרע כל שטרותיו מעצמו ולחזור בזה חזרה גמורה שלא ילוו בריבית אפילו למצרי וכן הגנבים והגזלנים והחמסנים צריכים להחזיר כל מה שגנבו וגזלו והמסו ובסי' שס"ו יתבאר ממי מקבלין וממי אין מקבלין ואם אינו יודע ממי גנב וגזל יעשה בהם צרכי רבים והלוה בריבית תשובתו שאפילו ממצרי לא ילוה :

כ וחזרת משחקי בקוביא הוא משישברו ויקרעו כלי השחוק שלהם ויחזרו בהם חזרה גמורה שלא ישחקו אפילו בחנם וחזרת מפריחי יונים משישברו הכלים שצדין בהן ויחזרו בהם חזרה גמורה שאפילו במדבר לא יעשו זאת וי"א דבמשחקי בקוביא ומפריחי יונים צריכים להחזיר גם המעות שהרויחו בהם ולא קיי"ל כן דהא אינו אלא אבק גזל [סמ"ע] אמנם לדעת הרמב"ם שבארנו בסי' פ"ז סעי' כ"ג הוי גזל גמור מדרבנן :

כא בזמן שהיו אבותינו בא"י והיתה נוהגת מצות שמיטה היה אסור לעשות סחורה בפירות שביעית הגדילים מאליהם דלאכילה נתנה לנו התורה ולא לסחורה כדכתיב והיתה שבת הארץ לכם לאכלה וגו' ומי שעבר על זה היה פסול לעדות ותשובתו היא משתגיע עוד הפעם שביעית ולא יעשה כן ובזה בלבד אינו מספיק אלא כמה שאסף מפירות שביעית ישלם הדמים לעניים וצריך לכתוב או לאמר בע"פ [גס"מ] אני פלוני בן פלוני כנסתי מאה זוז מפירות שביעית והרי הם לעניים :

כב וחזרת המועל בשבועות הוא משיבא לב"ד שאין מכירין אותו ויאמר להם אני חשוד או שיתחייב שבועה בב"ד שאין מכירין אותו והשבועה היתה על סכום ממון חשוב וישלם ולא ירצה לישבע וחזרת עידי שקר הוא שילך למקום שאין מכירין אותו ושיתנו לו סכום ממון חשוב להעיד שקר ולא יתרצה וחזרת טבח שהיה מוכר טריפות בעד כשירות שילבש שחורים ויתכסה שחורים וילך למקום שאין מכירין אותו ויחזיר אבידה בדבר חשוב או יוציא טריפה מתחת ידו בדבר חשוב שאז נראה ששב בתשובה שלימה ויראה לי שגם צריך להחזיר המעות שנטל בעד הבשר כמ"ש בסי' רל"ד ואפשר דראוי לפתוח לו פתח תשובה ולא לקבל ממנו וכמ"ש בסי' שס"ו וכן כל מי שהעבירוהו מאומנתו מחמת עבירה שעשה באומנתו כגון במדות ומשקלות וכיוצא בזה דינו כטבח לענין זה וכלל גדול יש בעניינים אלו כל שהב"ד רואים לפי הענין שעשה תשובה שלימה לפי חטאיו חוזר לכשרותו וחמורה מאד איסור מלשינות שאפילו אם רק אמר אלשין נפסל לעדות וצריך תשובה לפי ראות עיני ב"ד וכששב בתשובה כל עדות שהעיד אח"כ כשר עדותו אע"פ שלא נתוודע עדיין לב"ד ששב [ר"ן פ"ב דכתובות] :

כג בסי' הקודם נתבאר דלגבי קרובים בעינן שתהא תחלתו וסופו בכשרות כמ"ש שם בסעי' ט' וכן גם בפסולי עבירה בעינן תחלתו וסופו בכשרות ואף אם באמצע נעשה רשע כיון שראייתו והגדתו בב"ד בכשרות כשר [נס"מ] ואפילו בפסולי דרבנן בעינן תחלתו וסופו בכשרות [קצה"ח סי' ל"ס] ויש מי שרוצה לומר דבדבר שהתשובה בידו נאמן להעיד כששב בתשובה אף על עדות שראה בעת רשעתו אבל לא נראה כן ורוב גדולי האחרונים הסכימו כמ"ש [וסמ"ך עלמו כרלה טבסי' ל"ס ס"ק ז' חזר בו] :

כד כל מי שהעידו עליו שעבר עבירה פלונית אע"ג שלא התרו בו פסול אע"פ שאינו חייב מלקות בלא התראה ודווקא כשעבר על דבר שידוע לכל ישראל שהיא עבירה אבל כשיכול להיות שלא ידע שעבירה היא אינו נפסל עד שיודיעו לו שהיא עבירה כגון שראהו קושר ומתיר בשבת או מטלטל מוקצה שאינו ידוע לכל שזהו מוקצה צריכים להודיעו שיש איסור בזה וכן כשראהו עושה מלאכה בשבת ויש לחוש ששכח שהיום הוא שבת צריכים להודיעו ששבת היום וכן המשחק בקוביא או שנעשה מוכסן ומוסיף על המכס צריכים להודיעו שעבירה היא ונפסל לעדות מפני שיש שאינם יודעים שעבירות הן וכן מלוה שהולך לבית הלוה ליטול משכון בעד חובו שלא בשעת הלואה או שנוגש את הלוה ויודע שאין לו במה לפרוע דזה אסור מן התורה כמ"ש בסי' צ"ז צריכים להודיע לו מקודם שיש איסור בדבר וכשלא ישמע נפסל לעדות וכן כל כיוצא בזה :

כה הרבה מיני עבירות נתבאר בסי' זה יש מהן דאורייתא ויש מהן דרבנן ויש נ"מ בזה דבאיסור תוה"ה נפסל מיד לעדות כשעשה האיסור וידוע לו שזה אסור אע"פ שלא הכריזו עליו בבתי כנסיות ובתי מדרשות אבל באיסורי דרבנן אינו נפסל עד שיכריזו עליו מקודם בבהכ"נ או בבהמ"ד ובזמנינו שאין בנו כח להכריז על עוברי עבירות אם נתפרסם ברבים שעושה עבירה זו הוי כהכרזה ואסור לקבל ממנו עדות ואם יש בידינו כח להוציאו מבהכ"נ צריכים לעשות כן במקום הכרזה ואם גם זה אין ביכולת לעשות נפסל כשנתפרסם ברבים וכמ"ש ואפילו פסול מן התורה אין לפוסלו אלא בוודאי אבל לא מספק כגון שהעיד בב"ד ואח"כ באו עדים שעבר עבירה פלונית שנפסל בה מן התורה אבל אין יודעים אם עבר קודם שהעיד או אח"כ מוקמינן גברא אחזקת כשרותו וכל מה שהעיד עדותו כשירה עד שיוודע שעבר קודם לכן :

כו אסור ליטול שכר בעד הגדת עדות דכל המצות צריכים לעשות בחנם והנוטל שכר להעיד עדותו בטלה ואם החזיר הממון עדותו קיימת שאין זה כשארי פסולים שצריכין הכרזה ותשובה אלא קנסא בעלמא הוא שקנסוהו חכמים שיתבטל עדותו כשנטל שכר ולכן כשהחזיר נתכשרה עדותו וכל זה הוא דווקא כשנטל משני הצדדים אבל כשנטל מצד אחד פסול מטעם נוגע ואפילו החזיר הממון אחר שהעיד פסול [נס"מ] כיון שהיה נוגע בדבר בשעת הגדת העדות ושיגיד פעם שני אחר חזרתו אינו מועיל דא"א לו לחזור בו אחר שהגיד פעם אחת וכל איסור זה אינו אלא בעד שראה המעשה ומחוייב להעיד דאז אסור לו ליטול שכר בעד הגדתו בב"ד אבל כשנוטל שכר לילך ולראות הענין מותר דהא אינו מחוייב לראות הענין ונוטל שכר טרחתו שילך לראות המעשה ולהיות עד אח"כ כמו עידי הגט שנוטלין שכרן שיעמדו בכתיבת הגט ושיהיו עדים וגם זה אינו מותר רק כשנוטל משני הצדדים בשוה או שהבע"ד השוו ביניהם מי יתן שכר טרחתם כמו בגט שהאיש ואשתו עושים ביניהם מי יתן שכר הגט דבזה הוי כנוטל משניהם אבל מצד אחד גם זה אסור לו להיות עד אם לא שנוטל שכר בטילה דמוכח כגון שמתבטל ממלאכתו ומפרנסתו [סס] וכללא דפסולים בעבירה כשעבר עבירה דרבנן פסול מדרבנן ודאורייתא פסול מן התורה ולדעת הרמב"ם והטור והש"ע דווקא בעבירה שיש בה חיוב מלקות ובדבר שבממון לא בעינן מלקות ולכן מלוה בריבית קצוצה פסול מן התורה וכבר כתבנו בסעי' ב' דלרש"י ותוס' אפשר דלא בעינן דווקא מלקות [וכ"מ מסגר"ל ס"ק ב'] אמנם כיון דבממון לא בעינן תנאי זה י"ל דבשארי דברים מודים להרמב"ם וכמ"ש שם אמנם בריבית חולקים כיון דמרצונו נתן כמ"ש שם :

סימן לה [פסול סומא חרש שוטה וקטן ובו י"ג סעיפים] :

א קטן פסול להעיד מן התורה אפילו היה נבון וחכם עד שיביא שתי שערות גדולות שיהו בהן כדי לכוף ראשן לעיקרן ויביאם בעת שהוא בן י"ג שנה שלימות דכתיב ועמדו שני האנשים אשר להם הריב וגו' ודרשו חז"ל דשני האנשים הם העדים דאי אבעלי דינים קאי אטו אנשים באים לדון ולא נשים ולא קטנים ועוד דא"כ מיותר לגמרי דהא כתיב אשר להם הריב ועוד דאטו אנשים שנים דווקא באים לדון והלא יכול להיות ג' וד' ויותר אלא דאעדים קאי דבעינן שני עדים גדולים וזכרים ולא נשים וקטנים דקטן מקרי בן ולא איש וכשנולד בר"ח ניסן אפילו בסוף היום כשיגיע ר"ח ניסן בכלות י"ג שנה והביא שערות נעשה גדול מתחלת הלילה דלא בעינן משעה לשעה [ס"ך] והשערות שהביא קודם י"ג שנה אותן שערות אינם כלום אפילו כשהגיע לי"ג שנה וצריך להביא שערות אחרות ואם לא בדקו אותו לזמן הזה ואח"כ בדקוהו שהביא שערות פסקו רבותינו

בעלי

בעלי הש"ע דהוא מוחזק לגדול מזמן הי"ג שנה וכל מה שהעיד או מכר או נתן מזמן זה מעשיו קיימים:

ב ויש מהגדולים שפקפקו על פסק זה דהא קיי"ל דאינו נחשב כגדול בדבר שנוגע לאיסור דאורייתא אפילו כשהגיע לשניו עד שיבדקו אותו אם הביא ש"ש ולא אמרינן דכשהג"ע לשני גדלות מסתמא הביא סימנים דחזקה זו לא אמרינן רק לחומרא ולא לקולא באיסור דאורייתא וא"כ כל זמן שלא נתברר שהביא ש"ש אין מוציאין ממון בעדותו ולכן יש שכתבו דהוי ספיקא דדינא [פ"ת] ולי נראה עיקר כדברי רבותינו בעלי הש"ע דנהי דכל זמן שלא בדקו אותו לא אמרינן חזקה שהביא סימנים מ"מ כשבדקו אותו לאחר זמן שהביא סימנים שפיר אמרינן מדהשתא הביא מעיקרא נמי הביא כיון דדרך להביא סימנים בזמן זה וכמו דאמרינן בבוגרות כשהביאה סימנים בערב מסתמא הביאה בבוקר כמ"ש באה"ע סי' ל"ז וכן הוא בגמ' [קדושין ע"ט.] כמו כן בסימני גדלות אפילו אחר כמה ימים [ועוד דכבר בארנו בס' אל"י סי' י"ח דבמקום שיש טוען אמרינן חזקה זו אפילו לחומרא ובזה א"ש מ"ש התוס' ב"ב קנ"ד: ד"ה ועוד וכ"מ מתוס' בס קנ"ו. ד"ה בודקין ע"ש ולזה רמז הגר"א בס"ק ד']:

ג כשיש לו ריבוי שערות בזקנו אף שהם קטנים מאד מ"מ א"צ בדיקה דוודאי הביא ש"ש כראוי ואם הגיע לשנת העשרים היינו שהוא בן י"ט שנה ושלשים יום ועדיין לא הביא ש"ש אם נראו בו סימני סרים שנתבארו באהע"ז סי' קע"ב הרי הוא גדול ואם לא נראו בו סימני סרים נחשב כקטן עד רוב שנותיו והיינו עד ל"ו שנה שהוא רוב משבעים לפי שנותינו שהם שבעים שנה:

ד אע"פ שהוא בן י"ג שנה שלימות והביא ש"ש אם אינו בקי בטיב משא ומתן אין מקבלין עדותו בקרקעות אבל במטלטלין עדותו עדות דכיון דאינו יודע בטיב משא ומתן אין קרקע נחשבת בעיניו ואין לסמוך על עדותו בזה וי"א דלענין עדות מקבלים עדותו גם על קרקע דלא יעיד שקר רק לענין שומת קרקע להעיד שכך וכך היא שוה אין סומכין עליו [ס"ך] והסכימו לזה האחרונים וה"ה בכל דבר שהב"ד לפי ראות עינם נראה להם שאינו מבין על זה אין מקבלין עדותו לענין שומא:

ה כל אדם אינו נאמן להעיד כשהוא גדול על מה שראה בקטנותו דאין לסמוך על מה שראה בקטנותו אף שעכשיו הוא גדול רק יש דברים שהאמינו חכמים להעיד על מה שראה בקטנותו ואלו הם נאמן אדם לומר זה כתב ידו של אבי ושל אחי ושל רבי והטעם דמתוך שהוא רגיל בהם תדיר בוודאי מכיר חתימתם ודווקא כשיש עד אחר עמו שראה חתימתם ומכירם מגדלותו דאז מצטרף הוא לעד שני אבל שני עדים שיעידו שראו חתימתם ומכירים מקטנותם שזהו חתימתם וכגון שלזה היה אביו ולזה רבו מ"מ לא רצו חז"ל לסמוך על שנים בכה"ג וכן נאמן להעיד על אשה זו שנשאת כשהיתה בתולה וכתובתה מאתים שזוכר שבקטנותו עשו לה מנהג בתולות בחופתה והטעם דכיון דרוב נשים נשאות בתולות אין זה אלא גילוי מילתא בעלמא וגם בזה כשיש אחר עמו וכמ"ש וגובין להאשה ע"פ עדותם כתובת בתולה וגם נאמן להעיד על בית הפרס והיא שדה שנחרש בה קבר או שנאבד בה קבר ומעיד שזוכר מקטנותו ששדה זו הוחזקה לטומאה ואסור לכהנים ליכנס לתוכה ושארי השדות טהורות וכן נאמן להעיד על תחום שבת שזוכר מקטנותו שעד כאן היינו מהלכין בשבת וכן נאמן להעיד שפלוני אכל תרומה דרבנן בהיותו קטן ושהיה חולק עמנו על הגורן בתרומה דרבנן ושהיינו מוליכין חלה ומתנות לפלוני כהן ודווקא כשאמר שעל ידו שלחו לו להכהן דזה וודאי זוכר בטוב ובכל אלו נאמן לבדו דא"צ על זה שני עדים והטעם בכל אלו משום דדברים אלו הם דרבנן והימנוהו רבנן בדרבנן וזה שהוצרכנו בקיום שטרות עוד אחד אע"ג דקיום דרבנן מ"מ כיון דע"פ השטר מוציאין ממון א"א לקיים ע"פ אחד:

ו ועוד נאמן לומר שאמר לו אביו בקטנותו משפחה זו כשירה ומשפחה זו פסולה מפני שהיא גילוי מילתא בעלמא דבוודאי ידוע הדבר וגם זה דווקא כשיש עד אחר עמו [לבוש] וכן נאמן על מה שנתבאר באהע"ז סי' ב' להעיד שבני המשפחה עשו סימן לאחד ממשפחתם שנשא אשה שאינה הוגנת להודיע לכל שלא יתערב זרעו בזרעם דגם זה אינו אלא גילוי מילתא בעלמא דמסתמא ידוע הדבר ודע דכל אלו שנתבאר אין נאמן רק הגדול להעיד על מה שהיה בקטנותו אבל עכו"ם ועבד אין נאמנים להעיד בגירותם ושחרוריתם על מה שראו מקודם דדווקא קטן שיודע שיגדיל מדייק קצת גם בקטנותו אבל אלו לא ידעו שישתחררו ולא דייקי כלל ואפילו ידעו שישתחררו לא דייקי כלל מקודם ולכן אין יכולין להעיד אף במידי דרבנן [כ"מ ספ"ב דכתובות ע"ש]:

ז שוטה פסול לעדות וכתב הרמב"ם ז"ל בפ"ט ולא שוטה שהולך ערום ומשבר כלים וזורק אבנים בלבד אלא כל מי שנטרפה דעתו ונמצא דעתו משובשת תמיד בדבר מן הדברים אע"פ שהוא מדבר ושואל כענין בשאר הדברים הרי זה פסול ובכלל שוטים יחשב עכ"ל והטור כתב שוטה פסול להעיד וזהו שוטה היוצא יחידי בלילה והלן בבה"ק והקורע כסותו ומאבד מה שנותנים לו ובאחד מאלו שעושה דרך שטות נקרא שוטה עכ"ל וכדבריו הוא בחגיגה [ג'.] ועושה דרך שטות מקרי כשעשה כן הרבה פעמים אבל במה שעשה פעם אחת או שני פעמים לא מחזקינן לי' מחמת זה כשוטה והרמב"ם ס"ל דמה שחשבה הגמרא לאו דווקא הוא וה"ה אם אנו רואים באחד שדעתו משובשת תמיד בדבר אחד לעשות מעשה אשר השלם בשכלו לא יעשה זאת הוא מוחזק לשוטה והגמ' שחשבה לאלו הוי רבותא

גדולה

גדולה דאע"פ שיש לתת קצת טעם על העושים כן ויש לתלות שאינם עושים מחסרון דעת דיוצא יחידי בלילה אפשר שיש לו חמימות בגופו ורצונו לשאוף אויר ולן בבה"ק כדי שתשרה עליו רוח טומאה וקורע כסותו משום שהוא בעל מחשבה וקמ"ל דאפ"ה מקרי שוטה וכ"ש בדבר שטות שאין לתלות בו שום טעם כמו המאבד מה שנותנים לו [ולכן לא חשיב זה סס] ויש מהגדולים דס"ל דשוטה לא הוי רק מהדברים שנתבארו בגמרא כמ"ש ונדחו דבריהם מכל הפוסקים וגם הטור הסכים להרמב"ם [עיי' בב"י אה"ע סי' קי"ע וקכ"א] ויראה לי דאף אלו הגדולים ס"ל כהרמב"ם אלא דס"ל כיון דבשארי דברים אינו שוטה קשה לנו לעמוד על הדבר שעושה אם עושה דרך שטות אם לאו [וגם מירושלמי דפ"א דתרומות אין ראיה מחולק על הש"ס דחגיגה וס"ל דטלס בעיקן דלא מיירי בעביד דרך שטות ע"ש שכן יסוד ודו"ק]:

ח השכור כל זמן שלא הגיע לשכרותו של לוט עדותו עדות וכשהגיע לשכרותו של לוט הרי הוא כשוטה כמ"ש בסי' רל"ה לענין מקח וממכר [כ"ל] וכן אם ראה העדות בעת שהגיע לשכרותו של לוט אין סומכין עליו אח"כ כשיעיד אפילו כשסר ממנו שכרותו [כ"ל]:

ט הנכפה והוא חולי שנופל לארץ ואינו בדעתו כלל בעת כפייתו פסול ובעת שהוא בריא כשר ואחד הנכפה מזמן לזמן או הנכפה בלא עת קבוע דינו כך הוא בר"א כשהוא בעת בריאותו כשארי הבריאים אבל יש נכפים הרבה שגם בעת בריאותם דעתם לא צלולה והם פסולים גם בשעת בריאותם ולכן צריכין לדקדק ולהתיישב הרבה בעדות הנכפים:

י הפתאים ביותר שאין מכירין דברים שסותרין זא"ז ולא יבינו שום ענין כדרך שמבינים המון אנשים וכן המבוהלים והנחפזים בדעתם והמשתגעים ביותר הרי הם בכלל השוטים ודבר זה הוא כפי ראות עיני הדיין שא"א לבאר דברים אלו בכתב:

יא חרש פסול אחד מדבר ואינו שומע או שומע ואינו מדבר אף שדעתו נכונה מפני שצריך להעיד בב"ד בפיו ושיהיה ראוי לשמוע דברי הדיינים והאיום שמאיימים עליו וכן אם נשתתק אע"פ שנבדק כדרך שבודקים המגרש לענין גט ונמצא עדותו מכוונת והעיד בפנינו בכת"י אינו עדות כלל מן התורה דכתיב מפיהם ולא מפי כתבם ואפילו לאותה דיעה שנתבאר בסי' כ"ח שהעד יכול להעיד בכתב אבל אלם שאינו ראוי להגיד לכ"ע פסול מן התורה כמ"ש שם לבד מלעדות אשה שמת בעלה דבעגונה הקילו מפני הטעמים שנתבארו באהע"ז סי' י"ז וכן סומא בשתי עיניו אע"פ שמכיר הקול והאנשים ועדותו מכוונת פסול מן התורה דכתיב והוא עד או ראה וגו' ובאחת מעיניו כשר אף לכתחלה דהלא רואה הוא:

יב היה חרש או סומא בשעה שנמסר לו העדות ובריא בשעת הגדתו בב"ד או להיפך פסול אבל אם היה בריא בשעה שנמסר לו העדות ובשעת הגדתו בב"ד אע"פ שבנתים נתחרש או נשתטה או נסתמא כשר מאחר שתחלתו וסופו בכשרות וכמ"ש לענין קרובים בסי' ל"ג:

יג כשם שאשה פסולה לעדות כמו כן טומטום ואנדרוגנוס מפני שהן ספק איש ספק אשה וכן כל מי שהוא ספק פסול דזהו ספיקא דאורייתא ואזלינן לחומרא ואפילו העידו ועשו מעשה על פיהן מחזירין המעשה וכל הפסולים שבסי' אלו אפילו אין כאן עדים כשירים כלל אין מקבלים עדותן ואמנם כתב רבינו הרמ"א דתקנת קדמונים היא דבמקום שאין אנשים רגילים להיות כגון בבה"כנ בעזרת נשים או בשאר דבר מקרה שנשים רגילות בהן ולא אנשים כגון לומר שבגדים אלו לבשה אשה פלונית והן שלה נאמנות הנשים מצד התקנה ולכן יש מי שכתב דאפילו אשה יחידה או קרוב או קטן נאמנים בענין הכאה ובזיון ת"ח או בשארי קטטות ומריבות ומלשינות ודנים על פיהם לפי שאין דרך להזמין עדים כשירים על זה ואין פנאי להזמין ודווקא כשהתובע טוען ברי אבל אם הוא בעצמו אינו יודע רק ע"פ עדים אלו לא מהני עדותן ואפילו אחר התקנה מ"מ עד אחד כשר נאמן יותר מכמה פסולים [ס"ך] וכן אין מועיל עדותן לענין חזקת ג' שנים שהחזיקה במקום בהכ"נ של נשים להוציא על פיהן מחזקתה [מהרס"ל] דא"א ליתן להם כל כך נאמנות להוציא מחזקה ויש מי שכתב דתקנת הקדמונים לא היה רק במקום שעיקר הדבר ידוע לרבים או שהנתבע אינו מכחיש להתובע דאז מקבלים עדות נשים על הפרטים מצד התקנה אבל במקום שכל הענין אינו ידוע רק על פיהן והנתבע מכחיש לגמרי אין דנים ע"פ עדותן [ככ"י] וכן כשהאשה היא שונא להבע"ד אין מקבלין עדותה אף דשונא כשר לעדות זהו בעד כשר וכן בקרוב אין מקבלים ע"פ תקנה רק לחובת קרובו ולא לזכותו ושתי נשים נאמנות יותר מאשה אחת כשיש הכחשה ביניהם אע"פ שמדינא הכל אחד ושארי פסולים כרשעים וחרש ושוטה אין נאמנים אפילו מצד התקנה דעליהם לא תקנו מפני שאין לסמוך עליהם כלל בשום דבר ובסומא יש להתיישב:

סימן לו [דין רבים שהעידו ונמצא אחד מהם קרוב או פסול ובו י"ב סעיפים]:

א כתיב ע"פ שנים עדים או שלשה עדים וגו' ודקדקו רבותינו אם מתקיימת העדות בשנים למה פרט הכתוב שלשה אלא להקיש שלשה לשנים מה שנים אם נמצא אחד מהם קרוב או פסול עדותן בטלה אף שלשה או יותר אם נמצא אחד מהם קרוב או פסול עדות כולם בטלה ודווקא כשראו כולם המעשה כאחד אבל אם הקרוב

הקרוב או הפסול לא ראה ביחד עם הכשירים עדותן קיימת [ס"ך] ואע"ג דבממונות כשר עדות מיוחדת כמ"ש בסי' ל' מ"מ כיון דבנפשות פסול עדות מיוחדת אין כח להפסול לפסול את הכשירים ע"י ראייתו גם בד"מ אא"כ ראה עמהם ביחד ולפ"ז במקום שגם בד"נ כשר כגון שמקצתן ראו זא"ז כמ"ש שם גם בכאן פוסל את הכשירים [כ"מ בתוס' מכות ו': ד"ס סרי] ואשה ועבד וקטן אין להם דין זה ולא בטלה עדות הכשירים מפניהם [כס"מ] דאינם בכלל עדות כלל :

ב בד"א שבטלה עדותן כשנתכוונו כולם להעיד אבל לא נתכוונו כולם להעיד תתקיים העדות בכשרים ולכן שואלים הב"ד להעדים כשראיתם מעשה זה אם היה כוונתכם להעיד אם לאו דרק לראות המעשה היתה כוונתכם וכל אותם שאמרו להעיד כווננו מפרישים אותם ואם בהם נמצא קרוב או פסול עדותם בטלה ואם הפסולים הוזמו לא נתבטלה עדות הכשרים דכיון דהוזמו ולא היו כלל בשעת ראיה אין להם שייכות עם הכשרים וכמ"ש בסעי' הקודם [כס"מ] :

ג זה שאמרנו דאם הפסולים לא כוונו להעיד אינם פוסלין את הכשרים לאו משום דעדות בכוונה תלי דעדות לא בעי כוונה דראיה וידיעה הצריכה התורה בדכתיב או ראה או ידע ולא כוונה רק בשטר אין יכולים לכתוב אותם שהבע"ד לא הזמינם לזה מטעם שיתבאר בסי' ל"ט אבל להגיד עדותם א"צ כוונה ומ"מ כיון שהכשרים כוונו להעיד והפסולים לא כוונו אין בכחם לפסול את הכשרים ולפ"ז אם גם הכשרים לא כוונו להעיד עדותן בטלה כיון דשוין הן [ס"ך] ולכן כששואלים על הכוונה שואלים לכולם דאין תועלת במה שהפסולים לא כוונו להעיד אם גם הכשרים לא כוונו וכ"ש אם הפסולים כוונו להעיד והכשרים לא כוונו דבטלה עדותן :

ד יש מגדולי הראשונים שכתבו דבזה שראו הפסולים והכשירים יחד את העדות אין פוסלים את הכשרים אא"כ העידו גם יחד בב"ד ואין הפסולים פוסלים את הכשרים אא"כ ראו יחד והגידו יחד וטעמא דמסתבר הוא דעיקר קרא דעדות אתרוייהו קאי על הראייה ועל ההגדה בב"ד כדכתיב והוא עד או ראה ועד היינו בשעת הגדת העדות בב"ד וראה היינו שעת ראייה ועל עניינא דעדות כתיב ע"פ שנים עדים או שלשה עדים דמזה למדנו דכשנמצא אחד קרוב או פסול עדותם בטלה [לבוש] ועוד דאל"כ ברוב פעמים לא יתקיים העדות דהפסולים יראו בכוונה כדי לפסול העדות [סמ"ע] ואף לדיעה ראשונה שנפסלים בראייתם יחד בלבד מ"מ בעינן שעכ"פ יבואו הפסולים לב"ד אף שלא העידו עדיין אבל אם לא באו כלל לב"ד נכרים הדברים שלא ראו לשם עדות כלל אם לא שגילה הפסול דעתו בשעת ראיית העדות דלהעיד בא בראייתו כגון שהתרה בו וכיוצא בזה [כס"מ] וכן אם אין הכשרים יודעים כלל שהיו הפסולים בשעת ראייה אין הפסולים נאמנים לומר שהיו שם בשעת ראייה ולבטל העדות [סס] אם לא שמביאים עדים על זה שהיו שם וכן זה שנתבאר דכשכולם לא נתכוונו להעיד נפסלים הכשרים מפני הפסולים אינו אלא דווקא כשהעידו הפסולים יחד עם הכשרים בב"ד או שהעידו תוך כדי דיבור של הכשרים אבל אם העידו אחר כ"ד וכ"ש כשלא העידו כלל אין הכשרים נפסלים אף לדיעה ראשונה [סס] וטעמא דמסתבר הוא דכיון שכולם לא נתכוונו להעיד אין להם שייכות זל"ז כשלא העידו כולם יחד בב"ד ולדיעה השנייה אף כשנתכוונו כולם להעיד אין הכשרים נפסלים אלא אם העידו יחד או תוך כ"ד דהוי כיחד :

ה מה שצריכים לשאול לעדים אם כוונו להעיד אם לאו זהו דווקא כשנמצא קרוב או פסול ביניהם אבל בלא זה א"צ לשאול דאין נ"מ בזה וכמ"ש בסעי' ג' ואפילו כשהוכחשו מקצת מן העדים דבטלה כל העדות דבזה היה מן הדין להצטרך לשואלם דיש נ"מ בזה דאם המוכחשים כוונו להעיד עדות כולם בטלה ואם לא נתכוונו להעיד עדות אותם שלא הוכחשו קיימת כשהם כוונו להעיד וכמ"ש בקרוב או פסול מ"מ אין שואלין אותם דאמרינן דמסתמא כוונו להעיד ונתבטל כל העדות [ס"ך וכס"מ] דדווקא בקרוב או פסול יש סברא לומר שלא כוונו להעיד כיון שיודעים שפסולים הם ולכן צריך לשואלם אבל לא בשארי עדות :

ו כל זה שנתבאר דהקרוב או הפסול מבטלים כל העדות זהו דווקא כשראו כולם העדות מעצמם והתובע לא הזמין עדים מיוחדים על זה אבל אם התובע הזמין עדים מיוחדים אין ביכולת שארי עדים לפוסלן אפילו ראו יחד עם אותם שנתייחדו לעדות והגידו עמהם יחד בב"ד דאיך יעשו א"ע בע"כ לעדים ולא עוד אלא אפילו אם התובע ראה הרבה בני אדם ואמר שנים מכם יעידו לי בוודאי אין כוונתו רק על הכשרים להעיד ואז אין ביכולת שום קרוב ופסול לפסול העדות אפילו בראייה והגדה יחד בב"ד דוודאי לא ניחא לי' להתובע שיעשו א"ע בע"כ לעדים ולפסול עדותו אבל כשרים שלא ייחד אותם כשרים להעיד אם הלכו אותם שייחד [כ"ל] וזה שנתבאר אינו אלא כשאמר שנים מכם יעידו לי דבוודאי כוונתו רק על כשרים אבל אם אמר לכל החבורה אתם עדי אם יש ביניהם קרוב או פסול נפסלים כולם לפי הדיעות שנתבארו ולפי מה שנתבאר אם אדם צריך לעדות ונותנים כרוז בבהכ"נ לכל מי שיודע לו עדות יבא ויעיד ג"כ אין כוונתו רק על כשרים ולכן אף שהעידו גם פסולים אינם פוסלים עדות הכשרים

ז לפי מה שנתבאר מהראוי כשהולכים לחופה ויש שם הרבה קרובים אף שבוודאי אינם מתכוונים להיות עדים על הקדושין והחופה מ"מ נכון וכשר הדבר לייחד עדים על הקדושין [ס"ך] וכן נהגו בכמה קהלות שהש"ץ או השמש אומר לעד אחד כשר נהיה עדים על הקדושין ושומעים היטב כשהחתן מקדש את הכלה והם הם

העדים ולא אחרים ולכן מאד צריך ליזהר שיהיה הרב בשעת הקדושין למען יצאו קדושין כשרים בלי פקפוק :

ח י"א שזה שנתבאר דבנמצא אחד קרוב או פסול עדותם בטלה זהו דווקא כשידע הרחוק בקורבתו של הקרוב או בפסולו של הפסול אבל אם לא ידע עדותו כשרה ואם הוא אחד כשר מחייבו להבע"ד שבועה כדין עד אחד ואם הם שנים כשרים מחייבים אותו ממון ונאמן הרחוק לומר שלא הכיר בקורבתו של הקרוב או בפסולו של הפסול ודווקא כשאינו רגיל עמו אבל אם הוא רגיל עמו אינו נאמן לומר שלא ידע בקורבתו אבל בפסול נאמן אף ברגיל עמו לומר שלא ידע בפסולו מפני שפסול יכול להיות שאינו מפורסם וכן בקורבה שבין הבע"ד להעד ג"כ נאמן לומר שלא ידע אף כשרגיל עמו דמאין לו לידע זאת וזה שאמרנו דברגיל עמו אינו נאמן היינו דווקא בקורבה דעדים עצמם [ס"ך ואחרונים] אבל יש מהגדולים שחלקו על כל זה וס"ל דאף אם לא ידע הרחוק בקורבתו או בפסולו נפסלו הכשרים כשהעידו יחד בב"ד לדיעה שנייה ולדיעה ראשונה בראייה וכוונה להעיד נפסלו כולם דהתורה פסלה סתם ולא תלתה בידיעה ובהכירא [לבוש] ואין להקשות לדיעה ראשונה הא מקשינן שלשה לשנים ובשנים אפילו לא ידע מקורבתו פסול דבאמת בשנים אין הפסול רק משום שלא נשארו שני עדים כשרים ודיעה ראשונה היא דעת הרי"ף ז"ל ודיעה אחרונה היא דעת הרא"ש ז"ל :

ט שטר שחתמו עליו כשרים ופסולים נתבטל השטר כמו אם העידו בע"פ ועכ"ז אם הכשרים זוכרים העדות יכולין לבא לב"ד ולהעיד בע"פ על עניינו של שטר דכיון דעדיין לא הגידו עדותן בב"ד רק בשטר יכולים עתה להעיד עדותן בע"פ והב"ד יכתבו שטר ע"פ עדותן אבל אם העידו בע"פ ביחד עם הפסולים ונתבטל העדות אין יכולים אח"כ לבא ולהעיד דכיון שהעידו פעם אחת ונפסלה עדותן שוב אינם ראוים לעדות זו כדאמרינן בעלמא כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד אבל הגדת השטר לא חשיבא הגדה בזה שלא יהיה ביכולתו לחזור ולהעיד אותה עדות עצמה ובשטר דווקא הב"ד יכולים לכתוב עתה השטר על זמן שטר הקודם כשהיה אז קנין אבל העדים אין רשאים לכתוב השטר דכבר עשו שליחותן [אחרונים] ואם לא היה אז קנין גם הב"ד אין יכולים לכתוב שטר אחר מזמן הראשון דהא עד עכשיו היה השטר חספא בעלמא ולא נשתעבדו נכסיו [נס"מ בסי' מ"ס] ומ"מ אם חזר הלוה ואמר להעדים עה"ה כתבו וחתמו יכולין בעת העדים לכתוב שטר אחר מהיום [סס] :

י כפי מה שנתבאר יש קולא בשטר מבעדות בע"פ דבעדות בע"פ כיון שראו ביחד העדות והגידו יחד בב"ד נפסל העדות לכל הדיעות ואלו בשטר אף שראו העדות ביחד וחתמו ביחד מ"מ כיון שלא הגידו עדותם בע"פ לפני הב"ד לא נפסלה העדות להדיעה שבארנו בסעי' ד' דבעינן ראייה והגדה [וכן דעת הסמ"ע בסי' זה ובסי' מ"ס ס"ק ל"ד ובסי' כ"ח ס"ק י"ח] :

יא וי"א דאין חילוק בין חתום בשטר לעדות בע"פ דעדים החתומים על השטר הוה כמו שנחקרה עדותן בב"ד ולכן גם בשטר אם ראו העדות ביחד נפסלו לכל הדיעות כיון שחתמו ביחד וזה שהכשרנו בשטר כשחתמו ביחד היינו דווקא כשלא ראו העדות ביחד דאז כשירין לכל הדיעות ואף לדיעה שבסעי' ב' דבראייה בלבד נפסלו גם הכשירים אבל בהגדה בלבד בלא ראייה ביחד גם לדיעה זו כשר ואפילו כשהגידו יחד בע"פ לפני הב"ד ואפילו הגידו ביחד וראו ביחד ולא היתה כוונת הפסולים להעיד ג"כ כשר אפילו בהגדה בע"פ [ס"ך ס"ק י' כסר"י בירב ודלא כמהר"ס אלשק"ר] ולפ"ז אין שום חילוק בין שטר לעדות בע"פ [ס"ך ס"ק י"ב ונס"מ סי' מ"ס ס"ק כ"ג] אבל לדיעה ראשונה אף שראו ביחד וכוונת הפסולים היתה להעיד כיון שלא העידו ביחד לפני ב"ד אין הכשירים נפסלים אף שחתמו ביחד דהגדת השטר לא חשיבא הגדה לענין זה כמ"ש בסעי' ט' ויש מי שאומר דכל זמן שב"ד לא דנו בעסק השטר אין חתימתם כהגדת העדות אבל משדנו ב"ד על עסק שטר זה וודאי חשיבא כהגדה [ט"ז] ונראה לי עיקר כדיעה זו וגם דיעה ראשונה מודה בזה וכ"נ דעת רבינו הרמ"א והסברא נותנת כן דוודאי עדים החתומים על השטר הוה כנחקרה עדותן בב"ד אבל אין זה רק כשב"ד דנו ע"פ שטר זה אבל בלא זה הלא אין ב"ד עדיין על זה ואין בו תועלת וא"כ אם קודם שדנו הב"ד מבטלים כל העדות מפני הפסולים הלא הכשירים לא העידו עדיין בב"ד ויכולים להעיד לדיעה שנייה שבסעי' ד' ודע דלפי הדיעות שבארנו בזה כמו כן יתפרש הדין שבסי' מ"ה סעי' י"ח וסי' נ"א סעי' ד' :

יב שטר שחתום עליו בעל דבר בעצמו עם העדים אינו פוסל השטר אע"ג דהוא פסול לעדות זה מפני שבעל דבר אינו בגדר עד ולא שייך בו לומר שכוונתו היתה להעיד וכן בכל תקנת הקהל שחתמו בו פסולים כגון הנוגעים בדבר התקנה אינם פוסלים התקנה ולא מיבעיא לפי מה שיתבאר בסי' ל"ז דעכשיו נהגו לקבל עדים מהקהל עצמו על תקנתם והסכמתם ואף שאינו לפי עיקר הדין מ"מ כבר קבלו הציבור עליהם והוי כמו נאמן עלי אבא ואביך וקרוב שנתבאר בסי' כ"ב אלא אף לפי עיקר הדין נהי דהנוגע בדבר אינו ראוי לעדות מ"מ גם אינו פוסל את הכשרים כיון דהוא בע"ד וכמ"ש :

סימן לז [דין הפסולים מחמת שנוגעים בעדות זה ובו כ"ב סעיפים]:

א כל מי שהוא נוגע בדבר בהענין שהוא מעיד עליו עדותו פסולה ודבר זה השכל מחייבו דכיון שהוא נוגע בזה אפילו קצת נגיעה ואפילו בדרך רחוקה יכול להיות שלא יעיד האמת הברור ולכן פסול נוגע אינו כשארי פסולים שנתבארו דפסולים בין לזכות ובין לחובה ונוגע אינו פסול רק לזכות אבל לחובה יכול להעיד דכיון שהוא מעיד לחובתו שוב אינו נוגע בדבר [סמ"ע] וכן לא דמי נוגע לכל הפסולים דבעינן תחלתם וסופם בכשרות ונוגע אינו כן דאפילו אם מסתלק עצמו מנגיעתו בעת הגדת העדות מקבלים עדותו ויש חולקים בזה וס"ל דגם בנוגע בעינן תחלתו וסופו בכשרות כמ"ש בסי' ל"ג סעי' ט' ואחד מגדולי האחרונים כתב שהמוחזק יכול לומר קים לי כדיעה זו [ש"ך] [בתשובת מהר"מ מר"ב סי' תתקל"ט כתב בסוף מחלוקת רבותינו בתוס' וכוף הסכים עם היש חולקים ע"ש ובתמת תוס' ב"ב מ"ג. ד"ס וליסלקו מחולקים בזה עם תוס' נדס כ'. ד"ס ור"מ ע"ש]:

ב ונ"ל בטעם היש חולקין דאע"ג דלענין לדון מהני סילוק כמ"ש בס"ס ז' מ"מ לעניין עדות לא מהני והטעם דשם דיין אינו אלא כשישב בדין ולכן כשמסתלק מהנגיעה קודם ישיבתו בדין שוב אינו נוגע בדבר אבל העד שם עד עליו בשעת ראיית העדות ולכן לא מהני סילוקו אחר ראיית העדות אא"כ מסתלק עצמו קודם ראיית העדות ולכן יראה לי דלדיעה זו גם בדיין אם ישב בדין ונודע שהוא נוגע בדבר לא מהני סילוקו אח"כ שישב אח"כ בדין זה כיון שכבר נקרא שם דיין עליו ועוד נ"ל דדווקא בנוגע גמור בעינן לדיעה זו התחלתו וסופו בכשרות כגון שהוא שותף בעסק זה ופסול משום דהוה בעל דבר ואינו עד כלל אבל אם היה קצת נוגע כגון שמזה היה ביכולתו להשיג טובה או שקרובו היה שותף בעסק זה דיכול הוא או קרובו להסתלק גם אחר ראיית העדות קודם הגדה בב"ד דזהו וודאי דגם לדיעה זו פסול נגיעה אינו כשארי פסולים אלא דנוגע גמור שם בעל דבר עליו ולא שם עד [כנלע"ד]:

ג ענין הנגיעה תלוי בדעת הדיין ועוצם בינתו שיבין עיקר המשפט וידע דבר הגורם לדבר אחר ויעמיק לראות אם ימצא לזה העד צד הנאה בעדות זו אפילו בדרך רחוקה ונפלאה הרי זה לא יעיד בה וכן לא יהיה דיין בדבר אבל אם עתה אינו נוגע בדבר אע"פ שאם יתעשר יהנה בעדות זה כמו שיתבאר בסי' זה כשר להעיד כיון שעתה אינו נוגע בדבר ואין לחוש שמא יתעשר וגם הוא אינו מעלה על הדעת שיעיד שקר מפני זה ומשרת שבבית בעה"ב כשר להעיד לבעה"ב וכן שכירו ולקיטו דאפילו אם נחשבנו כאוהבו הא אוהב ושונא כשר לעדות ומ"מ יראה לי דאם הדיין מבין שמתיירא מפני הבעה"ב לומר כנגדו שלא כרצונו לא יקבל עדותו:

ד אע"פ שא"א לבאר כל פרטי נגיעות והנאות שיכול להיות בכל הדינים מ"מ נבאר איזו פרטים ומפרטים אלו ילמוד הדיין על כל הדברים כגון קרקע שהיתה של ראובן ושמעון שלקחוה בשותפות ובא אחד לערער על קרקע זו ולומר שהיא גזולה ביד מי שמכרה להם או שיש לו שט"ח באחריות על המוכר והשט"ח קדם להמכירה והביא המערער עידי הגזילה או עידי השטר ורוצה ראובן לפסול עידי המערער ויש עוד עד אחד עמו והנה זהו פשיטא שעל חלקו הוא בעל דבר ואינו נאמן דאינו בגדר עד אלא אפילו על חלק השותף ג"כ אינו נאמן דאם נאמין לו על חלק השותף ונעמיד חצי השדה ביד שותפו הרי יחזור ויחלוק עמו כיון דשותפים נינהו אא"כ חלקו השדה מכבר ואז מועיל עדותו להשותף ולא יהיה ביכולתו לומר אח"כ חלוקתינו היתה בטעות אחרי שחלקו נלקח כמו שיתבאר כעין זה בסי' קע"ה דכיון דבעצמו אומר שעידי שקר הם ורק על חלקו אינו נאמן אינו יכול לומר חלוקותינו היתה בטעות ונסתחפה שדהו ועוד דבשותף לאחר חלוקה י"א שאינו חוזר עליו [ע"ז] וכל זמן שלא חלקו הוי נוגע בדבר ואין תקנה שיתכשר עדותו אא"כ יסלק עצמו ממנה ויקנו ממנו בק"ס שנותן חלקו במתנה גמורה להשותף וזהו לדיעה ראשונה שבסעי' א' דלהיש חולקין לא מהני הסתלקותו עתה ואפילו לדיעה ראשונה יש ג"כ חששא דנוגע גם לאחר הסתלקותו דשמא יש עליו בע"ח ואין לו במה לשלם ורוצה שתשאר ביד השותף כדי שהבע"ח יגבנה בחובו ולא יהיה לוה רשע ולא ישלם וניחא ליה לעבור עבירה בסתר להעיד שקר משתהיה עבירה בגלוי שלא ישלם לפיכך צריך לקבל עליו אחריות שבאם בעל חובו יטרפנה מהשותף שיהיה חייב לו לשלם וא"כ לא ירויח כלום דישאר רשע כנגד השותף כשלא ישלם לו ובהאחריות צריך להתנות מפורש שאינו מקבל אחריות רק על טריפת בע"ח ולא על טענות אחרות כגון שיטרפוה בטענת גזלה וכיוצא בזה דאל"כ פשיטא שנוגע בדבר כשוה המערער יטרפנה כיון שקיבל עליו אחריות ולהיש חולקין אינו מועיל סילוק כמו שנתבאר:

ה וכל זה הוא כשהמערער מערער על כל השדה אבל אם אינו מערער רק על חלק השותף פשיטא שיכול להעיד לו כגון שהמערער טוען שהשותף מכר לו חלקו וכן שארי טענות כאלו כיון שהדבר אינו נוגע לו ושנחשדנו שטוב לו להיות שותף עם זה משיהיה שותף עם המערער ושבעבור זה יעיד שקר אין סברא לחשוד שום אדם בזה שבעד פנייה כזו יעיד שקר:

ו ארים לא יעיד לבעל השדה כשמערערים על השדה שהוא ארים בה אם יש בה פירות מפני שהוא נוגע בדבר

בדבר דכשתשאר ביד המערער לא יטול חלק כאריס אלא כיורד שלא ברשות שיתבאר בסי' שע"ה אבל אם אין בה פירות כשר להעיד ואי משום דאולי המערער לא יתרצה ליתנה לו באריסות הרי כמה שדות ימצא באריסות דאריסות מצויה היא ואין זה נוגע בדבר אא"כ נוטל אצלו יותר משארי אריסים דבזה הוי וודאי נוגע :

ז השוכר בית מחבירו ובא מערער על הבית והביא עדים שגזולה היא ביד המשכיר אם השוכר לא נתן עדיין השכירות מעיד להמשכיר דאין לו נ"מ אם ישלם להמשכיר או להמערער אבל אם כבר סילק השכירות להמשכיר אינו מעיד לו דרצונו להעמידה לפני המשכיר משום דאם תשאר ביד המערער יצטרך ליתן עוד שכירות להמערער והוא יצטרך לתבוע מהמשכיר מה שנתן לו ולא ניחא לי' לאינש לשלם עוד פעם לזה ולתבוע מזה ואם לקח המשכיר דמי השכירות והחזירן להשוכר כדי שיתנם למי שיזכה בדין הרי זה מעיד לו ויש מי שחולק בזה משום דחוששין שמא מפני הטובה שעשה לו המשכיר בהחזרת מעותיו ושלא יצטרך לשלם להמערער אם יזכה יטה עדותו לטובת המשכיר ורבינו הב"י בעצמו הביא גם דיעה זו בסי' ק"מ ע"ש ואע"ג דאין אדם נפסל לעדות מפני טובה שעשה לו דאינו אלא כאוהב כמ"ש בסעי' ג' לענין משרת מ"מ כשעשה לו טובה בענין זה עצמו יש לחשבו כנוגע בדבר אמנם כל זה הוא שהשוכר דר בו עתה או שיש עדים שהיה דר בה בזמן העבר או אפילו אין עדים רק המערער טוען ברי שהיה דר בו ותובע ממנו השכירות וממילא דהשוכר היה צריך שבועה להכחישו וכל עד שחייב שבועה אינו עד אבל אם אין עדים וגם המערער אינו טוען ברי שדר בה ואינו יודע אלא ע"פ השוכר שאמר שהיה דר בה כשר לעדות אפילו אם כבר שילם להמשכיר דהא נאמן במיגו דאי בעי הוה אמר שלא היה דר בה ונמצא שאינו נוגע בעדותו כלל :

ח ראובן שהיה חייב לשמעון מעות ויצא עירעור על נכסי ראובן אם לא נשארו נכסים נקיים ביד ראובן כנגד חובו של שמעון אין שמעון מעיד לו דהוא נוגע גמור כדי שיהיה לו ממה לגבות חובו אבל אם נשאר עדיין ביד ראובן כנגד חובו של שמעון נכסים שאין עליהם עירעור מעיד לו שמעון דאינו נוגע בדבר ואפילו אם הנכסים הנקיים הם זיבורית והנכסים שעליהם העירעור הם בינונית לא חשדינן לי' שישקר בשביל ההפרש שיש בין בינונית לזיבורית ואם יש על ראובן עוד חובות אינו מעיד לו אא"כ נשארו נכסים נקיים נגד כל החובות אבל אם אין ידוע שיש עליו עוד חובות לא חיישינן שמא יש עליו עוד חובות שאינם ידועים לנו דאם נחשוש לחששות כאלה אין לדבר סוף וכן דין הערב כדין המלוה וי"א דערב קבלן אינו מעיד להלוה בכל ענין אף כשיש להלוה עוד נכסים נקיים כנגד החוב והטעם דכיון דבקבלן יכול המלוה לגבות ממי שירצה כמ"ש בסי' קכ"ט ניחא לי' להערב שישארו הרבה נכסים ביד הלוה ולא ירד המלוה לנכסי הקבלן כיון שיכול לגבות בהרווחה מהלוה אבל אם לא יהיה לו הרבה נכסים יהיה רצון המלוה לירד לנכסי הערב קבלן ואח"כ יצטרך הע"ק לגבות מהלוה ולא ניחא ליה לאינש למיקם בדינא ודיינא ונחשב כנוגע בדבר :

ט ראובן מכר שדה לשמעון בניסן ואח"כ מכר שדה אחרת ללוי באייר ויצא עירעור על שדה לוי שגזולה היא ביד המוכר או שבעל חוב דראובן הקודם להמכירה רוצה לגבותה מיד לוי אינו יכול שמעון להעיד על שדה לוי להעמידה בידו אא"כ נשאר שדה אחרת ביד ראובן המוכר או שדה אחרת ביד לוי שקנה אותה ג"כ מראובן ושתהיה כדי דמי השדה של שמעון כדי שאם אולי תצא עירעור על שדה שמעון יהיה לו ממה לגבות דאל"כ נחשב לנוגע בעדות דרצונו שתשאר השדה ביד לוי כדי שיהיה לו ממה לגבות אם תצא עירעור על שדהו אבל כשנשארה שדה אחרת כמותה לא חייש שמא חייב עוד וכמ"ש בסעי' הקודם וכן אם יצא עירעור על שדה שמעון שגזולה היתה ביד ראובן אין לוי מעיד עליה להעמידה ביד שמעון אא"כ נשאר ביד ראובן כפי שוויו של שדהו דאל"כ הרי הראשון יטרוף ממנו ואין לך נוגע גדול מזה :

י ראובן שמכר שדה לשמעון שלא באחריות ובא אחד לערער על השדה שגזולה היא שראובן קנאה מגזלן אע"פ שאין ראובן צריך לשלם לשמעון כשיטרפוה ממנו כיון שלא קיבל עליו אחריות מ"מ אין ראובן יכול להעיד עליה ולהעמידה ביד שמעון דחיישינן שראובן רוצה להעמידה בפני בעל חובו שלוה ממנו בשטר קודם שמכרה לשמעון ואין רצונו להיות לוה רשע ולא ישלם אבל נגד שמעון לא יהיה רשע כיון שמכרה לו שלא באחריות ואפילו נשאר ביד ראובן שדה אחרת כפי שווייה של שדה שמעון מ"מ אינו מעיד לו דאולי יודע בעצמו שיש לו עוד חובות עליו ואע"פ שכתבנו דאין לנו לחוש לחובות אחרים זהו שאחרים אין חוששין לזה אבל הוא בעצמו יודע האמת שחייב גם לאחרים וכל זה הוא דווקא כשבא המערער לערער מצד ראובן המוכר אבל אם בא לערער מצד שמעון הלוקח כגון שאומר ששמעון חייב לו אז יכול המוכר להעמידה בידו ע"פ עדותו דאין לו שום נ"מ אם תשאר ביד הלוקח או ביד בעל חובו של הלוקח דאם רצונו להעמידה לפני בעל חובו יוכל בעל חובו לגבות גם מבעל חובו של הלוקח דאין להבע"ח יותר כח מהלוקח עצמו :

יא ודין זה שנתבאר אינו אלא בקרקע ולא במטלטלין כגון ראובן שמכר פרה או טלית לשמעון שלא באחריות ובא יהודה לערער להוציא מיד שמעון בטענה שקנוי' היא מגזלן יכול ראובן להעיד לו דאינו יכול להעמידה לפני בעל חובו דאין בע"ח גובה ממטלטלין

שמכר

שמכר הלוה ואפילו כשעשאן אפותיקי כמ"ש בסי' קי"ז ואפילו שיעבד לו מטלטלי אג"ק אינו טורף בזמה"ז ממטלטלין שמכר מפני תקנת השוק כמ"ש בסי' ס' וזהו דווקא כשטוען שראובן קנאה מגזלן אבל אם טוען שראובן בעצמו גזלה ממנו אין יכול ראובן להעיד עליה אם הוא באופן שהמערער צריך ליתן להלוקח מעותיו מפני תקנת השוק כמ"ש בסי' שנ"ו דבכה"ג ראובן נוגע בדבר דהא המערער יחזור ויתבע מראובן מה שנתן לשמעון אבל כשטוען שראובן קנאה מגזלן אין ראובן נוגע בדבר דהרי המערער לא יחזור על ראובן שהרי הוא בעצמו קנאה ונתן דמים להגזלן לפי דברי המערער עצמו :

יב והנגזל בעצמו אינו מעיד להגזלן אפילו במטלטלין כגון ראובן שגזל שדה או טלית משמעון ובא יהודה לערער על ראובן ולומר ששדה זו או טלית זה שלו הוא אין שמעון יכול להעיד ששדה זו או טלית זה אינו של יהודה ואע"ג דביכולתו להוציא מיהודה בראיות אלו שיוציא מראובן מ"מ חשדינן לי' שרצונו להעמידן ביד ראובן דאולי נוח לו יותר להוציא מראובן משיוציא מיד יהודה מפני שיהודה אלם יותר מראובן ועוד יכול להיות דמיהודה לא יהיה ביכולתו באמת להוציא מדינא כגון שיש גם ליהודה עדים ששלו היא וה"ל תרי ותרי ואין מוציאין מהמוחזק [סמ"ע] :

יג ואם מכר הגזלן לאיש אחר בזה יש חילוק בין קרקע למטלטלין דבקרקע כשמכרה או הורישה ללוי ובא יהודה לערער על לוי אין שמעון מעיד שאינה של יהודה אפילו אם נתייאש ממנה דבקרקע ליכא יאוש ושינוי רשות כמ"ש בסי' שע"א אבל במטלטלין כשמכרם ללוי ושמעון נתייאש ממנה ובא יהודה לערער על לוי אם מת ראובן הגזלן יכול שמעון להעיד שאינה של יהודה שהרי אינם חוזרים לו לעולם שכבר קנאם הלוקח ביאוש ושינוי רשות והגזלן מת ואין לו ממי לגבות אבל כשהגזלן קיים אינו מעיד מפני שטוב לו שלא תשאר ביד יהודה כדי שיביא ראיה שראובן גזלה ממנו וישלם לו הדמים דנהי דהלוקח קנאם ביאוש ושינוי רשות מ"מ הגזלן צריך לשלם דמי שויים וכן אף כשמת הגזלן אך לא מכרם ונשארו ביד יורשיו ג"כ אין שמעון מעיד מפני שטוב לו שישארו ביד יורשי הגזלן ויחזרו לו דרשות יורש לאו כרשות לוקח דמי ולא מקרי שינוי רשות וכן אם נשארו קרקעות מהגזלן אזי אף אם מכרן לא יעיד דהיורשים צריכים לשלם מנכסיו כמ"ש בסי' שס"א וכן בזמן הזה שתקנו הגאונים דבע"ח גובה אפילו ממטלטלי דיתמי כמ"ש בסי' ק"ז אפילו אם רק נשאר מטלטלין מהגזלן לא יעיד הנגזל אא"כ לא נשאר כלום ממנו דכשנשאר דבר מה חייבים היורשים לשלם ונמצא שהוא נוגע בעדות דכשתשאר ביד המערער איגלאי מילתא שאינה של הנגזל ולמה ישלמו לו הגזלן או יורשיו :

יד בכל הדברים שנתבאר אינו פסול להעיד רק כשמעיד שאינו של יהודה המערער ולכן הוה נוגע בדבר דאח"כ יוציאנה מיד ראובן אבל כשמעיד שהיא של ראובן כשר בכל ענין להעיד דעתה אינו נוגע בדבר כיון שהודה בעצמו שהיא של ראובן שוב אינו יכול לערער עליו ולומר שהיא שלו ונמצא שאינו נוגע בעדות . והנה כתבנו איזה פרטים בדין נוגע ומכל אלה יבין הדיין ללמוד דבר מדבר ולהבין גדר נוגע בעדות :

טו וזה שבארנו בסעי' ג' שכל היכי שעתה אינו נוגע אע"פ שאם יתעשר יהנה בעדותו לא חשדינן ליה שישקר זהו דווקא שלע"ע העדות הוא לאחרים ואף גם זאת רחוק דין זה מהמציאות כיון שתמיד אנחנו חושדים אותו שמא מעמידה בפני בעל חובו ומתי אינו יכול להיות חשד זה ועכ"ז במציאות רחוקה יכול להיות כגון ראובן שהיה עליו שני בעלי חובות שמעון ולוי שלכל אחד מהם מגיע ממנו אלף זוז ולא היתה לראובן רק שדה אחת ששוה אלף זוז ונתנה מרצונו לשמעון ובא לוי להוציא משמעון בטענה שחובו קדם לחובו של שמעון יכול ראובן להעיד על זה איזה חוב מוקדם דאין לו שום נ"מ בזה דאם כה ואם כה ישאר לאחד לוה רשע ולא ישלם והגם שקצת נוגע הוא בעדותו שאם תשאר ביד שמעון אזי אף אם יתעשר ויהיה לו מעות לא יהיה ביכולתה לפדותה משמעון כיון שמרצונו נתן לו השדה בחובו אבל אם יגבנה לוי אזי כשיתעשר יפדנה מלוי דשומא הדרא כמ"ש בסי' ק"ג עכ"ז כיון דפנייתו הוא כשיתעשר לא חשדינן לי' שישקר מפני זה [תו"ת] ואף גם זאת אינו אלא שלע"ע אינו בעל דבר בשדה זו כגון שכבר השדה היא ביד שמעון אבל כשהשדה עדיין בידו ובאו שני הבע"ח וכל אחד טוען שהוא מוקדם פשיטא שאין ראובן בגדר עדות כלל אף שאין לו נ"מ גם כשיתעשר מפני שגובים בע"כ ומשניהם תיהדר כשיהיה לו מעות כיון שעתה הוא בעל דבר ואין לך קרוב יותר מבעל דבר עצמו שפסול מפני גזירת התורה בין לזכות ובין לחובה משא"כ כשאינו עתה בעל דבר אלא דפסולו מצד נגיעה ולא מצד קריבות אלא דחשדינן לי' שישקר וכמ"ש [נה"מ] :

טז אחר שהעידו העדים אין נאמנים אח"כ לומר שיש להם חלק בעסק זה או ענין אחר שנוגעים בזה ותפסול עדותן שכיון שהגידו העדים עדותן שוב אין ביכולתן לומר שנוגעים בדבר אא"כ אמרו כן קודם שהעידו עדותן או אפילו אחרי הגדת עדותן אך אחרים יעידו עליהם ולא הם עצמם :

יז אין הבעל דבר יכול לפסול עדים אף שנראה שאינו נוגע בדבר כגון שיש שתי כיתי עדים ואף אם אלו יפסולו הרי יש עוד כת אחת ומ"מ אינו נאמן להעיד משום דאולי יפסולו הכת האחרת או שלא יעידו ולכן אם נתקבלה עדותן בהכשר אזי ביכולת הבעל דבר להעיד על הכת האחרת דעכשיו אינו נוגע בעדות כלל [כנלע"ד ובאחרונים יש שדברו בזה ע"ש] :

ראובן,

יח ראובן תבע לשנים שהלוה להם מנה וכפר אחד והשני הודה שהוא וחבירו חייבים אם אותו ממון לקחו בשותפות לפי דבריהם אינו נאמן על חבירו דנוגע בעדות הוא ורצונו שחבירו יפרע חצי החוב ולכן מתחייב הוא לבדו בכל החוב שהרי נעשים ערבים זל"ז כמ"ש בסי' ע"ז ואע"ג דכל היכי שאין הלוה מחוייב לשלם גם הערב פטור כמ"ש בס"ם מ"ט לענין שני יוסף בן שמעון זהו דכשהערב בעצמו אינו יודע אם מגיע מזה או מזה [קלס"ח וכ"מ מבכורות מ"ח] וכן מהלוה ג"כ יכול להיות שנעלם האמת שם אבל כשהערב יודע שמגיע מהלוה אלא שהלוה כופר וודאי דהערב חייב וכן פסק רבינו הרמ"א בסי' קכ"ט סעי' ח' ע"ש ואם התחייבו בהמנה כל אחד לעצמו בחמשים אפילו כשהם בשטר אחד כיון שכתבו מפורש שכל אחד נתחייב לעצמו עדותו כשירה לחבירו בין לזכות בין לחובה ולא חיישינן לגומלים שזה מעיד לזכותו של זה כדי שאח"כ יעיד השני לזכותו של המעיד עתה דאין לנו לחוש לזה ואפילו אם בחלק מהחוב הם שותפים ובמותר אינם שותפים יכול להעיד לו על המותר וכן שני שותפים שהם שותפים בכמה עסקים יכול להעיד לשותפו בדבר שהעדות אינו נוגע לו ואם טען אחד מהשותפים דבר שהוא חובה לו ולחבירו נאמן כעד אחד לחייב שבועה או לפטור משבועה את שכנגדם כיון שבזה אינו נוגע ואם הם שלשה יכולים השנים שהעידו חובתם לחייב את השלישי שישלם ממון כיון שלהם אין נ"מ בעדות זו ודברים אלו צריך הדיין להבין ועיי' בסי' ע"ז:

יט המוכר שט"ח לאחד מהחתומים בו לעדות שפיר דמי ואינו כנוגע בדבר ולכתחלה ימנע בעל נפש עצמו מזה ויתבאר בסי' ס"ו ואם המורשה וקרוביו יכולים להעיד יתבאר בסי' קכ"ג ודיינים או פשרנים או אפטרופסים כשירים להעיד כמ"ש בסי' כ"ב ויתבאר בסי' מ"ו ובסי' ר"ץ ודווקא אפטרופס שאינו נושא ונותן בנכסי יתומים רק שמינוהו לשמור או לטעון בעדם [כס"מ בסי' ק"ח וכ"מ מתשו' מהר"מ מר"ב סי' תג"ט]:

כ הגיזברים על הצדקות כל זמן שאין להם ולא לקרוביהם שום זכות בנכסי הצדקה ולא בהפירות כשירים להעיד וכן גזברי הקדש וכ"ש שקרוביהם כשירים להעיד ואפילו כשיש להגזברים טובת הנאה בזה שמחלקים הממון למי שירצו עכ"ז כשירים הקרובים להעיד למאן דס"ל טובת הנאה אינה ממון כמ"ש בסי' ש"נ ע"ש ומ"מ הגיזבר עצמו פסול דהא עכ"פ יש לו הנאה מזה והוה קצת כנוגע בדבר [ס"ך ותו"ת] אך הקרובים אין נפסלים מפני טובת הנאתו [תו"ת] אבל כשיש ביד הגיזבר לחלק לקרוביו כמה שירצה פסול הוא וקרוביו דאין זה טובת הנאה בלבד אלא ממון ממש [ס"ך] אבל כשאין בידו לחלק כמה שירצה אע"פ שקרוביו מקבלים מקופת הצדקה כיון שאין מקבלים רק כשארי עניים אינם נפסלים מפני זה לא הוא ולא הקרובים אבל העניים המקבלים עצמם פסולים לעדות דהם נוגעים ממש בזה דכשיהיה יותר בקופת הצדקה יתנו להם יותר אם לא שיש להם תמיד דבר קצוב שאפילו אין מעות בהקופה נותנים להם קצבתם ואף אם יהיה הרבה אין נותנים להם יותר דאז אינם נוגעים בדבר וכשירים לעדות [ככ"ל]:

כא בני העיר שבא מערער לערער על דבר השייך להעיר כמו מרחץ וכיוצא בזה כל בני העיר פסולים לעדים ולדיינים דכולם נוגעים בדבר אם לא שיסתלקו מהם יחידים בסילוק גמור בקנין שלא יהיה להם חלק בתשמיש זה וגם זהו דווקא כשיש להם תשמיש אחר כזה בעירם כגון מרחץ אחר וכיוצא בזה בשארי דברים דאל"כ א"א להם להסתלק כלל וכן כשנגנב להם ס"ת או ספרים או שארי חפיצים אין מעידין ואין דנין אם לא שמסתלקים מס"ת זו ומספרים וחפיצים אלו סילוק גמור בקנין ושיש להם ס"ת אחרת וספרים וחפיצים אחרים כאלו וכן הדין כשיצא עירעור על בהכ"נ ובהמ"ד שבעיר צריכים המתפללים בשם להסתלק מבהכ"נ זה או מבהמ"ד זה בסילוק גמור בקנין ושיהיה שמה בעיר בהכ"נ או בהמ"ד אחר וכן מי שמת והניח מנה לעניי עירו ויצא עירעור על זה אין דנין בדייני העיר ואין מביאין עדים מאנשי אותה העיר בד"א כשהיו העניים סמוכים עליהם לזונם ולפרנסם ותמיד פוסקים עליהם צדקה אזי כל העיר נוגעים בדבר ואפילו אם יאמרו יחידים אנחנו ניתן קצבה שלנו ותכשר אין שומעין להם דעכ"פ יש להם הנאה כשיש הרווחה בקופה של צדקה והוי כנוגעים בדבר כיון שהעניים סמוכים עליהם אבל כשהעניים אינם סמוכים עליהם דהיינו שאין נותנים להם תדיר בקביעות רשאים להעיד דאינם נוגעים בדבר:

כב וכל זה מדינא אבל עכשיו המנהג בכל תפוצות ישראל שמקבלים עדים מהקהל על תקנתם והסכמתם ועל ההקדישות ועל הצדקות ועל כל ענייני העיר וכשירים אפילו לקרוביהם כיון שהמנהג כן והוה כקבלו עליהם וכמ"ש בסי' ז' לענין מסים ודע דכל שאינו מדינא אלא ממנהג לא אמרינן בי' תרי כמאה כבעדות אלא אזלינן בתר רוב דיעות וכן הוא בכל דבר שאין אנו צריכין עדות ממש וכן לא אמרינן בעניינים אלו לא ראינו אינה ראיה כלעדות אלא הוי ראיה כיון דתלוי במנהג א"כ כשלא ראו מסתמא אינו כן וכן דנין בחזקת ישוב וכדומה לזה משארי צרכי העיר אפילו ע"פ עד מפי עד מפי הקבלה דהא בלא"ה כולם נוגעים בדבר ואין דנין כן אלא מצד המנהג ואין לדקדק בעדות כזו כיון דכך נהגו ועיי' בסי' קנ"ו וקס"ג מדינים אלו ועכ"ז צריכים לקבל העדות בפני בעל דין דאטו באומר נאמן עלי פסול יהא מותר לקבל עדותו שלא בפני בע"ד והרי לא קבלו לענין זה [סע"מ] אם לא שהראשים מבינים שכשיצטרך להעיד בפני בע"ד לא יצא הענין לאור ואז

יש להם רשות לקבל שלא בפני בע"ד [ככ"ל] וטובי הקהל שממונים לעסוק בצרכי רבים או של יחידים הרי הם כדיינים ואסורים להושיב ביניהם מי שפסול לדון מפני רשעתו וכן, אין מקבלים רשעים לעדות דאע"פ שנהגו לקבל פסולים היינו פסולים מחמת קריבות ומחמת נגיעה אבל רשעים בוודאי לא קבלו עליהם מעולם דפשיטא שאין ממש בעדותן ובדינם כיון שאין יראת ד' על פניהם ולכן פסולים בכל ענייני העיר [ככ"ל] ולענין משרתים ושכירים כבר כתבנו דמדינא אינם פסולים להבע"ב שלהם אם לא שהדיין מבין שמתייראים להגיד נגדם וכן במה שנתבאר שנהגו לדון כל צרכי העיר כבני העיר הן לדין הן לעדות מ"מ אם הדיינים רואים שאם ידונו ע"פ בני העיר יצא הענין מקולקל הרשות בידם לצוות שיביאו דיינים מעיר אחרת וכן עדים ואף שהוא נגד המנהג דהמנהג לא נעשה רק לתיקון ולא לקילקול וכלל גדול בעניינים אלו שתהא כוונתם לשמים ואז יעזרם ד' לעשות הטוב והישר ובדרך שאדם הולך בה מוליכין אותו :

סימן לח [דיני עדים זוממין וכל דיני הזמה ובו כ"ו סעיפים] :

א שני עדים שהעידו באחד שהרג את הנפש או שחייב לפלוני מנה ובאו שנים והכחישום דברי שני הכתות בטילין והוא והם פטורים אבל אם באו אחרים והזימום גזרה התורה שהאחרונים נאמנים ועדות הראשונים בטלה ולא עוד אלא שהם חייבים זה החיוב שרצו לחייב אותו שהעידו עליו כדכתיב ועשיתם לו כאשר זמם לעשות לאחיו ואם באו לחייבו מיתה ממיתין אותם ואם באו לחייבו מלקות מלקין אותם ואם באו לחייבו ממון משלמין הממון בין שניהם וא"א לומר שכל אחד ישלם כל הממון כמו במיתה ומלקות שכל אחד סובל כל העונש שרצו לחייבו דגבי ממון א"א לומר לשלם לו יותר מאשר היה חייב ע"פ עדותם ולכן משלמין בין שניהם ואין לוקין דכלל הוא בתורה שאין עונשין שני עונשין על עבירה אחת דכתיב והכהו לפניו כדי רשעתו ובאה הקבלה דמשום רשעה אחת אתה מחייבו ואי אתה מחייבו משום שתי רשעיות לפיכך משלמין ואין לוקין משום לאו דלא תענה והתורה גילתה בעדים זוממים בחיוב ממון לתשלומין דכתיב יד ביד ודרשינן דבר הניתן מיד ליד ואמרו רז"ל דבכל הדברים מקיימים כאשר זמם לבד בארבעה דברים דעונשים אותם במלקות ולא בכאשר זמם כשהעידו על כהן שהוא חלל אין נעשים חללים כשהוזמו וכשהעידו על אחד שהרג בשוגג וחייב גלות והוזמו אין גולין תחתיו לערי מקלט וכשהעידו על שורו שהרג אדם וחייב לשלם כופר אין משלמין כופר כשהוזמו וכשהעידו שגנב ואין לו במה לשלם דנמכר בגניבתו אין נמכרים כשהוזמו וכולהו דרשו חז"ל מקראי בריש מכות דחללים לא שייך שיהיו דא"כ ישארו גם בניהם שיולידו חללים וכתיב ועשיתם לו ולא לזרעו ובחייבי גלות כתיב הוא ינום אל אחת הערים וגו' ודרשינן הוא ולא זוממיו וכופר א"א להם לשלם דכופר הוי כפרה על הנפש הנהרג והם לאו בני כפרה נינהו ששורם לא הרג אדם ובנמכר בגניבה כתיב ונמכר בגניבתו ודרשינן ולא בזוממו ע"ש :

ב ואע"פ שאין דנין דין עדים זוממים בזמה"ז מפני שזהו קנס ובזמה"ז אין דנין דיני קנסות כמ"ש בס' א' מ"מ יש נ"מ לדינא גם בזמה"ז דבהזמה אם תפס הבע"ד מהעדים המוזמים כפי מה שזממו לו לא מפקינן מיניה כבכל הקנסות כמ"ש שם ובהכחשה אם תפס מפקינן מיניה [סמ"ע] וכן יש נ"מ כשכבר שילם לבע"ד ע"פ עדים הראשונים וא"א להחזיר הדין כגון שהוא אלם או הלך למדה"י או שאין לו במה לשלם בהזמה חייבים העדים לשלם ובהכחשה אין חייבים דשמא אתם האמת אבל בהזמה הרי התורה האמינה להאחרונים [ס"ך] :

ג וההפרש בין הכחשה להזמה כתב הטור דהכחשה אינו בגוף העדים אלא שמכחישין אותם שאלו אומרים פלוני לוה מפלוני ואלו אומרים שלא לוה כי היינו אצלו כל היום וראינו שלא לוה והזמה בגוף העדים שאומרים באותה שעה שאתם אומרים שלוה הייתם עמנו ומפני זה האחרונים נאמנים כיון שמעידין על גופן של העדים והוי כאלו העידו עליהם שהרגו הנפש או שחללו שבת והם אינם נאמנים על עצמם לומר לא עשינו כך וכך עכ"ל ואין כוונתו דזהו טעם מספיק על מה שנתנה התורה נאמנות להמוזמים דהרי בכל הש"ס אמרינן דהזמה חידוש הוא מאי חזית דסמכת אהני סמוך אהני והיא גזירת התורה דבאמת אין זה דמיון להעידו שהרגו את הנפש או חללו שבת דזהו במה שהעידו יש עבירה אבל בעמנו הייתם אין כאן עבירה כלל אם לא תצרף לומר כיון שעמנו הייתם בע"כ לא ראיתם שזה לוה מזה באותו זמן ועיקר העבירה היא במה שמכחישים אותם על ההלואה והדר ה"ל הכחשה אלא דזהו גזירת התורה דכשמכחישים את גוף העדים יהיה דינם כמעידים על גופם שהרגו או חללו שבת והטור מבאר לדעת עיקר ההפרש בין הכחשה והזמה והאמינתן התורה בכה"ג כשמעידים על גוף העדים כמו שמעידים על גופם שחללו שבת אבל אין הטעם מספיק אלא גזירה היא [כנלע"ד ול"ש מס ספקסו עליו ועיי' בלח"מ פי"ח מנעדות] :

ד והרמב"ם ז"ל פי"ח מעדות כתב ומה בין הכחשה להזמה הכחשה בעדות עצמה זאת אומרת היה הדבר הזה וזאת אומרת לא היה הדבר הזה או יבא מכלל דבריהם שלא היה וההזמה בעדים עצמן ואלו העדים שהזימום אינם יודעים אם נהיה הדבר או לא היה כיצד עדים שבאו ואמרו ראינו זה שהרג את הנפש

או לוה מנה לפלוני ביום פלוני במקום פלוני ואחר שהעידו ונבדקו באו שנים אחרים ואמרו ביום זה ובמקום זה היינו עמכם ועם אלו כל היום ולהד"ם לא זה הרג את זה ולא זה הלוה את זה הרי זו הכחשה וכן אם אמרו להם היאך אתם מעידים כך וזה ההורג או הנהרג או הלוה או המלוה היה עמנו ביום זה במדינה אחרת הרי זו עדות מוכחשת שזה כמו שאמר לא הרג זא"ז ולא זה הלוה את זה שהרי עמנו היה ולא נהיה דבר זה וכן כל כיוצא בדברים אלו אבל אם אמרו להם אנו אין אנו יודעים אם זה הרג זה ביום זה בירושלים כמו שאתם אומרים או לא הרגו ואנו מעידים שאתם עצמיכם הייתם עמנו ביום זה בבבל הרי אלו זוממין ונהרגין או משלמין הואיל והעדים שהזימום לא השגיחו על עצמם של עדות כלל אם אמת היה או שקר וזו שהאמינה תורה עדות האחרונים על עדות הראשונים גזה"כ הוא אפילו היו העדים הראשונים מאה ובאו שנים והזימום ואמרו להם אנו מעידים שאתם המאה כולכם עמנו הייתם ביום פלוני במקום פלוני הרי אלו נענשין על פיהם שהשנים כמאה ומאה כשנים וכן בשתי כיתי עדים המכחישות זא"ז אין הולכין אחר הרוב אלא דוחין את שתיהן עכ"ל הרמב"ם ז"ל ומשמע לכאורה מדבריו דבהזמה דעמנו הייתם אם גם מכחישים המעשה לא הוי הזמה ולכן יש מי שכתבו דהטור חולק בזה דלטעם הטור כיון שמעידים על גוף העדים מה לנו אם גם מכחישים המעשה [תוי"ט מכות פ"א] ורבים התפלאו בזה על סברתו של הרמב"ם דאיזה קילקיל הוא להזמה אם גם מכחישים המעשה [לח"מ פס] והקשו עליו מהא דקיי"ל פלוני רבעני היא ואחר מצטרפין להורגו כמ"ש פי"ב מעדות ונתבאר בסי' ל"ד והא הו"ל עדות שאי אתה יכול להזימה דכשיזימום בע"כ יכחישו גם גוף המעשה כיון דהעד הוא בעל מעשה זו וכל עדות שאי אתה יכול להזימה אינה עדות בר"נ [תוי"ט בפס רח"י] וע"ק משנים שהעידו על אחד שסימא עין עבדו והפיל שנו ובאו שנים והזימום והפכו הדבר שהפיל שנו וסימא עינו ויש בזה דין הזמה כמ"ש הרמב"ם עצמו בפכ"א ויתבאר בסעי' י"ט והרי בזה יודעים גם מגוף המעשה וע"ק ממה דקיי"ל דאם העידו שנים שבאחד בשבת הרג ראובן את הנפש ובאו שנים ואמרו באחד בשבת עמנו הייתם ובשני בשבת הרגו דהוי הזמה ופסקה הרמב"ם בפי"ט ויתבאר בסעי' י' והרי יודעים גם מגוף המעשה וע"ק מאין יצא לו להרמב"ם סברא זו :

ה ולענ"ד נראה ברור דכוונת הרמב"ם הוא כדברי הטור ואינו מברר רק ההפרש בין הכחשה להזמה דאע"ג דגם הזמה בע"כ הוא דהיוצא מעדותם הוי לענין הכחשה דאל"כ איזו נ"מ הוא בין היו הערים עמם עם הזוממים או לא ואינו דומה להעידו עליהם שחללו שבת שיש בגוף העדות עבירה אבל בעמנו הייתם אין כאן עבירה אם לא תצרף כיון שעמנו הייתם בע"כ זה שהעדתם שזה לוה מזה שקר הוא והדר הו"ל הכחשה אלא שגזירת התורה היא כשאין מעידים רק על גוף העדים נאמנים כמו שהעידו שחללו שבת וכמ"ש בסעי' ג' לפ"ז עיקר הדבר תלוי בכוונת העדים האחרונים אם כוונתם בעדות זה להכחיש גוף המעשה כגון שמזכירים בעדותם הכחשת גוף המעשה או אפילו אין מזכירים אלא שמכלל דבריהם בא הכחשת גוף המעשה כגון שמעידים על הלוה או המלוה שעמם היה ובע"כ כוונתם להכחיש גוף המעשה דאל"כ איזו נ"מ יש בין היה עמם או לא היה עמם ולכן הוי הכחשה אבל בעמנו הייתם דעדים אע"ג דגם זה בע"כ היוצא מזה להכחיש גוף המעשה דאל"כ איזו נ"מ יש בזה מ"מ גזרת התורה כן וכמ"ש ולפ"ז מאין אנו יודעים אם כוונתם להכחיש גוף המעשה באו בעדות זו אם לאו יש בזה בחינה והנה לא מיבעיא כשבאמת יודעים מגוף הכחשת המעשה ובעדותם אינם מזכירים זה כלל פשיטא שעיקר כוונתם על הכחשת גוף העדים ולא על הכחשת גוף המעשה דאל"כ היו מזכירים גם הכחשת גוף המעשה כיון שיודעים מזה וכן אם אפילו מזכירים גוף המעשה אלא שמזכירים זה כעדות אחרת כמו הך דסעי' י' כשאומרים באחד בשבת עמנו הייתם ומוסיפין עוד דבשני בשבת הרגו דאם עיקר כוונתם להכחיש גוף המעשה מיום א' ליום ב' היה להם להעיד לא ביום א' הרגו אלא ביום ב' ומה להם להעיד עמנו הייתם אלא וודאי עיקר כוונתם הוא ההזמה וכן בהך דסעי' י"ט וכ"ש בהך דפלוני רבעני דבע"כ כשאומרים עמנו הייתם מכחישים גוף המעשה והיה להם להעיד כן שקר עדותכם כי הלא עמנו הייתם ואיך אמרת שרבעך אלא כיון שיודעים ואין מזכירים פשיטא שעיקר כוונתם להזמה אלא אפילו אינם יודעים מהכחשת גוף המעשה די"ל דעיקר כוונתם בההזמה להכחיש גוף המעשה דאל"כ איזו נ"מ יש בין היו עמהם או לא כמ"ש מ"מ גזרה התורה כיון שאין מזכירים גוף הכחשת המעשה הוי הזמה וזהו שכתב הרמב"ם ז"ל הכחשה הוי בעדות עצמה כשמזכירים ההכחשה או אפילו אין מזכירים אלא שבע"כ כוונתם לזה שזהו בא מכלל דברי עדותן דאל"כ אין שום פירוש לזה כגון שאומרים הלוה או המלוה עמנו היה ואיזו נ"מ הוא אם לא שכוונתם להכחיש גוף המעשה והזמה הוא כשכל עיקר כוונתם בעדים עצמן אע"ג דהיוצא מזה הוי הכחשה כמ"ש דאיזו נ"מ יש בזה מ"מ גזרה התורה כן ולכן אם אינם יודעים כלל אם נהיה הדבר אם לאו אע"פ שאפשר כוונתם לזה מ"מ כיון שאין מזכירים זה וכ"ש כשאומרים בפירוש אין אנו יודעים מזה אם הרגו אם לאו וזה שכתב אבל אם אמרו להם אין אנו יודעים אם זה הרג זה וכו' אין כוונת הרמב"ם שיאמרו זה בפירוש אלא כוונתו לידע ברור שאין כוונתם בעדות זה להכחיש גוף המעשה וכמו שמסיים הואיל שלא השגיחו על עצמם של עדות כלל וא"כ כשלא הזכירו הרי לא השגיחו בזה אלא משום דבהכחשה אמר מקודם

מקודם שהזכירו ההכחשה מפורש אומר בהזמה להיפך שהזכירו מפורש שאין משגיחים בהכחשת גוף העדות אבל העיקר בגילוי כוונת עדותם תליא מילתא וא"כ כ"ש כשירעו מהמעשה ולא הזכירוה פשיטא שהיא עיקר ההזמה ובכל המקומות בש"ס בדין הזמה לא הוזכר בשום מקום שיאמרו בפירוש אין אנו יודעים מהמעשה אלא דממילא שמעת מינה כיון שאין מזכירין זה ממילא ד'לא חששו לה וכן כשמזכירים את גוף המעשה מן הצד כמו בשן ועין של עבד ושלא הרג ביום א' אלא ביום ב' כמו שבארנו וכל דינים אלו מבואר להדיא ממשנה דמכות [ה.] דתנן אין העדים נעשים זוממין עד שיזימו א"ע כיצד אמרו מעידין אנו באיש פלוני שהרג את הנפש אמרו להם היאך אתם מעידים שהרי נהרג זה או ההורג זה היה עמנו אותו היום במקום פלוני אין אלו זוממים אבל אמרו להם היאך אתם מעידים שהרי אתם הייתם עמנו אותו היום במקום פלוני הרי אלו זוממין וכו' וקשה דיוקא דרישא לדיוקא דסיפא דברישא משמע דווקא כשהזכירו ההכחשה לבד אין זה הזמה אבל כשהזכירו שניהם ההכחשה וההזמה הוי הזמה ובסיפא משמע דדווקא כשהזכירו ההזמה לבד הוי הזמה אבל כשהזכירו שני הדברים לא הוי הזמה וכה"ג דייק הש"ס בכ"מ ועוד דלמה לא תני ברישא עיקרא דהכחשה שלא הרגו ולמה לו לצייר בעמנו היה ההורג או הנהרג אמנם לפי מה שבארנו א"ש דאין שום חילוק בין שמזכירים אחת מהם או שניהם דעיקר הדבר תלוי על מה עיקר כוונתם להעיד ולכן תני ברישא לרבותא אע"פ שאין מזכירין עיקרא דהכחשה אלא עמנו היה ההורג או הנהרג וזהו בא מכלל דבריהם שכתב הרמב"ם ז"ל כלומר כיון דבע"כ עיקר היוצא מדבריהם דכוונתם להכחיש גוף המעשה דאל"כ אין נ"מ באיזה מקום היה ההורג או הנהרג ולכן הוי הכחשה ולא הזמה אבל אמרו להם אתם הייתם עמנו במקום פלוני אע"ג דגם כאן היוצא מזה ששקר המעשה מ"מ כיון שמעידים על גוף העדים ואין מעידים על הכחשת גוף המעשה גזרה התורה שזהו הזמה וכשמעידים על שני הדברים הוי הכחשה ברוב פעמים אם לא כשמזכירין ההכחשה מן הצד כמו שנתבאר :

ו עדים זוממין א"צ התראה דאם נאמר דצריכין התראה אין זה כאשר זמם דהרי הם רצו להורגו בלא התראה [כתובות ל"ג.] ועדים שהוכחשו ולבסוף הוזמו הרי אלו נהרגין או לוקין או משלמין ולא אמרינן כבר בטלה העדות ע"י ההכחשה דהכחשה תחלת הזמה היא אלא שעדיין לא נגמרה ומיהו יש נ"מ ביניהם דהזמה אינה מתקיימת אלא כשמזימין אותם בפניהם כיון שצריכין לקיים בהם ההזמה הרי המה בעלי דברים שצריכין להעיד בפניהם כמ"ש בסי' כ"ח אבל הכחשה שהוא רק לסתור המעשה מכחישין גם שלא בפניהם ועדים שהוזמו שלא בפניהם אין בזה דין הזמה רק דין הכחשה ואם מתו העדים שהזימום קודם שיזומו אותם בפניהם אין כאן עדות כלל שהרי הכחישו זא"ז ולא אמרינן כיון דא"א להיות עוד הזמה גם הכחשה אין כאן דהא לא באו להכחישן אלא להזימן ואין זה הזמה ונקיים עדות הראשונים ד'א"א לומר כן דפשיטא דלא גרע מהכחשה ולכן מבטלין כל העדות וזה שאמרנו דבהכחשה מבטלים כל העדות אפילו נתבררה שקרות הראשונים כגון שהעידו שראובן הרג את שמעון והכחישום ובא שמעון חי לפנינו דהיה מן הדין להלקותם משום לאו דלא תענה מ"מ כיון דלאו זה ניתן לאזהרת מיתת ב"ד כשמזימים אותם וקבלה בידינו מפי משה רבינו מפי הגבורה דכל לאו שניתן לאזהרת מיתת ב"ד אין לוקין עליו ואע"ג דעונש דעדים זוממין כתיב מפורש ועשיתם לו וגו' מ"מ לא ענש אלא א"כ הזהיר ואזהרתו מלא תענה [מכות ד':] והיא ניתן למיתת ב"ד ואין לוקין עליו וכתב הרמב"ם ז"ל דמ"מ ב"ד מכין אותם מכת מרדות כפי מה שיראו ומיהו כשהעידו רק על חיוב מלקות לוקין אותם כשהוזמו משום לאו זה כיון דבזה אין לבא כלל לידי מיתת ב"ד [תוס' שבת קנ"ד.] :

ז אמרו חז"ל דארבעה מחייבי מיתות צריכין הכרזה מסית ובן סורר ומורה וזקן ממרא ועדים זוממין דבאלו כתיב ישמעו וייראו והיאך היא ההכרזה כתב הרמב"ם ז"ל דכותבין ושולחין בכל עיר ועיר פלוני ופלוני העידו בכך וכך והוזמו והרגנום או לקו בפנינו או ענשנו אותם בכך וכך דינרים כפי מה שרצו לחייבו ובתוספתא פי"א דסנה' תניא שצריכים להודיע באיזו ב"ד היה ומי הם העדים שעל ידם המיתום וכ"כ הרמב"ם בבן סורר ומורה בסוף הל' ממרים [ול"ע דהרמב"ם שם פוסק כר"ע בסנה' פ"ע. דמשמרין אותו עד הרגל ולא כר"י שם ובתוספתא שם מבואר דרק לר"י צריך הכרזה ואולי דבזה לא פליג ר"ע וזהו שהש"ס שם קבעה לברייתא בפ"ע ודו"ק] :

ח מה שהמוזמין משלמין הוי קנס כמ"ש בסי' א' לפיכך אין משלמין ע"פ עצמם דמודה בקנס פטור ולכן אם אמרו העדתו בב"ד פלוני וחייבו ב"ד אותנו ליתן לו כך וכך הרי אלו משלמין שזה ממון גמור הוא כיון שכבר חייבום הב"ד אבל אם אמרו רק העדנו בב"ד פלוני והוזמנו אינם חייבים לשלם וכן כשאומרים העדות שהגדנו שקר העדנו אין נאמנים לגבי מי שזכה ע"י עדותם דכיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד ורק לגבי עצמם נאמנים לשלם לזה שהפסיד ע"י עדותם דזה אינו קנס דלא הוזמו ע"י זוממים אלא על פיהם וכמ"ש בסי' ל' ומ"מ התובע תובע מהנתבע ואינו יכול לומר לו תבע מהעדים אלא הנתבע משלם לו והוא יתבע מהעדים [סמ"ע] וכן עד אחד שהודה שהעיד בשקר או שהוזמו בב"ד ונתחייבו ליתן ממון חייב ליתן חלקו אבל מדברי הרמב"ם ז"ל בספי"ח משמע דכשאומרים עדות שקר העדנו דינם כמו שהודו שמוזמים הם ואין משלמים על פיהם וגם לזה שהפסידו א"צ לשלם מדיני דגרמי דאין

גאמנים

נאמנים כלל וזהו דעת ר"ת שהביא הטור [כמ"ש הרמ"ה בד"מ והב"ח ולחנם נדחקו הש"ך והתומים ופשטא דריש מכות משמע כן שמדמה עדות שקר להזמה וכ"מ מספרי הובא בילקוט שפטים רמז תתקכ"ג] :

ט באו שנים ואמרו במזרח הבירה הרג ראובן נפש בשעה פלונית ובאו שנים ואמרו במערב הבירה הייתם עמנו באותה שעה רואין אם העומד במערב הבירה יכול לראות את הנעשה במזרחה אינם זוממין ואם לאו הרי אלו זוממין ואין אומרים שמא מאור עיניהם של העדים הראשונים גדול ורואים רחוק יותר משארי בני אדם וכן אם העידו שנים ואמרו בשעה פלונית הרג זה נפש בירושלים ובאו שנים ואמרו דבשש שעות אח"כ הייתם עמנו בלוד רואים אם יכול אדם הרוכב על הסוס להגיע בשש שעות ויותר כפי הטעות המצוי בבני אדם בשעות כמ"ש בסי' ל' מירושלים ללוד אין אלו זוממין ואם לאו הרי הם זוממין ואין אומרים שמא נזדמן להם סוס קל הרץ מהר משארי הסוסים דאין משערין רק כפי דרך העולם מיהו אם טוענים כן שראייתם גדולה משארי בני אדם או שנזדמן להם סוס קל טענתם טענה [תוס' יבמות קט"ז.] והב"ד אין טוענים כן בעדם דבר שאינו כדרך העולם :

י שנים שאמרו באחד בשבת הרג פלוני נפש ובאו שנים ואמרו באחד בשבת עמנו הייתם ובשני בשבת הרגו הרי הם זוממים כיון שעל היום שהעידו עדיין לא נתחייב פלוני זה מיתה ואפילו אמרו האחרונים שבע"ש הרגו והקדימו הזמן אך אם אמרו שלא נגמר דינו עדיין ג"כ חייבים מיתה דכל זמן שלא נגמר דינו הוי כזכאי ושמא לא יוגמר דינו לחובה לכן דנים בם דין זוממים אבל אם אמרו האחרונים דבע"ש הרגו ונגמר דינו למיתה פטורין הראשונים דבעת שהעידו עליו כבר נגמר דינו [וכשאחרו האחרונים הריגתו והראשונים נהרגים על פיהם אם נגמר הדין ע"י האחרונים ממיתין גם אותו] ואפילו אומרים שלא נגמר דינו עד יום שני מ"מ כיון שבשעה שהעידו הראשונים כבר נגמר דינו לדברי האחרונים אין חייבים מיתה וכן הדין לענין קנס אם העידו שנים על ראובן שביום ראשון גנב וטבח ומכר ובאו שנים אחרים ואמרו ביום ראשון עמנו הייתם וביום שני גנב וטבח ומכר משלמין העדים ד' וה' ואפילו הקדימו אם עדיין לא נגמר דינו לדבריהם נדונים הראשונים כזוממים דהא ביכולתו להודות וליפטר דמודה בקנס פטור ועוד דכל זמן שלא נגמר דינו אנו רואין אותו כזכאי כמ"ש אבל אם האחרונים העידו שעד עדותם של הראשונים כבר נגמר דינו אע"פ שאיחרו גניבתו פטורים הראשונים וכל זה במיתה וקנס אבל בממון שאינו קנס כגון ששנים העידו שבאחד בשבת גנב ובאו שנים והעידו שבאחד בשבת עמנו הייתם ובשני בשבת גנב כיון דלענין חיובא דקרן לא מהני הודאתו ולא בעינן גמר דין אין נדונין כזוממין דדווקא במיתה וקנס דבעינן דרישה וחקירה לא הוי בר חיובא כל זמן שלא נגמר דינו ולא לענין ממון [תוס' מכות ה'.] וי"א דכשם שמודה בקנס פטור מממון כמו כן בנפשות שאם אחד הרג את הנפש ובא והודה פטור ממיתה [רש"י שם] ואפילו אומר שנגמר דינו בב"ד פלוני [תוס' זבחים ע"א.] ויש חולקין בזה [תוס' מכות שם] ואפילו לדיעה ראשונה אין זה אלא בהודה שנגמר דינו אבל בלא זה לא משכחת לה דאם לא באו עדים פשיטא דאינו נהרג ע"פ עצמו ואם אח"כ באו עדים לא מהני הודאתו ואע"ג דקיי"ל מודה בקנס ואח"כ באו עדים פטור אין זה אלא כשהתחייב א"ע ע"פ הודאתו בדבר מה כגון בממון שחייב עצמו בקרן ולא כשפטר עצמו מכל דבר כמ"ש בסי' שמ"ח סעיף ט' ע"ש :

יא אין עדים זוממין נהרגין ולא לוקין ולא משלמין עד שיהיו שניהם ראוים לעדות ויוזמו שניהם אחר שנגמר הדין אבל אם הוזם אחד מהם בלבד או שהוזמו קודם גמ"ד או אפילו הוזמו אחר גמ"ד אלא שנמצא אחד מהם קרוב או פסול אין נענשים וכתב הרמב"ם ז"ל דנפסלו לכל עדות שבתורה דס"ל דאע"ג דשני כיתי עדים המכחישות זא"ז כל אחד כשר לעדות כמ"ש בסי' ל"א וההזמה דכאן הרי לא נתקיים מ"מ שם הזמה על זה לענין פסולם אע"פ שאין דנין בהם דין הזמה ואין חילוק בין שני עדים לשלשה ואפילו עד מאה ודווקא שהעידו כל אחד תוך כדי דיבור של חבירו אבל אם העידו אחר כדי דיבור שהוא כדי שאילת שלום תלמיד לרב נחלקה עדותם והם כשני כיתי עדים ואינם שייכים זל"ז וי"א דלכל דבר נחלקה עדותם וי"א דרק לענין הזמה אבל לא לנמצא אחד מהם קרוב או פסול דאפילו לאחר כדי דיבור כל העדות בטילה והטעם דלהזמה דפסולם הוא מזמן קבלת עדותם בב"ד וכיון דלא העידו בבת אחת נחלקה עדותן אבל בקרוב או פסול דפסולן מראיית העדות וכולם אמת מצטרפין עדותן אף לאחר כ"ד [בתוס' מכות ו'.] ודעת הרמב"ם ז"ל בפ"ך דין ג' כדיעה אחרונה ולדיעה זו בטלה העדות כולה אע"פ שלענין הזמה אין מענישין אלא אותם שהוזמו כמ"ש הרמב"ם שם וי"א דמקיימין העדות ע"י מי שלא הוזמו [ראב"ד שם] :

יב כתב הרמב"ם ז"ל העיד האחד ונחקרה עדותו ואמר השני אף אני כמוהו או שאמר הן וכיוצא בזה והוזמו שניהם הרי שניהם נהרגים או לוקין או משלמין שכל עד שאמר אחר עדות חבירו הן ה"ז כמו שנתחקר והעיד

והעיד כמו שהעיד חבירו ואין לעדים זוממין שגגה לפי שאין בה מעשה לפיכך א"צ התראה כמו שבארנו עכ"ל ואין לזה שום פירוש מה שייך שוגג לזה ואיך אפשר להעניש על השגגה וכבר תמהו עליו ונלע"ד דה"פ דא"א להיות שגגה כלל בעדים שהוזמו דבשלמא בדבר שיש בו מעשה עבירה אפשר שעבר בשוגג אבל בעדות זה אין בו מעשה כלל שהרי בדו מלבם לומר דבר שקר שראו פלוני עשה כך והמה לא ראו כלל דכיון דהתורה האמינתה להאחרונים שאמרו להם עמנו הייתם בע"כ שבדו מלבם לומר שקר ואף אם יאמרו שסברו שמותר להעיד שקר ואומר מותר אנוס הוא הרי אין בריה בעולם שיסבור כן שמותר להעיד דבר שקר על חבירו ולפיכך א"צ התראה דהתראה לא ניתנה אלא להבחין בין שוגג למזיד דגם בת"ח יש לחוש שמא שוגג היה כמ"ש הרמב"ם פי"ב מסנהד' ע"ש ובזה אין שגגה [וזה שבכתובות ל"ג. יעיב טעמא מי איכא מידי וכו' יפרש הרמב"ם דה"פ כיון שהם בדו מלבם ולא שייך בהם שהתרו ואיך נצריך בהם התראה הרי הם מזידים גמורים]:

יג שני עדים ביכולתם להכחיש אפילו מאה עדים ואפי' היו חמשים כתות והזימו את כולן גזירת התורה היא שנעשו כולם זוממים ולא אמרינן קנוניא היה ביניהם להכחיש כל מי שיעיד בענין זה ולאמר לכולם עמנו הייתם וכשם שדנים נגד העדים הראשונים דין הזמה כמו כן דנים נגד העדים הזוממין שני עדים אחרים והזימו להזוממים נצולים הכת הראשונה והורגים את מי שהעידו עליו ואת העדים הזוממין ואם על הזוממי זוממין באו עדים אחרים והזימו אותן הורגים הכת השלישית והראשונה ואת זה שהעידו עליו מוצל ממיתה וכן הכת השנייה ועל דרך זה אפילו מאה כתות נכנסין כת תחת כת כת יוצאת וכת נכנסת וזהו מגזירת התורה:

יד קבלו חז"ל איש מפי איש עד משה רבינו ע"ה מפי הגבורה שאין דנים דין עדים זוממין רק אם נגמר הדין ע"י העדים הראשונים ועדיין לא הרגו את מי שהעידו עליו אבל אם כבר הרגוהו אין דנין בהם דין זוממין וזהו דכתיב ועשיתם לו כאשר זמם לעשות לאחיו ולא כאשר עשה ויש שנתנו טעם בזה דאחרי שהב"ד עשו מעשה ע"פ עדותם ואלקים נצב בעדת אל וודאי האמת עם הראשונים ולא יצאה תקלה מיד ב"ד ודעת הרמב"ם ז"ל דדווקא במיתה אמרינן כן אבל כשהעידו על חיוב מלקות או ממון ולקו את האיש שהעידו עליו או נטלו ממנו הממון מקיימים דין הזמה אפילו אחר המעשה והנה בממון הסכימו הרבה מהראשונים לסברתו משום דממון אפשר בחזרה ולא שייך בזה גמר מעשה אבל במלקות חולקין עליו ולפי הטעם שנתבאר יש לחלק בין מיתה למלקות דדווקא תקלה של מיתה א"א לצאת מב"ד אבל לא של מלקות [כ"מ] אמנם לבד שטעם קלוש הוא נעלם מאין יצא לו להרמב"ם סברא זו לחלק בין מיתה למלקות ויראה לי בטעמו ז"ל דכבר בארנו דאזהרת לאו דעדים זוממים הוא מלא תענה וכבר נתבאר דיש ד' דברים דלוקין העדים אע"פ שלא רצו לחייבו מלקות בעדות על כהן שהוא חלל וכופר וגלות ומכירה בעד גניבה ואף דאין בזה מכאשר זמם למדו רבותינו לכל אלו מקרא דוהצדיקו את הצדיק והרשיעו את הרשע והיה אם בן הכות הרשע [ריש מכות] ולכן כשהעידו על חיובי מלקות ולקו אותו נהי דאין לחייבם מלקות מכאשר זמם דכאשר זמם ממעט כאשר עשה כמ"ש מחייבינן אותם מ"מ משום לאו דלא תענה דאע"ג דהוא לאו שאין בו מעשה מ"מ מדגלי קרא דוהצדיקו דשייך ביה מלקות יש לנו להכותם מלאו דלא תענה אע"פ שאין בו מעשה וסברא זו כתבוה רבותינו בעלי התוס' [שם ד': ד"ה ורבנן] ועוד דעל ידם הא נעשה מעשה שהלקו אותו:

טו כשהעידו על שנים בחיוב מיתה שמיתתו של זה אינו כשל זה והוזמו כגון שהעידו על ראובן שנאף עם נשואה בת כהן שדינו בחנק ודינה בשריפה והוזמו דנים אותם בחנק ולא בשריפה ודבר זה הוא ג"כ מפי הקבלה דכתיב כאשר זמם לעשות לאחיו ודרשינן לאחיו ולא לאחותו:

טז עדים שהעידו על איש טרפה שהרג והוזמו אין נהרגין שהרי אפילו אם הרגוהו בידיהם אין נהרגין לפי שלא הרגו רק טרפה וכן עידי טרפה שהעידו אין הורגין על פיהן מפני דהו"ל עדות שאי אתה יכול להזימה דהזוממין אותם לא יהרגו כשיוזמו גם אותם מפני שהזוממין לא בקשו להרוג רק טרפות וכל עדות שאי אתה יכול להזימה אינו עדות בד"נ כמ"ש הרמב"ם פ"ב מרוצח ואם אירע שעידי טרפה העידו על אחד שחייב מיתת ב"ד והב"ד קבלו עדותן שלא ידעו שהם טרפות ואח"כ הוזמו ונודע שהם טרפות אין נהרגין שאם יוזמו זוממיהן אין זוממיהן נהרגין כמ"ש ולכן אין מקבלים עדותן גם על העדים דהו"ל עדות שאי אתה יכול להזימה ואם בעדות ממון צריכים עדות שיכול להזימה בארנו בסי' תכ"ה ועידי טרפה אינם פסולים לממון ואפשר גם לא למלקות וצ"ע:

יז העידו על ראובן שלוה משמעון מנה ע"מ לשלם לו עד ל' יום וראובן טוען שלוה על חמשה שנים ול' יום והוזמו אומדים כמה אדם רוצה ליתן שיהיה בידו מנה חמשה שנים ומשלמין כן לראובן דהא ריוח זה היו רוצים להפסידו וכן כל כיוצא בזה ואפילו יעבור שמיטה בתוך

בתוך זמן זה אין אומרים שישלמו לו כל המנה מפני שכפי דבריו תשמטנו שביעית דהא קיי"ל המלוה חבירו לזמן עד אחר שביעית אין שביעית משמטתו כמ"ש בסי' ס"ז וכן אם העידו על שורו של זה שנגח ונמצאו זוממים משלמין ח"נ כפי מה שרצו להפסידו ושור תם אינו משלם אלא ח"נ ואם אין השור שוה ח"נ אין משלמין רק דמי השור בלבד שאין התם משלם אלא מגופו ולא רצו להפסידו יותר משורו אבל אם העידו שאכל פירות או שבר כלים בדרך הלוכו דזהו שן ורגל והוזמו משלמין נזק שלם וכן כל כיוצא בזה:

יח העידו על ראובן שגירש את אשתו וחייב ליתן לה כתובתה והוזמו ורצו להפסידו שישלם לה עתה כתובתה וא"א לחייבם בכל הכתובה שהרי אפשר שבאמת יהיה צריך לשלם לה היום או מחר כשימות או יגרשנה אמנם אפשר שלא יצטרך לשלם לעולם כגון אם תמות היא מקודם ויירש אותה לזה אמרו חכמים דשמין כמה ביכולת האשה ליקח עתה בשתמכור כתובתה לאחר על הספק שאם תמות מקודם יפסיד הלוקח ואם ימות הוא או יגרשה יגבה הלוקח כל הכתובה וסכום זה ינכה להמוזמים והשאר ישלמו והטעם מפני שסכום הזה לא רצו להפסידו כלל דהרי גם עתה אחר ההזמה הרי ישלם לה הוא או אחר סכום הלזה וגם אין שמין רק כתובתה אבל נכסי מלוג ונכסי צאן ברזל שלה א"צ לשלם לו אע"פ שגם זה היו רוצים להפסידו דהרי אם תמות מקודם יירש הבעל הכל דמ"מ יכולים לומר לא ידענו שיש לה צאן ברזל ומלוג ולא היה בדעתינו להפסידו רק הכתובה שזה יש לכל הנשים [לפירש"י ותוס' מכות ג'.] ולכן אם ידעו שיש לה צאן ברזל ומלוג שמין אותם ג"כ ומשלמים לו היתר על מה שביכולתה ליקח עתה כשתמכור באופן שנתבאר [כנ"ל] וכן אין מחייבים אותם שישלמו להאשה מזונותיה שהיו רוצים להפסידה בעדותם שגירשה דהרי תרוית מעשה ידיה שלא יהיה לבעל אחר הגירושין [תוס' שם] ודברי הרמב"ם ז"ל בענין זה תמוהים שכתב בפכ"א דאומדין כמה רוצה אדם ליתן בכתובתה של זו שתמכור אותה בטובת הנאה ומשלמין דמי טובת הנאה זו ומשערין באשה ובכתובתה שאם היתה חולה או זקינה או שהיה שלום בינו לבין בעלה אין דמי הכתובה כשתמכר כמו דמיה אם היתה האשה בריאה וקטנה ואם יש ביניהם קטטה שזו קרובה מן הגירושין ורחוקה מן המיתה וכן אין טובת הנאה של כתובה המרובה לפי טובת הנאה של כתובה המועטת שאם היתה כתובתה אלף זוז הרי היא נמכרת בטובת הנאה במאה ואם היתה מאה אינה נמכרת בעשרה אלא בפחות ודברים אלו כפי מה שישערו הדיינים עכ"ל ותמהו עליו דלמה ישלמו לו רק זה הדבר המועט שביכולתה ליקח הרי לא זה באו לחייבו ואדרבא כל המותר רצו להפסידו [לח"מ] ויראה לי דס"ל דדבר שהוא על הספק אין לחייב העדים כלל אלא דמחייבינן להו על שטר כתובה זה הנמצא ת"י האשה שהוא א"צ לשלם עתה בעדו כלל והם חייבוהו שישלם שטר זה ונמצא שדמי שטר זה רצו לחייבו שמין כמה שוה שטר זה למכירה וכזה ישלמו ובירושלמי משמע להדיא כדברי הרמב"ם ע"ש [וגם מלשון הרא"ש משמע קצת כן והטור הולך בשיטת רש"י ותוס' ומ"ש מר"ן בב"י דהם כדברי הרא"ש לסוף דבריו קאי כנלע"ד ודו"ק]:

יט האדון שהפיל שן עבדו או עינו יוצא לחירות ואם הפיל שינו ועינו משלם לו דמי עינו דבשינו יצא לחירות ועבור העין צריך לשלם ואם הפיל מקודם עינו ואח"כ שינו משלם לו דמי שינו וזה ידוע דדמי עין הוי הרבה יותר מדמי שינו לפיכך אם שני עדים העידו על אחד שהפיל שן עבדו או עינו ונמצאו זוממים צריכים לשלם דמי העבד שרצו להפסידו ושמין בכמה היה נמכר עבד זה ואם העידו שהפיל שינו ואח"כ עינו והוזמו משלמין דמי העבד שרצו להפסידו וגם דמי עין שרצו להפסידו וכן כשהעידו על עינו ושינו והוזמו משלמין דמי עבד ודמי שינו להאדון ואם ההזמה היתה שאמרו להם עמנו הייתם והמעשה היה להיפך בין שאחרים העידו זה ובין שהמזימים עצמם העידו שהיה להיפך ועכ"ז היתה באופן שההזמה קיימת כמ"ש בסעי' ה' אם הם העידו שהפיל שינו ואח"כ עינו והוזמו שהיה להיפך עינו ואח"כ שינו משלמין להאדון מה שדמי עין יתירים על דמי שן ואם הם העידו שסימא עינו ואח"כ הפיל שינו והוזמו שהיה שינו ועינו משלמין להעבד מה שדמי עין יתירים על דמי שן וכן כל כיוצא בזה ויראה לי דזהו דווקא כשהעידו שכבר קיבל גט שיחרור אחר הפלת שינו דאל"כ הרי פסק הרמב"ם בפ"ד מחובל דהוי ספיקא דדינא אם משלם להעבד וכמו שבארנו בסי' ת"ך ע"ש [ומתורץ קושית הראב"ד ודברי מר"ן תמוהים כמ"ש הלח"מ]:

כ אם היו שני כתות של עדים זוממין המכחישים זא"ז כגון שכת אחת אומרת עמנו הייתם במקום פלוני וכת אחת אומרת ג"כ להעדים הראשונים עמנו הייתם במקום פלוני שלא במקום שאמרו הכת הקודמת מבואר בירושלמי פ"ק דמכות הל' ג' דאת מי שמעידין עליו העדים הראשונים אין הורגין אותו כיון שהעדים הוזמו וגם העדים אין הורגין אותם כיון שנמצא הכחשה בהזמתם ואע"ג דשני כיתי עדים המכחישים זא"ז מסלקין עדותן כמי שאינו כמ"ש בסי' ל"א וא"כ כשנסלק עדותן נקיים עדות הראשונים ונהרוג את מי שהעידו עליו אין לומר כן דבכל מקום שמסלקין העדות אין עושין מעשה כלל ואין

ואין מוציאין ממון בעדות זו המוכחשת וא"כ ה"נ דכוותיה שאין עושין שום מעשה בעדות זו ואיך אפשר לעשות מעשה ע"פ ביטול עדותן של המזימים ולקיים עדות הראשונים ולהרוג את מי שהעידו עליו הלא ספיקא הוא :

כא כתב הרמב"ם ז"ל עידי קינוי וסתירה שהוזמו לוקין בא עד אחד והעיד שזנתה אחר קינוי וסתירה ונמצא אותו העד זומם משלם כתובתה היו שנים הן עידי הקינוי והסתירה והטומאה ונמצאו זוממין משלמין כנגד הכתובה ואין לוקין ולמה לא יהרגו והרי העידו בטומאה לפי שלא התרו בה עכ"ל ביאור דבריו דעידי קינוי וסתירה אע"פ שהם גורמין לממון דמחייבין אותה לשתות המים המרים ואם אין רצונה לשתות מפסדת כתובתה כמבואר בסוטה מ"מ אין מחייבין אותם ממון דדבר הגורם לממון לאו כממון דמי בעדות כמבואר בשבועות [ל"ג] במשביע עדים שיעידו וכמ"ש ברמב"ם פ"י משבועות ולפיכך לוקין ועידי קינוי בלבד לאו כלום הוא ואין בהם דין הזמה כלל דקינוי בלא סתירה לאו כלום היא אבל בעד טומאה אע"ג דאין דין הזמה בעד אחד עד שיוזמו שניהם מ"מ בעד טומאה שאחר קינוי וסתירה שהתורה האמינתו אם העיד על טומאתה ורצה להפסידה כתובתה והוזם משלם לה כתובתה כאשר זמם ואם היו שני עידי טומאה משלמין בין שניהם ואע"ג דשנים שהעידו בא"א ונמצאו זוממים חייבים מיתה זהו כשהעידו שהתרו בה דאל"כ אין בעדותן כלום אבל בטומאה שאחר קינוי וסתירה מקבלין עדותן אף בלא התראה דפוסלין אותה משתית המים ומפסידין אותה כתובתה לפיכך משלמים גם הם :

כב שנים שהעידו על אחד שגנב וטבח או מכר והוזמו משלמין ארבעה וחמשה כמו שרצו לחייבו העידו שנים שגנב ושנים אחרים העידו שטבח או מכר והוזמו שני הכתות הראשונים משלמים כפל והאחרונים משלמין שנים ושלשה לתשלום ד' וה' ואם הוזמו האחרונים בלבד משלם הגנב כפל ע"פ העדים הראשונים והאחרונים משלמין להגנב שנים ושלשה כפי מה שרצו לחייבו יתר על הראשונים ואם אחד מן האחרונים נמצא זומם בטלה העדות השנייה משום דאין הזמה אלא בשנים והעדות הראשונה קיימת ומשלם הגנב כפל ואם אחד מהראשונים נמצא זומם הגנב פטור והם כולם פטורים ונבטלה כל העדות דעדות האחרונים בלא הראשונים לאו כלום הוא דאם אין גניבה אין טביחה ואין מכירה דשלו טבח ומכר וכ"ש אם הוזמו או הוכחשו שנים הראשונים דעדות האחרונים בטלה ואפילו הוזמו האחרונים אח"כ משום דכבר בטלה כל העדות [רס"י וכ"מ ומ"ס סלה"מ מתוס' ב"ק ע"ג. ד"ה והוזמו תמיהני דזהו בכת אחת ולא בשני כיתות ע"ש ודו"ק] :

כג שנים שהעידו שאכל שדה זו שלש שנים שזהו שני חזקה והוזמו משלמין לבעל השדה דמי השדה ואם העידו שני עדים שאכלה שנה ראשונה ושנים על שנה שנייה ושנים על שנה שלישית מצטרפין לעדות חזקה ואפילו שלשה אחים ואחד עם כל האחים מצטרפין דהם ג' עדות כמ"ש בסי' קמ"ה ועכ"ז אם הוזמו משלמין כולם דאע"פ שלחזקה הם ג' עדות מ"מ להזמה נחשבין כעדות אחת וזהו דווקא כשהמחזיק הביאם לכל העדים דאל"כ יכולים השני כיתות הראשונים לומר דכוונת עדותן היה לחייב את המחזיק ושיחזור הפירות להמערער כיון שהעידו רק על שני שנים אבל כשהמחזיק הביאן מסתמא לטובתו הביאן [תוס' ב"ב כ"ו: ד"ס מסלקין] ובדין שלש כיתות עדים בשור המועד והוזמו נתבאר בס"ד בסי' שפ"ט סעי' י"ד ע"ש :

כד דין בן סורר ומורה הוא שיעידו עדים שגנב משל אביו ושאכל דרך זולל וסובא ובפעם ראשון מלקין אותו ובפעם שנייה כשעדים מעידים שעשה כן ממיתין אותו כמ"ש הרמב"ם ז"ל בפ"ז ממרים ואין חילוק בין שהיו העדים האחרונים אותם שהעידו בראשונה או עדים אחרים לפיכך עדים שהעידו בפעם ראשונה ואח"כ העידו אחרים בפעם שנייה והוזמו שתי הכתות כת ראשונה לוקה ואינה נהרגת דלא באו רק להלקותו ואע"פ שאפשר שידעו שאחריהם תבא עוד כת ותעיד להורגו מ"מ הם יכולים לומר להלקותו באנו וכת השנייה נהרגת כמו שרצו להרוג אותו ואפילו אם בכת השנייה עצמה היתה שני כתות שנים אמרו בפנינו גנב ושנים אמרו בפנינו אכל והוזמו נהרגין כל הארבעה עדים מפני שהוא עדות אחת דשני הכתות באו להורגו ואין לומר איך מצטרפים אלו עם אלו הלא חצי דבר הוא דגניבה בלא אכילה אין חיוב בו ואנן קיי"ל דבעינן דבר שלם כמ"ש בסי' ל' די"ל דכיון דעדות גניבה מועלת ג"כ לחייבו להחזיר הגניבה לא מקרי חצי דבר [לח"מ] :

כה הגונב נפש ומכרו חייב מיתה כדכתיב כי ימצא איש גונב נפש מאחיו וגו' ומכרו ומת הגנב ההוא ולא תגנוב דעשרת הדברות הוא אזהרה על גניבת נפשות כמ"ש בסי' שנ"ח סעי' י"א ועל גניבה בלא מכירה אין לוקין עליו אע"פ שעובר בלאו מ"מ אין לוקין מפני דהו"ל לאו שניתן לאזהרת מיתת ב"ד כשמכרו ואין לוקין על לאו כזה ושני כיתי עדים האחת אומרת שגנבו והאחת אומרת שמכרו מצטרפין זה לזה ולכן כשם שאם כת אחת כשהעידה על הגניבה ועל המכירה נהרגין כשהוזמו כשם שרצו לחייבו כמו כן בשני כיתות בין שהוזמו עידי גניבה ובין שהוזמו עידי המכירה כל כת מהן שהוזמה נהרגת אפילו הוזמו עידי הגניבה דגניבה אתחלתא דמכירה היא דאין ביכולתם

לומר

לומר דלאו להמית אותו באו אלא להלקותו כיון שאין לוקין עליו [סנה' פ"ו:] ואין לומר דא"כ היאך מצרפינן עדותם הא הו"ל חצי דבר די"ל דכיון דבעדותם של גניבה מועלת לפוסלו מעדות אין זה חצי דבר וכמ"ש בסעי' הקודם [שם] ואין להקשות לפ"ז איך נהרגין עידי הגניבה הלא יכולין לומר לפוסלו לעדות באנו די"ל דאנן סהדי דלא מפני זה באים עדים אלא כדי להענישו ממון או מלקות או מיתה דאם לפוסלו לעדות היה להם להעיד כן פלוני פסול לעדות מפני שגנב נפש וי"א דבאמת אם לא היה פסול לעדות מקודם לכן יכולים לומר כן ואין נהרגין [תוס' שם ולהרמב"ם דסתם לס"ל כמ"ש] ואם היה רק עידי מכירה ולא עידי גניבה והוזמו פטורין דהא גם הם לא היו יכולים להרגו בעדות זה דיכול לומר עבדי מכרתי ואם נשאלם דא"כ לאיזה תועלת העדתם יכולים לומר לקיים המקח באנו [תוס' שם] ואי קשיא דוודאי התרו בו דאל"כ לא היו הב"ד מקבלים עדותם וא"כ איך יכולים לומר דלאו להורגו באו די"ל כגון שאחרים התרו בו ולא העדים דהתראה א"צ דווקא מפי העדים [שם] כמ"ש בסי' ל' סעי' כ"ה ולא עוד אלא אפילו באו גם עידי גניבה אחר שהוזמו עידי המכירה וראינו שרימזו זה לזה דניכר הדבר שידעו אלו מאלו ובאו להורגו מ"מ רמיזה לאו כלום היא בעדות נפשות [שם] אע"ג דבממון מועלת כמ"ש בסי' שפ"ט סעי' י"ד:

כו כתב הרמב"ם ז"ל בסוף פכ"א מוציא שם רע על אשתו שהביא עדים שזינתה כשהיא ארוסה והביא אביה עדים והזימום הרי עידי הבעל נהרגין חזר הבעל והביא עדים והזים עידי האב הרי עידי האב נהרגין ומשלמין ממון לבעל נהרגין מפני שעידי הבעל נגמר דינם להריגה בעדותן ומשלמין קנס מפני שנגמר דין הבעלים לשלם קנס בעדותן ונמצאו חייבין נפשות לזה וממון לזה וכן שנים שהעידו על זה שבא על נערה המאורסה והוזמו נהרגין ואין משלמין בא על בתו של פלוני והוזמו נהרגין ומשלמין הקנס לאביה פלוני רבע השור והוזמו נסקלין ואין משלמין שורו של פלוני נסקלין ומשלמין דמי השור לבעל השור וכן כל כיוצא בזה עכ"ל וס"ל להרמב"ם דזה דקיי"ל דאין אדם מת ומשלם היינו כשהמיתה והתשלומין בשביל אחד אבל כשהמיתה בשביל זה והתשלומין לאחר הרי זה כשני עניינים וזה שפסק בפ"ח מחובל דרודף ששבר כלים בין של הנרדף ובין של כל אדם פטור אע"ג דהוה מיתה לנרדף ותשלומין לכל אדם זהו מפני דהמיתה הוי ג"כ לכל אדם דהרי מצוה על כל אדם להציל להנרדף בנפשו של הרודף כמ"ש בסי' תכ"ה [מר"ן] וזה שכתוב בתורה בנוגף את האשה ויצאו ילדיה ולא יהיה אסון ענוש יענש אבל אם יהיה אסון לא יענש ואפילו כשהמיתה בשוגג פטור מתשלומין כמ"ש הרמב"ם בפ"ד מחובל והרי המיתה הוא בשביל האשה והתשלומין לבעל שאני התם כיון דהולדות הם בגופה חשיב מיתה ותשלומין לאחד [תוס' כתובות ל"ה.] וזה שפסק בפ"ג מגניבה בזרק חץ בשבת וקרע בגד חבירו דפטור אע"ג דהוי מיתה לשמים בשביל חילול שבת וממון לאדם זהו וודאי דחשיב כמיתה ותשלומין לאחד כיון שאין כאן שני בני אדם [שם] דכל אדם משועבד לשמים וזה שפסק בפי"ד מנזקי ממון בעבד כפות לגדיש והדליקו דפטור על הגדיש ומשמע בגמ' דאפילו העבד של אחד והגדיש של אחר פטור [ב"ק כ"ב:] זהו ג"כ כיון דחשיב כרודף הוי מיתתו לכל אדם כמ"ש ויש מרבותינו דס"ל דבכ"מ פטור גם במיתה לזה ותשלומין לאחר ורק בעדים זוממים אם המיתה והתשלומין לשנים אין דנין בזה דין קים ליה בדרבה מיניה כדי לקיים מצות כאשר זמם לכל אחד [ר"ת בתוס' שם] וזה שכתב הרמב"ם דכשהביא האב עדים והזימום עידי הבעל נהרגין ולמה לא ישלמו הקנס מאה סלע להאב שרצו להפסידו בעדותם דבאמת זה על הבעל לשלם ואדרבא הם גרמו בעדותם לשלם דבלא עדות וזוממים אין הבעל משלם מאה סלע כמ"ש הרמב"ם בפ"ג מנערה דבפרשת מוציא שם רע יש בה עדים וזוממין וזוממי זוממין ע"ש [וכ"כ רש"י סנה' ט':] וכל זה דווקא כשהבעל בא עליה דבלא זה אין כאן חיוב קנס כמ"ש הרמב"ם שם דלשון מוציא שם רע כן הוא כי יקח איש אשה ובא אליה וגו' והוציא עליה שם רע וגו' האמנם בזה שכתב הרמב"ם בבא על בתו של פלוני והוזמו נהרגין ומשלמין הקנס לאביה קשה טובא איזה קנס משלמין אם מאה סלע דמוציא שם רע הרי הבעל חייב ולא העדים כמו שנתבאר [לה"מ] וגם זה אם האב היה מביא עדים להזימן ועוד דלא מיירי בזה כלל בהוצאת שם רע אלא בעדים שהעידו שזינתה ואם כונתו על חמשים סלע דאונס ומפתה הלא אין זה רק בנערה פנויה או בנתארסה ונתגרשה ולא בארוסה דארוסה בת סקילה היא ובהדיא איתא כן בגמרא [כתובות ל"ח:] ויראה לענ"ד דס"ל להרמב"ם ז"ל דהן אמת דהתורה פטרה בבא על ארוסה מקנס לאו דלא רמי חיובא עליה דוודאי חייב מק"ו דפנויה אלא דלכן פטרתו משום דאין אדם מת ומשלם דכיון דקיי"ל דבנתארסה ונתגרשה קנסה לעצמה כמ"ש שם הרמב"ם שם בפ"ב ודרשינן אשר לא אורסה לאביה הא אורסה ונתגרשה לעצמה כמבואר בגמרא שם הוי מיתה ותשלומין לאחד ולכן פטור ובגמרא איתא דאינו קונה בדמיו את הממון ויש חיוב עליו אלא שאין ביכולתינו להייבו לשלם מכיסו כשאין הדבר בעין [סנה' ע"ב.] וה"ה בכל מקום שיש חיוב מיתה ואנו פוטרין אותו מממון חיוב יש עליו:

עליו אלא שאין ביכולתינו לחייבו ולכן אמרו חז"ל [ב"מ ל"ח:] דבכל פטור דהוא משום קים ליה בדרבה מיניה חייב בתשלומין אם בא לצאת ידי שמים ולפ"ז נהי דאת הבועל עצמו לא נוכל לחייבו להוציא ממון מכיסו מ"מ העדים הלא רצו לחייבו גם ממון אם היה בא לצאת י"ש וחיובא היה חל עליו אלא שלא היו מוציאים ואפשר אם היתה תופסת היה מועיל התפיסה לפ"ז העדים שהעידו עליו והוזמו עליהם מוטל לשלם גם הקנס שרצו לחיבו בידי שמים לבד המיתה [וכ"מ מרש"י כתובות שם ד"ה בת סקילה היא ומלא יהיה הסון כפקא] ומיירי שאנסה לפי דברי העדים דבמפותה ליכא קנס בבה"ג נם בנתגרשה כיון שקנסה לעצמה והגירסא ברמב"ם ומשלמין הקנס לנטען כמ"ש הכ"מ שיש בספרי הרמב"ם גירסא זו ור"ל להנטען הבועל שרצו לחייבו ומרן הכ"מ דחה גירסא זו ותימא דאדרבא איך משלמים להאב הרי הוזמו ואת הבעל רצו לחייב. ודע שכל דינים אלו אינם נוהגים בזמן הזה ואין לנו רשות לדון שום דין מדיני נפשות וכל ד"נ ממשלת הקיסר דן אותם :

סליק הלכות עדות בס"ד

סימן לט [דין הלואה ועל איזה הלואה כותבין שטר ושכותבין שטר ללוה בלא מלוה ובו כ״ח סעיפים] :

א מ״ע מן התורה להלות לעני כשצריך שנא׳ אם כסף תלוה את עמי את העני עמך וגו׳ ואם זה אינו רשות אלא חובה כמו ואם תקריב מנחת בכורים וגו׳ ואם מזבח אבנים תעשה לי וגו׳ ולמה כתבה התורה בלשון אם משום שאינו חובה כשאר מצות דכשאין לו מה להלות פטור ממצוה זו וכל שאינו מלוהו כשיש לו נקרא בליעל שנא׳ השמר לך פן יהי׳ דבר עם לבבך בליעל לאמר קרבה שנת השבע וגו׳ ופסוק זה גם אהלואה קאי מדמזהיר קרא שלא יירא פן תשמיטנו שביעית וכך אמרו חז״ל כל המלוה סלע לעני בשעת דוחקו עליו הכתוב אומר אז תקרא וד׳ יענה וגו׳ וגם לעשיר מצוה להלות כשצריך העשיר להלואה ויש לו להמלוה ולכן כתיב את עמי את העני להשמיענו דלכולם מצוה להלות דאל״כ לכתוב אם כסף תלוה את העני ולא יותר אלא ש״מ דלכל ישראל מצוה להלות רק פי׳ הפסוק הוא דעני קודם לעשיר אם אין לו להלות לשניהם וכך פירשו חז״ל (סוכה מ״ט ב׳) עוד אמרו גדולה ג״ח יותר מן הצדקה שצדקה לעניים וג״ח בין לעניים ובין לעשירים וכך שנינו באבות רשב״ג אומר על שלשה דברים העולם עומד על התורה ועל העבודה ועל ג״ח. ושני מיני הלוואות יש מלוה בע״פ ומלוה בשטר וגם אלו נחלקות לשתים מלוה בע״פ בפני עדים ומלוה בע״פ בינו לבין הלוה וכן מלוה בשטר נחלקות לשתים מלוה בשטר בלא עדים רק שהלוה כותב אני פלוני לויתי מפלוני מנה ומלוה בשטר בעדים שהעדים כותבים בשטר אנחנו ח״מ מעידים שבפנינו לוה פלוני מפלוני או בהודאה שכותבים העדנו על עצמנו שפלוני הודה וכו׳ וגם כשקנו בק״ם מהלוה בפני עדים הוי כמלוה בשטר ויכולים העדים לכתוב שטר כמו שיתבאר דסתם קנין לכתיבה עומד ודוקא כשהעדים כותבין לשם שטר אז דין שטר יש לו אבל כשכתבו לזכרון דברים בעלמא אין לו דין שטר כגון שכתבו ביאור מה שהודה פלוני בפנינו ולא כתבו העדנו על עצמנו זהו סימן שלא כתבו רק לזכרון דברים בעלמא ואין לזה דין מלוה בשטר אלא כמלוה בע״פ ועצת רבותינו ז״ל שלא להלות בלא עדים או בלא שטר כדי שהלוה לא יוכל לכפור ודע שכל מלוה בשטר שיתבארו בהלכות אלו הם שטר בעדים דאלו שטר בחתימת ידי הלוה אין לזה דין מלוה בשטר ויתבאר בהלכות אלו וכלל גדול תדע שכל ההלוואות והשטרות שיתבארו בהלכות אלו אינם ההלוואות שטרות עיסקא שנהוגות אצלנו בכל המדינות דזה אינו ג״ח רק מסחור ליקח ריוח ידוע ע״פ היתר עיסקא ודינים אלו מתבארים ביו״ד ה׳ ריבית ובהלכות אלו הם הלוואות ג״ח ושמור כלל זה כי שטרות עיסקא יש להם דינים אחרים :

ב דבר תורה אחד מלוה בשטר ואחד מלוה ע״פ גובה מנכסים משועבדים דקיי״ל שעבודא דאורייתא [רוב ספוסקים ראשונים ואחרונים ודלא כס״ך] ומיד שלוה מהמלוה נשתעבד לו גופו לפרוע כדכתיב עבד לוה לאיש מלוה ונכסי האיש הלוה הם ערבים בעד חובו בין מטלטלין בין קרקעות כמו שכתוב והאיש אשר אתה נושה בו יוציא אליך את העבוט החוצה ונושה משמע בין בשטר בין בע״פ ומפורש בתורה שגם מטלטלין נשתעבדו לו וכ״ש קרקעות שדרך המלוין לסמוך עליהם יותר (לבוש) משום דלא יכול הלוה להצניעם ואפילו מכרם או נתנם הלוה לאחרים אחר הלואתו ביכולת המלוה ליקח מהם דהם משועבדים להמלוה מזמן הלואתו ולא הי׳ להלקוחות לקנותם אבל תקנת חז״ל היתה שלא לגבות מלוה ע״פ ממה שמכר או נתן משום פסידא דלקוחות שלא ידעו שזה המוכר הי׳ חייב מעות ולא חששו להפסד המלוה דהי׳ לו לעשות שטר ואפילו הלוה בפני עדים דכיון דליכא שטר וסתם מי שלוה מעות אין רצונו שיתפרסם שלוה א״כ לא ידעו הלקוחות מזה ומפני תקון העולם תקנו זאת רבותינו ז״ל דאל״כ אין ביכולת ליקח ולסחור כלל וכן למקבל מתנה נתנו כח זה דמסתמא מי שנותן מתנה לחבירו לא בחנם נותן לו אלא מפני טובה שעשה לו ולכן שויוהו רבנן כלוקח אבל כשלוה בשטר נתפרסם הדבר כיון שכתבו וחתמו שטר ויש לזה קול ולכן הלקוחות אפסידו אנפשייהו דלא הי׳ להם ליקח ממי שחייב מעות ונשתעבדו נכסיו ושטר פקדון ועיסקא יתבאר בסי׳ ק״ד ודוקא קרקעות שמכר אבל מטלטלין שמכר או נתן אינו גובה מהם משום דלאו עלייהו סמיך מלוה הואיל שבידו להצניעם ולאבדם (רש״י ב״מ ס״ז ב׳) וגם אין להם קול ולכן אפילו עשאם אפותיקי אינו גובה מהם דאין הלקוחות יכולין ליזהר בזה כמו שיתבאר בסי׳ קי״ז וגם מעבדים שמכר או נתן אינו גובה בלא אפותיקי אע״ג שיש להם דין קרקע לכל התורה כולה מטעם זה (תו״ת) ורק מהלוה עצמו גובה מכל מה שיש לו דגוף הלוה משועבד לשלם מכל מה שיש לו. ולענין גבי׳ מיורשי הלוה יתבאר בסי׳ ק״ז וכן מתנת שכ״מ דומה ליורש כמשי״ת בסי׳ רנ״ג :

ג קיי״ל אחריות טעות סופר הוא ובאור הדברים דאע״פ שלא נכתב בשטר שנכסיו אחראין לפרוע החוב אף כשימכרם לאחרים עכ״ז גובה ואמרינן שהסופר טעה ולא כתב האחריות דמסתמא אינו מאבד אדם מעותיו ואיך ילוהו והלוה ימכור נכסיו ולא יהי׳ לו ממה

ממה לגבות אא"כ שמפורש בשטר שאין לו אחריות אבל סתמא ט"ס הוא וכן כל דבר שדרכו להכתב בשטר ולא נכתב וכן דבר שמוכח שטעה הסופר תלינן בט"ס כאשר יתבאר בסי' מ"ט ולאו דוקא בשטרי הלואה דה"ה בשטרי מכירות שלא נכתב בהם אחריות ג"כ ט"ס הוא ויתבאר בסי' רכ"ה איזה פרטים בזה ובהלואה אינם שייכים :

ד עיקרי דיני גביות חוב יתבאר בהלכות גביות מלוה אך נבאר איזה פרטי חלוקים בין מלוה בשטר למלוה בע"פ דמלוה בשטר גובה אף ממקרקעי שמכר או נתן לאחר ההלואה ובמלוה בע"פ לא גבי וממטלטלין שמכר או נתן בשניהם אינו גובה אבל מבני חורין בשניהם גובה בין ממקרקעי ובין ממטלטלי ואם השכיר או השאיל לאחרים ג"כ בשניהם גובה מהשוכר והשואל בין קרקע בין מטלטלין אלא דיש חילוק דבמלוה בע"פ אינו גובה מהם רק לאחר שכלה זמן שכירותם או שאילתם דבכל הזמן הזה הרי הם משועבדים להשוכר או להשואל ומלוה בע"פ אינו גובה ממשועבדים וכן במלוה בשטר במטלטלים אבל במלוה בשטר ובמקרקעי גובה מהם מיד ואפילו הקדים השוכר ונתן שכירות להמשכיר גובה ממנו והשוכר יגבה השכירות שנתן מהמשכיר דלא עדיף שוכר מלוקח אא"כ אם לפי ראות עיני הדיינים אין היזק להמלוה אם יקבל חובו אחר זמן שכירותו של השוכר אזי מניחין להשוכר שיחזיק משך שכירותו וכמו שיתבאר בסי' קי"א לענין כשיש בני חורין רחוק ממקום הלוה והמלוה (ככ"ל) :

ה כיון שיש חלוקים בין מלוה בשטר למלוה בע"פ ולכן המלוה את חבירו בפני עדים אע"פ שאמר להם אתם עדי לא יכתבו עדותן ויתנו להמלוה דשמא אין הלוה רוצה שיהא לזה שטר עליו עד שיאמר להם בפירוש כתבו שטר וחתמו ותנו לו ואין לומר אדרבה דמסתמא לא שדי אינש זוזי בבדי וניחוש להפסד המלוה כמ"ש לענין אחריות בסעי' ג' דשאני הכא דאיהו דאפסיד אנפשי' דאם רצונו בשטר יגיד ללוה שלא יתן לו ההלואה אם לא יצוה להעדים לכתוב שטר ואין לנו לחשוש לפסידא דידי' במקום שהוא בעצמו אינו חושש אבל באחריות אמרינן שזה שציוה להסופר לכתוב שטר הי' כוונתו מסתמא כמו כל שטרות שהם באחריות אבל הסופר טעה ולכן יזהרו העדים שכל זמן שלא ישמעו מהלוה שמצוום לכתוב שטר לא יכתבו וי"א עוד שאפילו אחר שציוה להם לכתוב וכתבו צריכים קודם המסירה להמלוה לשאול עוד הפעם את הלוה וי"א שא"צ וכן נוהגין (לבוש) דדוקא בשטר מתנה או בכתובה ציוו חז"ל לשאול את פיו עוד הפעם מפני שמתחייב א"ע משלו אבל לא בהלואה [רמב"ד פי"א מס' מלוה] וכן אם אמר להם המלוה לכתוב והלוה שותק שתיקה כהודאה דמי וכותבין [ס"ך] וכשהלוהו סתם אם יכול לכופו לכתוב שטר יתבאר בסי' ע"ג סעי' ב' :

ו בד"א שלא קבל הלוה בק"ס אבל אם קבל בק"ס אפילו כשהי' הקנין בינו לבין המלוה אזי כותבין השטר אפילו אם לא ראו ההלואה רק שהלוה הודה בפניהם הודאה גמורה כמו שיתבאר בסי' פ"א דסתם קנין לכתיבה עומד וכמ"ש בסעי' א' דכיון שהקניהו אין לך יפוי כח גדול מזה ומסתמא רוצה שיכתבו לו ואפילו אם נשתהא זמן מרובה ואח"כ בא המלוה להעדים ומבקש שיכתבו לו שטר הרי אלו יכתבו ויתנו ואין צריכין לחוש שמא פרעו דודאי כיון דידע דעדים כותבים לו שטר כשמבקש לא הי' נותן לו מעותיו עד שזה הי' מחזיר לו שטרו או לקח ממנו שובר ואם פרעו ונתן לו שובר אין מפסידין אותו כלום בכתיבה שאם יוציא זה שטרו יוציא זה שוברו ואם לא לקח שובר איהו דאפסיד אנפשי' ויזהרו העדים כשיכתבו לו השטר יכתבו בו זמן הקנין ואם אין זוכרין זמן הקנין יכתבו שטרא דנא איחרנוהו וכתבנוהו והטעם דאולי כשהמלוה יכתוב שובר יכתוב בו זמן הקנין והלוה לא ישים לבו שאין כותבין זמן בשובר כאשר יתבאר בסי' נ"ד וא"כ כשיוציא השובר יאמר המלוה שחוב אחר הוא [ככ"ל לייסב דברי סלבוס] ועוד חששא יש שמא לוה בניסן וקנה קרקע באייר ואיחרו וכתבו זמן ההלואה על סיון ואח"כ מכר הקרקע והלוה יטרוף אותה מהלקוחות שלא כדין דהנכסים שקנה הלוה לאחר ההלואה אינם משתעבדים אם לא כתב להמלוה בשטר דאיקני כאשר יתבאר בסי' קי"ב לכן יכתבו זמן הקנין ואפילו מת הלוה קודם כתיבת השטר כותבין השטר ונותנים להמלוה ואפילו קבע לו זמן ועבר הזמן יכולין לכתבו גם אחר מותו וכן אם מת המלוה ויורשיו מבקשין שיכתבו להם השטר כותבים להם והטעם כמו שבארנו דחזקה שלא הי' הלוה פורע בלי חזרת שטר או שובר. אבל יש מגדולי ראשונים שאומרים דלאחר זמן הפרעון וכן בסתם הלואה לאחר שלשים יום אין כותבין דחיישינן שמא פרע [וכן נמשמע דעת הגאונים מסוכת בב"י וסמ"ך הכריע כדעת ראשונים ול"ע וכ"ל דעכ"פ הוי ספקא דדינא] :

ז העדים שכתבו שטר כשלא אמר להם הלוה כתבו וחתמו אינו כלום והוי כפינקס בעלמא ואין יכולים להוציא ממנו בשטר זה כשאין העדים בכאן או כשאין זוכרין העדות רק ע"פ שטר זה דהוי כמפי כתבם שנתבאר בסי' כ"ח שאין זה עדות כלל [וע"ש בסעי' י"ח] ואף שיש חולקין בזה כבר הכריע הש"ך כדעה זו :

ח מה שהוצרכנו שצריך לומר כתבו וחתמו היינו דוקא בשטר חיוב אבל כשמוחל דבר לחבירו או פטרו מאיזה דבר א"צ אלא כיון ששמעו מפיו לאמר אני מוחל לך או פוטר אותך כותבים מיד ונותנים השטר

למי

למי שמחלו או פטרו דמחילה א"צ קנין כמו שיתבאר בסי' רמ"א דהא הטעם שצריך לומר בארנו משום דאילי לא ניחא לי' שתהא עליו מלוה בשטר אבל במחילה ופטור לא שייך זה ובסי' פ"א יתבאר עוד מזה:

ט כתב אחד מגדולי הראשונים דזה שמהני קנין בהודאה שיכתבו לו שטר לטרוף מהלקוחות היינו דוקא כשקנו מידו שיתן לו חובו עד זמן פלוני וממילא נשתעבדו נכסיו כיון שהתחייב ליתן לזמן פלוני אבל אם אמר סתם הנני מודה לך בקנין בפני עדים שאני חייב לך אין על מה שתחול הקנין כיון שאינו מקנה לו עתה שום דבר ואינו מתחייב בקנין זה יותר ממה שהי' מתחייב בראשונה אינו אלא קנין דברים בעלמא דלא מהני כמו שיתבאר בסי' קנ"ז [סג"ה בפ' ז"ב] ולא מהני זה רק כשאר הודאה בלא קנין לענין לגבות מהלוה עצמו [ס"ך] ורבינו הב"י חולק ע"ז דכיון שהוא מודה שחייב לו ונוטל קנין ממילא נשתעבדו נכסיו בקנינו זה וצ"ע לדינא [ס"ך]:

י בענין קנין סודר שכתבנו יש לבאר ענין קנין זה דבסי' קצ"ה יתבאר דקנין צריך שתהי' דוקא בכליו של קונה דהקונה מקנה לו הכלי והמוכר מקנה לו חליפי זה את החפץ שמוכר לו וא"כ בכאן שהלוה צריך לשעבד נכסיו יתן המלוה הסודר והלוה קונה הסודר וחליפי זה מקנה לו הלוה נכסיו לשעבוד חובו אע"ג דאינו אומר כלום אך כיון שמקבל מעות ונשתעבד גופי' ונכסיו מן התורה ולכן גם מדרבנן נשתעבדו נכסיו בקנינו כמ"ש וניתן לכתוב דהוה כמלוה בשטר ולכן לדעה קמייתא שבסעי' הקודם צריך בהודאה להוסיף דברים עכ"פ מה שלא הי' מקודם דאל"כ הוי קנין דברים כיון שאינו משעבד כעת נכסיו בפירוש ולדעה בתרייתא אין חילוק דע"פ קבלת הממון שקבל כבר ומן התורה כבר נשתעבד ולכן עתה בקנינו נשתעבדו נכסיו כעת גם מדרבנן ונעשה כמלוה בשטר [כנ"ל]:

יא אע"פ שהעדים כותבים שטר למלוה ע"פ ציוויו של הלוה או ע"פ קנינו מ"מ אם רצה הלוה לחזור יוכל לחזור בו ואפילו קנה בק"ס שלא יוכל לחזור בו אינו כלום דקנין כזה שלא יוכל לחזור הוא קנין דברים בעלמא שאין על מה לחול הקנין רק המלוה יכול לומר ג"כ מאחר שתחזור בך מכתיבת השטר אין רצוני להלותך כשלא יהי' ממך שעבוד נכסים ובטלה ההלואה וממילא כיון דהמלוה יוכל לחזור בו ואין לו היזק ממילא דהלוה יוכל לחזור בו כיון שלא הפסידו כלום ואם אין מחזיר לו מעותיו מיד מה יעשה המלוה רואין אם הלוה מאבד מעותיו או שהולך למדה"י כותבים העדים בע"כ השטר דלאו כל כמיני' ליקח מעותיו מבלי חזרה ולעכב על העדים לכתוב שטר [תו"מ] ואף כל זמן שלא כתבו השטר אין הלוה נאמן לומר פרעתי ולא יפרע רק בעדים או ע"פ שובר [סס] ואם הלוה איש בטוח ואיש ישר ואינו הולך למדה"י אם העדים בכאן ואינם רוצים לילך למדה"י אין בכוחם לכתוב שטר גמור אלא זכרון דברים בעלמא והם נוגשים הלוה שיפרע לו ואם העדים רוצים לילך למדה"י ואין המלוה רוצה להניח ההלואה בלי שטר גמור והעדים אין ביכולתם מפני מחאתו הולך המלוה והעדים לפני ב"ד ומעידים לפניהם והב"ד כותבין שטר גמור דב"ד יש בכוחם לעשות זאת אפילו כשהוא מוחה ויש לזה דין שטר גמור אפילו לגבות בו ממשועבדים [כן משמע מסהתרונים] אבל יש שחולקים בכל זה ואומרים שאין בכח הלוה למחות בשום פנים כיון שציוה לכתוב שטר או קבל בק"ס כותבין העדים על כרחו אפילו אם אין הולכין למדה"י ואפילו הלוה הוא איש בטוח ואיש ישר דדוקא בנתן מתנה אמרו חז"ל שיכול לחזור מכתיבת שטר אבל לא בהלואה ולא במכירה ולדעה ראשונה אף כשכתבו השטר יכול למחות אם עדיין לא מסרו לו שלא ימסרו לו [נס"מ]:

יב זה שאמרנו דסתם קנין לכתיבה עומד הוא לכתיבת כל דיני שטר אף לאחריות ואם לא נכתב האחריות אמרינן ג"כ דט"ס הוא וגובה ממשועבדים [ס"ך] אבל אם בעינן הקנין בפני המלוה דוקא יש מחלוקת הפוסקים די"א דדוקא כשקנה בפני המלוה אבל שלא בפניו לא אמרינן סתם קנין לכתיבה עומד וי"א דאפילו שלא בפניו ולא תקשה לך דאיך אפשר להיות שלא בפני המלוה לפי מה שבארנו בסעי' י' דבעינן הכלי של המלוה דבאמת בכל הקנינים לא בעינן דוקא כלי של הקונה אלא אפילו אחר יכול ליתן הכלי שלו לזכותו של הקונה כמו שיתבאר בסי' קצ"ה ועיקר הקפידא הוא רק שלא תהא הכלי של המקנה כמו שיתבאר שם:

יג כבר נתבאר בסי' ל"ו דבכל עדות א"צ העדים להיות דוקא מי שהזמינום הבעלי דברים וכל שראה הענין יכול להעיד אבל בזה שבארנו דסתם קנין לכתיבה עומד אין ביכולת עדים אחרים שראו הקנין לכתוב שטר אלא דוקא העדים שהזמינום המלוה והלוה ועשאום לעדים בקנין זה והשכל מחייב כן דאל"כ אם יהיו הרבה ב"א בשעת הקנין יכתבו כל שנים מהם שטר ויגבה המלוה בכל השטרות גבי' אחר גבי' [סמ"ע] אבל לעדות בע"פ מקבלים עדות מכולם שראו הקנין ונ"מ בזה כשאין המלוה מוציא שטר ותובע להלוה אם הלוה כופר בעיקר ההלואה מחייבים אותו לשלם ע"פ עדים אלו שראו הקנין והוחזק הלוה כפרן על פיהם אבל אם טוען פרעתי נאמן ואפילו תוך זמן ההלואה נאמן לומר פרעתי וישבע היסת אע"ג דגם במלוה בע"פ אינו נאמן לומר פרעתי בתוך זמנו מ"מ הכא ריעא טענותיו של המלוה כשאינו מוציא שטר דכיון דהי' יכול לקבל שטר מיד עידי הקנין אמרינן דמסתמא קבל

קבל והלוה פרע לו והחזיר לו שטרו וגריע ממלוה ע"פ שאינו נאמן לומר פרעתי מטעם דחזקה שאין אדם פורע תוך זמנו וכל זה כשאין כאן עדי הקנין שהיו מיוחדים לזה אבל אם העדים בכאן ואומרים שבאמת לא כתבו לו עדיין שטר אין הלוה נאמן לומר פרעתי תוך הזמן ואם העדים אומרים שכתבו לו שטר והמלוה אומר שאבד שטרו והלוה אומר שפרע ג"כ הלוה נאמן אפילו תוך זמנו משום דריע טענתו של המלוה כשאין השטר בידו כמו שיתבאר בסי' מ"א :

יד זה שאמרנו דבהודאה לב"ד אין כותבין שטר אם לא ציוה ולא קנה בק"ס ל"ש אם היתה ההודאה בפני עדים או בפני ב"ד שאפילו הודה בפני ב"ד של שלשה אין כותבין הב"ד שטר להמלוה ואפילו אם הלוה קבץ את הב"ד והושיבם והודה בפניהם ואמר להם הוו עלי דיינים שאני חייב לפלוני מנה אין כותבין שטר להמלוה אבל אם ב"ד של שלשה ישבו מעצמם במקום הקבוע להם ובא התובע וקבל לפניהם ושלחו שליח ב"ד אחר הנתבע ובא והודה בפניהם הרי אלו הדיינים כותבים הודאתו ונותנים להתובע דכיון שעומד בדין נעשית כמלוה בשטר שגלוי' לכל ולכן כותבין [רס"י בז"ב] ובב"ד א"צ שיאמר אתם עדי כמו בעדים כאשר יתבאר בסי' פ"א דבלא זה יכול לומר משטה אני בך אבל בב"ד א"צ זה דאין אדם משטה בב"ד [לבוש] והב"ד צריכין שיכירו שניהם המלוה והלוה כדי שלא יערימו שניהם לחייב איש אחר וזהו דעת הרמב"ם אבל רבים חולקין עליו דא"צ להכיר רק הלוה ולא המלוה כמבואר לקמן בסי' זה דכותבין שטר ללוה אע"פ שאין מלוה עמו [וכן סכריע סס"ך] וכשב"ד כותבין השטר יש לו כל דין שטר ואינו נאמן לומר פרעתי וגובה המלוה מנכסים משועבדים :

טו בד"א שכשהודה בב"ד הוי כמלוה הכתובה בשטר ולפיכך כותבים ונותנים להמלוה דוקא כשלא קבל עליו את הדין עד ששלחו והביאוהו כמו שנתבאר אבל שנים שבאו לדין ותבע אחד מהם את חבירו ואמר לו מנה לי בידך ואמר לו הנתבע הן אין כותבין ונותנין לו דב"ד אין כותבין אם לא שלחו אחריו שאז גלוי לכל דהוי מעשה ב"ד אבל כשבאו מעצמם אין זה גילוי ופרסום והוי כהודאה בפני עדים וכן כשאומר לאחר זמן פרעתי נאמן וישבע היסת שפרעו כדין מלוה ע"פ ועוד יתבאר בזה בסי' ע"ט ע"ש ואף גם ליתן פס"ד כמו כל פסקי דינין שב"ד נותנין אין נותנין כאן דלפי מה שיתבאר בסעי' ט"ז לדעה הראשונה שהיא דעת הרי"ף והרמב"ם כל פס"ד הוא מעשה ב"ד לכל דבר ואין נאמן לומר פרעתי נגד פס"ד וגובה ממשועבדים דזהו עצמו מעשה ב"ד ואין כותבין פס"ד רק אם שלחו אחריו שיבא לב"ד ולא בא מעצמו או אפילו כשבא מעצמו רק שנתחייב מתוך טענותיו כגון שטען שאינו חייב והב"ד הגידו לו שהוא חייב אבל היכא שבא מעצמו ותיכף הודה לבעל דינו אין זה חיוב ב"ד כלל אלא כמודה בפני עדים ונאמן לומר פרעתי ואין הב"ד כותבין שום דבר [ככ"ל בכוונת סרי"ף פ"ק דב"מ וסרמב"ס פ"ז מס"ע וסו"ק] ואף לדעה השני' שיתבאר דפס"ד אינו מעשה ב"ד אלא רק כדי לזכור מה שפסקו הדיינים ונאמן לומר פרעתי ואין לו דין מעשה ב"ד מ"מ אחר שיצאו מב"ד אם חזר המלוה לב"ד לבקש לכתוב לו פס"ד אין כותבין דחיישינן שמא פרעו ואף דאין היזק בזה דהא יכול לומר פרעתי נגד פס"ד מ"מ אין לנו להטריח לב"ד בחנם אבל אם ידוע לב"ד שעדיין לא פרע כותבין לו פס"ד [ט"ך] ולא כנוסח מעשה ב"ד אלא כנוסח פס"ד לזכרון דברים ולכן אם קודם שיצאו מב"ד מבקש פס"ד נותנין לו לדעה זו ולפנינו יתבאר לדעה זו מה הוא מעשה ב"ד ומה הוא פס"ד של זכרון דברים :

טז כתב רבינו הב"י אם יש בידו פס"ד אין הלוה נאמן לומר פרעתי ורבינו הרמ"א כתב דיש חולקין ואומרים דבכל ענין נאמן הנתבע לומר פרעתי נגד פס"ד ובאור הענין כפי שבארנו בסעי' הקודם דלהרי"ף והרמב"ם כל פס"ד הוא מעשה ב"ד ויש לו כל תוקף מעשה ב"ד דאינו נאמן לומר פרעתי וגובה ממשועבדים דמעשה ב"ד יש לו קול והוי כמלוה בשטר ולכן אין הב"ד נותנים שום פס"ד אם לא באופנים שנתבאר מקודם ולכן צריכין הדיינים להודיע להנתבע שנתנו פס"ד להתובע ואז יזהר הנתבע כשישלם לו שיקבל מהתובע הפס"ד ואם לא נזהר בזה גרם הפסד לעצמו שאם יתבענו התובע פעם אחרת והוא אין לו עדים שפרעו יוכרח לפרוע פעם אחרת ולא יהא נאמן לומר פרעתי ולכן אם הדיינים לא אמרו לו שנתנו פס"ד נאמן לומר פרעתי והדיינים נאמנים לומר שלא אמרו לו ולא שייך בדיינים לומר שאין נאמנים כמו בעדים שאין חוזרים ומגידים דב"ד נאמנים ובפרט בזה דאין חוזרים ומגידים לגמרי [ש"ך] דאין סותרין דבריהן הראשונים אלא ששכחו מלהגיד להנתבע ואף שעשו שלא כדין מ"מ נאמנים בזה ואם אינם זוכרים אם אמרו להנתבע או לא חזקה שמסתמא כדין עשו ואמרו לו ואם נתברר להדיינים שהתובע איחר כמה ימים הפס"ד בידו ולא תבעו בב"ד שיפרענו סברא הוא שפרעו מדשתיק כולי האי ויש להדיינים לחקור הרבה בזה ולהבין אם מה שלא תבעו הוא מחמת שפרעו או לא ויפסקו בזה כפי הבנתם בהענין [ככ"ל] ולדעה השני' פס"ד אינו מעשה ב"ד כלל אלא זכרון דברים בעלמא ולכן אין לזה דין שטר כלל ונאמן לומר פרעתי וא"צ הדיינים להודיעו כלל שנתנו לו פס"ד ויכולין ליתן על כל דבר פס"ד תיכף לאחר שהגידו הדין כמו שנתבאר בסעי' הקודם ולפ"ז צריך להפריש החילוק שבין מעשה ב"ד לפס"ד ונ"ל שפס"ד הוא כשכותבין כאשר באו פלוני ופלוני וטענו כך וכך ופסקו שחייב

כך

כך וכך ולא יותר ומעשה ב"ד מקרי כשכותבין שפלוני חייב לשלם כך וכך ומשועבד הוא וכל מה שיש לו לחוב זה וכה"ג דברים שכותבין בשטרי חובות ושטרי שעבוד ושטרי מכר ותן לחכם ויחכם עוד [ככ"ל] וכמדומה שעתה המנהג כדעה השני' ואין נזהרין לקבל הפס"ד בחזרה כשפורעו :

יז כלל הענין שבארנו שאין כותבים ההודאה אם לא ציוה לכתוב שטר או שקנו מידו זהו דוקא כשהודה שמגיע לו מעות או מטלטלין אפילו המטלטלין הם של פקדון שנתן בידו ועדיין הם בעין מ"מ אין לכתוב שטר על זה דשמא יחזור לו המטלטלין ובעל השטר יחזור ויתבע אותן ממנו בהשטר [סמ"ע] אבל אם ההודאה היא על קרקע או מחובר לקרקע כגון שהודה שביתי פלונית היא של ראובן אזי אפילו הודה בפני שנים ולא קנו מידו ולא אמר להם כתבו וחתמו הרי אלו כותבים ונותנים שאין כאן לחוש שמא יתן לו ויתבענו פעם שנית :

יח שטר הודאה או שטר הלואה שהובא לב"ד וחתמו בו שנים ואינו מבואר בו שאמר להם המודה כתבו וחתמו כשר דמסתמא לא הי' כותבין אם לא הי' מצוה אותם או כשקנו מידו וי"א דזהו דוקא בימי הקדמונים שהיו הסופרים בקיאין בדין אבל עכשיו שנתמעטה התורה בעוה"ר ואין בקיאין בדין חיישינן שמא כתבו וחתמו בלי ציוויו ובלי קנינו ואין טורפין בשטר זה מלקוחות אבל לגבות מהלוה עצמו שטר כשר הוא ולא יוכל לכפור דלא חשדינן להו שמשקרי בעיקר הענין ושטר כזה לא מיקרי מפי כתבם [כקושיית הש"ך] כיון שנכתב בלשון שטר הוי ככל שטרות [תו"ת] ואפילו אם לא ציוה אותם לכתוב דאין נ"מ בזה רק לענין לקוחות [ככ"ל דלא כנס"מ] ושנאמן לומר פרעתי דהוי כמלוה ע"פ [כן משמע מש"ך ס"ק ל"ג] ואם העדים אומרים שצוה להם נאמנים דלא הוי כחוזרים ומגידים דהא אינם סותרים דבריהם אלא שלא הזכירו זה בשטר ויש לו כל דין שטר ואם הלוה מודה שאמר להם כתבו וחתמו אם העדים מתו נאמן לומר פרעתי במגו שהי' אומר שלא צוה להעדים אבל אם העדים חיים אינו נאמן [הגרע"ת] :

יט וכן שטר כזה שיצא מב"ד כגון שניכר מתוך השטר שלא נכתב בלשון בפנינו עדים אלא שכתוב בפנינו ב"ד הודה וכו' אם כתוב בו שהלוה ציוה להם לכתוב אין נ"מ בזה דאפילו אינם אלא שנים כיון דדי בשנים אף שכתוב בלשון ב"ד כשר [סמ"ע] ואם לא כתוב בו שהלוה צוה להם לכתוב חיישינן לב"ד טועין שטעו לומר שהודאה בפני שנים הוי כהודאה בב"ד ואין לזה דין שטר אם לא שמוכח מתוך השטר שהיו שלשה רק שהשלישי לא חתם א"ע ואז השטר כשר כגון שכתוב בו במותב תלתא כחדא הוינא או אפילו שכתוב בפנינו ב"ד סתמא רק שנכתב בו וחד ליתוהי או שכתוב בו שנעשה בפני חכם מומחה ומסתמא אותו המומחה לא הי' טועה בזה ששנים חשובים ב"ד וגם האידנא יש דין מומחה לענין זה [ש"ך] או שכתוב בו בתוך הדברים ואמר לנו פלוני דממילא מוכח ששלשה היו וכיוצא בזה וכבר נתבאר בסי' ג' סעי' ה' דמומחה לרבים אף שנחשב הודאתו בפניו כמודה בב"ד מ"מ אין על זה דין מלוה בשטר ע"ש :

כ כותבין שטר ללוה אע"פ שאין מלוה עמו דמאי איכפת לנו כשרוצה לחייב עצמו ועכ"ז אם המלוה מוחה מלכתוב באמרו שאין רצונו שיחזיקוהו כעשיר או שאר טענות שומעין לו ואין כותבין בע"כ אבל למלוה אין כותבים בלא הלוה ואפילו אומר המלוה כתבו שטר והתמוהו ויהי' בידכם ואם יבא הלוה היום להקנות ממנו תתנוהו לי ואם לאו תקרעוהו אין שומעין לו דאולי רוצה המלוה בזה איזה ערמה ותחבולה ויותר מזה אפילו אם הלוה כבר קבל בק"ס לפני עדים בלא המלוה שחייב למלוה פלוני כך וכך ואח"כ בא המלוה לבקש לכתוב לו על אותה הודאה בק"ס מ"מ אין כותבין לו לפי אותה דעה שנתבאר בסעי' י"ב דלא אמרינן סתם קנין לכתיבה עומד אלא כשהיה הקנין בפני המלוה :

כא בד"א שכותבין שטר ללוה בלא המלוה כשקנו מיד הלוה דאז תיכף נשתעבדו נכסיו להמלוה אפילו כשלא בא לידו השטר כלל וכ"ש כשהי' הקנין בפני המלוה אזי אפילו לא נכתב [נס"מ] אבל שטר בלא קנין אין כותבין אפילו מסר הלוה מעות בפנינו דחוששין שמא יכתוב היום וילוה ממנו במשך זמן מהיום ואז ימסור לו השטר ולפי האמת לא נשתעבדו נכסיו רק מיום מסירת השטר אפילו כשהיתה ההלואה מקודם וצריכין לחוש שמא יגבה המלוה מהלקוחות מזמן כתיבת השטר דהלקוחות לא ידעו שלא נמסר לו השטר ביום הכתיבה אבל בקנין הלא משעבד עצמו מהיום דכל ק"ס הוא מעכשיו כמו שיתבאר בסי' קצ"ה אמנם יש תקנה שיכתבו גם בלא קנין כגון שהעדים יקבלו תיכף השטר לידם וימסרו ליד המלוה או שיזכו בקבלתם בעדו דהא זכין לאדם שלא בפניו [סמ"ע] ולדעת רבינו הרמ"א יש עוד תקנה שיכתבו בשטר מפורש שמשעבד לו הנכסים מעכשיו ואז אפילו בא השטר להמלוה אחר זמן גובה כדין מלקוחות מזמן הכתיבה אבל האחרונים חולקים על זה דלא מהני מה שנכתב בשטר לפי דעה זו דמצרכת קנין דוקא :

כב ויש מרבותינו הראשונים שפסקו דאפילו בשטר בלא קנין כותבין ללוה בלא המלוה משום דס"ל דמיד כשחתמו העדים בשטר תיכף נשתעבדו נכסיו להמלוה ואז כשבא השטר ליד המלוה אפילו לאחר זמן ואפי' היתה ההלואה לאחר זמן נשתעבדו נכסיו מזמן הכתיבה אבל כשלא בא ליד המלוה השטר כלל אינו משתעבד

משתעבד וממילא דאין שום חשש לכתוב להלוה דממ"נ אם לא יגיע השטר ליד המלוה תהי' מלוה ע"פ ולא יגבה מהלקוחות ואם יבא השטר לידו יגבה בדין מהלקוחות מזמן הכתיבה אך רבותינו בעלי הש"ע לא הביאו דעה זו כלל [הסמ"ע סס"ך פסק דסמוחזק יכול לומר קים לי כדעה זו] :

כג אמר הלוה להעדים קנו ממני שאני חייב לפלוני כך וכך ותכתבו לו שטר הרי אלו כותבין ונותנין ליד המלוה כשאינו מוחה בהם אבל אם אומר כתבו ותנו אותו בידי לא יתנו למלוה ולא יזכה המלוה עד שיצא מת"י הלוה ואז זכה בו המלוה משעת הקנין [ש"ך] ואפילו לדעה שני' שנתבאר בסעי' י"א שאחר הקנין אינו יכול למחות מ"מ כשאמר מפורש בשעת הקנין כתבו ותנו לידי אין נותנין ליד המלוה :

כד המודה א"ע נגד שנים או שלוה משנים וצוה לכתוב שטר על שם שניהם אע"פ שנמסר לאחד מהם כיון דהם שותפים בהחוב ששניהם נתנו המעות יש להשני ג"כ דין שטר לגבות מלקוחות וכמו שנתבאר בסי' ע"ז דכל אחד יכול לגבות אבל אם באמת לא לוה מהם מעות רק שעתה מתחייב א"ע לשנים מנה וכמו שיתבאר בסי' מ' שיכול אדם לחייב א"ע אם לא קנו מידו וצוה לכתוב שטר על שם שניהם והשטר נמסר לאחד מהם אותו שקבל השטר יש לו דין שטר וגובה חלקו ממשועבדים ולזה שלא נמסר השטר אין לו רק דין מלוה בע"פ דכיון דלא קבל השטר לא זכה בהשטר עדיין ולא נעשו כלל שותפים בהשטר דבמה נעשו שותפים כיון דזה לא זכה עדיין בהשטר לכן יגבה זה חלקו ממשועבדים ואינו נאמן לומר נגדו פרעתי וזה יגבה חלקו מב"ח ונאמן נגדו לומר פרעתי אבל אם קבל בקנין וחייב א"ע לשניהם בקנין כיון דסתם קנין לכתיבה עומד ממילא דנשתעבד משעת הקנין לשניהם ונעשו שותפים ואז אפילו נמסר לאחד מהם הוה כנמסר לשניהם ואפילו מת ולא ידע כלל שנמסר השטר להשני זכה בחלקו ויגבוהו היתומים ויש לזה כל דין הלואה בשותפות שנתבאר בסי' ע"ז ואפילו אמר לעדים בשעת הקנין שיכתבו ויתנו השטר לידו והוא מסר אח"כ לאחד מהם ג"כ נשתעבד לשניהם בשותפות מפני הקנין [ככ"ל] :

כה עדים שראו קטן שקנו מידו לא יכתבו עליו שטר כי הקנין שלו אינו כלום וכן אם אמר כתבו אינו כלום :

כו עדים שראו דבר לזכותו של ראובן ואין זכותו נגמר עד שיביא עוד עדים שראו עוד דבר אחר ובלא הדבר האחר אין זכות זה כלום אם כותבים העדים לע"ע מה שראו ונותנים לו יתבאר בסי' ר"ה :

כז ראובן שהבטיח להלות לשמעון מנה וא"ל לך לסופר ולעדים שיכתבו ויחתמו שטר שאתה חייב לי מנה והלך וכתבו לו כפי שנתבאר דכותבין ללוה בלא מלוה ואח"כ חזר בו ראובן ואינו רוצה להלותו אין לשמעון טענה עליו כי במה קנה שמעון ההלואה ואפילו אם קבל ראובן בק"ס אינו כלום דמעות אינו נקנה בק"ס כמו שיתבאר בסי' ר"ג ואפילו שמעון קנה בק"ס וממילא נשתעבדו נכסיו לראובן ג"כ אינו כלום דעב"ז במה נשתעבדו המעות או נכסיו של ראובן להלואה שלא יהא יכול לחזור בו אבל צריך ראובן להחזיר לו שכר הסופר מדינא דגרמי [לבוש] אבל אם אמר לו שיביא לו משכון וילונו עליו והביא לו המשכון והמלוה החזיק בו לא יוכל לחזור בו דבמשיכתו במשכון קנה זה הדמים שנדר להלותו וכן כשהבטיחו להשאיל לו חפץ פלוני יכול לחזור בו אבל אם קנה המשאיל בק"ס אינו יכול לחזור בו דאותו החפץ נקנה להשואל בחליפי הקנין ויש חולקים במשכון [קצה"ח] וכ"נ דלא מצינו קניין במשכון קודם הלואה [ודברי הסמ"ע ל"ע] :

כח בכל השטרות צריך הלוה ליתן שכר הסופר דהא הנאה שלו היא ואפילו בשטר עסקא נותן הלוה שכר הסופר דאע"ג דגם להמלוה יש הנאה מ"מ עיקר ההנאה היא של הלוה ואם המלוה אבד השטר וצריך לשטר אחר צריך הוא לשלם בעד השטר השני להסופר וכן כשצריך הלוה לכתוב שובר משלם המלוה דהי' לי' לשמור שטרו אבל אם עבר הזמן וצריך לשטר אחר ואפילו אבד שטר ראשון ישלם הלוה להסופר דהמלוה יכול לומר שלם לי [תו"ת] •

סימן מ [דין המחייב עצמו לחבירו ובו ב' סעיפים] :

א בסי' הקודם בארנו איזה פרטים מדיני הודאה ועיקר דין הודאה שבאיזה לשון מתחייב בהודאתו יתבאר בסי' פ"א וכל זה הוא שמודה שבאמת חייב לו מעות אבל יש שיכול להתחייב א"ע אפילו לא לוה ממנו מעות מעולם ועכ"ז יתחייב בבך כיצד שכותב בכתב ידו אני פלוני חייב לפלוני מנה ומוסר לו השטר נתחייב ליתן לו אע"פ שידענו שלא לוה ממנו מעולם ואם מסר לו השטר בינו לבין עצמו אינו גובה ממשועבדים רק מבני חורין ואם מסר לו בפני עדי מסירה גובה גם ממשועבדים כמו שיתבאר בסעי' ב' אבל בע"פ אין חיובו חיוב כלל אפילו בפני עדים ודעת הרמב"ם שאפילו בע"פ יכול לחייב א"ע כיצד האומר לעדים הוו עלי עדים שאני חייב לפלוני מנה או שכתב לו בשטר הריני חייב לך מנה אע"פ שאין שם עדים או שאמר לו בפני עדים הריני חייב לך מנה בשטר אע"פ שלא אמר אתם עדי הואיל שאמר בשטר הרי

זה כמו שאמר הוו עלי עדים וחייב לשלם אע״פ ששניהם מודים וגם העדים יודעים שלא הי׳ לו אצלו כלום שהרי חייב עצמו כמו שישתעבד הערב וטעמו נראה שיכול לשעבד הגוף באמירה בעלמא לחיוב ממון אם אין בזה שום תנאי דכשיש תנאי בזה הוי אסמכתא ووודאי כשמחייב עצמו בדבור ליתן לו חפץ פלוני אין זה כלום דהחפץ אינו נקנה אלא באיזה קנין כגון במשיכה או מסירה או הגבהה או ק״ס אבל שעבוד הגוף לממון מהני אבל לא לגבות ממשועבדים כמו שאמרו חז״ל [ב״מ ל״ד ב׳] דבעלים משתעבדי באמירה בעלמא להשאיל גופו וכמו ערב דמשעבד גופו להחוב ורבים מראשונים חולקים על זה אבל במחילה כגון כשאומר לאחד קבלתי ממך כך וכך על החוב שלי שיש בידך אע״ג דידעינן דלא קבל או שאומר הריני מוחל לך החוב על סכום כך וכך לכ״ע הוי מחילה ואין יכול לחזור בו דמחילה א״צ קנין כמו שיתבאר בסי׳ רמ״א ודווקא שלא טעה אבל אם טעה שהי׳ סבור שקבל ממנו ונתברר שלא קבל מחילה בטעות לא הוי מחילה וכ״ש מי שמודה לחבירו בחזקת שחייב לו ואח״כ נודע שטעה ונתברר הדבר בעדים או שהודה המלוה שאינו חייב לו אפילו מסר לו שטר בעדים או שקבל בק״ס הרי זה הודאה בטעות ואינה כלום דכל קנין בטעות חוזר [ס״ך] וכן שטר בטעות אינו שטר כלל:

ב לוה שכתב בכת״י וחתמו עליו עדים אפילו מסר לו השטר שלא בפני עדים הרי זה גובה ממשועבדים וכן אם כתב שטר בכת״י אע״פ שלא חתמו עליו עדים אלא שמסר להמלוה בפני עדים הרי זה מלוה בשטר וגובה ממשעבדי דעדי מסירה הוי כעדי חתימה והם מוציאים הקול ג״כ ולכן גובה ממשעבדי ודוקא שיקראו העדים את השטר שנמסר בפניהם ושיהי׳ השטר כתוב בכתב ידי הלוה דאז אינו יכול לזייף בקל אבל בכתב ידי אחר אינו שטר [סמ״ע] ויש מהגאונים שהורו שצריך הלוה לומר להעדים שמסרו בפניהם חתמו והעידו שנמסר בפניכם כדי שיהי׳ לזה קול שאם לא אמר להם כן אין לזה קול [ס״ך] וא״צ שיחתמו על שטר הזה אלא אף בכתב אחר יכתבו שפלוני מסר שטר כזה לפלוני בפנינו ואז גובה ממשעבדי ואם לא אמר להם כן אינו גובה אלא מבני חורין ולא ממשועבדים ונ״ל דכשאמר כן להעדים אזי אף אם לא כתבו גובה ממשעבדי דע״י האמירה להם יצא הקול:

סימן מא [דין מי שנמחק או אבד שטר חובו ובו י״ב סעיפים]:

א מי שיש בידו שטר ורואה שבלה והוא עומד להמחק לגמרי מעמיד עליו עדים בין אותם שחתומים על השטר ובין עדים אחרים שמכירים החתימות ויודעים מה שבשטר ומביאם לב״ד ומעידים לפניהם והב״ד עושים לו קיום וכן אם נמחק לגמרי מאחר שהעדים יודעים מה היה כתוב בו מעידים לפני ב״ד ועושים לו קיום ועדות זו יכולים להעיד אפילו שלא בפני הלוה ואפילו בנמחק לגמרי דאם נצריך להמתין על הלוה שמא ישכחו הדבר ויפסיד המלוה והתירו בזה כמו ברוצים לילך למדה״י שנתבאר בסי׳ כ״ח שמקבלים שלא בפני בע״ד [תו״ת] וכשהשטר עדיין לא נמחק לגמרי לא צריכים באמת לעדים כלל דהב״ד בעצמם יכולים לקרותו [סמ״ע] אלא דטוב יותר להמלוה שיעמיד עדים דשמא עד בואו לב״ד מתמחק עד שהב״ד לא יוכלו לקרות אבל העדים בעצמם אפילו העדים החתומים על השטר אסור להם לעשות שטר חדש בעצמם ואפילו נמחק השטר בפניהם העדים אין להם כח לכתוב שטר בין מזמן הראשון בין מזמן זה בלא ציווי הלוה והמלוה אבל ב״ד יש להם כח זה והטעם דעדים כיון שעשו שליחותם בפעם הראשון שוב אין להם כח לעשות שום שליחות בלי ציווי הבע״ד ולכן אם טעו בכתיבתם הראשונה ולא נכתב כהוגן יכולים לכתוב עוד הפעם מאחר שלא עשו עדיין שליחותם:

ב זה שאמרנו דב״ד עושים לו קיום כשנמחק דוקא כשידוע בעדים שנמחק באונס ע״פ איזה סיבה או מפני יושנו אבל כל שאינו מתברר שנמחק ע״פ סיבה אין עושים לו קיום דחוששין כיון שלא חשש לשמור את השטר והניחו במקום שראוי להמחק שמא הוא שטר פרוע ולכן בלא הלוה אין לעשות בזה קיום וכ״ש אם נתודע שהמלוה מחק השטר מרצונו וודאי דאמרינן שטר פרוע הוא:

ג כיצד הוא הקיום כותבים שטר אחר בלשון זה אנחנו ב״ד פלוני ופלוני ופלוני הוציא פלוני בן פלוני שטר מחוק לפנינו על סך כך וכך וזמנו ביום פלוני ופלוני ופלוני עדיו והם ג״כ עדים שנמחק השטר ואם עדי המחק הם עדים אחרים צריכים להזכירם בשטר שפלוני ופלוני העידו על מחיקת השטר ושכך וכך הי׳ כתוב וחתום בו והטעם שצריך להזכירם כדי שיוכל הלוה לעמוד עליהם ולפוסלם באם שהעידו שקר [סמ״ע] והדיינים חותמים על השטר ויש לזה השטר כל כח ותוקף של השטר הראשון:

ד בסי׳ מ״ו יתבאר שכל שטר צריך קיום ב״ד ואז לא יוכל הלוה לפוסלו בטענת מזוייף או שארי טענות שיתבארו שם ואחד מדרכי הקיום הוא שעדי השטר יבואו ויעידו כל אחד לומר זה חתימת ידי או ששנים אחרים יעידו על חתימות ידם ויתבאר שם דלדעת הרמב״ם כשעדי השטר מעידים צריכים בעדותן שיודו גם

גם על גוף הענין שיאמר כל אחד ואני עד בדבר הזה ואף לדעת החולקים שם דא"צ להעיד רק על חתימת ידם אבל צריך כל אחד להעיד על חתימת שניהם וכשאחרים מעידים די שיעידו על חתימת ידם גם לדעת הרמב"ם והנה שטר מחוק זה שבא ליד ב"ד אם המלוה רוצה שיהא גם קיום ב"ד שלא יהא לוה נאמן לפסול השטר צריכים ב"ד כשמקבלים העדות מעדי השטר עצמם שיעידו כל אחד על שניהם שזה חתימת ידם או לדעת הרמב"ם שיאמר כל אחד ואני עד בדבר הזה ואז הוי מקויים ככל שטרות מקויימים בהנפק ואם עדים אחרים מעידים אע"ג שבשטרות אחרים די שיעידו על החתימות וכמ"ש מ"מ כאן שנמחק השטר הוי כעדות חדש וצריכים דרישה וחקירה שבארנו בסי' כ"ח דהיינו שיעידו זה שלא בפני זה [כס"מ] ולכן אף שהב"ד לא יזכירו כל זה בפרטיות אך אם כתבו והוזקקנו לעידותן של עדים ונמצאת מכוונת גובה בשטר זה וא"צ קיום אחר דאין הלוה נאמן לערער עליו דכיון שכתבו הב"ד זה הלשון מסתמא עשו כדין קיום דאל"כ למה הוסיפו דברים אלו ואם לא כתבו לשון זה יצטרך המלוה אח"כ להביא ראי' כשיערער הלוה כמו כל שטר דמצרכינן קיום וכשלא יביא ראי' הוה ככל שטר שאינו מקויים ומטילא נלמד מזה דאם השטר אינו מחוק לגמרי שיכולים לקרותו ועדים אחרים מעידים על חתימת ידם אז אף אם לא כתבו כן הוי שטר מקויים דהא זהו קיום כל השטרות [ככ"ל]:

ה יש מי שאומר שצריכים הב"ד לכתוב בהקיום שקרעו השטר הראשון דאם לא קרעו הראשון פסול דחיישינן שמא יעמוד שני כתי עדים על השטר המחוק שידעו מה הי' כתוב בו וילך עם כל כת לב"ד אחר ויהי' בידו שני שטרות ויגבה ויחזור ויגבה לכן יזהרו הב"ד להזכיר שקרעו הראשון ואע"ג דאף אם לא הזכירו זה מסתמא כדין עשו וקרעו השטר דלא חיישינן לב"ד טועין אבל מ"מ כדי שלא יהי ספק בזה יזהרו לכתוב כן [ס"ך] ולכן בשטר מתנה או שטר מכר שמבואר בו שאין בו אחריות שנמחק כותבים לו אחר אע"פ שלא נקרע הראשון דאין חשש בזה כיון שהוא על קרקע מיוחדת ודוקא כשאין בשטר מתנה אחריות אבל כשכתוב בה אחריות וכן בשטרי מקח וממכר צריכים לקרוע הראשון דאיכא חששא שיטרוף משני לקוחות כשיטרופו הקרקע ממנו ויעשו שניהם קנוניא ביניהם [ט"ס] או שיכתבו ששטר זה לא נכתב לטרוף בו ממשעבדי ולא מב"ח אלא כדי להעמיד קרקע זו ביד המקבל מתנה או הלוקח כדי שהנותן או המוכר לא יוציאנה מידו אבל בשטר הלואה א"א לכתוב כן דהא עיקר השטר הוא רק כדי לגבות בו אבל שטר מכר ומתנה עיקר השטר להעמיד קרקע זו בידו אך צריכים ליזהר במתנה ג"כ שיכתבו מזמן הראשון ולא מזמן שכותבים לו ב"ד משום דחיישינן שמא אחר המתנה חזר המקבל ומכרה או נתנה להנותן בקנין גמור ואח"כ יוציא שטר קיום זה ויאמר שחזר ונתנה לו במתנה אח"כ:

ו מי שבא ואמר נאבד שטר חובו ומבקש מב"ד שיכתבו לו שטר אחר אפילו הביא עדי שטר הראשון ומעידים שכתבו ונתנו לו וליכא למיחש שמא כתב ללות ולא לוה ואפילו הביא עדים שנאבד לו השטר מ"מ אין הב"ד כותבים לו שטר אחר דחיישינן שמא ימצא גם הראשון ויגבה שני פעמים וכמ"ש בסעי' הקודם אלא א"כ עדים מעידים שנשרף השטר וכיוצא בזה שאינו בעולם כלל אזי כותבין לו שטר אחר ולא חיישינן שמא יהי' לו כמה כתי עדים שנשרף השטר ויגבה בכל כת מב"ד אחר דבאמת כשפורע לו ע"פ עדים שנשרף השטר יכתוב לו המלוה שובר וכשיבא לגבות פעם אחרת יוציא זה השובר שפרעו ולכן זה שאמרנו שאפילו הביא עדים שנאבד השטר אין כותבים לו שטר אחר שמא ימצא השטר הראשון אין איסור רק אם הב"ד אינם מודיעים להלוה שאז יש חשש שמא ימצא השטר הראשון ויגבה בו תחלה ולא יעלה על דעת הלוה לבקש ממנו שובר כיון שמחזיר לו השטר והוא אינו יודע שנאבד ושהב"ד כתבו לו עוד שטר אבל כשהב"ד מודיעים להלוה יכולים לכתוב לו שטר אחר והלוה יהי' זהיר כשיפרענו לקבל ממנו שובר ולכן יזהרו ב"ד כשיביא המלוה עדים שנאבד שטרו להודיעו להלוה [ס"ך] ואף שיש חשש שמא יגבה מיתומים והם לא ידעו מזה אך אין בכוונתינו להפסיד להמלוה חובו במקום שלא פשע מפני חששות כאילו [ככ"ל] אבל אם לא הביא עדים שנאבד אין ב"ד נזקקין לו שמא יש איזה ערמה בדבר אבל כשהביא עדים מוכרחים להזדקק לו שלא יפסיד חובו ועל כן אין לב"ד לכתוב העתקת שום שטר אם לא יראו שיש בו צורך כגון נמחק או נשרף או נאבד בעדים ואם אחד הביא טופס שטר לב"ד ולא נכתב בהטופס טעם למה כתבוהו אין ב"ד גובים בו עד שיוציא גוף השטר דחיישינן שאלו שכתבו לו הטופס טעו ויבא הלוה לידי קלקול שיגבה ממנו שני פעמים דאם לא היו טועים בזה היו מזכירים בהטופס הסיבה אשר מפני זה כתבוהו:

ז וכל זה בשטרי הלואה או שטרי מקח ומתנה שיש בה אחריות אבל שטר מתנה שאין בה אחריות ושטר מקח שמבואר בו שלא נמכר באחריות אם אומר שאבד שטרו אפילו לא הביא עדים שנאבד ממנו כותבים לו דאין שום חשש בזה וכמ"ש בסעי' ה' אבל ללא צורך כלל כגון שאינו אומר שנאבד שטרו אלא שמבקש עוד טופס אין מטפיסין לו אפילו במכר ומתנה כי אין מטפיסין שום שטר ללא צורך אבל בצורך קצת כותבין כגון בשטר צואה שכתוב בו מתנות לכמה אנשים ובא אחד מהם לב"ד שיכתבו לו לבדו חלקו על שטר

שטר בפ"ע כדי שיהי' בידו שטר בפ"ע כותבים לו דאין היזק בזה דשטר צוואה לא לגוביינא מלקוחות הוא דלאו שטרא הוא וגם היתומים יכולים לומר פרענו ואין חשש שיגבה מהם שני פעמים ומה שנתבאר בסי' רנ"ה דשטר צוואה מיחשב שטר גמור אפילו לטרוף בו ממשעבדי אינו דומה לשטר צוואה זו דשם מיירי שהשכ"מ בעצמו צוה לעדים לכתוב לו שטר ולהקנות לו רק שכתבו בלשון צוואה וזהו שטר גמור אבל בכאן הוא שטר צוואה שהעדים כותבים מה ששומעים מפי השכ"מ ואין לזה דין שטר כלל [ס"ך ס"ס רנ"ג] כמו צוואה שכותב ליורשיו דודאי שאם בא אחד מהיורשים לבקש מב"ד שיכתבו לו חלקו דכותבים ונותנים לו :

ח וכן שטר הלואה שאינו ביד המלוה ומונח ביד שליש ששניהם השלישו בידו והשליש מודיע שנאבד אפי' לא הביא עדים כותבים לו שטר אחר דבזה אין חשש שמא ימצאנו הלוה כיון דלאו מידו נאבד ואינו יודע המקומות שנאבד אין חוששין שמא ימצאנו ולהשליש מאמינים אע"פ שלא הביא עדים [ככ"ל] וכן אם ידוע שהמלוה הפקיד השטר ביד אחר והביא המלוה עדים שנאבד מיד אותו האיש שהפקיד אצלו כותבין לו שטר אחר אפילו כשאינם מודיעים להלוה ומודיעים להנפקד שכתבו לו שטר אחר דאל"כ יש חששא שמא ימצאנו הנפקד ויחזיר לו ויגבה בו [נס"מ] אבל להודיע להלוה מפני החשש שהמלוה ימצאנו אין חוששין דכיון דלאו מידו נאבד ואינו יודע המקומות שנאבד אין חוששין שמא ימצאנו :

ט וכן כשהלוה במדינת הים והמלוה צריך לילך לשם לגבות חובו והושש המלוה שמא יאבד שטרו בדרך יכול לבא לב"ד וכותבים לו שטר אחר והוא מניח שטרו ביד ב"ד שבעירו וכותבים כל זה בטופס השטר שמפני סיבה זו נתנו להמלוה טופס ואז הב"ד שבמקום הלוה יודיעו להב"ד שבמקום המלוה כשיפרע לו חובו ואז יקרעו הב"ד השטר הראשון שבידם ואם בא ואמר שאבד הטופס בדרך נותנים לו טופס אחר אף אם אין ידוע בעדים שנאבד ולא חיישינן שמא יגבה בשני הטופסין דכשגובה בהתפיסה צריך לבקש שובר ויכתוב לו [נס"מ] אבל גוף השטר אין מחזירין לו אם לא שהביא עדים שנאבד בדרך ולא חיישינן שמא ימצאנו דכשנאבד בדרך מסתמא אין מחפש אחריו [שס] :

י זה שבארנו דבשטרי מכר ומתנה באחריות צריכין ג"כ ליזהר שלא ליתן טופס שלא לצורך היינו כשכותבין בלשון שטר אבל כשכותבין אות באות מועתק מהשטר וכותבין בו שהוא העתקה מהשטר ואין לזה דין שטר כלל לענין לגבות בו ממשעבדי דהא ניכר שהשטר הראשון בשלמות ולכן להעתק כזה א"צ ב"ד ואף עדים יכולים להעתיק זה ורק שיהיו עדים כשרים אבל בשטר הלואה אין כותבין בלא ב"ד וכמו שבארנו [עיי' תו"ת] :

יא מי שהי' לו חוב על חבירו בשטר ובא ואמר שאבד השטר אם אין לו עדים על זה שאבדו ואין עדים בכאן שיודעים כלל מהשטר אם הלוה אומר להד"ם שלא הי' כלל שטר ממני ולא לויתי ממך מעולם נאמן וישבע היסת אבל אם יש עדים שהי' לו שטר כזה והלוה אומר להד"ם הוחזק כפרן על פיהם וצריך לשלם אבל אם אומר פרעתי נאמן בשבועו היסת אפילו עדי השטר עצמם קיימים ואפילו קנו מידו בעת ההלואה ואפילו הי' השטר לזמן ועדיין הוא בתוך הזמן שגם במלוה בע"פ אינו נאמן לומר פרעתי מ"מ כאן שהי' לו שטר ואינו תחת ידו ואין לו עדים שנאבד גרע טפי שאנו חוששין שמא פרעו ולפיכך לא שמרו ולכן נשבע הלוה היסת ופטור ויותר מזה אפילו היה השטר יוצא מתחת ידי אחר שאותו האחר מצאו וטוען הלוה ממני נפל אחר שפרעתי אע"פ שהוא בתוך זמנו נשבע היסת ונפטר שכיון שאין השטר ביד המלוה לא אמרינן חזקה אין אדם פורע תוך זמנו דכיון דנפל איתרע לי' וגרע ממלוה ע"פ אבל אם הפקידו המלוה אצל אחר והשטר יוצא מתחת ידי הנפקד אין הלוה נאמן לומר פרעתי וממני נפל ואתה מצאתו ואע"פ שלא הפקידו אצלו בעדים ואע"ג שאינו שליש ממש דהא המלוה לבדו הפקיד אצלו מ"מ נאמן במיגו שהיה מחזיר להמלוה וכמו שיתבאר בסי' נ"ו :

יב עיר שכבשוה כרכום ונחרבה או שנשרפה וידוע שהי' לראובן שם שטרות מסתמא הם בחזקת אבודים וכותבים לו ב"ד שטרות אחרים ע"פ העדים שיודעים מאילו השטרות ואפילו אם הלוה עומד ומוחה אין משגיחין בו מיהו הכל לפי ענין החורבן או השרפה וכפי ראות עיני הב"ד בזה :

סימן מב [דין כותבין השטר בכל לשון ודין אם אין המטבע מפורש בו ובו ד' סעיפים] :

א אין כותבין שט"ח על דבר שיכול להזדייף ואם כתבו עליו פסול אפילו לגבות בו לאלתר אע"ג דאיכא למימר כיון שבא לגבות מיד אם הי' בו שום זיוף היו העדים זוכרים אפילו הכי פסול דשטר לא מקרי אלא כשראוי להתקיים ימים רבים כמש"כ בירמי' למען יעמדו ימים רבים ואין לזה רק דין מלוה בע"פ דכיון שאין ראוי להתקיים ימים רבים משום דיכולים לזייפו והעדים ישכחו הדבר לפיכך אין שם שטר עליו ודוקא שטר הלואה או שטרי מכר ומתנה שהי' הקנין בדבר אחר שלא בשטר והשטר נכתב לראי' אבל שטרי אקנייתא והיינו שהקנין היה בשטר זה במכר ומתנה שהשטר אינו עומד לראיה אלא לקנות בו שכותבין בשטר

בשטר שדה זו מכורה או נתונה לך כמו שיתבאר בסי' קצ"א כשר דשטר זה אינו עומד לראיה אלא לקנין וא"צ להתקיים ימים רבים דאחר שכותבין שטר קנין זה כותבין שטר אחר לראי' וכמו שטר דירמיה שהיה במכר אך שנכתב לראי' כמפורש שם בפסוק וכל שטר שאינו עשוי כתקון חכמים לא יעשה לכתחלה אע"פ שאין טעם לפוסלו כמו בדבר שיכול להזדייף שבזה יש טעם גמור לפוסלו אעפ"כ לא יעשה ואם עשה כשר בדיעבד לבד שטר מקושר דלא נהגינן בו האידנא והעדים התומים עליו מבחוץ אפילו בדיעבד פסול משום דהתימות העדים צריך להיות בפנים [ס"ך] :

ב נכתב בכל לשון ובכל כתב ובלבד שידקדק הסופר בכתב ההוא ובלשון ההוא שלא יהא בו שום שינוי וששום רמאות לא יוכלו לעשות בו ויהיה נזהר בכתיבתו כמו שנבאר לפנינו בזהירות בלה"ק ובכתב אשורית שלא יוכל המלוה להוסיף אות או לפחות אות לטובתו כמו כן יזהר הסופר בכל כתב ובכל לשון :

ג מתקוני שטרות הוא להתבונן בווין וזיינין של השטר שלא יהיו דחוקים בין התיבות שמא זייף והוסיף ו' או ז' ולא יהיו מרוחקים שמא מחק אות אחת כגון ה' או ח' והניח רגלה אחת במקום ו' וכל כיוצא בזה מדקדקים ונזהרים בו וכן בכל כתב ולשון ולכן צריך הסופר ליזהר בכתיבת השטר שיהיו אותיותיו דומות זל"ז ויהי' הכתב מיושר ושוה בכל דבריו שלא ירחיק האותיות זמ"ז יותר מדאי ואל ידחוק הכתב יותר מדאי ויכתוב בשוה בכל השטר שלא יהי' במקום אחד דחוק מעט ובמקום אחד מרווח מעט אע"פ שרחק כזה או ריוח כזה יכול לכתוב הני מילי כל השטר אבל שתהא שינוי במקום אחד שבשטר יותר מבמקום אחר יכול לבא לידי קלקול שיוסיף איזה אותיות באותו ריוח ולא יהי' ניכר שהרי יהי' שוה לתיבות המדוחקים קצת שבשטר [סמ"ע] לפיכך אין העדים רשאים לחתום עד שידקדקו היטב בכל אותיותיו ולפיכך כשיבא שטר לפני הדיין צריך לעיין בכל אותיותיו ולדמות אות לאות ואם רואה בו שום שינוי לא יגבה בו עד שיבדוק הדבר היטב וכל דבר שנוכל לתלות במחק דהיינו שבעל השטר מחק מקום זה תלינן והשטר פסול ואם צריך לכוף בעל השטר ולייסרו כדי שיודה יעשה כדי שיוצא הדין לאמיתו ואפילו לא טען הלוה על הדיין מוטל לראות ולהשגיח בהשטר ואם מרגיש בו שום פקפוק יטעון בעדו וי"א דדוקא כשבעה"ש בא להוציא מיורשים או מלקוחות טענינן בעדם דקיי"ל דב"ד טוענים ליורש וללוקח אבל היכא דאתי לאפוקי מלוה או ממוכר ומנותן גופייהו ואינם טוענים שיש ריעותא בשטר לא טענינן להו והב"ד מראים להם השטר וכשאינם מרגישים גם הב"ד לא יטענו בעדם והני מילי כשמודים לכל מעשה השטר אבל אם בפרטיות מהשטר מכחישים איזה דברים אע"ג שאינם טוענים שנעשה זיוף בשטר כיון שמכחישים באיזה דבר מחוייב הדיין לטעון בעדם כשמרגיש איזה זיוף בשטר אף לדעה זו [ס"ך] וכן עיקר לדינא :

ד צריך ליזהר שלא לכתוב בסוף השיטה משלש ועד עשר שמא יזייף ויעשה מעשר עשרים ומשלש שלשים ואם כתוב שלשים בסוף שיטה אין אומרים שמא הי' כתוב שלש ועשה שלשים דחזקה על העדים שעשו כהוגן ולא כתבו שלש בסוף השיטה [כס"מ] ואם כתב בלשון זכר שלשה או עשרה שפיר דמי דליכא למיחש לזיוף דאם יזייף לעשות משלשה שלשים יצטרך למחוק הה"א ויהי' ניכר המח' ועכ"ז נכון ליזהר גם בזה שמא ימחוק הה"א ולא יהי' ניכר כל כך [ס"ך] ולכן גם בתיבת שמונה יזהר שמא יעשה שמונים ומחיקת הה"א לא יהי' ניכר כל כך מיהו בדיעבד אין פוסלין שטר כשכתוב בו שמונה או שלשים לשון זכר אבל רוב המספרים כותבים תדיר לשון נקבה ולכן כשנזדמן לו תיבת שלש או ארבע או חמש עד עשר בסוף שיטה מחזיר הדבר פעמים עד שיבא בתוך השיטה ואז כשיהי' כתוב שלשים בסוף השיטה יתברר שזייף וראיה מדבאמצע שיטה כתוב שלש ואף לפי מה שיתבאר דכשסותר מה שכתוב למעלה את הכתוב למטה כגון שלמעלה כתוב מנה ולמטה מאתיים הולכין אחר התחתון מ"מ כשנמצא כתוב למעלה שלש ולמטה בסוף שיטה שלשים אין הולכין אחר התחתון משום דנראה יותר שזייף להוסיף היו"ד והמ"ם משא"כ ממנה אין להוסיף על מאתיים [כנ"ל מהס"ך ודלא כהס"מ] וכן יזהרו שלא לכתוב המספר באותיות כגון שעל שנים יכתבו ב' ועל ארבע ד' וכיוצא בזה שיוכל לזייף לעשות מן ב' כ' ומן ד' ר' ואם לא עשו כן הוי שטר שאפשר לזייף ופסול אבל אם כתב גימטריאות או ראשי תיבות מדברים שא"א לזייפן כשר כגון שכתוב י"ב אין לחוש שמא הי' כתוב ב' והוא הוסיף היו"ד דא"כ לא היו העדים חותמים כשכתוב ב' וגם הי' נמצא דחוק הרבה [ס"ך] ומ"מ לכתחלה יזהרו גם בזה כגון באות ג' דאין חשש לעשותו לאות אחר דשמא הרחיקו מעט יותר מהתיבה הקודמת עד שהיו"ד יכול לעמוד בריוח ולכן מהראוי שלא ימצא שום ר"ת או גימטרי' בשטרות :

ה הי' כתוב בו למעלה דבר אחד ולמטה מזה דבר אחר אם אפשר לקיים שני הדבורים שלא בדוחק [ס"ך] שלא יסתרו זא"ז מקיימים שניהם אבל אם סותרים זא"ז כגון שכתוב למעלה מנה ולמטה מאתיים או איפכא הולכין אחר התחתון דודאי חזרה הוא מהעליון והוא שלא הי' טובת בעה"ש בשיטה אחרונה משום דטובת בעה"ש אין למדין משיטה אחרונה כמו שיתבאר בסי' מ"ה ובאופן שאין כתוב בו שריר וקיים אבל לאפקועי מבעה"ש

מבעה"ש למידין אפילו משיטה אחרונה ואפי' אין כתוב בו שריר וקיים כמו שיתבאר שם ואם נמחק לגמרי סכום של מטה הכל פסול דאפשר שהיה כתוב בו למטה רק דינר אחד אבל אם היה כתוב למעלה הרבה סכומים ולמטה כתוב הסך הכולל ואינם משתוים יחד בזה לא אזלינן בתר התחתון דיותר הדעת נוטה שטעה בחשבון הכולל והולכין אחר הפרט של מעלה ואם כתוב בשטר מאה שהם מאתים או מאתיים שהם מאה ואין אנו יודעים הפירוש אם הכוונה מאה מטבעות גדולות שהם מאתים מטבעות אמצעיות או מאה מטבעות אמצעיות שהם מאתיים קטנות וכיוצא בזה ספקות באילו יד בעה"ש על התחתונה ואינו גובה אלא הפחות שבשניהם דהמוציא מחבירו עליו הראי' ואם בעה"ש טוען ברי שהפירוש הוא לטובתו ושכן דברו והעדים אינם זוכרים ישבע שכנגדו שבועת היסת וכן שטר שכתוב בו וקנו מיני' ולא נכתב במנא דכשר למקני' ביה אז אם הוא דבר שנקנה בקנין סודר כשר דמסתמא נעשה כדרך רוב קנינים ואם הוא דבר שאינו נקנה בק"ס כגון מטבע לא אמרינן שמסתמא הי' בקנין המועיל במשיכה וכיוצא בזה אלא יד בעה"ש על התחתונה ופסול [ע"ז] :

ו אם נמחק מהתחתון אות אחת בשם הלוה א המלוה שאפשר להבין ענינו מהעליון למידין ממנו כגון שכתוב למעלה שחייב לחנני ולמטה כתוב לחנן ילמד תחתון מעליון וינתן לחנני כי אות אחת דרך הסופרים להשמיט או להמחק ודוקא חסרון בשמות או בשאר דבר אבל חסרון או מחק בסך המעות אפילו אות אחת אין למידין [נס"מ] ושני אותיות בכל דבר אין למידין כגון שכתוב למעלה חנני ולמטה חן ואפילו כשיש בתיבה העליונה ששה אותיות ובתחתון לא נמחק אלא שתים אין למידין מהעליון וכיון שאין למידין וידוע שנמחק השטר פסול אבל אות אחת למידין אפילו כל התיבה אינו רק שתי אותיות ואנו צריכין ללמוד חצי תיבה ואם הי' חסרון בלא מחק שלמעלה כתב חנני ולמטה חן ודאי תורה היא שהסופר לא הי' טועה שתי אותיות וינתן להן ואם למעלה כתוב חנן ולמטה נני הוה ספקא דדינא אם למידין זמ"ז שנאמר דלמעלה חסר היו"ד ולמטה חסר החי"ת וכאילו כתוב חנני או לא והמוציא מחברו עליו הראיה ולא ינתן לא לנני ולא לחנני ואם כתבו הרשאה זל"ז גובין אבל חנן אפילו בהרשאה אינו גובה [נס"מ] דהא לפ"ז צ"ל שבתחתון החסיר החי"ת הראשון והוסיף יו"ד בסוף לחנם ואין סברא לומר כן :

ז כלל הדברים בענינים אלו הוא שאות אחת דרך הסופר לקצר או להתמחק בעצמו לפעמים שלא בכונה ולכן למידין מהעליון משא"כ בשתי אותיות ולכן אם נחסרו שתי אותיות שלא נכתבו אמרינן דודאי הלוה ציוה להסופר לכתוב כן מפני שלא לוה לבסוף מזה המבואר למעלה כגון חנני אלא מחן וינתן לחן אבל כשנכתבו מתחלה אלו השני אותיות ואח"כ נמחקו ודאי דבכונה נמחקו ולא ידעינן אם מחקם מפני חזרה שלוה מחן או מחקם כדי לפסול השטר ומשום הכי אין גובין בו שום אחד מהם וכל זה דוקא כשהשטר נמצא ביד שליש ואינו יודע למי ליתנו וה"ה אם איש אחר הוציא שט"ח וכתוב בו מלמעלה שם הלוה חנני ומלמטה חנן שגובה מחנני ולא מחנן ואם כתוב למטה חן יגבה מחן ולא מחנני דודאי חזר מן העליון והלוה להתחתון אבל כשהשינוי הוא בשם המלוה והשטר הוא ביד המלוה אף שכתוב בו למעלה חנני ולמטה חן והשטר ביד חנני או ביד חן גובה בו בין בחסרון בין בנמחק כיון שהשטר בידו [סמ"ע] והש"ך והאחרונים חולקים בזה דאפילו כשהשטר ביד המלוה אינו גובה בו בחסרון שתי אותיות ונ"ל דהב"ד צריכין הרבה לדרוש ולחקור בזה מהסופר והעדים ומהבע"ד ויעשו כפי הנראה בעיניהם לאחר הדרישה והחקירה ולפי הבנתם בזה :

ח וכן במדות ומשקלות כשיש שינוי בשטר ממקום למקום יד בעל השטר על התחתונה כגון בימיהם של הקדמונים שהיתה מדה שמחזקת סאה וחצי ומדה קטנה שמחזקת קב וחצי והמדות האלו היו נקראים ברמז שהגדולה היתה נקראת ספל והוא ר"ת סאה ופלגא והקטנה היתה נקראת קפל והוא ר"ת קב ופלגא ואם כתוב מלמעלה ספל ומלמטה קפל הולך אחר התחתון ואינו גובה אלא קפל ואף אם כתוב בו מלמעלה קפל ומלמטה ספל דבכל מקום הולכין אחר התחתון מ"מ כאן אינו גובה אלא קפל משום דחיישינן שמא הי' כתוב גם מלמטה קפל רק שזבוב עמדה על רגל הקוף של קפל ומחקה ונעשה סמ"ך וכן כל כיוצא בזה בכל כתב ולשון שכללא בידינו יד בעה"ש על התחתונה וצריך הדיין להבין היטב בענינים אלו כי א"א לפרוט כל פרט ופרט בענינים כאלו :

ט בכל אלו הדינים שבארנו שיד בעה"ש על התחתונה אם בעה"ש תפס מטלטלין אפילו כשעדים יודעים שתפס ואין לו מיגו דאי בעי אמר לא תפס כיון שטוען ברי אין בידנו כח להוציא מידו אבל תפיסת קרקע לאו תפיסה היא דקרקע בחזקת בעלים קיימי ואפילו אם תפס הפירות של הקרקע מוציאין מידו כשהספק הוא בגוף הקרקע דכיון דהקרקע לאו בת תפיסה היא גם פירותי' לא יוכל לתפוס ואם הספק הוא שלא בגוף הקרקע רק בדבר אחר הוה תפיסת. פירות כתפיסת שארי מטלטלין [נס"מ] :

י כיון שהטעם מה דיד בעה"ש על התחתונה משום שהכנגדו מוחזק לכן בשובר כשנפל ספק לא אמרינן בזה יד בעל השובר על התחתונה דאדרבה דהבעה"ש הוא מוחזק ולכן יד בעל השובר על העליונה נגד בעל השטר וכל ספק שנופל בזה אין בעה"ש יכול להוציא

להוציא מיד בעל השובר ונשאר תביעת בעה"ש נגד בעל השובר כתביעה בע"פ וכלל הענין בזה מי שבלעדי השטר לא היו יכולין לגבות ממנו כי אין עליו שום חיוב וממילא כשנפל ספק בהשטר אין בנו כח להוציא מידו כיון שכל החיוב הוא ע"י השטר ובהשטר יש ספק וממילא דבעל השובר ידו על העליונה דאין כח ביד בעל השטר להוציא מבעל השובר ולכן כשתפס בעל השטר מטלטלין דמהני בהו תפיסה כיון שטוען ברי אין בנו כח להוציא מידו אבל אם החיוב ברור גם מבלעדי השטר באופן שגם אם לא הי' שטר כתוב הי' חיוב ע"ז האיש לשלם והוא בא לפטור א"ע מחמת ספקות שיש בשטר שביד שכנגדו בזה לא שייך יד בעה"ש על התחתונה ומחייבין אותו לשלם כיון שהחיוב הי' גם בלעדי השטר אין הספק שבשטר פוטר אותו מודאי החיוב וצריך לשמור הכלל הזה כי כלל גדול הוא [עיין בס"ך]:

יא לא אמרינן יד בעה"ש עה"ת אלא בכל הני גווני דלעיל שאין השטר בטל לגמרי אבל בדבר שהשטר בטל בו לגמרי לא אמרינן בזה יד בעה"ש עה"ת כגון שכתוב בשטר פלוני נתחייב לפלוני מנה לפורעו בפסח צריך לפרעו בפסח הראשון ואינו יכול לומר לא אפרענו אלא לפסח שאחר כמה שנים וכן כל כיוצא בזה דבאמת דלדוגמא בעלמא כתבנו ענין זה דפסח דבהך דפסח אין בזה ספק כלל דמעיקר הדין כך הוא דמי שקובע זמן על פסח או שאר יו"ט הכונה על הפסח או היו"ט הראשון:

יב זה שאמרנו דבמקום דבטל השטר לא אמרינן יד בעה"ש עה"ת היינו דוקא כשהספק הוא בכוונת הנותן או הלוה כמו שכתבנו הך דפסח וכיוצא בזה ובזה לא אמרינן יד בעה"ש עה"ת דא"כ יבטל שטרו שלא כדין דהשטר הוא כשר והוא ידחהו לעולם ולכן יד בעה"ש על העליונה אבל היכי שנפל ספק בעיקר כשרות השטר אם נכתב כדין או שלא כדין כגון שנכתב לשון שלא מהני במתנה ונפל ספק בזה אמרינן ג"כ יד בעה"ש עה"ת ובטל השטר ואמרינן שטעו בדין כתיבתו כיון שיש ספק בעיקר כשרותו של השטר:

יג אם נכתב בהשטר לשונות יתירים כמו עכשיו שנהגו לכתוב דלא כאסמכתא ודלא כטופסי דשטרא יש מהגדולים שכתבו דכיון שנכתב כן אמרינן בכל לשון מסופק יד בעה"ש על העליונה דלכן נכתב כן כדי שלא יהא ידו על התחתונה בשום ספקא שיפול בו ויש מאחרונים שחולקים ע"ז וקשה להוציא מיד המוחזק ביפוי כח הזה שנכתב דלא כאסמכתא וכו' או שאר יתור לשון לכן יעשו הדיינים כפי הבנתם בפרט הזה וכפי עומק דעתם בכתיבת השטר אמנם אף לפי דעה זו שמצד כלל יתור לשון אין יד בעה"ש על העליונה עכ"ז אם איזה פרט נכתב בתוך השטר שלפי דעת השומעים לשון זה משמע ליפוי כח בעה"ש דנין אותו כך אפילו ליפוי כח בעה"ש ולדוגמא כגון ראובן שהיה לו בית עם כמה עליות על הבית עלי' ע"ג עלי' והשכין זה לשמעון ונכתב בשטר שהשכין לו מתחתית הבית עד סוף עליונה ואח"כ טען ראובן שלא השכין לו רק עלי' אחת שע"ג הבית והסופר אומר שכונתו הי' על כל העליות וכן נראה לפי דעת השומעים לשון זה בזה יד בעה"ש על העליונה [סמ"ע] וכיוצא בזה בשארי ענינים פרטים:

יד כתוב בשטר ממטבע פלונית כך וכך מטבעות חייב פלוני לפלוני ונמחק אותו סכום ואינו ניכר אין לו אלא שנים מאותו מטבע ואם המלוה טוען יותר נשבע הלוה שאינו חייב לו אלא שנים ואם הלוה מודה יותר על שנים והמלוה תובע עוד יותר ממה שאומר הלוה חייב הלוה לישבע שבועה דאורייתא כדין מודה במקצת [כס"מ] דכשאינו מודה אלא בשנים אין זה מודה במקצת דפחות מטבעות הם שנים ומבואר זה בשטר ועל מה שמבואר בשטר אינו בכלל הודאה מפני הטעמים שיתבארו בסי' ע"ה וסי' פ"ז אבל מה שמודה יותר משנים הוה מודה במקצת ולכן חייב שבועה דאורייתא:

טו הי' כתוב בשטר סלעים מלוה אומר חמש ולוה אומר שתים נותן לו שתים ונשבע שבועת היסת על השאר וכמ"ש דכל מה שמבואר בשטר אין זה מודה במקצת ולכן אם הלוה אומר שלש חייב שבועה דאורייתא ואם תפס הלוה יותר משתים אי תפיס שלא בעדים נאמן במגו דלא תפסתי ואי תפיס בעדים מפקינן מיני' וכן בסעי' הקודם בנמחק ג"כ אי תפיס מפקינן מיניה דלעולם דנין בזה לגרע כח המלוה [כס"מ]:

טז הי' כתוב בשטר פלוני לוה מפלוני כסף נותן לו התיכה של כסף הפחות שבמשקלות שבאותו מקום הי' כתוב בו מטבע של כסף נותן לו הפחות במטבע של כסף היוצא באותו מקום ואפילו אם בזה המקום יוצא פרוטה של כסף אינו נותן לו רק פרוטה ואם בשטר אינו מבואר המקום שלוה ממנו נותן לו המטבע של כסף הקטנה שיוצא באותו מקום שתובעו [כס"מ] ואם כתוב בו דינרי כסף או כסף דינרי נותן לו שני דינרי כסף ואם כתוב בו כסף בדינרי לפי זמן חכמי הגמ' דדינרי הי' נקרא של זהב ודינרין הי' נקרא של כסף נותן לו כסף ששוה ב' דינרי זהב ואם כתוב בו כסף בדינרין נותן לו כסף ששוה שני דינרים של כסף ואם כתוב בו זהב בדינרי נותן לו זהב שבור ששוה שני דינרי זהב ואם כתוב בו זהב בדינרין נותן לו זהב שבור ששוה שני דינרין של כסף ואם כתוב בו זהב דינרי או דינרי זהב נותן לו שני דינרי זהב ואם כתוב בו זהב סתם נותן לו חתיכה של זהב הפחות שבמשקלות שבאותו המקום ואם כתוב בו מטבע של

זהב

זהב נותן לו המטבע הקטנה של זהב היוצא באותו המקום ובזמן הזה אין חילוק בין דינרי לדינרים ונותן לו הפחות ומזה נלמד לדון לפי לשון של הזמן והמקום :

יז המוציא שט"ח על חבירו וכתוב בו סך מאה דינרין או סלעים ולא נתפרש איזה דינרין או איזה סלעים גדולות או קטנות אם הי' כתוב בהשטר המקום שלוה ממנו נותן לו הדינרין או הסלעים כפי המקום שהלוהו ואם לא היה כתוב בהשטר המקום שהלוהו נותן לו כפי המקום שתובעו ואם כשבא לגבות כפי מקום שתובעו והלוה טוען שהמעות שאני חייב לו הם קטנות ממעות של זה המקום אין שומעין לו אך אם טוען הלוה השבע לי נשבע המלוה ונוטל וכן כשהמלוה טוען שהלויתך מטבע גדולה מזה המקום אין משגיחין בו ואם המלוה טוען השבע לי נשבע הלוה שבועת היסת אבל כשנזכר בשטר מקום ההלואה הוה כודאי שחייב לו ממטבע זו ואין נאמנים לא הלוה ולא המלוה להגדיל או להקטין ואף שבועה אין יכולים ליתן להשכנגדו ואפילו באו עדים ואמרו שהיתה מטבע אחרת אם עדי השטר מעידים כן אין נאמנים דהוה כחוזרים ומגידים דא"כ היה להם לבאר זה בתוך השטר ואם עדים אחרים מעידים ע"ז הוה כתרי ותרי שמכחישים זא"ז [עיי' בנס"מ] אבל אם בשטר אינו מבואר המקום ובארנו דצריך לשלם כפי המקום שתובעו והביא הלוה או המלוה ראי' שהיו דרין תחלה במקום שהמטבע פחות מזה או יותר מזה נותן לו פחות או יותר דזהו ראי' ברורה דמסתמא לוה ממנו המטבע של המקום שהיו דרין בה ואם נשתנית המטבע או נפסלה מן זמן ההלואה עד זמן הפרעון יתבאר בסי' ע"ד ואם היה כתוב בו מאה כסף ולא נתפרש איזה מטבעות כסף נותן לו הלוה כפי מה שירצה אף המטבע הקטנה של כסף היוצא באותו מקום :

יח היה כתוב בשטר פלוני לוה מפלוני מאה וחמשים אדומים אינו נאמן הלוה לומר שהמאה אינם אדומים אלא מטבע פחותה מזה דמסתמא המאה הם כמו החמשים אבל אם כתוב בו מאה ואדומים חמשים או מאה ואדום שנראה דהאדום אינו פירוש על המאה כהאי שטרא שהובא בש"ס דהוה כתוב בו שית מאה ווזא דאיכא לספוקי אם השית מאה המה איסתרי מטבע קטנה והפירוש הוא שית מאה איסתרי ווזז אחד או הפירוש שית מאה זוזי ווזא ולא חש לכתוב בדקדוק מאה ואחד זוזים דפסקינן בגמרא שנותן לו שית מאה איסתרי ווזז אחד אבל אין יכול ליתן לו שית מאה פרוטות ווזז אחד לפי שאין עושים סכום חשבון מפרוטות אלא מצרפים אותם לאיסתרי או לזוזי ולכן בזמנינו במדינתינו כשנכתב בשטר מאה ואימפרייאל אין ביכולת לומר דהכונה מאה ואחד אימפרייאלין דא"כ הוה לי' לכתוב כן אלא המאה היא מטבע פחותה מאימפרייאל ויש לומר דהמאה הם מאה רענדליך או מאה רו"כ והכמע"ה ואינו נותן לו רק מאה רו"כ ואימפרייאל אחד אבל אינו יכול לומר לא אתן לך רק מאה ק"כ או מאה גילדין משום דהק"כ כיון שהגיעו למאה מצרפים אותם לרו"כ אחד והגילדן ג"כ מצרפים כשהגיעו לששה זה' ושני שליש לרו"כ וכיוצא בזה יש לדון בכל המדינות לפי המטבעות שבשם :

יט לשון שרגילים לכתוב בשטרות אע"פ שאינו מתיקון חכמים אלא לשון שנהגו ההמון לכתוב במקום ההוא הולכין אחר לשון זה ואפילו לא נכתב דנין כאילו נכתב משום דמסתמא הי' דעתו שיכתוב כן כמו שבארנו בסי' ל"ט לענין אחריות ט"ס ודוקא שידוע שידע מלשון זה אבל אם לא ידע מזה אע"פ שנהגו ההמון כן אין דנין כאילו נכתב [ס"ך] ובסי' ס"א יתבאר עוד מזה וה"ה אם יש בעיר תקנה או מנהג שיכתבו כן בשטרות אע"פ שלא נכתב כמו שנכתב דמי :

כ מי שמגדל יתום בתוך ביתו וכתב עליו בשטר בני או היתום כתב עליו אבי או על אשתו אמי לא מקרי מזוייף וכשר דדרך העולם כן הוא שמפני שמגדלו נחשב לו כבן והוא מחזיק אותם לאב ואם ואפילו כשיש להם בנים קוראים אותו ג"כ בן אמנם אם יש להם בן ששמו כשם היתום ונכתב על היתום בשטר בני פלוני פסול דהוה שטר שיכול לזייף [תו"ת] וה"ה אם כתב על חמיו אבי ועל חמותו אמי ג"כ כשר [סמ"ע] ומצינו בפסוק שדוד קרא לשאול אבי :

סימן מג [דין שצריך לכתוב זמן בשטר וכל דיני האיחור והקדימה בפרטות ובו כ"ה סעי'] :

א כותבין בשטר זמן ההלואה כדי שנדע מאיזה לקוחות יטרוף שהלקוחות שקנו קודם זמן הלואתו אינו יכול לטרוף מהם ואם לא כתב בו זמן כשר לגבות בו מהלוה עצמו אבל אינו יכול לטרוף מהלקוחות שיכולים לומר קניינינו היתה קודם להלואתך וכן אם יש על הלוה שני שטרות ואין לו אלא קרקע כדי לשלם לאחד מהם דאז מגבינן לזה שיש לו זמן בשטרו שיאמר הלואתי היתה מוקדמת להלואת השני שאין זמן בשטר [סמ"ע] וכאשר יתבאר בסי' ק"ד דהבע"ח מוקדם קודם לגבות ואף שאינו גובה מלקוחות מהטעם שאמרנו מ"מ אם אחד קנה מהלוה קרקע אחר שראו עדים השטר כתוב וחתום טורף מהם דהא באמת משעת כתיבה עדי מסירה מוציאים הקול ובודאי שמעו הלקוחות והפסידו לנפשם במה שלקחו מהלוה אלא כל זמן שלא

העידו עדים שראו השטר ביד המלוה יכולים הלקוחות לומר קניינינו קודם להלואתך אבל כשראו עדים ואז אין יכולים לומר כן גובין מהם [סס] ושובר שאין בו זמן כשר דעכ"פ קבל המלוה מעות ממנו ועל איזה זמן מהשטר שנכתב יכול לומר שעל שטר זה קבל שוברו ובסי' נ"ד יתבאר דאם העדים אינם יודעים זמנו של שטר כותבים לכתחלה השובר בלא זמן :

ב אם השמיט הסופר ולא כתב לבריאת עולם ואפילו לא כתב האלפים שלא כתב חמשת אלפים כשר ולא חיישינן שהוא למספר אחר דמסתמא לא שינה ממנהג העולם לכתוב לבריאת עולם וכמו שהמנהג אצלנו בכתבים אפילו בקנינים שכותבים רק המאות והעשיריות והאחדים ולא כתבינן האלפים ולא לבריאת עולם ואפילו השמיט גם המאות ולא כתב רק הפרט הקטן כשר כגון בשנה זו תרל"ז שלא כתב רק ל"ז או אפילו רק ז' כשר דכיון דהכל כותבין לבריאה מובן ממילא שתפס הפרט הקטן אבל אם כתב האלפים והאחדים והעשיריות ידילג המאות או שכתב המאות והאחדים ודילג העשיריות פסול דלדלג באמצע אין הדרך לעשות כן ונראה כאלו כוון למספר אחר לא לבריאת עולם והש"ך מכשיר בדילוג המאות ע"ש וכן אם כתב אלפים והשמיט חמשת כשר דחסרונו מוכח מתוכו דאין לומר דכוונתו לשני אלפים והיתה כוונתו למספר אחר דא"כ הי' ליה לכתוב אלפיים בשני יודי"ן וכן אם דילג בשבת כגון שכתב ברביעי עשרים יום לחודש שבט ולא כתב ברביעי בשבת כשר דחסרונו מוכח מתוכו וזהו מילתא דפשיטא דהא א"צ לכתוב כלל ימי השבוע רק דיום השבוע מציל לפעמים מפסול כגון שכתוב בשטר בעשרים יום בחודש וידוע שנכתב השטר בכ"א לחודש הוה לי' מוקדם ופסול אבל כשכתוב יום השבוע כגון שכתוב ברביעי בשבת בעשרים יום וידוע שרביעי בשבת הי' יום כ"א השטר כשר דמוכח להדיא שטעה ביום החודש ולכן אם אירע טעות כזה ואפילו השמיטת תיבת בשבת כשר [כס"מ] דזה מוכח מתוכו דהרביעי הוא ליום השבת דאין לו פירוש על דבר אחר והוה כאילו נכתב בשבת ומכשיר את השטר ודוקא כשהיה הטעות ביום אחד מימי החודש אבל אם היה הטעות בשני ימים כגון שיום רביעי הי' כ"ב לחודש יש מחלוקת בזה דיש מכשירין ואמרינן שטעה בשני ימים ויש פוסלין דבשני ימים לא שכיח לטעות וכמו שנתבאר בה' עדות דבעבור אחד דרך לטעות ולא בשני עבורין ושנתלה שהיה הטעות בימי השבוע שסבור על יום ב' שהוא יום ד' אין דרך לטעות בימי השבוע ולדעה זו אפילו ידוע ברור שנכתב בכ"ב לחודש פסול הוא דה"ל מוקדם וצ"ע לדינא וכל זה שמצרכינן זמן בשטר שחתומים בו עדים אבל שמר בכתיבת ידו בלבד שאין גובין בו מלקוחות א"צ לכתוב בו זמן דלגבות מהלוה עצמו למה לנו לזמן רק אם יש על הלוה עוד שטרות ויתבאר בסי' ק"ד דמלוה ע"פ מוקדמת קודם לגבות מקרקע של בע"ח מהמלוה ע"פ המאוחרת ולדעה אחת שם קודמת אפילו למלוה בשטר מאוחרת לענין זה אין לזה השטר דין קדימה כיון שאין בו זמן אם לא מיום שנתוודע ע"פ עדים שראו השטר בידו ולדעת הש"ך אפילו נכתב זמן בכת"י הלוה אין זה כלום לגבות מקודם נגד המלוה ע"פ המאוחרת להזמן דחוששין לקנוניא שהקדים לו הזמן בכוונה כדי שיהי' הוא מוקדם לגבות הקרקע שלו וכל זמן שלא נתוודע ולא הוחזק הכת"י אין לו דין קדימה והאחרונים חולקים עליו דלא חיישינן לקנוניא דמה לו לשקר הא בידו להפקיע שעבודו במכר או במתנה כיון שמלוה ע"פ אינם גובים ממשועבדים :

ג שטרי חוב המוקדמים פסולים שהרי טורף בהן לקוחות שלא כדין ולפיכך קנסו אותו חכמים ולא יגבה בשטר מוקדם מלקוחות כלל אפילו מה שלקחו אחר ההלואה ואינו גובה אלא מבני חורין גזרה שמא יטרוף בו מזמן ראשון שהקדימו ואפילו אם יקחו ב"ד השטר בידם ולא יניחו לטרוף מזמן ראשון או שיכתבו על השטר שלא יטרוף בו כי אם מזמן פלוני אפילו הכי אינו גובה מלקוחות משום קנס [סמ"ע] אבל עכ"פ הקלקול צריכים לתקן או לקרוע השטר ולכתוב שטר אחר מזמן ההלואה או לכתוב ע"ג השטר שלא ניתן לגבות רק מב"ח ואם תבעו בב"ד ויש לו פס"ד גובה מלקוחות מזמן הפס"ד [ס"ך] ואף שמלקוחות אינו גובה מ"מ יש לו כל דין שטר לענין שאין הלוה נאמן לומר פרעתי כמו בשאר שטרות ואם טען להד"ם הוחזק כפרן וי"א שזה השטר פסול לגמרי לענין טענת פרעתי אבל לומר להד"ם אינו נאמן דהא עכ"פ הלוהו [סמ"ע וכס"מ] והלוה חייב לשלם :

ד ויש לשאול האיך השטר כשר אפילו לגבות בו מב"ח הא העדים פסולים הם שחתמו על שטר מוקדם והאמת כן הוא שאם נתוודע דהעדים חתמו בכונה להקדימו הם עדים פסולים והשטר פסול לגמרי אבל זה שאמרנו שאינו פסול רק לגבות בו מלקוחות כשלא הקדימו העדים הזמן בכונה כגון שכתבו ללות בניסן ולא לוה עד תשרי ובשטר שאין בו קנין ואע"ג דלכתחלה אסור להעדים לעשות כן כמ"ש בסי' ל"ט מ"מ אם עשו כן אין נעשים פסולים בזה וכן אם העדים אומרים שטעו בזה אם הוא טעות שמצוים לטעות בו נאמנים אע"פ שכת"י יוצא ממקום אחר וכן אם אומרים שלא נתנו לב לזה כלל שהשטר מוקדם כי לא חתמו רק על גוף השטר ולא על הזמן נאמנים ואף אם כת"י יוצא ממקום אחר [ס"ך] ואפילו אם אומרים שטעו בדבר שאין דרך כל כך לטעות י"א ג"כ דנאמנים ואפילו אם כת"י יוצא ממקום אחר דבכלא בידינו שאין

בבח

בכח לפסול עדים אלא בדבר ברור וע"ז צריכים ב"ד מומחים ולהחמיץ הדין וכתבונתם כן יעשו :

ה וכל זה שנתברר שהשטר מוקדם ע"י עדים אחרים אבל אם לא נתברר רק שעדי השטר באים ואומרים שהוא מוקדם אם אומרים שעשו בכונה להקדימו ודאי דאין נאמנים לשום א"ע רשעים אפילו אם אין כת"י יוצא ממקום אחר ואפילו אם אומרים שבשגגה נעשתה אם אין הדבר מצוי לטעות כלל במה שהם אומרים כפי הבנת הדיינים ג"כ אין נאמנים אפילו כשאין כת"י יוצא ממקום אחר אבל בטעות שאפשר לטעות ואין מצוי כ"כ שיטעו בזה כגון שאומרים שלא שמו על לב ולא חתמו רק על גוף השטר ולא על הזמן אם אין כת"י יוצא ממקום אחר נאמנים ואם כת"י יוצא ממקום אחר יש בזה מחלוקת הפוסקים דלדעת הטור נאמנים ולדעת הרמב"ן אין נאמנים ואם הטעות מצוי הרבה לפי ראות עיני הדיינים נאמנים לכ"ע אפילו כשכתב ידם יוצא ממקום אחר [ס"ך ס"ק ע"ז וי"ע] :

ו מעשה בא לפני הרשב"א ז"ל בשטר מתנה שהיה לי' לכתוב בשנת נ"ח לאלף הששי ונכתב בו בשנת נ"ז ואף שהיה מוכח מתוכו שהיה טעות שהיה כתוב בו ותנו לפלוני חתני ובשנת נ"ז לא הי' עדיין חתנו וא"כ מוכח שנכתב בשנת נ"ח ולא יגבה מלקוחות שקנו קודם שנת נ"ח ואף על השטר הי' חתום גברא רבה בתורה ובחסידות ועכ"ז פסל הרשב"א השטר דזה לא נקרא מוכח מתוכו כמו בטעות ימי החודש שכתבנו בסעי' א' שבכשר דלאו כ"ע ידעי שלא היה חתנו בזמן ההוא וגם האדם הגדול שחתום בו אין זה מקרי מוכח מתוכו [סמ"ע] רק שבזה התיר הרשב"א שהעדים יכתבו לו שטר מתנה אחרת משנת נ"ח אם אין כת"י יוצא ממקום אחר ואם כת"י יוצא ממקום אחר ושוב אינם נאמנים אזי יכתבו עדים אחרים שראו המתנה דעדים א"צ להיות מזומנים כמ"ש בסי' ל"ט או שיעידו לפני ב"ד וב"ד יכתבו לו השטר מתנה ודוקא בלא אחריות אבל אחריות אין כותבין אם לא היה קנין דהא לקוחות אין יודעים משטר השני והשטר הראשון פסול הוא ויגבה מהלקוחות שלא כדין [ס"ך] אבל אם ירצה לכתוב זמנו של שטר מעכשיו מיום שבא לפני ב"ד יכולים אותם עדי השטר לכתוב שטר אחר אפילו באחריות דהא מעתה יוצא הקול ויש ללקוחות ליזהר [שם] ובמה שכתבנו שאם כת"י יוצא ממקום אחר אין יכולים לכתוב שטר אחר הש"ך ז"ל חולק ע"ז ומפרש דלכתיבת השטר אין חילוק בין עדים אלו לאחרים אלא דה"פ דודאי אם נתברר שלא היה קנין בשנת נ"ז דאם הי' קנין הי' השטר כשר אפילו אם נכתב בשנת נ"ח משום דסתם קנין לכתיבה עומד כמ"ש בסי' ל"ט וודאי דגם אותם עדים יכולים לכתוב שטר אחר משנת נ"ח כיון שלא עשו שליחותם עדיין שפסלו השטר ויכולים לכתוב שטר אחר אלא אם לא נתברר הדבר שלא הי' קנין בשנת נ"ז ולכן מן הסתם כשר השטר דתלינן שהי' קנין בשנת נ"ז והמקבל מתנה נאמן ע"ז ולכן אם עדי השטר בעצמם מעידים כן שלא הי' קנין בשנת נ"ז ואז אם אין כת"י יוצא ממקום אחר נאמנים לפסול השטר ולאמר שלא הי' בשנת נ"ז הקנין רק בשנת נ"ח ולהכחיש המקבל מתנה שאומר שהיה קנין בשנת נ"ז והם יכולים לכתוב משנת נ"ח שטר אחר אבל כשכת"י יוצא ממקום אחר אין נאמנים לפסול השטר כשהמקבל אומר שהי' קנין בשנת נ"ז ולכן אם המקבל מתנה מודה שהיה טעות ושלא היה קנין בשנת נ"ז נאמן במגו שהיה אומר שהיה קנין בשנת נ"ז ולכן נאמן לענין זה שיכולים לכתוב שטר אחר משנת נ"ח ואף אותם העדים בעצמם יכולים לכתוב שטר אחר משנת נ"ח [ועיי' בתו"ת וגס"מ] :

ז שטר מוקדם שפסול הוא בין שנכתב על יום שקודם כתיבת השטר ובין שנכתב ביומו אלא שהעדים חתמו אחר כמה ימים ולכן אם נכתב בסוף השטר קודם חתימת העדים וקודם שיטה אחרונה [גס"מ] שטרא דנן איכתב ביום פלוני ולא איחתם עד יום פלוני כשר שאין חשש שמא ימחקנו המלוה דהא יהי' ניכר המחק וגם יהי' הרבה ריוח בין השטר לחתימת העדים דפסול כמ"ש בסי' מ"ה [סמ"ע] :

ח כבר בארנו דאם היה קנין בפני עדים יכולים אחר זמן לכתוב השטר על הזמן של הקנין אבל אם לא היה קנין אפילו היתה ההלואה בפני עדים מקודם אם אמר להם הלוה לאחר זמן כתבו וחתמו השטר ותנו ביד המלוה אין כותבין בשטר יום שהלוה לו אלא יום שנמסר בו דשטר לא קני ולא נשתעבד אלא או משעה שבא ליד המלוה השטר או משעת קנין [ועיין בט"ז דהף לספוסקים כלבייו דעדיו בחתומיו זכין לי' למעסס הסטו לסתמיר] :

ט שטרי חוב המאוחרים כשרים שהרי הורע כחו של בעהש"ט שאינו טורף אלא מזמן השטר ואף מהלוה עצמו אינו גובה קודם שהגיע זמנו של שטר [ב"י] ואע"פ שלא כתבו בו שהוא מאוחר כשר ואע"פ שאחרוהו שלא מדעת המלוה כשר ואיך נפסול לו שטרו מפני רעה שהגיע לו [ש"ך] ונ"ל דאם המלוה אין רצונו לבטל ההלואה עכ"ז מהלוה עצמו יכול לגבות משעת ההלואה אם כתבו המאוחר שלא מדעתו וזה שבארנו שאינו גובה אף מהלוה עצמו קודם זמנו של שטר היינו כשמדעתו כתבו דהוה כאלו השעבוד עד זמנו של שטר :

י זה שהכשרנו שטר מאוחר דוקא כששעבד לו הלוה נכסים שיש לו ושיקנה אחר ההלואה כמו שכותבים דקנאי ודעתיד אנא למקני אבל אם שעבד לו הנכסים שיש לו ולא שעבד לו הנכסים שיקנה פסול שטר

מאוחר אא"כ מפורש בשטר שמאוחר הוא שכתבו שטרא דנן איחרנוהו והטעם הוא פשוט דאם לא שעבד לו נכסים שיקנה יוכל לטרוף מלקוחות שלא כדין כגון שלוה ממנו בניסן וקנה קרקע באייר ואיחרו העדים את זמן של השטר וכתבו סיון ואח"כ מכר הקרקע ונמצא אלו כתבו הזמן מניסן לא היה טורף מהלוקח שקנה מהלוה הקרקע שקנה באייר כיון שלא כתב לו דאיקני ובשביל האיחור יגבה קרקע זו והלקוחות לא ידעו לטעון שמא מאוחר הוא דלא יעלה על דעתם ולכן כשמבואר בהשטר שמאוחר הוא כשר דהלקוחות יראו בהשטר ויתודעו מזה מתי היתה ההלואה ואף אם לא יתודעו לא יוכל המלוה להוציא ממנו שיטעון דהלוה קנה שדה זו אחרי הלואתו והמוציא מחבירו עליו הראי' ואין לעשות שטר מאוחר לכתחלה דמחזי כשקרא וכ"ש שלא מדעת המלוה יש איסור ג"כ לגרום להמלוה הפסד שלא יוכל לטרוף מלקוחות שקנו קודם הזמן :

יא הא דשטרי חוב המאוחרים כשרים דוקא בשטרי הלואות אבל שטרי מקח וממכר ושטרי מתנה אפילו מאוחרים פסולים אא"כ מפורש בשטר שמאוחר הוא והטעם שמא אחר המכירה הראשונה חזר הקונה ומכרה להמוכר ויוציא זה את השטר המאוחר שלו ויאמר שאחר קנייתו של מוכר ממנו חזר הוא ולקחה מהמוכר פעם שני והמוכר כשיקנה ממנו לא יחוש לקבל שטרו בחזרה כי לא יעלה על דעתו שתצא לו רעה מזה ולכן אם נכתב בהשטר שמאוחר הוא אין חשש בזה וכמ"ש בסעי' הקודם ולכן אם העדים הודיעו להמוכר שמאוחר הוא כשר מפני שאז כשירצה ללוקחה ממנו יזהר לקבל שטרו בחזרה [ס"ך] וכבר כתבנו שאין לאחר שום שטר לכתחלה אא"כ יש הכרח לזה כמו שיתבאר :

יב שטר שזמנו כתוב בו בשבת או בעשרה בתשרי שהדבר ידוע שבאותו יום אין כותבין ויש ספק אם נכתב לפני שבת ויוה"כ ואיחרו הזמן ומאוחר הוא וכשר או שנכתב אח"כ על זמן מוקדם ופסול אין מוציאין השטר מחזקת כשרותו וכשר השטר ויש מי שאומר דאי אמר הלוה אשתבע לי שהעדים לא הקדימו בכונה ושהוא מאוחר מחוייב לישבע אבל אם הלוה אינו תובע שבועה אין טוענין הב"ד בעדו ודוקא בשטר מקויים מוקמינן לי' אחזקתי' וכשאמר השבע לי נשבע ונוטל אבל אם אינו מקויים על בעה"ש להביא ראי' ואמרינן לי' קיים שטרך ואע"ג שהלוה אינו טוען אנן טענינן לי' :

יג כל שטר הבא לפנינו אנו תולים שנמסר בזמן הכתוב בו חוץ מהיכא דאיתרע כגון שנפל דכיון דאתייליד בי' ריעותא אינו יכול לגבות בו עד שיביא ראי' שבא לידו מזמן הכתוב בו אם אין בו קנין דבקנין לא איכפת לן מתי בא לידו כמ"ש כמה פעמים וכן צריך להביא ראי' שלא פרעו ובמקום שאין לחוש לפרעון דיו שיביא ראי' שבא לידו מזמן הכתוב בו [ס"ך וט"ז] ועיין במ"ש בסעי' ח' בשם הט"ז :

יד אם השטר נכתב בלילה ונחתם ביום שלאחריו כשר שהיום הולך אחר הלילה אבל נכתב ביום ונחתם בלילה פסול שמן הלילה מתחיל יום אחר והוה מוקדם בד"א כשאין עסוקים באותו ענין אבל עסוקים באותו ענין כשר ואפילו כשאין עסוקין באותו ענין דוקא כשלא קבל בק"ס אבל קבל בק"ס אפילו לא חתמו אלא לזמן מרובה כשר ואפילו לא חתמו כלל דקנין יש לו קול וטורף אפילו ממשעבדי [ס"ך] וכן מעשה ב"ד כשר אפילו נכתב ביום ונחתם בלילה דמשעת גמ"ד משתעבד ולא מקרי מוקדם [סמ"ע] ובכתובה יש פלוגתא בין הפוסקים אם הוה כמעשה ב"ד ומוקדם כשר או לא [ס"ך] ובקבל החתן בק"ס פשיטא דכשר אפילו לא חתמו כמו בשאר שטרות וכיון דהקנין מכשיר השטר אפילו כשנכתב ונחתם אח"כ לפיכך עדים שראו הקנין ואיחרו לכתבו עד אחר זמן אם זוכרים לזמן הקנין יכתבו הזמן מאותו היום ואם לאו יכתבו מיום הכתיבה וכן בעסוקין באותו ענין שכשר בנכתב ביום ונחתם בלילה ה"ה אפילו לא נחתם בלילה אלא שקבל בקנין בלילה וביום עסקו באותו ענין בהשעבוד ובההלואה ומה ששייך לענין זה חל החיוב מן יום הקודם אך שי"א דהא דאמרינן דעסוקין באותו ענין כשר היינו דוקא בהלואה דאז חוב המעות משועבדים מיום ההלואה אע"ג שנחתם השטר או הקנין הי' אח"כ כיון שעסוקים בזה מההלואה עד השטר או עד הקנין אבל בשטר חיוב או בקנין חיוב שמתחייב את עצמו בחיוב ממון או חיוב אחר כמ"ש בסי' מ' שיכול אדם להתחייב א"ע אף שלא קבל שום דבר מהנתחייב לו לא מיחשב העסק באותו ענין להתחייב מזה הזמן אם השטר או הקנין הי' אח"כ דבמה יתחייב מקודם ואע"ג דאיכא קול מ"מ במילי בעלמא בלא קבלת ממון ובלא שטר ובלא קנין לא משתעבד [והס"ך והט"ז כתבו שהסמ"ע ס"ס פליג ע"ז וס"ל דגם בזה משתעבד מהזמן שעסקו באותו ענין אף שהשטר או הקנין הי' אח"כ] :

טו כיון שאמרנו בסעי' הקודם דעדים שראו הקנין אם זוכרים זמן הקנין יכתבו על אותו יום ואם לאו יכתבו מיום הכתיבה לפיכך כשכותבין יום שקנו בו סומכים הקנין לאותו יום וכותבין קנינו מפלוני ביום פלוני וכתבנו ומסרנו ליד פלוני וכשכותבים יום שעומדים בו סומכים הכתיבה לאותו יום וכותבין קנינו מפלוני וכתבנו וחתמנו ביום פלוני ומסרנו לפלוני ואם לאו מיחזי כשקרא וצריך ליזהר בכך אבל השטר לא מיפסיל בהכי אם לא כתבו כן אלא כתבו שקנו ביום פלוני של יום הכתיבה אם כותבים זמן הכתיבה וכן אם כותבין יום הקנין וכותבין שגם זמן הכתיבה היה

באותו יום כיון שאינו נ"מ לדינא אלא דלא ליתחזי כשקרא לכן אינו פסול בדיעבד [סמ"ע] ועיי' בט"ז :

טז אם העדים אינם נזכרים ליום הקנין רק זאת יודעים שבחודש תשרי הי' ולא אח"כ לא יאמרו דכיון שברור לנו דאחר תשרי לא היה נכתוב מר"ח חשוון לא יעשו כן לכתחלה ואפילו יכתובו שאחרוהו או שכתוב בו דאיקני דאין חשש בזה מ"מ הא מיחזי כשקרא ולא יכתובו אלא יום הקנין או יום הכתיבה כמ"ש אבל אם זוכרים שהקנין הי'ה בשליש החודש הראשון או בשליש האחרון או בשליש האמצעי ואינם זוכרים היום בפרט יוכלו לכתוב בשליש הראשון של חורש פלוני ואין לחוש בו שיגבה בו מתחלת השליש דהמוציא מחבירו עליו הראי' [סמ"ע] :

יז מי שנמסרה להם עדות בעיר אחת והקנין הי' שם ואח"כ בעת כתיבת השטר היו בעיר אחרת אין מזכירים בשטר מקום שהי' שם הקנין אלא מקום שכותבים וחותמים בו השטר ודוקא כשאין כותבין זמן הקנין וכותבין זמן הכתיבה כגון שאין זוכרין זמן הקנין אבל אם זוכרים זמן הקנין וכותבים אותו אז יכתבו המקום שנעשה בו הקנין שאם יכתבו מקום הכתיבה נמצאו משקרים ויש חשש פסול [עיין בס"ך] וכשכותבים מקום הכתיבה כותבים כך אמר לנו פלוני וכתבנו במקום פלוני אבל כשכותבין מקום שנמסרו שם הדברים כותבים אמר לנו פלוני או קנינו מפלוני במקום פלוני וכתבנו וחתמנו ומסרנו לפלוני והרבה גדולים ס"ל דכשכותבים מקום הקנין כותבים שני המקומות וכותבים קנינו מפלוני במקום פלוני וכתבנו וחתמנו במקום פלוני ומסרנו לפלוני וכן ראוי לעשות :

יח הא דאמרינן שכותבים מקום הכתיבה אע"פ שקנו במקום אחר דוקא כשאין המטבע משתנה ממקום הקנין למקום הכתיבה או אפילו אם משתנה ובלבד שכתוב בשטר המטבע שיוצא במקום פלוני אבל אם לא כתב בשטר המטבע שבמקום פלוני והמטבע משתנה לא יכתבו אלא שם מקום שמסרו הדברים שם ונשתעבד המטבע שבאותו המקום ואף שאין יודעים היום שנמסר בו הדברים מ"מ יכתבו מהיום שבודאי הי' הקנין מפני שא"א לעשות בענין אחר :

יט שטר שאין כתוב בו המקום שנכתב בו כשר השטר ואין זה מעכב ואע"ג דלפ"ז אין זו עדות שיכול להזימה דנחסר חקירה דאיזו מקום אך כבר בארנו בסי' ל' דבדיני ממונות אין זה מעכב והמטבע ישלם כפי המקום שהוציא השטר כמ"ש ואם יתברר באיזה מקום היתה ההלואה צריך לשלם כפי המטבע שבאותו מקום :

כ ראובן ושמעון שיש לכל אחד מהם שט"ח על לוי ובשל ראובן הי' כתוב בכ"ח בניסן ובשל שמעון כתוב בניסן סתם אעפ"כ אם אין ללוי רק שדה אחת כפי החוב של אחד מהם נותנין אותה לראובן דאמרינן דלמא של שמעון היתה בכ"ט בניסן ואעפ"כ אין שמעון יכול לטרוף מלקוחות שקנו מלוי מאייר ואילך שיאמרו לו זמנך באחד בניסן והנחנו לך מקום לגבות חובך והיא אותה השדה שנטל ראובן כי אתה מוקדם לו לפיכך אם ראובן ושמעון יכתבו הרשאה זל"ז יגבו מלקוחות שקנו מאייר ואילך ממ"נ או מפני החוב של ראובן או מפני החוב של שמעון :

כא שני שטרות שנעשו בשנה מעוברת אחד כתוב בו אדר סתם ואחד כתוב בו אדר שני ואין ללוה נכסים כנגד שניהם נותנים למי שכתוב בו אדר סתם דסתם אדר הוא אדר ראשון ואם בשניהם נכתב אדר סתם הוה כמו שנכתב בשניהם אדר ראשון ונותנים למי שזמנו קודם במספר ימי החודש וכן אם כתוב באחד אדר סתם ובשני אדר ראשון הו"ל כאלו נכתב בשניהם אדר ראשון [סמ"ע] דסתם אדר הוא אדר ראשון ולהרמב"ם סתם אדר הוא אדר שני כמבואר ביו"ד סי' ר"כ [עיי' בס"ך ובלחו"מ] :

כב אם כתוב בשטר עד הפסח או עד הקציר דינו כמו בנדרים דהיינו עד התחלת הפסח ועד התחלת הקציר וסתם קציר הוא קציר חטים ובמדינה שרוב הקציר הוא שעורים הכונה לשעורים וכל מדינה לפי רבוי המין הנזרע שם ואם כתוב בשטר עד שיהי' הפסח הפירוש הוא עד שיצא הפסח ואם כתוב עד פני הפסח יש מחלוקת אם הפירוש עד ההתחלה או עד הסוף אבל בקציר אפילו נכתב עד שיהא הקציר אינו אלא עד התחלת הקציר שכל דבר שאין זמנו קבוע וידוע אפילו אמר עד שיהא אין הפירוש רק עד התחלתו דכיון דאין המשך ידוע מסתמא לא ירד לספק בדבר שאין ידוע והכונה עד ההתחלה :

כג אם כתוב בשטר עד אחר הפסח הפי' עד שיעברו רוב הימים שבין פסח לעצרת דהכונה הוא על חצי הזמן שבין פסח לעצרת רק משום דבחו"ל יש בין פסח לעצרת מספר זוגי מ"ב יום ונוכל לומר מחצה דהיינו כ"א יום אבל בא"י הוא מספר נפרד מ"ג יום וא"א לחלק היום לחצאין ויד בעה"ש על התחתונה ובהכרח להמתין על רוב ימים דהיינו כ"ב יום אחר הפסח וכן אם כתוב בשטר עד אחר הסוכות יש לו זמן ג' חדשים [סמ"ע] והש"ך חולק בכל זה וס"ל דכל שאמר עד אחר רגל פלוני אינו אלא ט"ו יום אחר הרגל ונ"ל דכפי לשון מדינתינו כ"ע ס"ל כהש"ך דידוע דכל מי שאומר או כותב במדינתינו עד אחר זמן פלוני אין כונתו להרחיק כל כך ולכן יש להורות בדבריו ואם נשבע לפרוע לזמן פלוני ודאי דצריך לילך לחומרא בכל הפרטים גם בסתם אדר כשנשבע צריך לילך לחומרא שלא יעבור על שבועתו וה"ה בתקיעת כף או שקבל בחרם לפרוע לזמן פלוני או אחר זמן פלוני

צריך

צריך לילך לחומרא דספק איסורא לחומרא:

כד כבר בארנו דבכל דבר ספק יד בעל השטר על התחתונה ויד בעל השובר על העליונה דהמוציא מחבירו עליו הראי' ולכן ראובן שיש לו שטר על שמעון ושמעון הוציא שובר שחתום בו ראובן שקבל משמעון מנה אע"פ שאין עדים בשטר ולא זמן ולא מקום מנכה לו מנה מחובו אא"כ מוכח מלשון השובר שלא נכתב על שטר זה כגון שהשטר היה על אלף זוז והשובר כתוב מהחוב חמשה מאות זוז שמגיע לי משמעון קבלתי ע"ז סכום כך וכך ונראה להדיא שלא על שטר זה נכתב השובר אבל כל שכתוב בשובר סתם מחוב המגיע לי משמעון קבלתי כך וכך מנכה לו משטרו וכן אם בשטר כתוב בניסן סתם ובשובר כתוב בי"ח בניסן וכדומה מבטל השובר את השטר וכן להיפך אם בשובר כתוב החודש סתם ובשטר כתוב היום מהחודש וכן שטר מחילה דינו כשובר ויד בעל המחילה על העליונה דהממע"ה וכן כשהשטר והשובר או המחילה כתובים על יום אחד ג"כ יד בעל השובר והמחילה על העליונה אע"ג דאין דרך לפרוע ביום שלוה מ"מ כיון שמוציא שובר אמרינן דפרעו באותו יום דכללא בידינו הממע"ה וכן כשלא נודע מי נכתב קודם השטר או השובר יד בעל השובר על העליונה וכשידוע שהשובר נכתב קודם אזי השטר בתקפו וגובה בו [ש"ך] דאין דרך לכתוב שובר קודם שטר וכן בשטר מחילה:

כה ראובן הוציא שט"ח על שמעון שזמנו בה' בניסן ושמעון הוציא שטר מחילה שנכתב בה' בניסן וכתוב בו שמחל ראובן לשמעון כל תביעות שהיו עליו עד ה' בניסן גובה ראובן שטרו דבלשון העולם עד ולא עד בכלל ולכן הכונה עד ה' בניסן ולא ה' בניסן בכלל אבל אם כתוב בו בהשובר שמחל לו כל תביעות עד היום הזה או עד עכשיו הוה ספקא והממע"ה דכשכתוב עד ה' בניסן ברור הוא בלשון העולם שאין ה' בניסן בכלל כיון דפרט היום אבל סתמא כמו עד היום הזה או עד עכשיו הוה ספקא דדינא והממע"ה [ש"ך וכוונתו כמ"ש ול"ק קושיית הט"ז] [וכן הוא בלשון תורה עד יום האחד ועשרים לחודש בערב משמע דאי לא הוה כתיב בערב הוה משמע דלא עד בכלל]:

סימן מד [דין חזרת השטר בשיטה אחרונה וכיצד מקיימים המחקים והתלוים ובו י"ב סעי']:

א תקנת חכמים הוא שיחזרו מעניינו של שטר שנכתב מקודם בשיטה אחרונה של השטר שאין למידין משיטה אחרונה זכותו של בעה"ש והטעם הוא מפני שא"א לצמצם שיחתמו העדים סמוך ממש לכתב וחיששו שמא הניחו כדי שיטה חלק ויעשה בעה"ש זיוף ויכתוב בשיטה אחרונה מה שירצה לטובתו והדבר לא יהי' ניכר כשהניחו העדים כדי שיטה ריוח בין השטר לחתימתן לפיכך תקנו שלא ילמדו משיטה אחרונה ותקנו שיחזור מעניינו של שטר בשיטה אחרונה ועתה אם יזייף בעה"ש בשיטה האחרונה לא ילמדו ממנו ויהי' ניכר הזיוף כיון שכתוב אחר חזרת השטר ואפילו באו העדים ואמרו שלא הניחו שיטה חלק והם כתבו השיטה אחרונה אין למידין מזה דלא פלוג רבנן בגזירתם דכל שאין מוכח מתוך השטר אין לו דין שטר [ש"ך] ואין לזה הפרט רק דין מלוה ע"פ ואם לא החזיר בשיטה אחרונה אין השטר נפסל בכך אלא דאין למידין ממנה ודלא כי"א שהשטר כולו פסול משום שלא נעשה כתקון חכמים אע"פ שאין טעם לפוסלו דהא חכמים גופא לא פסלוהו אלא שאמרו שאין למידין ממנה וחובתו של בעה"ש למידין משיטה אחרונה [ואף הש"ך חולק בזה מ"מ כן הוא עיקר לדינא] וכן לא פלוג רבנן בגזירתם בזה שאין למידין זכותו משיטה אחרונה אפילו כשאין חשש זיוף כגון שלא הוחזר מעניינו של שטר בשיטה אחרונה ויש כדי שיטה אויר בין השטר לחתימת העדים דלפ"ז הי' ביכולתו ללמוד משיטה אחרונה כיון דעיקר החשש שמא יניחו חלק שיטה אחת והרי יש החלק עכ"ז לא פלוג רבנן [סמ"ע] וזו הגזירה אינה רק אם כתב השטר הוא כתב המלוה או של איש אחר אבל אם הכתב הוא של הלוה למידין ממנה דא"א למלוה לזייף דיהי' ניכר השתנות הכתב:

ב זה שאין למידין משיטה אחרונה אין חילוק בין אם עדים חתומים על השטר ובין שהלוה עצמו חתם דכמו דחיישינן שהעדים לא יצמצמו בחתימתן כמו כן חיישינן שהלוה עצמו ג"כ לא יצמצם ויחתום רחוק שיטה אחת מהכתב ולכן אין למידים ממנה [סמ"ע]:

ג כתב הסמ"ע דזה שאנו כותבין בשטר בשיטה אחרונה וקנינא מפלוני לפלוני וכו' זהו כחזרת השטר אע"פ שלא נזכר הקנין למעלה דהא אין זה דבר חדש בפרטי השטר אלא תועלת הקנין ורוב שטרות הם בקנין ועל שם זה התחילו לכתוב השטר וממילא דהוא כמו שנתבאר למעלה והוה חזרה ואף שיש חולקים בזה מ"מ כן ראוי להורות:

ד אם סיים השטר בסוף שיטה והרחיקו העדים שיטה שלמה וחתמו העדים באמצע שיטה שני' אין למידין מחצי שיטה אחרונה ומשיטה שלמה שלפני' אם נמצא בהם דבר כתוב משום דעדים לא דייקי ומרחיקים שיטה אחת א"כ כשמרחיקין שיטה וחותמים באמצע שיטה שני' כיון דליכא אלא עובי שיטה אחת בין עדים לשטר אין למידין גם מן השלמה [ש"ך] ודוקא שחתמו העדים זה תחת זה אז ממ"נ כשר דאם בא חלק לפני ב"ד השטר נכתב בכשרותו ואם כתובים היו אין למידין

למידין מהם אבל אם חתמו זה אחר זה פסול השטר אם בא חלק לפני ב"ד דשטר כזה יוכל לבא לידי פסול דיחתוך כל השטר ויניח רק שיטה זו שחתומים בה העדים ולפני החתימות יכתוב שטר ויהיה שטר הבא הוא ועדיו בשיטה אחת דכשר כמ"ש בסי' מ"ה ונמצא דהוא שטר שיכול לזייף ופסול אבל אם בא לפנינו כתובים כשר הכל דחזקה על העדים שעשו כהוגן וכתבי עד החתימה ולא הניחו כלום פנוי ולמידין אף מאלו השיטות [כמ"ע וס"ך וכס"מ] ובזה לא שייך לא פלוג רבנן דכיון דאם באנו לחשוש לזה בע"כ שהעדים חתמו על שטר פסול וא"א לומר כן [ככ"ל] ולכן יזהרו העדים כשמסיים השטר באמצע שיטה שיחתמו באותה שיטה ואם בא לפנינו שטר שמסיים באמצע שיטה והעדים לא חתמו עצמם בשיטה זו פסול השטר כמ"ש בסי' מ"ה:

ה אם יש מנהג באותו מקום שכותבין בכל השטרות בסוף השטר שריר וקיים וכולם כותבין כן ממילא דלמידין משיטה האחרונה וא"צ לחזור מענינו של שטר בשיטה אחרונה משום דאין כאן חשש כלל דאף אם ירחיקו העדים שיטה אחת מהכתב לא יוכל בעה"ש להוסיף באותה שיטה כיון דקודם נכתבת שריר וקיים יהי' ניכר הזיוף דשריר וקיים צריך להיות סוף השטר ואף אם גם בסוף שיטה זו יכתוב ג"כ שריר וקיים יהי' ניכר הזיוף מדנכתב שני פעמים שריר וקיים ובשני שיטין דרק כשיש שיטה חלק כשר בשני פעמים שריר וקיים כמו שיתבאר בסעי' י' אבל בשיטה אחרונה שני פעמים ואין חלק עוד או אחד באחרונה ואחד שקודם האחרונה פסול ואם אולי ימחוק השריר וקיים הראשון יהי' ניכר המחק אבל אם אין מנהג שיכתבו בכל השטרות כן אף אם נמצא בשטר שכתוב שריר וקיים אין למידין משיטה אחרונה וצריך להחזיר מעניינו של שטר כשיטה אחרונה דכיון דאין מנהג בכל השטרות אין זה סימן דדילמא הניחו עדים שיטה ריוח ולא כתבו שריר וקיים והוא הוסיף השיטה וכתב שריר וקיים ואף אם חתימות העדים רחוקים מהכתב שיטה אחת וא"כ אין חשש שהוסיף מ"מ אין למידין ממנה כמ"ש בסעי' א' דלא פלוג רבנן ומה יוסיף השריר וקיים [ס"ך] ומאי דמשמע לכאורה מדברי רבותינו בעלי השו"ע דרק אם בשטר כתוב שריר וקיים למידין ממנה אף שאין מנהג כן בכל השטרות ובאמת תמהו האחרונים על זה ואף שנדחקו ליישב דברי השו"ע מ"מ עיקרא דדינא כמ"ש ונראה דגם בשו"ע מיירי במקום שכותבין כן בכל השטרות וכן נראה מדברי הסמ"ע ובמקום שנוהגין לכתוב שריר וקיים בכל השטרות אין כותבין שום דבר אחר שריר וקיים ואין למידין כלל מאחר שריר וקיים אפילו חובתו של בעה"ש דשריר וקיים צריך בסוף השטר:

ו אם יש בשטר מחקים או תיבות תלויות בין השיטין או תיבות שעבר עליהם הקולמוס וצריכים העדים לקיימם יזהיר שיקיימו אותם לפני שיטה האחרונה דאל"כ אין למידין מהם ובמקום שכותבים בשטרות שריר וקיים יכולים לקיימם אף בשיטה האחרונה רק שיהיה קודם שריר וקיים וא"צ לכתוב ודין קוימיהון אלא שיכתבו שתיבה או תיבות פלונית הוא על המחק או הם תלוים או שעל אלו תיבות עבר הקולמס בשגגה ואם העבירו הקולמס בכונה כדי למוחקם אלו התיבות יכתבו ג"כ שעל אלו התיבות העבירו הקולמס למוחקם ואם לא קיימו אותם אין השטר פסול אלא שאין למידין מהם דלמא הוסיף אח"כ וי"א דבמחק כל השטר פסול דשמא הי' כתוב חובתו של בעה"ש ומחקו אא"כ מוכח מתוך השטר מה הי' המחק אז לא נפסל כל השטר וכן יש להורות וכן אם היה המחק או התלוי בגופו של שטר דהיינו בשם הלוה והמלוה והמעות נפסל כל השטר אם לא נתקיים ואם הי' המחק או התלוי בהזמן ולא נתקיים הוי כשטר שאין בו זמן וכן מחקים ותלויות והעבירו קולמוס בשטר שבח"י הלוה צריך הלוה לקיימם קודם שריר וקיים או קודם שיטה אחרונה ואם רוצים לקיים אחר החתימות יכולים לקיים ג"כ רק שצריכים לחתום עוד פעם:

ז שטר שיש בו מאחוריו גרר במקום שנהגו לכתוב הפרעון מאחוריו או שהגרר בין השיטין במקום שנהגו לכתוב הפרעון בין השיטין יש מכשירים השטר לפי שהשטר מוחזק ביד המלוה וכאלו מוחזק בהממון שבשטר וצריך הלוה להביא ראיה לדבריו ויש פוסלים כל השטר דכיון דיש ריעותא דמחק לפנינו במקום שנהגו לכתוב שם הפרעון לא שייך להעמיד השטר על חזקתו וכן עיקר כדעה זו [ס"ך]:

ח יש מי שאומר שאין לקיים המחקים אלא בכתב שהוא בכתב השטר ולא בכתיבה דקה יותר מכתב השטר והטעם דשמא הניחו העדים שיטה אחת ריוח והמלוה יכתוב שני שיטות דקות באותה שיטה ומזה הטעם נתבאר דאין זה רק אם מקיים השני שיטות אחרונות אז יש חשש זה אבל כשמקיים למעלה מזה אין שום חשש בזה ויכול לקיים אף בכתיבה דקה [ס"ך]:

ט אם היה המחק בשיטה הסמוכה לשיטה אחרונה והוא כשיעור שריר וקיים או יותר אע"פ שחזר וקיימו למטה בשיטה אחרונה פסול דחיישינן שמא במקום המחק הי' כתוב שריר וקיים והעדים חתמו והניחו שיטה חלק והוא מחק את השריר וקיים וכתב במקומו מה שרצה וחזר וקיים בריוח שבין השטר והעדים וכתב שריר וקיים אחר וה"מ כשאין עכשיו אויר שיטה בין עדים לשטר דאז איכא למיחש שמא הוסיף באותו האויר שהניחו העדים אבל אם בא לפנינו באויר שיטה אחת כשר ולא חיישינן שמא הניחו מתחילה שני שיטין אויר דחזקה על העדים שעשו כהוגן ולא הניחו

הניחו אויר שני שיטין וה"מ כשהעדים מוחזקים שהם יודעים הא לאו הכי חיישינן וכן בכל מקום דאמרינן חוקה שהעדים עשו כדין דוקא בעדים מוחזקים ליודעים [ס"ך] :

י כתוב בשו"ע דהאידנא נהגו לכתוב קיום מחקים ותלויות אחר וקנינא [קודס סריר וקייס ואפילו בשיטס אחרונס] לפי שהורגלו עתה לכתוב בכל השטרות שריר וקיים דא"א לזייף ולמידין משיטה אחרונה וא"צ להחזיר מעניינו של שטר משום הכי שטר שאין בו שריר וקיים פסול ואין לעדים לחתום אא"כ כתוב שריר וקיים ואם כתוב בו הרי שריר וקיים כשר אם עדיין יש שיטה חלק בין העדים לשטר [סמ"ע] ולכתחילה לא יעשה כן כן כתבו רבותינו בעלי השו"ע והטעמים כבר נתבאר בדברינו הקודמים ולכן בזמנינו צריך לדקדק בכל מקום ומקום אם נוהגין לכתוב בכל השטרות שריר וקיים או לא וצריך לדעת דאפילו במקום שנוהגין לכתוב בכל השטרות שריר וקיים אין לקיים אחר שריר וקיים ואם קיימו שם פסול [ס"ך] :

יא מעשה בא לפני הרשב"א ז"ל שהי' כתוב בשטר בקיומו בלשון זה נ"ו על הגרר ובדקו ותפשו השטר אות באות ולא נמצאו אותן שתי אותיות על הגרר ואעפ"כ הכשיר הרשב"א השטר דלמאי ניחוש לה כיון שנתקיים השטר כבר העידו העדים על כל מה שכתוב בו שהוא כן ותלינן שנגרר כל כך בדקות עד שלא ניכר מקומו עכשיו :

יב שטר שיש בו מחקים או תלויות ושכחו העדים ולא קיימום בסוף השטר וכתבו שריר וקיים וחתם העד האחד וקודם שחתם השני נזכרו שלא קיימו המחקים או התלויות תקנתו של שטר זה שיכתבו אחר חתימת עד הראשון אנן סהדי לבתר דחתם חד מינן וחזינן שלא קיימנו כך וכך מחקים או תלויות דאיתא בשטרא בכן קיימנום עתה כדקא חזי והכל שריר וקיים ויחזרו ויחתמו שניהם אבל כשחתם רק עד השני לא מהני [ס"ך] וכ"ש אם כתוב איזה דבר למטה מחתימות העדים וחזרו וחתמו דכשר וכמ"ש בסעי' ו' :

סימן מה [דין שהעדים צריכים לקרות השטר מקודם ודין שטר הבא על הניר ועדיו על המחק וכן להיפך ובו כ"ה סעיפים] :

א העדים חותמים למטה בשטר ולא מן הצדדים ולא מלמעלה ותקנת חכמים הוא כדי שלא יזייף לכתוב למטה בשטר מה שירצה [סמ"ע] ואפילו אינו יכול לזייף כגון דכתוב בו שריר וקיים או שחתום עד אחד מלמטה והשני מן הצד נמי פסול כיון שלא נעשה כתקון חכמים [ס"ך ועיי"ש] :

ב לכתחלה יחתמו העדים שמם ושם אביהם פלוני בן פלוני עד ואם חתמו רק שמם איש פלוני עד כשר בדיעבד [סמ"ע] וכן כשלא כתב שמו רק בן פלוני עד ג"כ כשר וכן אם חתם פלוני בן פלוני ולא כתב עד ג"כ כשר אבל כשכתב שמו לבד או שם אביו לבד ולא כתב עד פסול משום די"ל דלא חתם א"ע לשם עדות [אה"ע סי' ק"ל] ואם הזכירו בתחלת השטר בפנינו עדים חתומי מטה נ"ל דכשר אף אם לא חתמו עד אף בשמם לבד או בשם אביהם לבד ולא דמי לגט שפסול בכה"ג משום דהגט הוא לשון הבעל ולא נזכר בגט שם עדים אבל בשטרות כשנזכר שם עדים בשטר מקודם כשר :

ג העדים מחוייבים לקרות השטר בעצמם קודם שיחתמו ויקראו מלה במלה ואם אחר קורא לפניהם לא מהני וי"א דאם שנים קוראים לפניהם מהני דכיון שהם יודעים הענין שלפניהם נעשה או שבפניהם הודה הבעל דבר רק שצריכים לקרות השטר לא הוה כעד מפי עד רק דאחד אינו נאמן אבל שנים נאמנים ואפי' שלא לפי תומם ואם אינם מבינים לשון השטר יתרגמו להם הקוראים והם חותמים וי"א דלכתחלה צריכים להבין לשון השטר ושיקראו דוקא בעצמם ולא מהני מה ששנים קורין לפניהם ואף אם קריאתם הוא לפי תומם לא מהני אבל בדיעבד כשר כששנים קורין לפניהם ואף שלא לפי תומם ואף כשאין מבינים לשון השטר [ס"ך] :

ד כשראש ב"ד חותם א"ע בעד על השטר התירו חז"ל כשהסופר שלו קורא לפניו אע"פ שלא קרא בעצמו מפני שאימתו מוטלת עליו לא ישקר ודוקא סופר שלו אבל סופר אחר לא מהני וכן אדם אחר כשקורא לפניו הסופר של הראש ב"ד לא מהני דאין אימת אנשים אחרים על הסופר של הראש ב"ד וכן אין אימת ראש ב"ד על סופר אחר ונ"ל דכשהדיין קורא לפני הראש ב"ד או השמש שלו ג"כ מהני דידוע דאימתו מוטלת עליהם :

ה ודוקא לעדים החיוב לקרות השטר אבל בעל דבר שחותם על השטר להתחייב א"ע בשום דבר או לפטור את חבירו משום דבר אפילו חתם א"ע כשלא קרא את השטר ואפילו ידענו שאינו יודע כלל מה שכתוב בשטר ואפילו נכתב השטר בלשון הגוים והדבר ברור שאינו יודע לקרות ואינו מבין הלשון כלל מ"מ מתחייב הוא בכל מה שכתוב בו כיון שלא חשש לקרותו וסמך עצמו על נאמנות של אחרים הוא גומר בדעתו להתחייב בכל מה שנכתב שם ולכן אף אם חתם עצמו על נייר חלק ומסרו לשליש או לבעל דבר

מתחייב

מתחייב עצמו בכל מה שיכתבו עליו [עיי' בסמ"ע] ואם הביא לפני ב"ד שטר בחתימה לבד ולא כתוב עליו אם מהני יתבאר בסי' מ"ח ונ"ל דעכ"ז אם יש עדים שקראו לפניו השטר ורימו אותו כגון שקראו לפניו מנה ונמצא בשטר מאתיים וכיוצא בזה או שגמרו בפני עדים שיכתבו על החלק מנה ונמצא מאתיים דשטר פסול הוא דזיל בתר טעמא דהא לא נשתעבד עצמו על מה שכתוב בשטר ואם יעידו שני עדים השטר פסול ואם יש עד אחד ישבע בעה"ש להכחיש העד [ככ"ל]:

ו בגיטין התירו חז"ל כשאין נמצאים עדים היודעים לחתום שמקרעים להם נייר חלק מעבר לעבר כפי תמונת אותיות שמם ומשימים אותו על הקלף או על הנייר של הגט והעדים ממלאים את הקרעים דיו ונמצא ששמם חתום בהגט והתירו כן בגט משום תקנות עגונות אבל בשטרות אסור לעשות כן ואם עשו כן בשטרות מכים אותם מכת מרדות והשטר פסול ויש מכשירין השטר:

ז אם הבע"ד אינו יכול לחתום יכול לבקש איש אחר שיחתום בעדו וימסור לו הקולמס והאחר יחתום שם בעה"ש ויכתוב שהוא במס"ק אבל העד אינו יכול לחתום ע"פ מסירת קולמס וא"כ הוא מקום שנהגו שסופר העיר חותם ע"פ העד שכותב פלוני בן פלוני חתם במס"ק או שכתב פב"פ ציוה לחתום אם קבלו בני העיר עליהם לעשות עדותו כעדות העד כשר ואם לא קבלו עליהם אינו כלום ובקבלו עליהם הטעם שכשר דהוה כנאמן עלי אבא שנתבאר בסי' כ"ב דכשר:

ח כל שטר הבא לפנינו שעדים מעידים על התימות העדים מקיימים אותו ואין חוששין שמא לא קראו השטר ולא ידעו כלל מה שכתוב שם שחזקה אין העדים חותמין על השטר אלא א"כ קראוהו ויודעים לחתום כדין אבל אם העדים לפנינו וידוע שאינם יכולים לקרוא את השטר אם אומרים מעצמם קודם ששאלו להם הדיינים שנתנו לקרות לשני אנשים סומכין עליהם וכשר בדיעבד כמ"ש בסעי' ג' ואם אין אומרים כן מעצמם צריכים הב"ד לדייק הרבה בעדותם אם מכוונים הענין כמו שכתוב בשטר שיודעים כל הכתוב בשטר מקיימים השטר ולהסמ"ע צריכים עכ"ז לשאול להם אם נתנו השטר לקרות לשנים היודעים ולהש"ך א"צ לשאול להם כשמכוונים ענין השטר דאם אפילו לא נתנו לקרות וסמכו על בעה"ש עצמו ג"כ כשר בדיעבד כיון שיודעים מה שכתוב בשטר ונמצא שחתמו ע"ז וכשר אבל כשאומרים מעצמם שנתנו לקרות א"צ לשאול להם על ענין השטר והט"ז הסכים להסמ"ע דבלא נתנו לקרות פסול אף בדיעבד אף כשכוונו ענין השטר ונראה להורות כדברי הש"ך אבל אם אין העדים לפנינו וידוע שאינם יכולים לקרות ודאי דהשטר פסול אם לא ששנים מעידים שבפניהם נתנו לקרות השטר לשני אנשים [ככ"ל]:

ט ידקדקו העדים שלא ירחיקו מהכתב רוחב שני שיטין ואם הרחיקו שני שיטין פסול אפילו כתב שריר וקיים ואפילו ידוע שלא הוסיף ולא זייף בו שום דבר שכל שטר שביכולת לזייפו הוא פסול וכששני שורות רחוקות מהכתב ביכולת לזייפו כמו שנתבאר בסי' מ"ד ואפילו טייטוהו בדיו שמלאו נקודים של דיו והלובן נראה מתוך הנקודות ושוב אין שום חשש בזה דבהנקודות אין יכולת לכתוב ושניחוש שמא מחק דבר מה ג"כ אין חשש כיון שהלובן נראה מ"מ הוא פסול שלא יאמרו שהעדים לא חתמו א"ע על עיקר השטר אלא על הטיוטא שמעידים שבפניהם נעשה הטיוטא ולא יחשדו את בעה"ש:

י הא דאמרינן שאם הרחיקו שני שיטין פסול היינו דוקא למיגבי בי' ממשעבדי אי נמי מבני חורין אם הלוה טוען פרעתי נאמן בשבועה כבמלוה ע"פ אבל אינו יכול לטעון להד"ם דהא המעשה אמת והו"ל כמלוה בעדים בע"פ:

יא דבר זה ידוע שכתב הסופר הוא כתב דק מפני הרגל אומנתו וסתם בני אדם הוא כתב גס וכן הוא ע"פ רוב חתימות ידי עדים ולכן אלו השני שיטין שאמרו צריכין להיות מרווחין כמו בכתב ידי עדים שהוא כתיבה גסה שכל המזייף אינו הולך אצל הסופר שירא ממנו שמא יגלה הדבר וכן צריך להיות ריוח השני שיטין הן ואוירן כגון שיהא ביכולת לכתוב באלו השני שיטין למ"ד בשיטה העליונה וך' פשוטה בשיטה התחתונה וראש הלמ"ד הוא כדי אויר שבין שיטה עליונה לשטר ורגל הב' הוא כדי אויר שבין שיטה תחתונה להעדים וכן צריך להיות אויר בין שיטה לשיטה וצריך להיות ריוח כדי שני שיטין בכתב ידי עדים ושלשה אוירים ואם יש פחות מזה השטר כשר:

יב ואף כשהשטר מסיים באמצע שיטה והניחו אותה חצי שיטה ועוד שיטה אחרת והתחילו לחתום בשיטה שלישית ג"כ פסול מפני שיכול לכתוב באותה חצי שיטה מה שירצה ויחזיר מענינו של שטר בש"א ואף אם כתוב בהשטר שריר וקיים לפי שיכול לכתוב בחצי שיטה זו עוד פעם שריר וקיים ובשיטה שלפני האחרונה כשר שני פעמים שריר וקיים כמ"ש בסי' מ"ד סעי' ה' וסעי' ט"ז [ס"ך] וכן אם השטר מסיים בסוף שיטה והרחיקו העדים שיטה שלימה והתחילו העדים באמצע שיטה שני' פסול אם יחתמו זה אחר זה באותה חצי שיטה מפני שיוכל לכתוב בחצי השיטה החלק שלפני חתימתן פלוני לוה מפלוני מנה ויהי' שטר הבא הוא ועדיו בשיטה אחת שהוא כשר ויתתוך כל העליון אבל אם חתמו זה תחת זה ליכא למיחש שיכתוב לפני כל עד פלוני לוה מפלוני מנה ויהיו שני עדים בשני

בשני שטרות דשני עדים בשני שטרות בכה"ג שאין בכל אחד רק שיטה אחת אין מצטרפים וכן שני עדים בשני שורות בשטר אחד כי האי גוונא אין מצטרפים [ס"ך] ואע"ג דיש לחוש שיעשה זיוף על כל אחד מהעדים שיכתוב לפני חתימתו דכל אחד אני חייב לפלוני מנה אבל משום פסידא דעדים אין לחוש דהעדים אפסידו אנפשייהו דלא הוה להו להתחיל לחתום באמצע שיטה ולא פסלינן השטר אלא כשיש לחוש שיזייף להוציא ממון מאחרים [סמ"ע] אבל כשחתמו העדים בשטר שמסיים באמצע שיטה וחתמו באמצע שיטה וחתמו בחצי שיטה הנשארת זה אצל זה כשר ואז למידים מחצי שיטה שלפניהם ומשיטה שעליהם דא"צ לחוש לשום דבר דמוקמינן העדים אחזקתייהו שאם לא היו רואים שהשטר היה כתוב גם באותו חצי שורה שקודם חתימתם לא היו חותמים א"ע בחצי שורה כיון שיכול לזייפו ולעשות ממנו שטר שהוא ועדיו בשיטה אחת [סמ"ע] וכמ"ש בסי' מ"ד סעי' ד':

יג צריכים העדים להיות זהירים כשחותמין בשטר ויש הרבה חלק לפני חתימתן אף שחותמין בשוה עם כתב השטר אך ע"פ רוב אין מתחילין לכתוב מקצה הגליון ואם נשאר בצד הגליון נייר חלק הרבה שלא יחתמו זה אחר זה בשיטה אחת דשמא יכתוב בהחלק שבצד חתימתן מה שירצה ויחתוך כל העליון ויהיה שטר הבא הוא ועדיו בשיטה אחת וכיצד יעשו יטייטו את החלק שמן הצד בנקודות דיו ואם לא עשה כן פסול [ט"ז] ואין חשש שיאמרו אטיוטא חתמו כמ"ש בסעי' ט' דזהו שייך דוקא אם הטיוטא הוא בין השטר להעדים בזה שייך לומר שמעידים שלא נעשה בכאן זיוף אבל בטיוטא שמן הצד למה להם להעיד ע"ז יחתכו הגליון שמן הצד ולכן כשחותמין באמצע שיטה שלא בשוה עם כתב השטר לא מהני טיוטא דהא בכאן אם יחתכו אותו החלק פסול דשמא הי' כתוב שם חובתו של בעה"ש או שום תנאי וזה חתכו דהובתו של בעה"ש למידין משיטה אחרונה כמ"ש בסי' מ"ד סעי' א' ולכן גם הטיוטא פסול דחוששין שמא יאמרו אטיוטא חתמו ולכן במקום שנהגו לכתוב בכל השטרות שריר וקים דאין כותבין אחר שריר וקיים שום דבר כמ"ש בסי' מ"ד סעי' ה' דיכול לחתוך ויכול לטייט ג"כ ודוקא כשהעדים חתומים זה תחת זה אבל אם חתומים זה אחר זה פסול לחתוך דחיישינן שמא היה שטר הבא הוא ועדיו בשטה אחת וחתכו והיה חלק מלמעלה וכתב עליו שטר זה ולכן גם בטיוט פסול וכמ"ש ויש ליזהר כשעושין שטר הוא ועדיו בשיטה אחת שלא יהי' חלק הרבה מלמעלה אלא יחתכנו או יטייטנו בדיו [סמ"ע]:

יד יש תקנה לשטר שעדיו רחוקים מהשטר שני שיטין או יותר שימלאו את הריוח בעדים ואפילו בעדים פסולים או קרובים יכול למלאותן כיון שלא נחתמו רק למילוי השטר ואינם שייכים לעדי השטר דליהוי כנמצא אחד מהם קרוב או פסול דעדותם בטלה כמ"ש בסי' ל"ו והשטר כשר שהרי אינו יכול לזייף כיון שנתמלא בחתימות ואם נראה השטר בב"ד קודם שמילאוהו שוב אין לו תקנה דכל שטר שנראה בב"ד בפסולו שלא נעשה כתקון חכמים הרי הוא כחספא בעלמא ולא מהני לי' תקון אבל קודם שבא השטר לב"ד יוכלו להכשירו ע"י מילוי אף קרובים או פסולים ואפילו עשה המלוה מדעתו שלא מדעת הלוה כשר שאין שם פסול עליו לאמר שאין בידו לעשות שטר בלא ידיעת הלוה דהשטר כבר נעשה ואין מוסיף בו מאומה רק להצילו מפסול הריוח שבין השטר להעדים וא"צ לזה ידיעת הלוה ויש חולקין בזה דעכ"פ כיון דבלא המילוי השטר פסול ולא נשתעבד הלוה בשטר פסול וכשנתמלא נכשר השטר ונשתעבד א"כ אינו יכול לעשות בלא ידיעת הלוה וכשנתמלא שלא מדעת הלוה פסול:

טו זה שכשרנו במילוי עדים דוקא כשמילאוהו בו ביום שנכתב ונחתם אבל אם מילאוהו למחר פסול אפילו כשנעשה בצווי הלוה דהו"ל מוקדם ויגבה מלקוחות הקודמים שלא כדין דהא כל זמן שלא נתמלא אין שם שטר עליו ולא נשתעבדו הלקוחות ואימתי נשתעבדו כשנתמלא והוה לי' מוקדם ופסול ואפילו לדעה ראשונה שבסעי' הקודם שיכול המלוה למלאות בלא דעת הלוה מ"מ בזה פסול דסוף סוף אין השעבוד מתחיל אלא משעת המילוי ומה שיכול לעשות בלא דעת הלוה היינו משום דכיון שמסר השטר לידו הו"ל כאילו הרשהו לעשות כיון שבשטר עצמו לא הוסיף וכמ"ש [ס"ך וט"ז] וכל זה בשטר שאין בו קנין אבל בשטר שיש בו קנין לא חיישינן אפילו אם ימלאנו לזמן הרבה דהא השעבוד הוא מזמן הקנין כמו שנתבאר בסי' ל"ט אבל בלא קנין אפילו למ"ד עדיו בחתומיו זכין לו פסול בכאן דכיון דלא נחתם כראוי אין זוכין לו [סמ"ע]:

טז כשבא לפני ב"ד שטר שהיו עדיו מרובים ונמצא אחד מהם או יותר קרוב או פסול או שנמצא שני עדים קרובים זה לזה והב"ד אינם יודעים אם הקרובים חתמו רק למילוי בעלמא והשטר כשר וכמ"ש או שהיו ג"כ עדי השטר ביהד עם הכשרים אם העדים הכשרים קיימים ונמצאים בעיר שולחים ב"ד אחריהם ושואלים אותם ואם אומרים שהפסולים חתמו רק למילוי השטר כשר ואם אומרים שהיו כולם עדי השטר נאמנים אפילו כשכתב ידם יוצא ממקום אחר ואין זה כחוזר ומגיד ונאמנים ונפסל השטר ואם הם אומרים שהקרובים חתמו רק למילוי ועדים אחרים מעידים שכולם היו עדים מעידים שנים כנגד שנים והממון בחזקת בעלים ואין יכולים להוציא בשטר זה [ב"י] ועוד נתבאר פרטים בזה בסי' ל"ו אבל כשאין העדים קיימים וא"א לשאול

ז:והתם

אותם אם עדים אחרים מעידים או כך או כך עושים בעדותם ואם אין עדות כלל ע"ז תלינן השטר שבהכשר נעשה והפסולים חתמו רק למילוי ולפ"ז אין להכשיר רק כשהעדים הראשונים הם הפסולים דאז תלינן דלמילוי חתמו אבל כשהראשונים הם כשרים והאמצעים או האחרונים הם הפסולים דלא שייך למילוי חתמו פסול השטר ולפ"ז בשטר שיש הרבה עדים לא יקיימו השטר מעדים שלמעלה דשמא למילוי חתמו ויש חולקים דמקיימים מכל שנים שבשטר דמסתמא לא חיישינן שיש בהעדים קרובים או פסולים וכן עיקר [ס"ך] :

יז ויש מהראשונים שחולקים ע"ז וס"ל דכיון דהשנים הראשונים שהם עיקר השטר תלינן שחתמו למילוי כ"ש בשארי עדים שבשטר תלינן זה ואף דבשם לא שייך שחתמו למילוי שבין השטר להעדים מ"מ תלינן שחתמו למלאות עוד עדים בשטר ורבינו הרמ"א פסק כדעה ראשונה דדוקא בשנים הראשונים תלינן שחתמו מפני שהעדים הכשרים הרחיקו חתימתן מהשטר או בשגגה או שבכונה עשו זאת דסברו שבעל השטר יחתום עוד כשרים אנשים חשובים מהם ולכן הניחו לכבודם מקום פנוי שיחתמו תחלה ובעל השטר לא מצאם והחתים הקרובים או הפסולים אבל לאחר חתימות הראשונים למה החתים בעה"ש עוד עדים קרובים :: פסולים ללא תועלת והסברא נותנת כדעה זו ועכ"פ לכתחילה לא יחתום שום קרוב או פסול על השטר אפילו כשנצרך למלאות המקום הפנוי ישיגו עדים כשרים וכל זה שתלינן שחתמו למילוי הוא דוקא כשחתמו זה תחת זה אבל כשכל העדים חתומים בשיטה אחת ודאי דפסול דבזה אין שייך לומר שחתמו למילוי וסברא פשוטה היא אך אם רק שנים האחרונים חתומים בשיטה אחת והראשונים חתומים בשיטה למעלה מהם כשר דשפיר י"ל שהראשונים חתמו למילוי [סמ"ע] :

יח אם הכשרים נפסלו ע"י החתימות הפסולים כגון שנתברר שכולם חתמו לעדים אם הכשרים זוכרים את העדות אף שע"י ראיית השטר נזכרו יכולים עתה להעיד והב"ד יכתבו עדותן כמו שכתוב בשטר וחשוב כמו שטר הראשון אבל העדים בעצמם אין יכולים לעשות שטר אחר מפני שכבר עשו שליחותן [ס"ך] אם לא בציווי הלוה שיאמר להם עתה כתבו וחתמו ותנו למלוה [כס"מ] והשטר יכתבו מזמן שיצוה להם ולא מזמנו של שטר הראשון ואף ב"ד אין יכולים לעשות מזמן הראשון אם לא כשהיה קנין קודם ההלואה [כס"מ] דכיון דהשטר פסול אין שם שטר עליו אבל לגבות מהלוה עצמו א"צ שטר שני כלל רק שנאמן לומר פרעתי כמלוה ע"פ שנאמן בשבועה לומר פרעתי [כנ"ל] :

יט זה שאמרנו שביכולת לעשות שטר אחר ע"פ הכשרים זהו דוקא כשלא ראו עדותן ביחד עם הפסולים אבל כשראו עדותן כאחד וחתמו ביחד על השטר הראשון נפסלה עדותן לגמרי כמ"ש בסי' ל"ו הפרטים שצריך לזה :

כ מלוה שבא לגבות קרקע מלוקח וגבה ואח"כ טוען הלוקח שהשטר הי' פסול לפי שהרחיקו העדים שני שיטין בין עדים לשטר או פסול אחר אין בדבריו כלום [וזהו כוונת הסו"ע בסעי' ע"ז] דכיון שפרעו מסתמא הי' שטר כשר וכן הבא לגבות בעד שטר שיש לו על עכו"ם מישראל שקנה קרקע מהעכו"ם הלוה וטוען הלוקח ששטרו שיש לה מלוה על העכו"ם מרוחקין שני שיטין בין עדים לשטר והאמת כן הוא אם מנהג העכו"ם לגבות בו שאינם מקפידים על ההרחקה גם הישראל יכול לגבות בו דהבא מחמת עכו"ם הרי הוא כמוהו ואילו הי' הקרקע ביד העכו"ם היה חייב לשלם בדיניהם לכן גם הלוקח ממנו חייב לשלם :

כא שטר הבא כולו בשיטה אחת ועדיו בשיטה אחרת פסול דשמא הרחיקו העדים מהשטר שיטה אחת והתך כל השטר וכתב זה השטר באותה שיטה ונמצאו העדים חתומים עליו אבל כשהשטר כולו עם כל עדיו בשיטה אחת כשר דליכא למיחש למידי אבל אם השטר ושני עדים בשיטה אחת ולמטה בשיטה האחרת יש עוד שני עדים יש לחוש שמא הי' שטר שהעדים התחתונים חתומים עליו ונשארה שיטה ריוח בין השטר להעדים והתך כל השטר ועל שיטה הפנויה כתב שטר עם עדים ויאמר שכונתו היתה להרבות בעדים ולפיכך כשיבא לפנינו שטר כזה אין מקיימים אותו מעדים שבשיטה שני' אלא מעדים שבשיטה ראשונה ואם יקיימם סימן ששטר אמת הוא ואם לא יקיימם השטר פסול אע"ג שמקיים עדים שלמטה וכן אם היה השטר שני שיטין אלא שאין השיטה ראשונה מתחלת בראש הקלף בשוה לשיטה שני' ומתחלת באמצע שיטה שניה והקלף שלפני' נחתך פסול דחיישינן שמא היה שטר שסיימוה באמצע שיטה והניחו הנשאר חלק וגם השיטה שתחתי' וחתמו וחתך כל השטר וזייף בהשטה ומחצה מה שרצה והרי העדים חתומים עליו ואף שנתבאר בסי' מ"ד סעי' ד' דאין לעדים לחתום על שטר שיכול לזייף ולא חשדינן להעדים שחתמו בשטר והניחו חלק שיטה ומחצה השיטה שלפני' כמ"ש שם מ"מ בכאן שיש ריעותא לפנינו שמתחיל השטר באמצע שיטה חוששין לזה [סמ"ע] ועוד יש לחשוש כיון שנחתך חצי השיטה שמא היה כתוב בה חובתו של בעה"ש [ט"ז] ואפילו כשיש מעט חלק ג"כ פסול מפני ריעותא גדולה כזו שאינו רגיל כן בכל השטרות שיתחיל שטר מאמצע שיטה [ולפי ססמ"ך פקפק ע"ז מ"מ הדין כן הוא כמ"ש בהו"ת] :

כב שטר הבא לפנינו הוא ועדיו על המחק שנכתב
על

על נייר מחוק כשר והוא שלא יהא שם שינוי בהמחיקה בין השטר למקום חתימות העדים שאם יש שום שינוי יש לחוש שמא המלוה אחר שבא לידו שטר שהיה כתוב הוא ועדיו על המחק זייף וחזר ומחק את השטר וכתב עליו מה שרצה ולפיכך הוא משונה ממקום חתימות העדים מפני שנמחק שני פעמים וכן לא יהא שינוי בשטר עצמו בין מקום שטר זה למקום שטר זה [ס"ך] דאם יש שינוי חוששין שמא מחק מקום שטר זה מה שהי' כתוב עליו וכתב מה שרצה ולפיכך נשתנה מפני שנמחק מקום זה שני פעמים ולכן לא יחתמו העדים על שטר מחוק אא"כ נמחק בפניהם דאל"כ יש לחוש שמא מקום החתימות נמחק שני פעמים ומקום השטר פעם אחת והעדים לא ירגישו ולא ידקדקו בזה והמלוה כשיחזור וימחקנו להשטר ויכתוב מה שירצה יהיה מקום השטר ומקום חתימות העדים שוה והכל מחוק שני פעמים ועוד צריכין ליזהר שיהי' נמחק הכל ביום אחד משום דאינו דומה נמחק בן יומו לנמחק בן שני ימים וכיון שאינו דומה יהיה ביכולתו לעשות איזה זיוף ואם יש בין חתימת העד הראשון לחתימת השני ריוח כשיעור כתיבת אנחנא סהדי חתמנו על המחק והשטר על הנייר פסול דחוששין שמא הי' השטר על הנייר ועדיו על המחק והיה כתוב בין חתימות העדים אנחנא סהדי וכו' ומחקו ומחק גם השטר וכתב מה שרצה אחר כך ואע"ג דא"כ צריך להיות הפרש בין מקום חתימות העדים שאינו נמחק רק פעם אחת לבין המקום שבין חתימות העדים שנמחק שני פעמים והב"ד יבחינו זאת מ"מ חוששין דכיון דבין חתימות העדים לא נכתב אינו ניכר ההבדל דדוקא כששני המקומות כתובים ניכר ההפרש אבל בכה"ג אינו ניכר אבל אם אין כאן מחק כלל שלא נכתב ולא נחתם על נייר מחוק אינו פוסל השטר מה שיש ריוח בין חתימה לחתימה דליכא שום חששא שאם הי' כתוב שם דבר מה ומחקו הי' ניכר המחק:

כג שטר שהוא על הנייר ועדיו על המחק פסול דחוששין שמא ימחוק השטר ויזייפו ונמצא הוא ועדיו על המחק ואם כתבו העדים אנו העדים חתמנו על המחק והשטר על הנייר כשר ודוקא כשכתבו כן בין חתימת עד הראשון לחתימת עד השני אבל אם כתבו כן לפני חתימתן או אחריהם לא מהני דבלאחריהם חיישינן שמא יחתוך אותו או ימחקנו ולפניהם שמא ימחקנו ואע"ג דישאר ריוח בין השטר לעדים אך זה הלשון אינו כי אם כפי שיטה אחת וכבר בארנו דשיטה אחת יכול להיות רחוק העדים מהכתב:

כד שטר שהוא על המחק ועדיו על הנייר פסול אפילו כתבו לפני חתימתן אנו העדים חתמנו על הנייר והשטר מחוק משום דסוף סוף ימחוק השטר עוד פעם ויזייפו ויכתוב מה שירצה ואע"פ דא"כ יהי' נמחק שני פעמים ובארנו שהב"ד יכירו בין נמחק פעם אחת לשני פעמים זהו דוקא כשאצל הנמחק שני פעמים יש מקום הנמחק פעם אחת אזי ניכר ההפרש אבל בכאן שאין אצלו מקום שנמחק פעם אחת אלא מקום שלא נמחק כלל לא יוכלו להבחין זה:

כה במקום שנוהגים לכתוב פרעון בין השיטין צריך ליזהר שלא יהא שום גרר בין השיטין משום דאיכא למיחש שמא הי' בו פרעון ומחקו וכ"ש אם הפרעון שבין השיטין נכתב על המחק דודאי איכא למיחש שמא היה הפרעון יותר ממה שכתוב כאן ומחקו וכתב מה שרצה ואם יערער הלוה ויטעון כן ודאי דתהי' טענתו טענה ואם יגבה שלא בפניו מיתומים או מלקוחות הב"ד יחושו לזה ואם יש עדים שהפרעון הוא כתב יד הלוה כשר ואין לחוש אם נכתב הפרעון על מקום מחוק דכיון שהוא כתב ידו של לוה ליכא למיחש למידי:

סימן מו [דין קיום שטרות ובו מ"ב סעיפים]:

א מדין תורה כשאחד מוציא שטר שחתומים עליו עדים מחזקינן לי' בשטר כשר וגובין בו ואין חוששין שמא מזוייף הוא דלא חציף אינש לזיופי שטרא [רש"י ריש גיטין] ולא נחשדו ישראל לעשות שטרות מזוייפים [רשב"ס ב"ב ק"ע.] ואפילו אם אותו האיש חשוד על הממון אם אינו חשוד על הזיוף לא חיישינן שזייף דמירתת לכתוב שטר מזוייף פן יכירו ב"ד זיופו [תוס' כתובות ל"ב.] ולכן אפילו כשטוען הנתבע שהשטר מזוייף כל זמן שאינו מברר הזיוף לא מצרכינן למלוה שיקיים שטרו אא"כ כשבאו עדי השטר ואמרו לא חתמנו מעולם על שטר זה אז גם מן התורה מצרכינן לי' קיום [ח"מ הה"ע סי' מ"ב ס"ק י"ח] ויש מגדולי הפוסקים שאומרים דכשטוען הנתבע מזוייף הוא אז גם מן התורה מצרכינן לי' קיום [ב"ש שם ס"ק ט"ו] אבל אם אין הנתבע לפנינו וצריכין לגבות מיתומים או מלקוחות לכ"ע לא מצרכינן מן התורה קיום אבל חכמים תקנו לקיים השטר וכל שטר שלא נתקיים הרי הוא כחרס ואין גובין בו אפילו שלא בפני הנתבע וכ"ש אם הנתבע לפנינו ואומר שמזוייף הוא שמעולם לא ציוה לכתוב שטר זה ואפילו כשמודה שציוה לכתוב שטר זה אלא שאומר שפרעתיו או כתבתי ללות או למכור או ליתן ועדיין לא לויתי או מכרתי או נתתי וממני נפל השטר והוא מצאו או אפילו כשמודה שהשטר הי' ביד התובע אלא שאומר שטר אמנה הוא שהאמנתיו ליתן לידו השטר אף שעדיין לא לויתי כי בטחתי בו שלא יתבעני בחנם וכיוצא בטענות אלו מאמינים

מאמינים לו להנתבע ומצווים ב"ד להתובע שיקיים השטר כי יש לו מגו להנתבע מיגו שהיה אומר מזוייף הוא ולכן אם לא נתקיים השטר נשבע הנתבע שבועת היסת שמזוייף הוא או פרוע או שטר אמנה ונפטר ועכ"ז אם אחר זמן קיים התובע השטר גובין בו ולא משגחינן בשבועתו והרי הוא כשאר שטרות ואפילו אם כתוב בשטר נאמנות שמאמין לבעל השטר כל זמן שלא נתקיים אין הנאמנות כלום כיון דחיישינן שמא זייף השטר חיישינן שמא זייף גם הנאמנות ואפילו בשאר טענה כגון טענת פרוע וכיוצא בה שמודה שכתב השטר וא"כ כיון שמודה שציוות לכתוב גם הנאמנות הי' לנו להאמין את התובע מ"מ כיון שלא נתקיים ואי הוה טעין מזוייף הוא אין הנאמנות כלום ולכן גם בשארי טענות אין הנאמנות כלום כל זמן שלא נתקיים דלפעמים מניח השטר ביד התובע לאיזה סיבה וסומך עליו שלא יתבענו פעם אחרת כיון שאינו מקויים ויהיה ביכולתו לומר מזוייף הוא' לכן אין הנאמנות בעדים ממש וכל זמן שלא נתקיים השטר אין הנאמנות כלום ויש חולקין בזה ואומרים דלענין טענת פרוע וכיוצא בזה אינו נאמן אם כתוב בו נאמנות אבל כל הפוסקים הכריעו כדעה ראשונה וכן הלכה וכשהשטר בחתימת יד הלוה צריך קיום וכל זמן שלא נתקיים הרי הוא כחרס וכן כל שטרות שבעולם בין שהם בח"י המחייב ובין שחתומים בו עדים צריך קיום ובלא קיום אין השטר כלום וע' מ"ש בסי' ס"ט סעי' ב':

ב כיצד הוא הקיום יש בזה חמשה דרכים הדרך האחת כשהדיינים עצמם מכירים ח"י העדים וכותבים הדיינים בסוף השטר במותב תלתא כחדא הוינא ואתא לקדמנא שטרא דנא ומדברירא לנא דדא היא חתימת ידייהו דעדים אישרנוהו וקיימנוהו כדחזי וחותמין פב"פ דיין ופב"פ דיין ופב"פ דיין דקיום שטרות הוא כמו דין שצריכים ב"ד של שלשה וכן אין מקיימין שטרות בלילה כמו דין כמ"ש בסי' ה' ואם אין מקום להם לחתום בסוף השטר חותמים גם אחורי השטר בצד השני של השטר:

ג הדרך השני שבאים עדי השטר וחותמים א"ע בפני הדיינים והדיינים מדמים החתימות להחתימות שבשטר ואם החתימות שוים מקיימים וכותבים במותב תלתא וכו' ואתו לקדמנא פב"פ ופב"פ עדי שטרא דנן וחתמו בפנינו ומדאיתברר לנא דדא היא חתימת ידייהו אישרנוהו וכו' ואפילו כשחתמו לפניהם בלילה ולמחר דנים ע"פ זה דלא שייך בזה לא תהא שמיעה גדולה מראי' כמ"ש בסי' ז' ונמצא דהדיינים עצמם הם כעדים ואין עד נעשה דיין מ"מ הקילו בזה בקיום שטרות דאינו אלא דרבנן שיהא עד נעשה דיין וכמו שיתבאר לפנינו:

ד הדרך השלישי שהעדים החתומים בהשטר מעידים על חתימתם האמנם לדעת הרמב"ם לא די במה שמעידים על חתימת ידם דצריכים להעיד על ענין השטר דאם אינם זוכרים מעשה השטר אין עדותם כלום וכמ"ש בסעי' ט"ו ולכן לדעתו מחוייבים לומר זה כתב ידי ואני עד בדבר הזה ורצה לומר אני עד בהמעשה כי אני זוכר המעשה הכתוב בשטר וא"צ לומר בפירוש שזוכרים העדות וא"צ שנים על כל חתימה דכיון שמעידים על ענין השטר הרי יש שני עדים על השטר אבל יש מהראשונים שחולקים על הרמב"ם וס"ל דיכולים להעיד גם על כתב ידם לבד ולא על ענין השטר אם אין זוכרין הענין אבל באופן זה צריך שני עדים על כל חתימה כשאין זוכרין הענין ולכן צריך או שכל אחד יעיד על כתב ידו ועל כתב ידו של חבירו או שעד אחר יצטרף להעדים להעיד על כתב ידם דכיון שהעדות הוא על כתב ידם צריכים שני עדים על כל חתימה מיהו אף כשזוכרין ענין השטר די שיאמר זה כתב ידי דמסתמא מעידין על מעשה השטר וא"צ לצרף עמהם אחר וכשמקיימים בדרך זה כותבים הדיינים במותב תלתא כחדא הוינא ואתו לקדמנא פלוני ופלוני ואסהידו קדמנא אחתימת ידייהו ומדאיתברר לנא דדא היא חתימת ידייהו אישרנוהו וקיימנוהו כדחזי וחותמים הדיינים:

ה הדרך הרביעי שיבואו עדים אחרים ויעידו על כתב ידם של העדים החתומים בהשטר ויעידו שמכירים חתימתם ואף כשעדי השטר בפנינו יכולים לקיים ע"י עדים אחרים ובזה צריך ודאי שני עדים על כל חתימה אפילו לדעת הרמב"ם דבזה לא שייך שמעידים על מעשה השטר דהא אינם מעידים רק על כתב ידי העדים ולכן צריך שהשנים יעידו על שני החתימות ואם כל אחד מהשנים אינו מכיר רק חתימה אחת צריכים לצרף עמהם אחר שמכיר שני החתימות או שנים אחרים שכל אחד מכיר חתימה אחת ואם חתומים בהשטר שלשה עדים והעיד אחד על חתימת שנים מהעדים והשני מעיד על חתימת השלישי ועל חתימת אחד מן השנים האחרים אע"ג שלדברי כל אחד מהם יש בהשטר שני עדים מקויימים אינו כלום דצריך שיהי' שני עדים על שנים מהחתימות החתומות בשטר ובזה אין שנים מעידים רק על חתימה אחת ועל שני החתימות אינו רק עד אחד [לדכ"ז] מיהו זהו פשוט דא"צ לקיים רק שני חתימות אף שיש בשטר הרבה עדים חתומים ואף אם אינם מכירים רק חצי הכתב מהשנים שמותם או שמות אביהם די בזה [ס"ך] ואם שנים מעידים על חתימות העדים ועדי השטר בעצמם אומרים שאין זה חתימתן ומזוייף הוא אם כל אחד מעדי השטר אינו מכחיש רק חתימתו לבדו אין נאמנים דהא השנים המעידים על חתימתם הוו תרי לגבי חד נגד כל אחד מהם ומקויים השטר אבל אם כל אחד מהחתומים

מהחתומים מכחיש חתימתו וגם חתימת חבירו הוו תרי לגבי תרי ואין גובים בשטר זה [ס"ך ס"ק י"ב] וכשהדיינים מקיימים בדרך שנתבאר בסעי' זה כותבים במותב תלתא כחדא הוינא ואתו לקדמנא פלוני ופלוני ואסהידו אחתימות ידייהו דהני סהדי דחתימו בשטרא ומדאיתברר לנא דדא היא חתימות ידייהו אישרנוהו וכו':

ו קיום השטר שנתקיים ע"י עדים אחרים שנתבאר בסעי' הקודם יכולים לקיים גם ע"פ כתב ששנים שולחים בכתב שמכירים חתימות העדים ואע"ג שנתבאר בסי' כ"ח דעדות בעינן דוקא מפיהם ולא מפי כתבם היינו דוקא עדות ממש אבל בקיום שטרות הקילו כשעדים אחרים מעידים דהא אין מעידים על מעשה השטר [ב"ש באה"ע סי' קמ"ב ס"ק י"א] אבל אילם שאינו ראוי להגיד כלל לא מהני עדותו בכתב וכן אם מתו העדים שהעידו הקיום בכתבם קודם שנתקיים השטר בב"ד אין מקיימים ע"פ כתבם כיון שאין ראוים עתה להגיד [כס"מ] אבל עדי השטר בעצמם אין מעידין הקיום ע"פ כתבם דהא הם מעידים על מעשה השטר והוה ככל עדות דבעינן מפיהם ולא מפי כתבם אם לא בשעת הדחק או בת"ח כמו שנתבאר בסי' כ"ח סעי' ט"ז:

ז הדרך החמישי שיהא כת"י העדים יוצא משטרות אחרות ועורכים ב"ד זה הכתב להכתב שבשטרות אחרות ואם יראה להם שכתב ידי אלו הוא שוה ממש לכתב ידי אלו מקיימים אך השטרות שמקיימים מהם צריכים שיהא שטרות מבוררים כגון שטרות של שדות שאכלום בעליהם אכילה גלוי' ונכונה בלא שום יראה ופחד מתביעה בעולם כדרך שאוכלים כל בעלי שדות שדותיהן או משטרי כתובות שהנשים יושבות תחת בעליהן אף אם אין יושבות זמן ארוך [ס"ך] ושני שטרות בעינן ואשטר אחד לא סמכינן דאולי גם הוא מזוייף ומה שאוכל הלוקח השדה או האשה יושבת תחת בעלה מקרה הוא [סמ"ע] ודוקא כשאלו שני השטרות יצאו מתחת יד אחר ולא מתחת ידי עצמו של בעל השטר שלפנינו שרוצה לקיים עתה שטרו דאולי הוא זייף כולם ולפי זה כשהשטרות מקויימים מב"ד מקיימים מהם אפילו כשיוצא מת"י בעה"ש עצמו ויש חולקים דאפילו במקויימים לא מהני כשיוצא מת"י בעה"ש עצמו דחיישינן כיון שהשטרות לפניו שמא זייף מתוכם להשוות החתימות ולפ"ז כשיש אצל בעה"ש עוד שטר או איזה כתב בחתימות אלו א"א לקיים בדימוי הכתב אפילו משטרות אחרים מיהו זהו דוקא כשאין מכירים החתימות רק ע"י דמיון הכתב אבל כשמכירים את החתימות בטביעות עין אז אע"פ שיש לו אלו החתימות אין חוששין דא"א לזייף כל כך שיהיה ניכר בטביעות עין ולכן יש ליזהר דמי שיש לו שני שטרות בחתימות עדים שוים שלא לקיימו בדימוי אלא בטב"ע [ס"ך] ומשטר מקויים שיוצא מת"י אחר לא מיד בעה"ש מקיימים אפילו משטר אחד כיון שהוא מקויים ויוצא מת"י אחר וביד בעה"ש לא נמצא חתימות אלו אין שום חשש בזה ואף שיש חולקים דגם בזה בעינן שני שטרות דוקא ובשטר אחד לא סגי אא"כ כשהיה ערעור על השטר ונתקיים בב"ד דאז בודאי נתנו הב"ד לב לחקור היטב אבל בלא ערעור חיישינן שמא גם הוא מזוייף וע"פ מקרה קיימוהו הב"ד אבל לא קיי"ל כן דבודאי הב"ד כשקיימוהו חקרו יפה אפילו כשלא היה ערעור על השטר ולכן בכה"ג מקיימים אפילו משטר אחד וצריכים להכיר ח"י שני דיינין שבשטר המקויים שמקיימים ממנו:

ח זה שאמרנו שמקיימים משני שטרות של שתי שדות או שתי כתובות ה"ה משטרות אחרים שנתבררו שהם אמת כגון שטרי הלואות שהלוים מודים שהם שטרי אמת וכה"ג אבל כשאין הלוים לפנינו אין מקיימים משני שט"ח דהא אין עליהם בירור שהם אמת ודעת הש"ך דמשלשה שט"ח שיוצאים משלשה בני אדם מקיימים מהם אף שאין עליהם בירור שהם אמת דלא חשדינן לכולם שזייפו וכן מקיימים חתימה מספר שכתב העד וחתם שמו עליו אבל לא מאיגרת שלו משום דאין אדם מדקדק בחתימת אגרת פשוט וכתבו משתנה לפי הקולמס ולפי הנחיצה ולכן י"א דאף מספר אין מקיימים אא"כ חתם שמו בסוף הספר דאז מדקדק בחתימתו ומקיימים ממנו אבל מראש הספר ומאמצעו אין מקיימים דהוה כמו איגרת ודעת הש"ך דגם מאיגרת מקיימין אם רק ידוע בבירור שהעד כתב איגרת זה וכמדומני שכן נוהגים:

ט כשמקיימין בדרך זה כותבים במותב תלתא כחדא הוינא ואתא לקדמנא שטרא דנא ודקדקנא משטרי אחרינא דדא היא חתימת ידייהו דהני סהדי ומדאיתברר לנא דדא היא חתימות ידייהו אישרנוהו וכו':

י אע"ג שלכתחילה צריכים הב"ד להזכיר בקיומם באיזה דרך נתקיים השטר וכמ"ש מ"מ בדיעבד אם כתבו סתם במותב תלתא כחדא הוינא ונתקיים שטר זה בפנינו הרי זה מקויים אע"פ שלא פירשו באיזה דרך שנתקיים:

יא מקיימים השטר אפילו שלא בפני בע"ד ואפילו עומד וצוה מזוייף הוא אל תקיימוהו אין שומעין לו אא"כ מברר שהוא מזוייף ולהוציא מיתומים קטנים יתבאר בסי' ק"י ודוקא חתימות עדים מקיימין שלא בפני בע"ד אבל ח"י הלוה עצמו אין מקיימין שלא בפניו דזה הוה ככל עדות שצריך להיות בפני בע"ד ובקיום עדים הקילו משום דמן התורה א"צ קיום כלל לעדים דנעשה כמו שנחקרה עדותן בב"ד רק דרבנן הצריכו קיום לכן מקילים בזה אבל כשצריכין לקיים ח"י הבע"ד עצמו דבזה ודאי דגם מן התורה צריך קיום

דעל

דעל זה לא שייך לומר דהוה כמו שנחקרה עדותו בב"ד והוה ככל עדות שצריכין בפני בע"ד אבל הש"ך כתב דכמדומה שנהגו להקל לקיים אף כת"י הלוה שלא בפניו ואפשר לומר בזה מנהג מבטל הלכה אבל היכא דלא נהוג אין להקל עכ"ל ואנחנו לא שמענו מנהג זה בבירור ולכן אין לעשות כן אם לא בשעת הדחק ולפי ראות הדיינים כמו בכל עדות כמו שנתבאר בסי' כ"ח :

יב כבר נתבאר בסעי' ב' דקיום שטרות הוה כדין ואין מקיימין בלילה מיהו כשבאו שני הבע"ד מקיימין גם בלילה כמו שנתבאר לענין דין בסי' ה' דהוה כקבלו קרוב או פסול אבל כשבא המלוה לבדו אין מקיימין בלילה [סמ"ע] וכן צריך דוקא ב"ד של שלשה אפילו הם הדיוטות כמו שנתבאר בסי' א' לענין דין ואם קיימו בשנים לא הוי קיום דהוה כעד מפי עד דלא מהני אבל בשלשה דהם ב"ד כשמקיימין חתימתן ואז הב"ד הדנין על שטר זה לאחר זמן הו"ל כאילו שמעו העדות מעדי השטר עצמן [סס] ואע"ג דקיום לא הוה בשנים מיהו אם השנים מכירים החתימות בעצמן וחתמו ע"ז הוה העדאת עדים לפי מה שבארנו דיכולים להעיד זה מפי כתבם ויועיל אם הדיינים שידונו בזה יכירו בעצמם חתימות אלו השנים אבל כשאין מכירין החתימות ואחרים מעידין לפניהם אין זה אפילו עדות דהיה כעד מפי עד וכמ"ש וכן אם השטר הוא חתימת יד הלוה והלוה מודה בפני שנים שזו היא חתימתו וצוה להם לחתום ולקיים ג"כ הוה העדאת עדים ולא קיום [נס"מ] ואם הב"ד שדנים על השטר מכירים החתימות מהני אבל אם הב"ד בעצמם אין מכירים לא מהני מה שיעידו לפניהם [ט"ז] :

יג כתב רבינו הרמ"א דיש מי שכתב מאחר שנהגו שהרב התופס ישיבה מקיים ביחידי מנהג כזה מבטל הלכה וכן המנהג פשוט במדינות אלו ונ"ל הטעם דסבירא לן לענין קיום שטרות דרבנן דיחיד מומחה דינו כשלשה הדיוטות ומקרי ב"ד כמו שנתבאר בסי' ג' ואע"ג דאין יחיד מומחה בזמה"ז מ"מ לענין קיום שטרות דרבנן יש לסמוך עליו כנ"ל טעם המנהג עכ"ל ואין הרב יכול לקיים בלילה ואפשר דהיכא דנהוג לקיים בלילה גם בזה אמרינן מנהג מבטל הלכה [ש"ך] ואף למנהג זה אינו אלא דוקא רב שיושב על כסא הוראה אבל מה שנהגו הסופרים והחזנים לקיים אין מנהג זה כלום ואסור להם לקיים ביחידי ואם קיימו אין הקיום כלום [סמ"ע] ובזמנינו במדינתינו לא ראינו ולא שמענו שאפילו הרב יקיים ביחידי ואם יש באיזה מקום מנהג הזה יכולים להחזיק במנהגם אבל במקום שאין מנהג אסור לעשות כן דבלאו הכי הרבה ערערו על מנהג זה :

יד אף בשטר מקויים צריך שיכירו חתימות שני דיינים מהשלשה או חתימות העדים ואם לאו אין לו דין מקויים דחיישינן דלמא זייף גם את הקיום ומיהו נ"מ בקיום דכיון שחתומים עליו שני עדים ושלשה דיינים יותר בקל ימצא מי שיכירו החתימות ואף שיש חולקין וס"ל דשטר מקויים א"צ להכיר כלל מ"מ רוב ראשונים ואחרונים פסקו דצריך הכרה גם במקויים :

טו כבר בארנו בסעי' ד' דלהרמב"ם צריכים העדים לזכור מעשה השטר וז"ל בפ"ח מה' עדות מי שחתם על השטר ובא להעיד על כ"י בב"ד והכיר כ"י שזהו בודאי אבל אינו זוכר העדות כלל ולא ימצא בלבו זכרון כלל שזה לוה מזה מעולם הרי זה אסור להעיד על כ"י שהוא זה בב"ד ואפילו בצירוף אחר עמו [ס"ך] שאין אדם מעיד על כתב ידו שהוא זה אלא על הממון שבשטר הוא מעיד שזה חייב לזה וכ"י הוא כדי להזכירו הדבר אבל אם לא נזכר לא יעיד הואיל והדבר כן שטר שיצא בב"ד ובאו עדים ואמרו כ"י הוא זה אבל מעולם לא ידענו עדות זו ואין אנו זוכרים שזה לוה מזה או מכר לו לא נתקיים השטר והרי הם כחרסים עד שיזכרו עדותן וכל מי שאינו דן כן לא ידע בר"מ בין ימינו לשמאלו אבל אם היה כ"י יוצא ממקום אחר או שהיו שם עדים שזה כתב ידן מקיימין השטר ואין משגיחין על דבריהם של אלו שאומרים שאין אנו זוכרים עדות זו שמא חזרו בהן וזה שאמרו אין אנו זוכרין כדי לבטל השטר וכאלו אמרו קטנים היינו פסולי עדות היינו שאינם נאמנים הואיל ומתקיים השטר שלא על פיהם ומפני טעם זה מקיימים כל השטרות ואין אנו צריכים להביא העדים ולשאול אותם אם הם זוכרים עדות זו או אינם זוכרים אותה שאפילו באו ואמרו אין אנו זוכרים אותה אין שומעין להם הואיל ואפשר לקיימו שלא מפיהם עכ"ל הרמב"ם אבל יש מהראשונים שחולקים עליו וס"ל שאפילו אין זוכרים הענין ואין זוכרים שחתמו מעולם על שטר זה כיון שמעידים שזה כ"י נתקיים השטר על פיהם דלא גריעי מעדים אחרים שאין מעידין רק על כ"י העדים רק דלפ"ז כשאין זוכרין הענין כלל צריכין שני עדים על כל חתימה ולכן צריך או שכל אחד יעיד על כתבו וכתב חבירו או שיצטרף אחר עמהם שיעיד על כתב ידי שניהם כדי שתהא על כל חתימה שני עדים ומקיימים כל שטר אפילו ששני העדים אינם חתומים ביחד רק האחד בשטר אחד והשני בשטר אחר אם רק נכתב בציווי הלוה חשיב שטר כמו שיתבאר בסי' נ"א וכל שטר שלא נכתב בציווי הלוה לא חשיב שטר כלל אפילו כשחתומים בו שני עדים כמ"ש בסי' ל"ט סעי' ז' ואין שייך בו קיום וצריכים העדים לבא ולהגיד עדותם בע"פ אבל כל שטר שנכתב בציווי הלוה אף שלא נכתב כתקוני שטרות כגון שאין בו קנין או שאין בו זמן או שלא הוחזר מעניינו של שטר בשיטה אחרונה וכה"ג

וכה"ג הוה כשטר גמור ומקיימין אותו [ס"ך]:

טז אמר אחד מן העדים זה כתב ידי והוא ואחר העידו על כתב יד השני לא נתקיים השטר מפני שהעד שהעיד על חתימת יד עצמו העיד על מעשה השטר ונתקיים חצי עדות על פיו וכשהעיד הוא ואחר על כתב יד השני נתקיים על פיו גם חצי עדות מהמחצה השני' ונתקיים על פיו שלשה חלקים מהעדות ועל פי האחר לא נתקיימה רק חלק רביעי מהעדות והתורה אמרה ע"פ שנים עדים יקום דבר שהעדות יתקיים ע"פ שני העדים בשוה ולא שע"פ עד אחד יתקיים יותר מעל פי עד השני ולכן גם אם קרובו של העד הראשון כמו אביו או אחיו העיד עם אחר על כ"י השני ג"כ אינו קיום מפני שיוצא שלשה חלקים מהעדות על פי העד הראשון ועל פי קרובו והקרובים נחשבים כאחד נמצא דאינו יוצא ע"פ שני העדים בשוה וכזה צריכין לדון בכל ענייני עדות שתצא העדות ע"פ שני העדים בשוה ולכן כשאין העד השני לפנינו שיעיד על חתימת ידו צריך שנים מן השוק להעיד על חתימת ידו ואין העד שלפנינו מצטרף עם אחר וכמ"ש ומה יעשו אם אין רק עד אחד מן השוק שמכיר ח"י השני לא יעיד העד שלפנינו בב"ד על חתימתו אלא שיחתום בפני עדים חתימתו על נייר או אפילו על חרס והעדים יביאו חתימתו לב"ד וידמוה לחתימתו שבשטר ונמצא דהוא לא העיד כלל על חתימתו בב"ד ויכול אח"כ להעיד על ח"י השני עם האחר אבל לא יכתוב חתימתו לפני הב"ד דא"כ הוה כאילו העיד לפני הב"ד על חתימת עצמו [ס"ך] ואם יש שנים מן השוק שמכירים ח"י העד שלפנינו ודאי דיותר טוב שהם יעידו על ח"י של העד שלפנינו והוא והאחר יעידו על ח"י השני וכל זה מועיל כשלא העיד העד שלפנינו בב"ד עדיין על חתימתו אבל אם כבר העיד על חתימתו לא מהני מה שיעידו אח"כ שנים אחרים או שיכתוב חתימתו דמאחר שכבר העיד הרי נתקיימה חתימתו [סס] ותקנה זו שבארנו בהכרח לעשות כשמת אחד מהעדים החתומים ולא נמצא רק אחד מן השוק שמכיר חתימת המת ולכן צריך העד החי ליזהר שלא יעיד בעצמו לפני ב"ד על חתימתו כדי שלא יהא מעוות שלא יוכלו לתקן:

יז כבר בארנו בסעי' י"ד דגם בשטר מקויים צריך להכיר או חתימות העדים או שני חתימות מהדיינים ולכן כשבא לפני ב"ד שטר מקויים ושני עדים מעידים על שני חתימות מהדיינים גובין בשטר זה ואם שני דיינים מהחתומים על הקיום מעידים על חתימתם אפילו אם מעידים כל אחד רק על חתימת ידי עצמו השטר מקויים ואע"ג דהדיין אינו מעיד על מעשה השטר אלא על כתיבת ידו וא"כ הי' לנו להצריך שני עדים על כל חתימה כמו שנתבאר בסעי' ד' ובסעי' ט"ו לענין עדים מ"מ די בזה והטעם דהא הדיין מעיד על קיום השטר ונמצא שיש שני עדים שמעידין על קיום השטר אבל כשאחרים מעידים על חתימתם צריך שני עדים על כל חתימה דהם אינם מעידים על מעשה קיום השטר אלא על חתימתם וצריך שני עדים על כל חתימה:

יח אין מצטרפים לקיום השטר כשאחד מעדי השטר מעיד על חתימתו ואחד מהדיינים מעיד על חתימתו משום דאין עדותם שוה דהעד מעיד על מעשה השטר והדיין מעיד על קיום השטר ואפילו כששנים אחרים מעידים על חתימת הדיין או שהדיין ואחר עמו מעידים על חתימתו אינו קיום מפני טעם זה אבל אם הדיין מעיד על חתימתו ושנים מן השוק מעידין על חתימת עד מצטרפים מפני שעדותם שוה דהשנים מעידים על כ"י העד וגם הדיין שמעיד על קיום השטר זהו ג"כ כאילו מעיד ואומר אלו הן החתימות של עדי השטר ולכן כשאחד מן השוק מעיד על חתימות שני עדי השטר ודיין אחד מעיד על חתימתו מצטרפים מטעם זה דהדיין הלא ג"כ מעיד על חתימות העדים ונמצא שיש שני עדים על עדי השטר וכן כשאחד מעיד על חתימות שני העדים ושנים אחרים מעידים על חתימת דיין אחד מצטרפים מטעם זה וכן כששנים מן השוק מעידים על עד אחד ועל דיין אחד הוה קיום [ס"ך] ויש פוסלים בזה [סמ"ע וט"ז] דעל עד השני ליכא קיום רק מהשנים המעידים על ח"י הדיין ולא עדיפי מהדיין עצמו שאינו נחשב רק כעד אחד וכן יש להורות וכן כשנתקיים כתב הסופר ועד אחד לא הוה קיום כלל וכאלו לא נתקיים:

יט עדי הקיום יכולים להיות קרובים לעדי השטר דהא אינו מעיד על קרובו כלום רק שמעיד לבעל השטר ששטרו הוא כשר ולא עוד אלא אפילו מת העד החתום בשטר ונשאר ממנו בן אפילו הי' קטן בשמת יכול הבן להעיד על חתימת אביו אחר שיגדל עם עד אחד שהוא כשר עמו וכן יכול להעיד על חתימת אחיו ועל חתימת רבו שראה החתימות שלהם בקטנותם ויצטרף עם אחר כשר להעיד על חתימתם ודוקא על חתימות אלו יכול להעיד מה שראה בקטנותו מפני שהי' רגיל הרבה עמהם אבל על חתימות אחרים אינו יכול להעיד מה שהכיר בקטנותו ואף שיש מי שחולק על זה מ"מ כן הוא עיקר לדינא מפני שאפשר שטועה בהם שאין דרכו להכיר ולדקדק על אחרים בקטנותם:

כ העדים שמעידים על הקיום לא יהיו קרובים לדייני הקיום משום דקיי"ל דבכל עדות בענין עדות שאתה יכול להזימה והדיינים לא יוכלו לקבל הזמה על קרוביהם וגם גזירת הכתוב שלא יוצא שום ענין ע"י קרובים ובכאן יוצא הענין ע"י העדים והדיינים שהם קרובים זה לזה וכשם שאין העדים או הדיינים רשאים להיות

להיות קרובים זה לזה כמו כן לא יהיו קרובים העדים להדיינים דזהו הכל ענין אחד ויש מכשירים בזה שהעדים קרובים להדיינים משום דסתם קיום הוא שמכירין החתימות ובזה לא שייך הזמה שיזומום לאמר עמנו הייתם ולכן אף כשמעידים שבפניהם חתמו העדים ואז שייך הזמה שיזומום שבאותה שעה שאתם אומרים שבפניכם חתמו עמנו הייתם מ"מ יש להקל בקיום שטרות דרבנן וגם לטעם השני לא חששו בקיום שטרות דרבנן כיון דלאו ממש דבר אחד הוא העראת העדים עם קיום הדיינים דהעדים מעידים שהם מכירים חתימות העדים ולא על מעשה השטר והדיינים מקיימים השטר ומ"מ למעשה יש לחוש בודאי לדעה ראשונה וכן יש להורות אבל כשצריכים לקיים הקיום ועדים מעידים על חתימות הדיינים יכולים להיות קרובים להעדים שהעידו על הקיום לפני אותם הדיינים שקיימו השטר משום דאין להם שייכות זה לזה דהא אפילו עדי הקיום יכולים להיות קרובים לעדי השטר כמ"ש בסעי' הקודם וכ"ש שיכולים להיות קרובים לעדים המעידים על חתימות הדיינים :

כא עדי קיום הקרובים לבעלי השטר פסולים וכן דייני הקיום הקרובים לבעלי השטר פסולים ולפ"ז דיינים שמקיימים שטר אע"ג שגוף ענין השטר אין צריכים לקרותו דהא הם מקיימים רק חתימות העדים מ"מ צריכים לקרות ולראות שמות בעלי השטר המלוה והלוה או הלוקח והמוכר או הנותן והמקבל כדי שיראו שאינם קרובים לא להדיינים ולא להעדים המעידים בפניהם ואם אינם רוצים לקרות השטר יכתבו בהקיום מי הם העדים של הקיום כדי שאם יתוודע אחר כן שהם קרובים יפסול הקיום אבל יש שחולקים בזה וס"ל דבקיום שטרות הקילו ויכולים להיות הדיינים והעדים קרובים לבעלי השטר כיון שאין ענינם רק להעיד על חתימות העדים ואף שעי"ז נתקיים השטר מ"מ הקילו בקיום שטרות דרבנן ולפי דעה זו אין צריכים הדיינים לקרות כלל מה שבשטר אף השמות של בעלי השטר [ס"ך] :

כב דיינים שיושבין לדון על ענייני השטר ולא על קיום השטר צריכים להיות רחוקים מעדי השטר כי איך ידונו בענייני השטר ע"פ עדות קרוביהם שמעידים על ענייני השטר ולכן אף אם העידו עדים בע"פ לפני איזו ב"ד וכתבו הב"ד עדותן אין יכולים ב"ד אחר הקרובים להעדים לדון בענין זה ע"פ עדות קרוביהם שהעידו בזה הענין [ס"ך] וכן צריכים להיות הדיינים שדנים על ענייני השטר להיות רחוקים מדייני קיום השטר דכמו שדינם בא ע"י עדי השטר כמו כן בא ע"י דייני הקיום ויש שמכשירים בזה דאין דמיון דייני הקיום לעדי השטר דעדי השטר הם על ענין השטר עצמו אבל דייני הקיום הם אינם שייכים לענין השטר דאין מחוייבים לידע ענין השטר כמו שנתבאר והם לא קיימו רק חתימות העדים ולכן לעדי הקיום לכל הדעות רשאים להיות דיינים אלו שדנים על ענייני השטר קרובים להם דהם אינם שייכים כלל לענין השטר וזה שכתבנו שיש מכשירים כשדייני השטר קרובים לדייני הקיום היינו דוקא כשאין דייני הקיום עצמם מעידים לפניהם על חתימתם אבל כשהם עצמם מעידים לפני דיינים אלו על חתימתם אין להם להיות קרובים זה לזה [ס"ך] לדעה ראשונה שנתבאר בסעי' כ' :

כג אע"פ שנתבאר בסי' ו' דאין עד נעשה דיין מ"מ בקנין שטרות דרבנן הקילו שמותר לעד להיות דיין לפיכך שלשה דיינים שישבו לקיים שטר ושנים מהם מכירים חתימות העדים והשלישי אינו מכיר יכולים אלו השנים להעיד לפני השלישי על חתימות העדים ואח"כ יהיו דיינים על הקיום אבל אין להם להשנים לחתום א"ע על הקיום קודם שהעידו לפני השלישי ואם חתמו א"ע הקיום פסול דאיך כתבו במותב תלתא וכו' וחתמו א"ע הלא דבשעה שחתמו לא היו כלל ב"ד של שלשה ונמצא שנתקיים שלא כדין וזה שהתירו שהשנים יעידו לפני השלישי א"צ השלישי להושיב אצלו עוד שנים כדי שיהיו ב"ד של שלשה כדין קבלת עדות דכיון דבקיום שטרות עד נעשה דיין נעשו אלו שני הדיינים המעידים לפני השלישי דיינים ג"כ ונעשו ביחד עדים ודיינים [סמ"ע] וכן עד החתום על השטר יכול להיות דיין לקבל עדות על עד השני שחתום עמו בשטר [סס] :

כד מותרים הדיינים לכתוב הקיום בשטר ולחתום א"ע [ס"ך] קודם שיתקיים השטר ובלבד שלא יוציאו השטר מתחת ידם עד שיעידו לפניהם על חתימות עדי השטר ואע"ג דמיחזי כשקרא שחתמו א"ע שהשטר מקויים קודם שנתקיים אך לא חיישינן לזה כיון שאין מוציאין השטר מת"י ושמא תאמר דא"כ למה בארנו בסעי' הקודם דאם חתמו השנים קודם שהעידו לפני השלישי פסול הקיום דשאני התם כיון דהשלישי לא נצטרף עמהם בשעה שחתמו מפני שהם ידעו החתימות והוא לא ידע איך יצטרף אליהם אחר חתימתם דכיון שהשנים חתמו נגמר אצלם הקיום ונמצא שהשנים קיימו לבדם והשלישי יקיים לבדו ולא הוה במותב תלתא כחדא אבל כשכולם שוים שאין מכירים החתימות שפיר הוה במותב תלתא כחדא וחותמים א"ע כולם ביחד וכשהעידו לפניהם אח"כ נמצא השטר מקויים מכולם ביחד ואף שיש חולקין בזה מ"מ כן עיקר [ס"ך] :

כה אם באו עדים והעידו שבשעה שנתקיים בפניהם לא היו במעמד אחד אלא כל אחד קבל בפ"ע העדות או ששנים קבלו ביחד והשלישי בפ"ע פסול הקיום אבל השטר כשר [ס"ך] ולא דמי למה שנתבאר בסעי' כ"ג שהשנים יכולים להעיד בפני השלישי דהתם

כיון

כיון שהם ביחד כשמעידין לפניו הו"ל כאלו קבלו שלשתן יחד [סמ"ע] ואין הדיינים עצמם נאמנים לומר שלא היו ביחד ולפסול הקיום דכיון דאסור לעשות כן אין נאמנים על עצמן לומר שעשו שלא כדין ואם אומרים שלא ידעו הדין שצריכים להיות ביחד דוקא נ"ל דנאמנים וכן כשאומרים שהיו ביחד ועדים אומרים שלא היו ביחד נ"ל דהדיינים נאמנים ויש להתיישב בזה וצ"ע ואף שיש חולקין על כלל דין זה ואומרים שבדיעבד הוה קיום אף כשלא היו ביחד כבר דחה הש"ך דעה זו ואין להורות כן :

כו שלשה דיינים שישבו לקיים שטר ובאו שני עדים וערערו על אחד מהם שהוא גזלן או שעשה עבירה אחרת שהוא פסול לישב בדין ובאו שנים אחרים או שני הדיינים בעצמם ואומרים ששקר הדבר שלא גזל או לא עבר עבירה לא מהני ופסול לישב בדין משום דהוה תרי ותרי שני עדים כנגד שני עדים ואין ביכולת להוציא ממון על פיו ואיך יקיים השטר ונוציא ממון על פיו דכללא בידינו דתרי ותרי אוקי ממונא בחזקתו אבל אם מעידים הדיינים או שנים אחרים שאמת הוא שגזל או עבר העבירה אך שעשה תשובה נאמנים והוא כשר ודוקא שהעידו אלו הדיינים קודם שחתמו אז נאמנים להעיד עליו אבל אחר שחתמו אין נאמנים הדיינים להעיד עליו והטעם מפני שגנאי הוא להם שישבו יחד עם פסול בדין ולכן חוששין שאולי כפני הבזיון מעידים עליו שעשה תשובה אף שלא שב כהוגן ונחשבים כנוגעים בדבר ולכן אם אחרים מעידים עליו כשר אף לאחר שחתמו ודוקא שהיה הערער בעבירה אבל אם הי' הערעור שהוא עבד או ממזר ומעידים ששקר הוא כשר אף לאחר שחתמו דבזה לא שייך לומר שיעידו שקר מפני הבזיון דדבר זה גילוי מילתא בעלמא הוא ועתיד להגלות לכל העולם ומילתא דעבידא לגלויי לא משקרי אינשי והנה יש עוד טעם במה שאין נאמנים להעיד אחר שחתמו דכיון דבשעת חתימת השנים עדיין לא נתברר כשרותו נתבטל הוועד הראשון שנועדו לקיום השטר לפיכך אינו מצטרף עמהם ולטעם זה אפילו כשהעידו אחרים שחזר בתשובה לא מהני כיון שנתבטל וועדם אבל יש קולא לטעם זה שאם יתוועדו פעם אחרת יהי' כשר הקיום שיקיימו אז אבל לטעם הראשון דמשום גנאי הם מעידים לא מהני ואם הי' ערעור משום פסול משפחה כמו עבד או ממזר אפילו לטעם השני כשר דדוקא בערעור דעבירה דעד שעשה תשובה הוא פסול שפיר נתבטל וועדם אבל בערעור דמשפחה דגילוי מילתא בעלמא ששקר הוא הלעז לא נתבטל מעולם וועד המושב שלהם ולפי טעם השני אם חתמו כולם קודם הערעור כשר הקיום דהא כיון ששב בתשובה כשר הוא אף אם לא נתברר עדיין ששב כיון שאח"כ נתברר [ר"ן פ"ב דכתובות] רק בשלא חתם עדיין אמרינן דכיון שבאמת היה פסול ונתכשר ובעת שחתמו השנים לא נתברר עדיין כשרותו בטל וועדם [ריטב"א ס"ס] אבל לטעם הראשון אף אם חתמו כולם קודם הערעור בטל הקיום ולדינא יש להחמיר כפי חומרת שני הטעמים דטעם הראשון הוא לרש"י והר"ן וטעם השני הוא להרי"ף והרמב"ם והרא"ש :

כז כתבו קיום ונמצא אחד מדייני הקיום פסול לא נפסל השטר רק הקיום אינו כלום וצריך לקיימו מהדש ואם קיום זה נכתב בשולי השטר יחתכו אותו כדי שלא יסמכו עליו אותם שלא ידעו שהוא פסול ואם נכתב אחורי השטר שא"א לחותכו יעבירו שריטות דיו על הקיום מיהו אם לא חתכו או לא העבירו שריטות דיו אינו נפסל השטר בכך רק שלכתחילה מחוייבים לעשות כן לבלי יכשלו בו [ס"ך] :

כח שלשה שישבו לקיים שטר וקבלו העדות על הקיום וקודם שחתמו מת אחד מהדיינים או שנחפז לדרכו ולא הספיק לחתום צריכים השנים לכתוב במותב תלתא הוינא וחד ליתוהי כדי להודיע שקיימו בשלשה אך שלא הספיק השלישי לחתום דאל"כ יאמר הרואה ששנים קיימוהו ואפילו כתוב בו במותב תלתא הוינא ותו ליכא למימר שהיו רק שנים מ"מ יאמרו שבתחילה הסכימו ליקח שלשה לרווחא דמילתא ולא מפני שמעכב ולא נזדמן להם השלישי וקיימו בשנים ויאמרו שקיום סגי בשנים וכן כשכתוב בו לשון בי דינא דמוכח שיודעים שצריך ב"ד מ"מ יאמרו שמא סברו שנים הם ג"כ ב"ד ולכן אם יש בהקיום משמעות מבורר שהיו שלשה כגון שכתוב בו בתוך הדברים ואמר לנו פלוני או ואמרנו לפלוני דמוכח להדיא שהיו שלשה א"צ לכתוב וחד ליתוהי וכן כשכתוב בו במותב תלתא וגם לשון בי דינא ג"כ משמע שהיו שלשה ואם חתומים בו כל השלשה אז א"צ לכתוב במותב תלתא הוינא ואפילו אין כתוב בו רק שטר זה נתקיים די בכך כיון ששלשה חתומים עליו וכבר בארנו בסעי' י' דלכתחילה יש לכתוב הכל וגם הדרך שנתקיים בו השטר וכתב רבינו הב"י דאפילו כשלא מת אחד מהם נוהגין לכתוב וחד ליתוהי כדי להקל מעליהם דשמא לא ימצא השלישי בעת החתימה שלא יצטרכו לחזור אחריו ולא שמענו ולא ראינו מנהג זה :

כט אם כתוב בהקיום במותב תלתא וכו' וחתומים בו שלשה ונמצא אחד מהם קרוב להשני או פסול י"א דכשר ותלינן דשלשה כשרים ישבו ולא חתמו מהם רק שנים והקרוב או הפסול חתם אחר כך כמו שנתבאר בסי' מ"ה וי"א דפסול דמנ"ל למיתלי לקולא ואף דקיום שטרות דרבנן מ"מ כל כמה דלא ידעינן שהי' שלשה כשרים אין בנו כח להכשיר והא דמכשרינן בסי' מ"ה התם שאני דכיון דיש יותר משני עדים שפיר תלינן לקולא אבל בקיום שצריך שלשה ובאלו נמצא קורבה או פסול איך נכשירנו והלא ראינו שהחמירו חז"ל

חו״ל כשמת אחד מהם שיכתבו וחד ליתוהי כמ״ש בסעי׳ הקודם וכ״ש כשיש להשנים עוד פסול דצריכין לחשוש ולפסול הקיום וכן נראה עיקר לדינא:

ל׳ קיום שכתוב בו אנחנו סהדי ולא לשון ב״ד כשר דכיון שחתמו בו שלשה הלא אנו רואים שהיו ב״ד ומה שכתבו לשון עדות י״ל שהם עצמם הכירו החתימות והרי הם באמת עדים ג״כ ודוקא כשכתוב בו איתברר לנא או אישתמודענא אבל אם כתוב איתברר קדמנא הלא נראה שלא הכירו בעצמם והש״ך מפקפק בעיקר דין זה דכיון דכתוב בו לשון עדים האיך נאמר שהיו עדים ודיינים כאחד דא״כ הו״ל לכתוב אנחנא סהדי ודייני או שלא לכתוב לא לשון עדים ולא לשון דיינים וצ״ע:

לא הקיום צריכים לכתוב סמוך לחתימות העדים ואם הי׳ הקיום רחוק מחתימות העדים כשיעור שיטה אחת ושני אוירים פסול הקיום לבדו דחיישינן שמא יחתוך השטר והעדים ויזייף באותה שיטה לעשות שטר ושני עדים בשיטה אחת דשטר הבא הוא ועדיו בשיטה אחת כשר כמו שנתבאר בסי׳ מ״ה ויגבה בשטר מזוייף הזה כיון שיש עליו קיום ולכן אם מילאו הריוח בשריטות דיו כשר שהרי אינו יכול לזייף ודוקא שריטות דיו שנראה חלק בין השריטות אבל אם מילא בדיו כל הריוח פסול דחיישינן דשמא הי׳ כתוב שטר אחר במקום הדיו והוא מחקו וכתב מלמעלה שטר אחר [סמ״ע] ואע״ג דבעדים פסלינן בכה״ג משום דחיישינן שמא חתמו רק על השריטות ולא על עיקר השטר כמו שנתבאר בסי׳ מ״ה מ״מ בב״ד לא חיישינן לזה לפי שאין דרכם של ב״ד לחתום על קיום שריטות ואף שי״א שגם בב״ד חיישינן כבר הכריעו האחרונים דלא חיישינן ובפרט שהב״ד מזכירין קיום השטר וכן אם הרחיקו שיטה אחת ולא מילאו בשריטות דיו רק שכתבו בהקיום שהעדים חתומים זה תחת זה ג״כ כשר הקיום [ש״ך] דהא ליכא למיחש שמא יחתוך השטר ויעשה שטר ועדיו בשיטה אחת דיתגלה זיופו ולכן אם יש ה״בה ריוח שיכול לכתוב ויחתום עדים זה תחת זה פסול וכן כשמילאוהו להריוח דיו וכתבו בהקיום שמקיימים לחתימות העדים דחתימי על שטרא דנא שמתחיל מראש הנייר ג״כ כשר [סס] דתו ליכא למיחש שמא הי׳ כתוב שם שטר והוא כתב שטר אחר מלמעלה כיון שהדיינים כותבים שהשטר מתחיל מראש הנייר אבל עכ״ז עדיין איכא למיחש שמא הי׳ כתוב איזה חובה לבעל השטר אחר חתימות העדים ומחקו מיהו י״א שאין דרך לכתוב חובתו אחר חתימות העדים [עיין בסמ״ע ובש״ך ס״ק פ״ז]:

לב יכולים הב״ד לכתוב הקיום גם מצד השטר על הגליון או מאחורי השטר ולכן אם הנייר קצר למטה יכתבו מן הצד וכותבין בהקיום שכותבין על הגליון לארכו והעדים חתומים לרחבו של נייר דאל״כ יש לחוש שיחתוך הקיום ויעשה שטר אחר עם אותן עדים בצד האחר של הגליון שמן הצד ויכתוב אחר חתימות העדים אנחנא דייני דחתימי מעבר לדף מקיימים שטרא דנא דכתיבא מאחוריו [ס״ך] וכן כשכותבין הקיום אחורי השטר יכתבו בהקיום שנכתב מאחוריו ויזהרו שיכתבו אחורי השטר כנגד הכתב דאם יכתבו כנגד החלק של עבר השני יש לחוש שיחתוך כל השטר ויכתוב שטר על ההלק ויהי׳ הקיום על השטר המזוייף ולכן אם מילאו המקום שכנגד החלק בשריטות דיו כשר [סס] ואם השטר נכתב מראשו עד סופו מלפניו ומאחוריו י״א שיוכלו הדיינים לחבר ולדבק נייר בקצה השטר ויעשו סימן מובהק שלא יהי׳ ביכולתו לדבקו אל נייר אחר כגון שיכתבו בהשטר איזה תיבות בכתב ידם ויכתבו בהקיום שמקיימים שטר שכתוב בו תיבות אלו הדומות לכתב הזה ועתה אם יסירנו משטר זה ויחברו לאחר יהיה ניכר הזיוף שלא יהי׳ דומה הכתב זה לזה ויש ליזהר בזה מאד מאד [סס]:

לג שטר מקויים שבא לפנינו שנכתב השטר והעדים על המחק והקיום מלמטה על נייר שאינו מחוק לא יקיימוהו מדייני הקיום אלא מהעדים דיש לחוש שמא הי׳ כתוב השטר והעדים על נייר יפה והוא מחקו להשטר וכתב על המחק שטר אחר ואף שחששא זו רחוקה דאיך יפסיד שטרו והלא יחוש שמא יכירו דייני הקיום זיופו ויפסיד גם השטר שהי׳ לו אבל יש עוד חששא שמא הי׳ השטר כתוב למעלה מהמחוק ובין השטר והקיום הי׳ שריטות דיו והוא חתך השטר של מעלה ומקום השריטות מחק לגמרי וכתב עליו שטר אחר ואף שיש מכשירים לקיימו מדייני הקיום מ״מ אין הלכה כן:

לד העדים שחתמו על השטר ואח״כ נעשו פסולים כגון שנעשה חתנו של בעל השטר כשיבואו ב״ד לקיים השטר אינו יכול עתה להעיד על חתימתו אבל אחרים מעידים על חתימתו וכן אם הי׳ יודע לו עדות בע״פ בקנין ואח״כ נעשה חתנו אסור לו עתה כשהוא קרוב לחתום על שטר זה אע״ג דסתם קנין לכתיבה עומד מ״מ איך יכתוב עתה כשהוא קרוב ומוכרח בעה״ש להשיג עדים אחרים שראו הקנין ושיכתבו לו שטר וכן אם נעשה רשע אחר חתימת השטר כגון שנעשה גזלן הוא אינו יכול להעיד אבל אחרים מעידים על חתימתו ודוקא כשראו חתימתו קודם שנעשה גזלן דאם ראו אח״כ אינו כלום אפילו אם זמנו של שטר הוא קודם הזמן שנעשה גזלן חיישינן שמא כתבו אח״כ על זמן הקודם אבל כשנעשה חתנו יכולים להעיד אפילו אם לא ראו החתימה עד אחר שנעשה חתנו והטעם פשוט דפסול קורבה אינו מפני שיעשה שקר אלא גזירת התורה היא ולכן לא חשדינן ליה שעשה

אח״כ

אח"כ שקר אבל בגזלן כיון שרשע הוא חיישינן לזה וכן הדין בשטר שהעדים נעשו קרובים זה לזה אין להם להעיד על כת"י רק אחרים יעידו על חתימתן ואם אין עדים שמכירים חתימתן יכתבו חתימתן בפני עדים על איזו נייר וידמו חתימתם לחתימתם שבשטר ויעידו על חתימתם ובגזלן צריכים לידע שחתם מקודם על שטר זה אלא שלא הכירו חתימתו וכמ"ש וכן אם המיר לעכו"ם אחר שחתם דינו כנעשה גזלן וכן אם נעשה העד אלם שנשתתק אחר שחתם על השטר הוא אינו יכול להעיד על כת"י ע"י חתימתו או הרכנת ראשו אבל אחרים מעידים עליו וכתב הש"ך דע"י דמוי חתימתו שיכתוב בב"ד חתימתו וידמוה שפיר הוה קיום ורק עדותו בכתב כגון שיכתוב אני מעיד שזהו חתימתי אינו מועיל אבל בדמיון הכתב מועיל ונ"מ דאם עתה אינו דומה חתימתו לחתימתו שבשטר אינו מועיל שום קיום עד שיעידו אחרים שהכירו חתימתו מקודם שנשתתק:

לה שנים החתומים על השטר ומתו ואין עדים שהוא כתב ידם ואין כתב ידם יוצא ממקום אחר ובאו שנים ואמרו כתב ידם הוא אבל היו קטנים בעת שחתמו או פסולים מחמת קורבה או מחמת שהם רשעים אם תוך כדי דבור של כתב ידם הוא אמרו גם הפסול שלהם הרי אלו נאמנים דהפה שאסר הוא הפה שהתיר דהא יש להם מגו דאי בעי שתקי ולא היו אומרים שכת"י הוא ולכן כשאומרים כת"י הוא ופסולים הם נאמנים וקורעים השטר דלא מהני שום תפיסה אפילו אם יתפוס בעה"ש אח"כ מהלוה מוציאין מידו כיון דאין קיום רק על ידם והם מעידים שהמה פסולים ואם בעל השטר טוען שנקבע לו זמן ויקיים השטר ע"י אחרים אע"ג דאם אפילו יקיים ע"י אחרים לא יגבה בו כיון דתרי ותרי נינהו מ"מ נותנים לו זמן דאולי יקיים ע"י אחרים שיכחישו העדים הראשונים ויאמרו שלא היו העדים פסולים ויהיו שנים כנגד שנים ויהיה דין שטר זה דלא לגבות בו ולא לקורעו ואם בעה"ש יתפוס מהלוה לא נוכל להוציא מידו כדין תרי ותרי דאין הב"ד מוציאין מיד המוחזק אבל אם הוא אינו טוען שיתנו לו זמן הב"ד אין טוענים בשבילו דכיון דאף אם יקויים אינו שטר גמור לגבות בו למה יטענו בשבילו ואם שטר זה הוא שטר של יתומים טוענים ב"ד בשבילם דאולי יהי' קיום עליו ואם יתפסו היתומים לא יוציאו מידם וכל זה כשאין עדים שהוא כת"י ואינו מקויים אבל כשהשטר מקויים כבר ע"י עדים שהוא כת"י או שנתקיים ע"י שטרות אחרים כמו שנתבאר בסעי' ז' ובאו שנים ואמרו שאלו העדים היו פסולים בעת שחתמו אין נאמנים לקרוע השטר אלא אין קורעין אותו ולא מגבינן בי' כדין תרי ותרי ואם יתפוס מהלוה אפילו שיהיו עדים על התפיסה ולא יהי' לו מגו לומר לא תפסתי אין מוציאין ממנו וכמ"ש והתפיסה לא מהני רק מטלטלי או מעות מזומן או שטרות או עבדים אבל תפיסת קרקע לא הוה תפיסה דקרקע בחזקת בעלים עומדת כיון שאינה נתפסת ביד ואינה נעתקת ממקום למקום לא מהני לה תפיסה וכן שטר ששנים אומרים פרוע ושנים אומרים אינו פרוע ג"כ הדין כן דלא מגבינן בי' ואי תפס לא מפקינן מיניה [ס"ך]:

לו וכל זה דוקא כשעדי השטר מתו דאז אינם באים לפסול העדים רק השטר אבל כשהעדים חיים ושני עדים באו לפוסלן ואומרים שרשעים הם והם פסולים לעדות ממילא דנפסל השטר לגמרי וקורעין אותו דלא עדיפי עדים החתומים על השטר משאלו היו עומדים לפנינו דהוי מצי אמרי פסולין הן דשני עדים שמעידים על איזה דבר אפילו על מאה אנשים נאמנים דהתורה האמינה לשני עדים ולכן אע"פ שכת"י יוצא ממקום אחר קורעין את השטר ויש חולקין בזה וס"ל דכל שחתומין על השטר נעשה כמי שנחקרה עדותן בב"ד ואלו שבאים לפוסלן לא מהימני לגמרי והוי להו תרי ותרי והעיקר כדיעה ראשונה [ס"ך] ואפילו מתו העדים כמ"ש בסעי' הקודם אם שנים פוסלים אותם מפני רשעתם לא עדיפי משאלו היו בחיים לפנינו והשטר נפסל ממילא וכן הסכימו האחרונים וכל זה דווקא בפסול רשעות אבל בפסול קרובות או קטנות לא שייך זה דבזה אין הפסול על העדים אלא על השטר וה"ל תרי ותרי כשכת"י יוצא ממקום אחר וכמו שנתבאר ובשובר כל מקום דהוה תרי ותרי כשר השובר דאוקי ממונא בחזקת מרי' ונראה דאפילו תפיסה לא מהני:

לז ועידי השטר בעצמם שבאו ואמרו כתב ידינו הוא זה אבל אנוסים היינו מחמת נפשות או קטנים היינו או פסולי עדות מחמת קורבה היינו ונתרחקנו כגון שהיו קרובים מחמת נשותיהם ומתו הנשים או שאומרים שבפנינו מסר מודעא על השטר או שאומרים שעל תנאי היה ולא ראינו שנתקיים התנאי ואומרים כל אלו הדברים תוך כדי דיבור של כתב ידינו הוא זה ואין כת"י יוצא ממקום אחר דאין קיום אחר על השטר הרי אלו נאמנין דהפה שאסר הוא הפה שהתיר ובכל הדברים שאומרים אינם אומרים שעשו דבר איסור דאנוסים מחמת נפשות הרי הוכרחו לחתום וקטנים לאו בני עבירה הם ופסולים מחמת קורבה אע"ג שעשו איסור לפי דבריהם ואין אדם משים עצמו רשע מ"מ י"ל שסמכו עצמם על מה שגלוי לכל שהם קרובים ולא יגבה מהלקוחות בשטר זה ולא תצא מכשול מזה [ט"ז] ומודעא אדרבא מצוה קעבדי אם אמת הדבר שמסר מודעא וחתמו א"ע בכוונה כדי להסיר ממנו האונס שאנסו ויעידו שאנוס היה ותנאי וודאי דלא עשו איסור בזה ובתנאי אפילו עד אחד אומר לא ידעתי שהיה תנאי ואחד אומר שהיה תנאי ולא נתקיים נאמן דהא

דהא אין על השטר רק עד אחד שאומר לא היה תנאי ונשבע הנתבע היסת ונפטר ואינו חייב שד"א להכחיש העד שאומר שלא היה תנאי מפני שיש לו העד השני שאומר שהיה תנאי כנגד העד שאומר שלא היה תנאי והוה עד המסייע ופוטרו משד"א וישבע רק היסת על טענת התובע כאלו אין כאן עד כלל ואין חילוק בזה בין שהעד השני אומר לא ידעתי שהיה בו תנאי או שאומר ידעתי שלא היה בו תנאי דדינם כעדים המכחישים זא"ז ואין כאן עדות :

לח זה שנתבאר דכשאמרו עדים תנאי היה ולא ידענו שנתקיים התנאי נאמנים לפסול השטר היינו דווקא בתנאי שהוא בקום ועשה שאז על בעה"ש להביא ראיה שנתקיים התנאי אבל אם התנאי הוא בשב ואל תעשה הרי השטר בחזקתו עד שיביא השכנגדו ראיה שעשה היפך השב ואל תעשה שהיה בהתנאי [ס"ך] ודווקא בתנאי דלהבא אבל בתנאי שלעבר לעולם צריך בעה"ש לברר שנתקיים התנאי אפילו כשהוא בשב וא"ת [נס"מ] והטעם דבשלמא כשהיה התנאי להבא שלא יעשה כך וכך מוקמינן אחזקי' דמסתמא לא עשה אבל כשהיה התנאי ע"מ שלא עשה כך וכך הרי היה ספק בשעת מעשה דשמא עשה ובטל השטר בע"כ צריך להביא ראיה להסיר הספק ואם כתוב בהשטר ואנן סהדי מסהידין דלא הוה שיור בשטרא דנא אין נאמנין לומר תנאי היה דברינו דהוה כחוזרין ומגידין ומיהו אם אומרים שזה שכתוב דאין כאן שיור פירושו שבגוף הענין אין כאן שיור כגון בהמכירה וכיוצא בזה אבל לא נאמר לבטל תנאים נאמנים אפילו כשכת"י יוצא ממקום אחר [ס"ך] אא"כ כתוב מפורש דנעשה בלא תנאי דאז אין נאמנים וכלל גדול הוא שהעדים יכולים לפרש דברי השטר בכל דבר שאין לשון השטר סותר דבריהם לגמרי ואפילו בפירוש דחוק ביכולתם ליישב לשון השטר ואפילו כשכת"י יוצא ממקום אחר :

לט ואם אמרו העדים שהיו אנוסים מחמת ממון או שהוא שטר אמנה או שהיו פסולים בעבירה אין נאמנים דאין אדם משים עצמו רשע ושטר אמנה ג"כ אסור לחתום דאף דמעשים בכל יום שמקבלין קניין ומאמינו על המעות מ"מ אסור לחתום שטר אא"כ רואים נתינת המעות או שהלוה הודה לפניהם שקיבל המעות ואע"ג דקיי"ל כותבים שטר ללוה אע"פ שאין מלוה עמו היינו למוסרו ללוה ולא למלוה [תוס' כתובות י"ט.] ולא מיבעיא אם לא הקנה בקנין כלל שישתעבדו נכסיו מהיום כשיתן לו המעות לאחר זמן דהוה רשעים גמורים אפילו אם יתן לו המלוה המעות לאחר זמן זה משום דהמלוה יטרוף מהלקוחות מזמן השטר אלא אפילו אם שיעבד נכסיו מעכשיו כשילוה ממנו לאחר זמן ונמצא דאם נתן לו המעות לאחר זמן הוי שטר כשר מ"מ לא היה להם לחתום א"ע אפילו ברצון הלוה למסור השטר ביד המלוה ולהאמין לו שיתן להלוה המעות אח"כ משום דהמלוה עצמו אסיר לו להשהות אצלו שטר כזה והוא לאו מדברי קבלה דאל תשכן באהליך עולה וכיון שהמלוה עושה איסור לא היה להם להעדים להזדקק לשטר כזה אא"כ אומרים שבשעה שחתמו לא ידעו שהוא שטר אמנה ואח"כ נתוודע להם דאז נאמנים כשאין כת"י יוצא ממקום אחר ואם הלוה שיעבד נכסיו בין שיתן לו מעות ובין שלא יתן לו פשיטא דשטר כשר הוא לגמרי ואין זה אמנה [למדתי זס מרס"י ור"ן סס] וזה שאמרנו שאם אומרים שבשעת מעשה לא ידעו שאמנה הוא ואח"כ נתוודעו מזה נאמנין באמת דבר קשה הוא איך נתוודעו אח"כ דאם הלוה אמר להם פשיטא שאינו נאמן ואפילו אם המלוה אמר להם אח"כ יכול לומר שלא להשביע א"ע אמרתי כן אמנם יכול להיות שהמלוה נשבע בפניהם שלא נתן מעות או שבא אח"כ עם הלוה וייחדם לעדים שלא קיבל עדיין המעות [יס"ס כתובות פ"ב סי' י"ג] ובכל מקום שאין העדים נאמנים אפילו אמרו שעשו תשובה אין נאמנים לעשות עצמם רשעים גם על זמן הקודם אמנם אע"פ שאין נאמנים לגבי המלוה נאמנים לגבי הלוה אם לפי דבריהם חייבוהו בשקר כגון באנוסים מחמת ממון וכ"ש באמנה אם אומרים שהם מסרו השטר להמלוה בלי ידיעת הלוה אבל באמנה כשנמסר בידיעת הלוה אין חייבים לשלם וכן אם אומרים שהיו פסולים בעבירה אבל ההלואה אמת וודאי דלא שייך תשלומין בזה [כנלע"ד] :

מ וכל זה כשאין כת"י יוצא ממקום אחר אבל כשכת"י יוצא ממקום אחר או שיש עדים שזהו כתב ידם אין נאמנים בשום דבר לבטל השטר אפילו כשאומרים אנוסים היינו מחמת נפשות רק במודעא היה דברינו נאמנים דמצוה קעבדי להציל עשוק מיד עושקו וי"א דאף במודעא אין נאמנים דלאו כל כמינייהו לבטל שטר ויש מי שאומר דאף בתנאי נאמנים דדווקא בעדות בעל פה אין יכולין להוסיף על עדותן אבל בשטר נאמנים כשאין סותרים עיקר השטר כמו בתנאי היה דברינו שאין מבטלין את השטר אלא שמוסיפין דבר מן הצד [סמ"ע] והעיקר כדעה ראשונה [ס"ך] וכן נראה עיקר דלמה לא כתבו את התנאי בהשטר ולכן אם אומרים שאחרי כתיבת השטר נתחדש התנאי ביניהם נאמנים [תו"ת] אבל עדים אחרים שאומרים שהיה תנאי בהשטר או ששטר אמנה הוא נאמנים בכל ענין ובמודעא נאמנים אפילו כשעדי השטר אינם יודעים מהמודעא דמניין להם לידע את המודעא שמסר לפני אלו אבל בתנאי אין נאמנים לגמרי אא"כ אומרים שנתחדש התנאי אחרי כתיבת השטר דבזה אינם סותרים לעידי החתימה אבל כשאומרים שהיה בעת כתיבת השטר אנו דנים זה כאלו סותרים את עידי השטר מדלא כתבו

כתבו את התנאי בהשטר כמ"ש [נס"מ] ודינם כתרי ותרי וכבר בארנו דין תרי ותרי דלא קרעינן ליה לשטרא ולא מגבינן בי' ואי תפים לא מפקינן מיניה ודע דכשאומרים שהשטר פרוע הוא נאמנים אפילו עידי השטר עצמם ואפילו כשכת"י יוצא ממקום אחר דפרעון מילתא אחריתי היא לגמרי ולא מרעי לשטרא כלל דכל שטר עומד ליפרע :

מא עדים החתומים על השטר שאמרו שהלוה היה קטן בשעת ההלואה אין נאמנים אפילו אם אין כת"י יוצא ממקום אחר דהא עושים עצמם רשעים דלא היה להם לחתום על שטרו של קטן בלי ב"ד או אפוטרופס אא"כ נתברר מתוך זמנו של שטר שהיה קטן אז וממילא נפסל השטר ואף שאין נאמנים מ"מ צריכים לשלם להלוה ההפסד שהיה לו לפי דבריהם דלעצמם נאמנים וכמ"ש :

מב יש מי שאומר דהא דקיי"ל דעדים החתומים על השטר נעשה כמי שנחקרה עדותן בב"ד ואין יכולים לחזור בהם זהו דווקא בשטר שחתומים בו שני עדים אבל עד אחד החתום על שטר יכול לחזור בו ודווקא קודם שבא השטר לב"ד דעדיין אין שם שטר עליו כשחתום בו רק עד אחד אבל כיון שבא לב"ד ונתקיים שוב אינו יכול לחזור בו דהוה כאלו העיד בפיו [נס"מ] :

סימן מז [מלוה שטוען על השטר שהוא אמנה או פרוע ובו ח' סעיפים] :

א מלוה שאומר על שטר שבידו על ראובן שהוא שטר אמנה או פרוע או שאר דבר המבטל את השטר אם יש בדבר הזה רעה לאחרים כגון שהמלוה חייב ג"כ לאיזה איש אינו נאמן אף אם גם הלוה אומר כן ומוציאין מראובן ונותנים למי שמגיע מהמלוה וכך אמרו חז"ל ר' נתן אומר מניין לנושה בחבירו מנה וחבירו בחבירו שמוציאין מזה ונותנין לזה שנאמר ונתן לאשר אשם לו ולא כתיב לאשר הלוהו אלא למי שהקרן שלו דאשם היינו קרן כדכתיב והשיב את אשמו בראשו והיינו אע"פ שזה לא לקח מידו מ"מ כיון שהמלוה שלו לקח מידו הרי הקרן של זה וכיון דמן התורה משועבד ראובן לו שוב אינו מועיל מה שהמלוה שלו מוחל לו דאינו שייך בממון זה וזה שאומרים שאמנה או פרוע אין נאמנים כיון שהשטר מקויים ואמרינן שעשו קנוניא ביניהם אמנם יש בזה איזו פרטים כמו שיתבאר:

ב ודווקא כשאין לזה המלוה נכסים אחרים זולת החוב של ראובן דאל"כ למה יכופו לראובן כשהמלוה שלו אומר שאין מגיע ממנו כיון שיש להמלוה נכסים אחרים ואף אם המלוה הוא גברא אלמא ונוח לו לזה ליפרע מראובן יותר ואפילו אם נאמר דשיעבודא דר"נ חל אפילו כשיש לו נכסים אחרים כמו שיתבאר בסי' פ"ו מ"מ לא מגבינן מראובן דכמו שעשו חז"ל תקנה שלא לגבות מנכסים משועבדים במקום שיש בני חורין אפילו כשהחורין גריעי מהמשועבדים כמו כן פשיטא שיש לנו לעשות תקנה זאת לבלי לגבות מראובן במקום שיש להמלוה שלו נכסים אחרים ואומר שמראובן אינו מגיע לו [ס"ך] ולכן אם נאבדו אותם הנכסים קודם שגבה גובה מראובן דהרי יש לו שיעבוד עליהם [נס"מ] :

ג וי"א דדווקא כשכתוב בהשטר נאמנות דאל"כ כיון שגם הלוה אומר שהוא פרוע וכל שטר שהלוה אומר פרוע הוא מחוייב המלוה לישבע שלא נפרע ובכאן שגם המלוה אומר שהוא פרוע או אמנה לא שייך שבועה וממילא דאין ביכולת לגבות מהלוה אבל כשכתוב בו נאמנות א"צ שבועה ויש חולקין דמאי מהני הנאמנות דהן אמת שנתן נאמנות להמלוה אבל המלוה בעצמו הרי אומר שפרוע הוא אלא שאין אנו מאמינים להם ואמרינן שעשו קנוניא ביניהם להפסיד להמלוה הראשון מעותיו וא"כ אף כשאין כתוב בו נאמנות אין נאמנים והרי עיקר השבועה על שטר שהלוה טוען פרוע הוא מדרבנן ואיך אפשר להפקיע שיעבודא דר' נתן שהוא מן התורה ע"י זה שאינו יכול לישבע שבועה זו וכן עיקר לדינא :

ד ואין דין זה רק כשהוחזק השטר בב"ד והיינו שראו אנשים את השטר בידו מכבר קודם שאמר פרוע הוא דאל"כ הרי נאמן במיגו שלא היה מראה השטר לפנינו כלל ומדלא עשה כן ש"מ דאמת אומר שפרוע הוא אבל כשראו את השטר מכבר אין לו עתה מיגו זה ושנאמר מיגו למפרע דאי בעי לא היה מראה השטר מכבר קיי"ל דמיגו למפרע לא אמרינן דשמא לא עלה אז על דעתו לטעון השקר הזה כמו שיתבאר בכללי מיגו בסי' פ"ב ע"ש ואף שיש חולקין גם בזה וס"ל דאף בלא הוחזק השטר מכבר גובין בו מטעם דחזקה הוא דכל מה שנמצא ת"י אדם הוא שלו ולא אמרינן מיגו במקום חזקה אלימתא כי האי מ"מ העיקר לדינא כמ"ש דהן אמת דחזקה גמורה היא זהו במעות או במטלטלין שגופן ממון אבל בשטר הרי אין המעות תחת ידו וכ"כ גדולי האחרונים דהעיקר לדינא כדיעה ראשונה וגם אפילו כשהוחזק כבר אם אמר אז בעת שהראה השטר שפרוע הוא נאמן דאז היה לו המיגו וכן אם יש ביד הלוה שובר על שטר זה ג"כ מהני ואם המלוה הראשון התרה לראובן שלא יפרע להמלוה שלו כי מגיע לו ממנו אינו נאמן לומר שפרע לו אח"כ אף כשיש בידו שובר ממלוה שלו דלא היה לו ליפרע וקרוב יותר שלא פרעו וקנוניא עשו ביניהם בהשובר הזה

הזה ואם השטר אינו ביד המלוה אלא ביד שליש אפילו לא הוחזק השטר מכבר אינו נאמן לומר שהוא פרוע דאין לו מיגו כיון שאינו בידו ואפילו יש ביד ראובן שובר אינו כלום אא"כ חתומים עדים על השובר וכותבים שראו בעיניהם הפרעון דאל"כ וודאי קנוניא הוא דאיך יפרענו כשהשטר אינו בידו [סס]:

ה וכשיש בזה כל הדברים שנתבארו דהיינו שאין לו ממה לפרוע זולת חוב הזה והוחזק מכבר או שהוא ביד שליש גובין מראובן ונותנין להמלוה הראשון ואפילו כשלא נודע בשעה שהודה המלוה שפרוע הוא שהוא חייב ג"כ לאחר ואח"כ נודע זה ג"כ אינו נאמן כיון שעכ"פ ע"י הודאתו נתגלה שע"י זה יצא רעה לאחר ואפילו אם מפסיד גם לעצמו כגון שהשטר הוא על מאתיים והוא אינו חייב רק מנה ואפילו היה לו נכסים אחרים כשהודה ועתה אין לו מ"מ מגבים מראובן ונותנים לו כיון שהוא משועבד לו מן התורה כמ"ש ואין להקשות על עיקר דין זה דהרי יש לו להמלוה תמיד מיגו דביכולתו למחול את החוב של ראובן דבאמת כיון שהוא חייב לאחרים ומשועבד הלוה שלו להאחרים מן התורה אין ביכולתו כלל למחול דאין זה שלו כלל וכמו שיתבאר בסי' פ"ו בס"ד:

ו אם אחר שאמר המלוה ששטר זה אמנה או פרוע הוא פרע לבעל חובו ובא לגבות בשטר זה מראובן ואומר שזה שאמר מקודם אמנה או פרוע היתה כוונתו כדי להבריח מבעל חובו ובאמת מגיע לו מראובן וראובן טוען הלא הודית בעצמך שאינו מגיע לך ממני רואים אם האמירה שאמר מקודם היה בשעה שבא בעל חובו לגבות ממנו וודאי לא היתה כוונתו רק לדחות לבעל חובו וגובה בו מראובן אבל אם מעצמו שלא בשעת תביעת בעל חובו הודה שאמנה או פרוע הוא אינו גובה בו ונראה דאף להשביע לראובן היסת אין ביכולתו כיון דאנו תופסין הודאתו להודאה גמורה:

ז אם אומר על שטר שבידו שהמעות שייך לאחר ובעלי חובותיו אין ביכולתם לגבות מלוה זה כיון שאין המעות שלו אינו נאמן אלא בראיה ברורה ויתבאר בסי' צ"ט בס"ד:

ח אם המלוה אינו חייב לאחרים ואמר ששטר זה אמנה או פרוע הוא דפשיטא דנאמן ותבא עליו ברכה שאינו חפץ בממון שאינו שלו ואם מפחית את השטר כגון שנכתב בשטר אלף דינרים ואומר שלא לוה ממנו רק חמשה מאות והלוה האמין לי שלא אתבע יותר השטר כשר אבל אם אמר שהעדים טעו בכתיבתם שהיה להם לכתוב חמשה מאות וטעו וכתבו אלף השטר פסול והוא כחרס בעלמא אע"פ שיש בו נאמנות אינו כלום כיון שלא נכתב כהוגן והוה כמלוה בע"פ ולכן אם הלוה כופר בכל נשבע היסת ונפטר ואם מודה במקצת נשבע שד"א ויתבאר עוד בסי' פ"ד בס"ד:

סימן מח [שכותבין טופסי שטרות ושטר שפרע אם חוזר ולוה בו ובו ד' סעיפים]:

א סופר שבא לכתוב טופסי שטרות כדי שיהיו מוכנים אצלו הרשות בידו ויכול לכתוב אף תורף השטר והיינו שם המלוה והלוה והמעות כשיודע שילוה ממנו סך כזה ולא אמרינן דהרי מיחזי כשיקרא שכותב שלוה והרי עדיין לא לוה דבכתיבה לא חיישינן למיחזי כשיקרא כל זמן שאין עדים התומים עליו דכתיבה אינו כלום ויניח הסופר את מקום הזמן כדי שלא יהיה מוקדם וי"א דגם התורף צריך להניח ובמקום שאין מנהג לכתוב גם התורף יש לחוש לדיעה זו [עיי' בס"ך]:

ב שטר שנכתב על הלואה אחת ופרע הלוה אינו יכול ללות עוד ממנו על שטר הזה אפילו אם אינו מוקדם כגון שפרעו ביום ההלואה מ"מ אין שם שטר עליו דנסתלק שיעבודו ואינו גובה בשטר זה אפילו מנכסים בני חורין [ס"ך וט"ז] ע"י שטר זה דכחספא בעלמא הוא ויכול גם לטעון פרעתי ואין הלואה זו רק כמלוה בע"פ וי"א דלענין בני חורין יש לו דין שטר גמור ואינו נאמן לומר פרעתי [סמ"ע וכס"מ] וכן אם פרע מקצת חובו אינו חוזר ולוה בו אותו מקצת עוד פעם דהוה נמחל שיעבודו להמקצת שפרעו וכל זה הוא דווקא בשטר בעדים שגובה ממשועבדים אז אמרינן דנסתלק שיעבודו ולדיעה ראשונה אף מבני חורין אינו גובה אבל שטר בח"י הלוה חוזר ולוה בו אפילו כשנפרע כיון שאין בו שיעבוד על נכסי הלקוחות וכ"ש בשטר שנכתב לכל מוכ"ז שאין נכתב בו שם המלוה שחוזר ולוה בו אפילו בזמן מאוחר לכתיבת השטר כי אין בזה שום קילקול מה שנכתב בזמן מוקדם אא"כ היתה ההלואה בעדים דאז אינו חוזר ולוה בו אלא באותו יום של כתיבת השטר והטעם משום דבסי' ק"ד יתבאר דמלוה ע"פ מוקדמת קודם לגבות ממלוה ע"פ מאוחרת לעניין גביית בני חורין ועתה אולי יהיה על הלוה עוד חוב המוקדם להלואה זו ולא יהיה להלוה נכסים כדי פרעון שני החובות וכשיראו בשטר שזו מוקדמת היא יגבוהו שלא כדין [ס"ך] אבל כשההלואה היתה שלא בעדים אינו קודם לגבות בח"י של הלוה אפילו במוקדמת משום דחיישינן לקנוניא שמא מסר לו עתה וכתבו בזמן מוקדם:

ג י"א דזה שאסרו חז"ל ללות בשטר שיש בו עדים פעם אחרת משום דנסתלק שיעבודו פירושו הוא דנסתלק הקניין הראשון ולכן אם חזר וקבל קניין באותו יום

יום יכול לחזור וללות בו ואפילו לא חזר והקנה לו רק שחזר ומסרו בפני עדים ביום החתימה למאן דאמר עידי מסירה כרתי אפילו בשטרות ודווקא שימסור לו בפני עידי החתימה או שאין בהשטר עידי חתימה כלל וסמכו רק על עידי מסירה אבל אם יש עדים חתומים בשטר ועתה מסר לו בפני עדים אחרים אינו מועיל והטעם דכיון שעדים אלו החתומים מעידים שחייב לו מהלואה ראשונה ובאמת בטלה הראשונה ועידי החתימה אין יודעים מזה ה"ל כמזוייף מתוכו ופסול [ס"ך] אבל בסי' נ"א יתבאר דכמה פוסקים ס"ל דלא מהני כלל עידי מסירה בשטרות ע"ש:

ד זה שבארנו בסעי' א' ששטר בח"י הלוה וההלואה היתה בלא עדים שיכול ללות בו פעם אחרת אפילו שלא באותו יום זהו דווקא כשאין כתוב בו על כמה זמן מלוה לו אבל כשכתוב בו זמן כגון שהלוהו בניסן וכתוב בו שמלוה לו עד תמוז אינו יכול ללות עוד ממנו על שטר זה רק באופן שלא תמשך ההלואה השנית יותר מעד תמוז ולפ"ז יש למחות ביד הנוהגים ללות ע"פ. היתר עיסקא בריוח דבר קצוב שלא יצטרך לישבע כמה הרויח או הפסיד כנהוג בזמנינו וכשמשלם הלוה מלויהו עוד פעם על שטר עיסקא זו וזאסור לעשות כן דהא ברוב שטרי עסקות כתוב שיומשך עד זמן פלוני ואיך מלוה לו על משך זמן יותר אבל אם אינו מבואר בהעיסקא עד כמה יומשך העיסקא או שכתוב בו ואם יומשך יותר העיסקא בתקפה עומדת אם היתה ההלואה שלא בעדים יכול ללות ממנו כמה פעמים על שטר הלזה אחר שפרעו העבר אבל כשהיתה ההלואה בעדים אף אם אין העדים חתומים בהשטר אסור ללות פעם אחרת על שטר הזה כמ"ש בסעי' א' וכ"ש אם העדים חתומים עליו דאסור אף כשכתוב בה ואם יומשך יותר וכו' ודין ממרמו"ת יתבאר בסי' ס"ט ע"ש שרוב הגדולים הסכימו שאין לגבות בחתימה חלקה בלא כתיבה עליו וע"ש שבארנו דבוועקסיל גובה ע"ש סעי' ח':

סימן מט [שיכירו העדים שמות בעלי השטר ודין טעות השמות והסכום ובו י"ג סעיפים]:

א אם יש להלוה או להמלוה או להמוכר או ללוקח או לנותן או להמקבל שני שמות אחד עיקר ואחד טפל א"צ לכתוב אלא שם העיקר כגון שרובם קוראים אותו אברהם ויש שקוראים אותו אברהם יצחק א"צ לכתוב אף לכתחלה רק שם העיקר אברהם ובדיעבד אם כתב רק הטפל יצחק לבד כשר והכינוי א"צ לכתוב אף לכתחלה כגון אריה וכינויו הוא ליב א"צ לכתוב רק ארי' וכן אם כתב רק ליב כשר דגם בחניכה לבד אין קפידא וגם אם הוא כהן או לוי א"צ לכתוב ואע"ג דבגיטין מקפידין על כל זה כמבואר באהע"ז סי' קכ"ט זהו משום חומרא דא"א אבל בשטרות אין קפידא ואם יש בעיר עוד אחד ששמו כשמו יכתוב שם אביו לסימן ואם גם שמות אביהם שוים יכתוב כהן או לוי ואם הוא ישראל יכתוב שם אבי אביו או סימן משפחתו וכיוצא בזה:

ב העדים צריכים להכיר את המלוה והלוה שהם המה הכתובים בהשטר ובשטר מכר צריכים להכיר את המוכר ואת הלוקח ובמתנה את הנותן והמקבל ובשובר את המלוה והלוה דאל"כ יש לחוש שמא אלו האנשים העומדים לפני העדים הם אנשים אחרים והעלו להם שמות אחרים ועשו קנוניא להוציא מאיש אחר וי"א דרק בשובר צריכים להכיר שניהם דכיון דהמלוה כותב השובר למוסרו להלוה חששו דאף אם יכירו את שם המלוה שמא יש עוד בעיר מלוה ששמו כשם מלוה הזה וזה הלוה העומד בפנינו לא מזה לוה אלא מהאחר ששמו שוה לשל זה ועשו קנוניא ביניהם שזה האיש יפטור נפשו מהמלוה שלו בשובר זה ולכן הצריכו להכיר גם את הלוה ולא חששו עוד דשמא יש בעיר מלוה ולוה ששמותיהם שוים להאלו או שמא זה הלוה חייב גם להאחר ששמו כשל מלוה זה דא"כ אין לדבר סוף ולא שכיח כזה אבל בשטר הלואה שהלוה נותן השטר כיון שאנו מכירין לוה זה והוא מחייב א"ע ואומר להעדים כתבו עלי שאני חייב לפלוני בן פלוני מנה אף שאין מכירין את המלוה מה יש לנו לחשוש שמא יש עוד אחד בעיר ששמו כשם הלוה הזה העומד לפני העדים וילך זה האיש וימסור לאיש ששמו כשם המלוה הכתוב בשטר ויגבה מהאחר דא"כ אף אם מכירין את המלוה לא יצאנו מחשש זה דניחוש שמא זה המלוה בעצמו יגבה מהאחר ובאמת אמרו חז"ל דאם יש בעיר שנים ששמותיהן שוין אין אחר יכול להוציא עליהם שמז"ח ויתבאר בסי' זה ולכן א"צ להכיר רק את הלוה ובמכר את המוכר ובמתנה את הנותן ורק אם השטר הוא בלא קניין צריכין להכיר שניהם מטעם אחר שנתבאר בסי' ל"ט דכל שטר בלא קניין אין כותבין ללוה בלא מלוה מפני חששא דמוקדם כמ"ש שם ואם לא יכירו את המלוה עדיין תשאר חששא זו דשמא לא יבא השטר להמלוה האמיתי עד לאחר זמן ויגבה מלקוחות שלא כדין מיהו להפוסקים דס"ל עדים בחתומין זכין לו להמלוה ומיד נשתעבדו נכסיו להמלוה אף בלא קניין א"צ לעולם להכיר רק שם הלוה והמוכר והנותן [ס"ך]:

ג אם העדים אינם מכירים אותם יכולים לסמוך אף על פסולי עדות כמו קרוב או אשה המעידים שכך שמם דמילתא דעבידי לגלויי לא משקרי אינשי ודי אפילו באחד ולא הצריכו בהכרה עדות גמורה אבל על פסולים מחמת רשעתם אין לסמוך דרשע אינו חושש לשקר

לשקר אף במילתא דעביד לגלויי ואם סמכו על עד אחד או אשה או קרוב ואח"כ אומרים העדים ששקר אמרו ולא זה הוא האיש או האשה שעמד לפניהם בראשונה אם מבואר בהשטר שהעדים לא הכירום ושסמכו בהכרתם על פלוני נאמנים לומר אח"כ שהטעו אותם [כ"מ מסמ"ע] ואם לא הזכירום להמכירים בהשטר אלא שכתבו סתם פלוני ופלוני אין נאמנים לומר כן דמסתמא דקדקו מקודם שהם המה האנשים הכתובים בהשטר ואמנם אם העד ת"ח שאין דרכו לדקדק כל כך בהכרה נאמן לומר שלא זה הוא ואפילו אם רק אחד מהעדים ת"ח נאמן לומר שהטעוהו ואפילו אם העד השני מכחישו ופסול השטר וי"א דרק על אשה נאמן לומר הת"ח שהטעוהו משום דאין דרך ת"ח להסתכל בנשים אבל על איש אינו נאמן וגדולי האחרונים הכריעו כדיעה ראשונה וכל זה כשסמכו שלא על עדות גמורה אבל כשסמכו על עדים כשירים או שהעדים הכירום מעצמם אפילו ת"ח אינו יכול לומר שטעה וגם אין יכול לומר שהעדים הכשירים הטעו אותו ובוודאי זהו הוא אלא שעתה טועה בזה וכל שאר מין טעות הנמצא בשטר אם הדבר מוכח לפי העניין שטעות הוא כשר השטר ואמרינן שטעו כמו באחריות טעות סופר שנתבאר בסי' ל"ט ואם לאו אין ביכולתם לומר שהוא טעות ודבר זה תלוי בראיית עיני הדיינים לפי העניין:

ד כל שהוחזק שמו בעיר שלשים יום כותבים אותו השם ולא חיישינן שמא בכוונה שינה את שמו כל הזמן הזה כדי לעשות קנוניא וכן אם קורין לו ראובן ועונה וכתבו עליו שטר שראובן לוה משמעון וטוען אח"כ שאין שמו ראובן אינו נאמן להוציא א"ע מדבר שהיא חובה לו אפילו כשלא הוחזק בעיר שלשים יום לשם ראובן כיון דקרו לי' ראובן ועני וודאי דראובן שמו:

ה שטר שיצא לפנינו וטוען הלוה ואומר איני חייב כלום שמא איזה רמאי העלה שמו כשמי וחייב א"ע לזה על שמי אם לא הוחזק בעיר שנים ששמותיהם שוים אין חוששין לדבריו אא"כ הביא ראיה ברורה דאל"כ אין לדבר סוף וחזקה על העדים שדקדקו כהוגן וכן אם אומר אמת שאני לויתי אבל לא ממלוה זה אלא מאחר וזה התובע רמאי הוא והעלה שמו כשם בעל חובי אין חוששין לדבריו אפילו כשיש עוד אחר בעיר ששמו כשם מלוה זה לפי מה שיתבאר בסי' זה דשני אנשים ששמותיהם שוים יכולים להוציא שט"ח אם לא כשהשטר אינו יוצא מת"י המלוה כאשר יתבאר בס"ד:

ו כבר נתבאר בסי' מ"א דשטר שנשרף או נמחק אין ביכולת העדים לכתוב שטר אחר בלא ידיעת הלוה משום דעדים שעשו שליחותן אין ביכולתם לעשות עוד שליחות בעניין זה בלתי ידיעת בעל השטר אבל אם נתברר שטעו כגון מי שהוחזק בשם כינוי בעיר וכתבו שמו בהשטר בכינוי הזה ואח"כ נודע בבירור שהיה לו כינוי אחר או שנתברר שטעו בשם הלוה או המלוה או בסכום המעות או שאר טעות יכולים לכתוב שטר אחר אף בלא ידיעת הלוה דבזה לא שייך עשו שליחותן כיון שלא עשו כהוגן ואפילו ספק טעות כיון דמצד הספק אין ביכולת להוציא בשטר זה נמצא שאינו שטר [קל"ח] ויש מי שאומר דדווקא בפסול וודאי [ס"ך] ונראה עיקר כדיעה ראשונה ועיי' באהע"ז סי' קכ"ב ויש אומרים עוד דאפילו שטר שנכתב כהוגן כל זמן שלא בא השטר ליד בעליו ואין בשטר קניין שיקנידהו גם בלא מסירה לידו יכולים לכתוב שטר אחר אם נצרך לכך דלא שייך בזה עשו שליחותן כיון שעדיין לא הגיע ליד הבעלים ולא קנאו בלא קניין כמ"ש בסי' ל"ט וי"א עוד דבשטרות שאין בהם אחריות כגון שטר מתנה או שטר מכר שלא באחריות או שוברות אין שייך בהם עשו שליחותם כלל· אפילו כשנמסר השטר דדווקא בשטרי הלואה או שטרי מכר באחריות דמוציאין ממון ע"י שטר זה אין להעדים כח לעשות בלא ב"ד אבל במה שכבר נעשה ומעתה לא יהיה עוד שום הוצאת ממון ע"י שטר הזה ואינו אלא לראיה בעלמא לא שייך לומר בזה עשו שליחותן [סס] ויש מי שאומר שכל שטר שנתברר שיש בו טעות אפילו לא כתב כלל שטר אחר כשר שטר זה כיון שהטעות מבורר ולא יהיה בו מכשול ואם עד אחד חתם על השטר והשני עדיין לא חתם יכולים לכתוב תמיד שטר אחר בלא ידיעת בעה"ש דכל זמן שלא חתמו שני עדים לא שייך לומר עשו שליחותן [גה"מ] וכן אם צוה בעה"ש שיחתמו שלשה עדים או יותר וחתמו כולם חוץ מאחד מהם ג"כ לא נגמר עדיין שליחותם וכן אם החסירו איזה דבר או איזה תנאי לא מקרי עשו שליחותן ויכולים לכתוב שטר אחר בלא ידיעת בעה"ש:

ז היו שנים בעיר ששמותיהן ושמות אביהן שוין כגון ששניהם יוסף בן שמעון אין אחד מהם יכול להוציא שטר על חבירו אם יש בו קניין והטעם דזהו וודאי אפילו לפמ"ש בסי' ל"ט דכותבין שטר ללוה בלא מלוה בשטר כזה אין לעדים לכתוב להלוה לבדו דיש להם לחוש שמא זה הלוה יאמר להמלוה אני המלוה ואתה הלוה ויתבע ממנו [ב"ב קע"ג.] ולכן שטר כזה אין להם לכתוב רק כששניהם ביחד ואף דעדיין יש חשש שהלוה יאמר להמלוה שטר זה שאתה מוציא עלי שלי הוא והחזרתיו לך כשפרעת לי החוב שהגיע לי ממך מ"מ יכולים העדים לחתום דהא ביכולתו לקרוע השטר כשיפרענו ועוד דכיון דהמלוה לפנינו ואינו חושש בזה אין לעדים לחשוש בעדו [רשב"ם סס] אך אין גובין בשטר זה רק מבני חורין ולא ממשועבדים דהלקוחות יכולים לומר עשיתם קנוניא ביניכם והמלוה מסר

מסר השטר להלוה כדי לגבות מלקוחות שלקחו מהמלוה ולכן בשטר שאין בו קניין יכולים להוציא שטר זה על זה דבוודאי העדים לא חתמו להלוה בלא המלוה והלוה לא יכול לטעון שטר זה שלי היה והחזרתיו לך כשפרעת לי דלמה לא קרע השטר כששילם לו ולמה לא חשש לזה בעת כתיבת השטר ולכן גובה ממנו מבני חורין אבל בשטר שיש בו קניין שמשעבד לו נכסיו לגבות מלקוחות וודאי דחיישינן לקנוניא וכמ"ש ולכן בשטר כזה אין גובין מלקוחות ולכן אמרנו אם יש בו קניין דבאין בו קניין י"ל דהעדים עשו כהוגן ולא כתבו להם השטר לגבות מלקוחות אבל כשכתוב בו קניין והקניין אינו מועיל רק לגבות מזמן הקניין מלקוחות כמ"ש בסי' ל"ט ובע"כ עשו העדים שלא כהוגן ולכן שטר זה הוא כחרס ואין להמלוה על הלוה רק תביעה בע"פ ואם הלוה כופר לו נשבע היסת ונפטר ולכן אע"ג דבכל השטרות אמרינן אחריות ט"ס מ"מ בשטר כזה אין לגבות מלקוחות מפני חשש קנוניא [כנלע"ד והאחרונים נדחקו מאד בזה ול"ש מה שהטור והראשונים הוסיפו טעם על טעם הש"ס ודו"ק] :

ח וכן אין אחר יכול להוציא עליהם שט"ח שכל אחד יאמר לא עלי נכתב שטר זה אלא על האחר ואין תקנה לזה אא"כ יבואו עידי השטר בעצמם ויאמרו זהו האיש שהעדנו עליו והוא הלוה של השטר הלזה ולענין סעי' הקודם כשאחד מוציא על חבירו יאמרו זהו המלוה וזהו הלוה ודווקא עידי השטר בעצמם אבל עדים אחרים אף שמעידים שזהו הלוה אין ביכולתם לעשותו מלוה בשטר כיון שאין מוכח מתוך השטר מי הוא הלוה ואין זה רק כמלוה בע"פ אבל עידי השטר בעצמם כיון שביכולתם לעשות שטר אחר שיבורר בו ע"פ סימן מי הוא הלוה דהרי לא גמרו עדיין שליחותם כיון שאין ניכר מתוך השטר ולכן הוה כמלוה בשטר [סמ"ע] וי"א שאפילו בעידי השטר בעצמם אינו אלא כמלוה ע"פ [ש"ך] וכן עיקר ובפרט לפי מה שבארנו בסעי' הקודם דהעדים לא עשו כהוגן מפני שהיה ביכולת לעשות קנוניא בשטר זה ואע"ג דבהוצאת שט"ח עליהם אין העדים מחוייבים בזה דאטו יש להם לדעת שיש עוד יוסף בן שמעון בעיר מ"מ כיון דעכ"פ אין מוכח מתוך השטר מי הוא הלוה אינו שטר כלל ואם אחד מהם היה קטן בשעת כתיבת השטר גובין מהאחר דאין עדים חותמין שטר על קטן ובוודאי דהגדול הוא הלוה ולפיכך כשהעדים יודעים שיש עוד בעיר איש ששמו כשם זה וכן כשאחד לוה מחבירו יכתבו שם זקינם או סימן אחר כהן או לוי או כינוי משפחה וכיוצא בזה ואם הם משני מקומות יכתבו סימן המקומות ואף דא"צ לכתוב שם העיר בשטר מ"מ אם כתבו פשיטא דהוי סימן טוב ובזמנינו המנהג פשוט שכותבין תמיד שם העיר שהשטר נכתב בו וכשהמלוה והלוה הם משני מקומות כותבין לכל אחד מקומו כגון ראובן בן יעקב מבבל לוה משמעון בן יעקב מירושלים ונכון לעשות כן ואין לשנות וכתב רבינו הרמ"א אם שני יוסף בן שמעון בעיר אחת והאחד מת אביו והשני אביו חי וכתוב בשטר יוסף בן שמעון שליט"א או נר"ו כמו שכותבין על החי אם כתבו העדים אמר לנו יוסף בן שמעון שליט"א הוה סימן שהוא בן החי אבל אם כתוב בשטר אני יוסף בן שמעון שליט"א לויתי מפלוני מנה והעדים חתומים למטה אין זה סימן דחיישינן שמא השני הערים בזה והעדים לא דקדקו בכך דלאו אבולי מילתא מסהדי עכ"ל ויש חולקים על כל דבריו דאף אם כתוב יוסף בן שמעון שליט"א יכול להיות דשליט"א קאי על יוסף ומה שלא כתבו יוסף שליט"א בן שמעון מ"יי דאין דרך לכתוב כן ובקרא מצינו כן דוד בן ישי מלך ישראל וא"כ אין זה סימן שהוא בן החי אבל בסימן טוב אף אם הוא בעצמו כתב כן והעדים חתומים למטה הוה סימן טוב דעדים אבולי מילתא קמסהדי [ש"ך] וכן הסכימו האחרונים ולכן יראה לי דלפי מנהגינו כשאדם כותב על עצמו אינו כותב נר"ו ולא שליט"א א"כ כשכתב יוסף בן שמעון נר"ו או שליט"א וודאי דאאביו קאי :

ט שני יוסף בן שמעון בעיר אחת מוציאים הם שטר על אחרים ולא יוכל הלוה לומר לא ממך לויתי אלא מהאחר והוא אבד השטר ומצאתו דכיון שהשטר יוצא מת"י מחזקינן לי' ששלו הוא ואין חוששין לנפילה זו שנפל מזה ששמו כשמו והוא מצאו אבל אם אין השטר יוצא מת"י אלא מיד שליש והשליש אינו יודע מי הוא מהשנים או שנאבד השטר מהאחד מהם אין שניהם יכולים להוציא מהלוה אפילו כשמודה שעכ"פ השטר אמת וחייב לאחד מהם דלכל אחד מהם יוכל לדחותו ולכן יכתבו הרשאה זל"ז ויגבו ממנו ממ"נ אם מפני כחו אם מפני כח האחר שהרשהו וכן אם אחד מהם מודה שאין השטר שלו אלא של האחר רק שקנה אותו מהאחר אינו גובה בו אף כשהשטר יוצא מת"י דשטרות אינם נקנים במסירה לחוד כשארי מטלטלים אלא בכתיבה ומסירה כמ"ש בסי' ס"ו [ש"ך] ולא מהני מה ששוים בשמותיהן כיון דלא עליו נכתב השטר ואם היה חייב מלוה ע"פ לאחד מהם ואינו יודע למי וכל אחד אומר ממני לוית חייב לשלם לשניהם כמ"ש בסי' ע"ו [נס"מ] :

י אם איש אחד חייב לשניהם ויש בידו שובר מאחד מהם אין שום אחד מהם יכול לתובעו שלכל אחד יאמר אתה כתבת לי שובר זה ואם יכתבו הרשאה זל"ז יגבה אחד מהם שהרי מודה שלא פרע רק לאחד מהם ואם טוען פרעתי לשניכם וצויתי לכתוב שובר אחד ויספיק לי להראותו לכל אחד מכם טענתו טענה ואינו מועיל ההרשאה בד"א שאין משולשים לא בהשטרות ולא בהשובר וגם סימן אחר אין בהם אבל

אם

אם הם משולשים בהשטרות או סימן אחר ולא בהשובר על בעל השובר להביא ראיה ואם לא הביא ראיה חייב לשלם לשניהם והטעם דכיון שיודע שהיה חייב לשניהם וכל אחד יש לו הוכחה בשטרו שמגיע לו ממנו ובשובר זה אין הוכחה להלוה שפרע לזה ידו על התחתונה דהיה לו לפרש את הסימן בשוברו ושני בעלי השטרות ישבעו ויטלו ממנו חובותם ואפילו כשיש נאמנות בהשטרות אין נוטלים בלא שבועה כיון שיש שובר נגדם [לבוש] ויש חולקים וס״ל דיד בעלי השטר על התחתונה וצריכים הם להביא ראיה ואם לא יביאו ראיה יפסידו [ס״ך וט״ז] ואחד מגדולי האחרונים הכריע כדיעה ראשונה [נס״מ] וצ״ע לדינא :

יא מלוה אחד שהלוה לשני יוסף בן שמעון בשני שטרות והיו משולשים או סימן אחר באופן שניכר שטרו של כל אחד מהם ונמצא אצל המלוה שובר מקויים בעדים ששטרו של יוסף בן שמעון פרוע והשובר לא היה משולש ואינו ניכר על איזה שטר נכתב ונמצאו שני השטרות בין שטרותיו של מלוה הקרועים הורע כחם של השטרות ושני השטרות בחזקת פרועים הם וי״א דבחדא מינייהו סגי או שהשובר מקויים דזהו ראיה ברורה שכבר שילם הלוה אף שנמצא השובר ביד המלוה לא אמרינן שהזמינו למסור להלוה כשישלמנו דא״כ לא היה מקיימו בב״ד או שנמצאו בין שטרות הקרועים ונמצא שובר עליו אפילו אינו מקויים ואפילו בלא עדים כמו שיתבאר בסי׳ ס״ה [ש״ך והגר״א] ודיעה ראשונה ס״ל כיון שיש ריעותא בהשובר שאינו מבורר על איזה שטר נכתב וגם הוא ת״י המלוה לכן במקויים בלבד או בנמצא בין שטרות קרועים בלבד יכול עכ״פ לגבות שטר אחד על מי שאומר בבירור שלא נפרע ממנו במיגו דאי בעי הוה מטמין להשובר אבל במקויים ונמצא בין הקרועים הוה כמיגו במקום עדים [וכספ״ק דב״מ מיירי שאין לו מיגו או שהשטרות בעצמן ג״כ אינו ברור] והעיקר לדינא כי״א :

יב שני יוסף בן שמעון שלוה אחד מהם מאחר שנתבאר שאין האחר יכול לגבות ונמצא לאחד מהם שדה שקנה מיוסף בן שמעון השני או שהיו שותפים בו אין המלוה יכול לטרוף השדה בטענת ממ״נ שיאמר לו אם לך הלויתי מוטב ואף אם לחבירך הלויתי כיון שאין להבירך בני חורין הרי לקחת שיעבודי וכן כשהם שותפים לא יוכל לגבות החצי בממ״נ והטעם לפי שנכסיו של לוה אינם משועבדים אלא מטעם ערבות דנכסי דאינש אינון ערבין בי׳ והערב אינו משתעבד אלא במקום שיכול לתבוע מהלוה עצמו וכיון שבכאן אין ביכולתו לתבוע מהלוה עצמו דכל אחד מדחיהו לחבירו כמו שנתבאר והערב שהם הנכסים נעלם מהם בעד מי הם ערבים לכן אינו יכול לגבות גם מהנכסים שהם הערבים נמצא שמי שנעשה ערב לשני יוסף ב״ש בין לשני מלוים בין למלוה אחד ואח״כ יצא שטר על יוסף ב״ש אחד או שניהם על כל אחד שטר באופן שבאלו השטרות אין ביכולת לגבות מהם דאחד ידחיהו על האחר גם הערב אינו חייב ודווקא כשגם הערב בעצמו אינו יודע מההלואה רק שערב לו בע״פ או בשטר שלא בשעת ההלואה ואינו יודע למי הלוה ורק המלוה תובע בהשטרות והשטרות הם כחרס אבל אם הערב יודע מי הוא החייב חייב הערב לשלם כפמ״ש בסי׳ קכ״ט שאם הערב יודע והלוה כופר דחייב הערב לשלם [נס״מ] וכמו שבארנו בסי׳ ל״ז סעי׳ י״ח ע״ש :

יג נראה דכל מה שנתבאר בסי׳ זה בשני יוסף ב״ש לא שייך רק בשטר שחתומים בו עדים לבדם אבל אם גם הלוה חתום עמהם לא שייך כלל דינים אלו דהא יוכל להתברר ע״פ חתימת ידו מי הוא הלוה לדמות חתימה לחתימה מכתבים ושטרות אחרים וכיוצא בזה מדרכי הקיום ואם ידחיהו זה אצל האחר יבררו הב״ד ע״פ דימוי החתימה ויש לזה דין שטר גמור לכל דבר אף לגבות בו מלקוחות דאין לך סימן גדול מקיום החתימה וכן אם חתום לבדו בשטר יש לזה דין שטר בח״י שיתבאר בסי׳ ס״ט לכל דבר :

סימן נ [שטר שאין כתוב בו שם המלוה ובו ג׳ סעיפים] :

א שטר שאינו כתוב בו שם המלוה בפירוש אלא כתוב בו אני פלוני לויתי ממך מנה ועדים חתומים למטה על קיום העניין שדין שטר זה כשטר בעדים כמו שיתבאר בסי׳ ס״ט כל המוציאו גובה בו דמסתמא המוציאו הוא המלוה ולא חיישינן שמא אדם אחר הלוה לו ונפל ממנו ומצאו זה דבכל מה שביד האדם הוא בחזקת שלו ודווקא שהמוציא שטר זה טוען כן שהוא המלוה אבל כשטוען שקנאו מאחר צריך כתיבה ומסירה ככל השטרות כמ״ש בסי׳ ס״ו משום דלשון ממך אינו משמע מכל מי שמוציאו אלא מהמלוה דווקא ודווקא בשעדים חתומים עליו אבל בח״י הלוה לבד או אפילו כשעדים חתומים רק לקיים חתימתו דנאמן הלוה לומר על שטר כזה פרעתי כמ״ש שם לכן נאמן לומר ג״כ לא לויתי ממך אלא מאחר נפל ואתה מצאתו במיגו דאי בעי אמר פרעתי וישבע היסת על זה ואף שי״א דאין נאמן לומר פרעתי על כת״י אך העיקר לדינא דנאמן כמ״ש שם וכן אם פסק דין שכתוב בו פלוני נתחייב לשכנגדו שאינו מפורש למי חייב כל המוציאו גובה בו דמסתמא הוא האיש שנתחייב לו וגם זה דווקא לדיעה שנתבאר בסי׳ ל״ט דאינו נאמן לומר פרעתי נגד פס״ד אבל לדיעה שבשם דנאמן לומר פרעתי נאמן ג״כ בהיסת לומר דשל אחר הוא במיגו דפרעתי וכתב

יד

יד שכתוב בו נאמנות דאינו נאמן לומר פרעתי כמ"ש בסי' ס"ט כל המוציאו גובה בו כמו בשטר בעדים דהא אין לו מיגו :

ב שטר שכתוב בו פלוני חייב לפלוני או לכל מי שמוציאו אין הכוונה ששיעבד עצמו לכל מי שמוציאו אפילו לא בא בכח אותו פלוני אלא הכוונה הוא כשהמוציאו בא בכח אותו פלוני מהתועלת בכתיבה זו שא"צ הרשאה אחרת דכיון שכתוב בו כן הוה כאלו כתב לפלוני ולבאי כחו וכיון שהמוציאו טוען שקנאו מפלוני או שהוא שליח מפלוני גובה בו וא"צ כתיבה אחרת כבכל השטרות דצריך כתיבה ומסירה ואם אינו בא בכח אותו פלוני אינו גובה בו דכיון שכתוב בהשטר שם המלוה הוא העיקר וצריך לבא בכחו דווקא :

ג אבל שטר שכתוב בו שמשעבד עצמו לכל מי שמוציאו כנהוג אצלינו שכותבין לכל מוכ"ז כל המוציאו גובה בו אע"פ שידוע שלא לוה ממנו כיון שנשתעבד לכל המוציאו דיכול האדם להתחייב א"ע לאחר אף כשלא לוה ממנו כמ"ש בסי' מ' ושטר כזה שנאבד מיד המלוה אין הלוה חייב לשלם לו דהרי מי שימצאנו יגבה בו אם לא שהמלוה עושה לו ערבות כזו שלא יגיע להלוה שום היזק אם אחר ימצאנו [כס"מ] ואם הב"ד רואים שתועיל הכרזות בזה שכל מי שלא יביא לב"ד שטר כזה איבד זכותו יעשו כן אם יודעים שלא יגיע לו נזק להלוה כשישלם להמלוה אבל שובר לא מהני על שטר כזה דאין לו בעלים מיוחדים וכל התופסו הוא בעליו ומה יועיל שובר של אחר ואם עכ"ז יצא שובר נגדו כגון שעדים מעידים שהמלוה החזיק שטר הזה הנכתב לכל מוכ"ז ביום פלוני על סכום פלוני והלוה הוא פלוני ולוה זה סילק להמלוה כל החוב שבשטר הזה ואח"כ יצא השטר מת"י אחר ותובע בו מחוייב הלוה לשלם להמוציאו כל מה שנתן עבורו דהא אינו חייב בדבר דשטר כזה ביכולת לקנות ודין זה הוא כמי שלקח חפץ ונתוודע שגנוב הוא דצריך בעל החפץ לשלם להקונה כל מה שנתן בעדו מפני תקנת השוק כמ"ש בסי' שנ"ו ולכן אם נתפרסם שהלוה פרע בעד שטר זה ואח"כ קנוהו אחר א"צ לשלם לו כלום דלא היה לו לקנותו והוה כלקח מגנב מפורסם דלא עשו בו תקנת השוק כמבואר שם וכ"ש אם מצא שטר הזה ועדים מעידים שפרע מפורש בעד שטר זה שאינו גובה בו כלום אע"פ שנשתעבד לכל מוכ"ז מ"מ לא נשתעבד רק על פרעון אחד ולא יותר ואם אין עדים מעידים בפירוש שעל שטר זה פרע מחוייב לשלם להמוציאו כל מה שכתוב בשטר בין שקנהו בין שמצאו כיון שלא נתברר שפרע בעדו נמצא דבעל השטר הוא מי שמוציאו ואף אם המלוה האמיתי יתבע ממנו לא ישלם לו בלא השטר כמ"ש והמלוה הפסיד בעצמו אך מ"מ כשהלוה טוען שפרע כבר בעד שטר זה יוכל להשביע להמוציא שאינו יודע ששטר זה פרוע [ס"ך והאחרונים] וכל זה הוא כשהשטר הוא בעדים אבל שטר בח"י לבד אף שעדים מעידים על חתימתו כיון שאין מעידין על עצם הענין נאמן הלוה בשבועה לומר פרעתי כמ"ש בסי' ס"ט דעל כת"י נאמן לומר פרעתי אבל אינו נאמן לומר לא לויתי ממך במיגו דפרעתי דהא אף אם לא לוה ממנו חייב לשלם לו כיון שנכתב לכל מוכ"ז כמ"ש ובסי' ס"ה סעי' ט' יתבאר דאע"פ שכשנכתב לכל מוכ"ז כל המוציאו גובה בו מ"מ אם מצאו וגובה בו עושה איסור נגד המלוה ושובר על השטרות שבסעי' הקודמים דבר פשוט הוא שעל השטר המבואר בסעי' א' כיון שהלוה מוציא שובר מאחד בטל השטר כיון שנכתב למיוחד כמ"ש שם ודווקא כשעדים מעידים שבפניהם פרע בעל השובר על שטר זה דאל"כ יקבל מאיזה איש שובר ויפסיד להמלוה ועל השטר שבסעי' ב' צריך להיות השובר דווקא מהמלוה המבואר בהשטר או שעדים יעידו בהשובר שזה שנתן השובר בא מכח המלוה אבל אם השובר הוא מאיש אחר אפילו אם הלוה אומר שזה בא מכח המלוה שבשטר אינו כלום ואינו נאמן בלי ראיה ויכול המלוה או באי כחו לתבוע מהלוה בשטר זה ודע דכל אלו הדברים שבארנו בדיני השובר בכל המיני שטרות אינו אלא בשובר שנכתב על נייר בפ"ע אבל כשהשובר כתוב בשטר מלמטה או אחורי השטר כיון שנכתב ששטר זה פרוע אין מדקדקין בו בכל עניין למי פרע והשטר בטל בכל המיני שטרות שנתבארו בסי' זה [עיין ספ"ק דב"מ] :

סימן נא [שטר שאין בו אלא עד אחד או אחד מהעדים פסול ובו ו' סעיפים] :

א ראובן שהוציא שטר על שמעון ואין חתום בו רק עד אחד אם שמעון כופר ואומר לא לויתי נשבע שד"א להכחיש את העד דכל מקום ששנים מחייבים ממון אחד מחייב שבועה ואפילו יש בו נאמנות בשטר [סמ"ע] דמה שייך נאמנות כשמכחיש עיקר הדבר אבל אם טוען פרעתי דעת הרמב"ם בפי"ד ממלוה שאינו נאמן ואע"ג דבכתב... [illegible] נאמן לומר פרעתי להרמב"ם כמ"ש בסי' ס"ב משו[illegible] דלא חשש לקבלו בחזרה כשפרעו מ"מ בעד אחד אי הוה פרע ליה לא היה מניחו בידו ולכן דינו כמחוייב שבועה ואינו יכול לישבע דמשלם כמ"ש בסי' ע"ה דהעד מחייבו שבועה להכחישו וטענת פרעתי אינו הכחשה להעד דאינו מכחישו בזה ואע"ג דלהרמב"ם כל השטרות דרבנן כמ"ש בסי' כ"ח ובשבועה דרבנן נתבאר בסי' ע"ה דלא אמרינן מחוייב שבועה ואינו יכול לישבע משלם מ"מ שטרות שאני דלגמרי עשאום כשל תורה מפני תקון העולם ואם הלוה טוען ישבע לי המלוה של

שלא פרעתיו צריך לישבע ואע"ג דבכל מחוייב שבועה ואינו יכול לישבע משלם ואינו יכול לומר לבעל דינו השבע אתה כמ"ש שם מ"מ הכא מחוייב המלוה לישבע כשתובעו הלוה שישבע דלא גרע משטר גמור כשהלוה אומר השבע לי שפרעתיך דמחוייב לישבע כמ"ש בסי' פ"ב ואפילו כשיש נאמנות בהשטר צריך לישבע דהרי אם היה מכחיש להעד לא היה מועיל הנאמנות לכן גם בפרעתי יכול להשביעו [ט"ז] ורבים מרבותינו חולקים על הרמב"ם וס"ל דנאמן לומר פרעתי כמו בבת"י דגם בזה לא חשש ליטלו מיד המלוה כיון שאין בו רק עד אחד ולכן נשבע היסת ונפטר ולזה הסכימו האחרונים וכן עיקר [ס"ך] ואפילו יש בו נאמנות [עס"ג] ואם העד אומר שיודע שלא פרעו נשבע שד"א להכחישו :

ב אם עד אחד חתום בשטר ועד שני מעיד בע"פ על אותה הלואה מצטרפין לעניין שאינו יכול לומר להד"ם דלא גרע מאלו היה שנים מעידים בע"פ דלא היה יכול להכחישם אבל כשטוען פרעתי לסברא האחרונה שנתבאר דנאמן לומר פרעתי נגד עד אחד שבשטר נאמן גם בזה דאף שמצטרפים מ"מ לא הוה רק כעדות בע"פ דנאמן לומר פרעתי דהמלוה את חבירו בעדים א"צ להחזיר לו בעדים כמ"ש בסי' ע' ונשבע היסת ונפטר אבל אם העד שבע"פ אומר אני קניתי מידו על זה רק שלא בא המלוה לבקש שאחתום שניהם מצטרפים לעשותו מלוה בשטר לעניין שאינו נאמן לומר פרעתי ולא לעניין גבייה מלקוחות כיון שאינם שוים שאחד בשטר ואחד בקניין וגרע מאלו היו שניהם בקניין דגבו מלקוחות כמ"ש בסי' ל"ט דבכה"ג ליכא קלא ובאמת אם בכאן היה הקניין גם בפני העד החתום או בפני אחר גובה גם בכאן מלקוחות ואם אותו שמעיד בע"פ אומר שגם בפניו נמסר השטר ביחד עם העד החתום הוה שטר גמור לגבות בו גם ממשעבדי דעדי מסירה כרתי כמו שיתבאר ואפילו אם אומר סתם שנמסר בפניו אמרינן דמסתמא נמסר לפני שניהם דכן הוא דרך העולם או למסור בפני שנים או בינו לבינו אבל אם אומר מפורש שלא נמסר רק לפניו אינו גובה מלקוחות דאפילו שני שטרות שחתום עד על כל שטר או שכל שטר נמסר לפני אחד אינם מצטרפים לגבות מלקוחות וכ"ש עד החתום עם עד המסירה אבל מהלוה עצמו גובה [ס"ך] וכ"ז הוא להפוסקים דס"ל עידי מסירה כרתי אבל להחולקים בזה כמו שיתבאר אין במסירה כלום :

ג אם אפילו שנים חתומים על השטר רק כל אחד חתם שלא בפני חבירו והמלוה לא הודיע לכל אחד שחבירו חתום עליו והשני כשחתם אף שראה חתימת הראשון מ"מ הראשון לא ידע מהשני וכן בקניין שכל אחד קבלו בעליו שלא בפני חבירו ולא הודיעו לכל אחד שגם בפני חבירו היה קניין אינו גובה מלקוחות דליכא קלא בכה"ג ואם הודיעו לכל אחד שגם חבירו חתום או שגם בפני חבירו היה קניין גובה מלקוחות דבכה"ג איכא קלא והיה להם להלקוחות ליזהר מלקנות מהלוה אבל לעניין טענת פרעתי אין חילוק שאפילו אין אחד יודע מחבירו אינו נאמן לומר פרעתי דכיון שיודע ששנים חתומים בו לא היה לו לפרוע עד שיקבל שטרו וכן בקניין כיון שיודע שלפני שניהם היה הקניין ויכולים לכתוב שטר כשיתוודעו זה מזה לא היה לו לפרוע עד שיודיע להם שפרע שלא יכתבו שטר [נס"מ] ומדלא הודיעם מיד ש"מ ששקר הוא ושלא פרעו :

ד בסי' מ"ה סעי' ט"ז נתבאר דשטר שהיו עדיו מרובים ונמצא אחד מהם קרוב או פסול ואין העדים קיימים לשאול אותם אם יש עדות ברורד שכולם ישבו לחתום שנתכוונו להעיד הרי זה השטר בטל דעדות שבטלה מקצתה בטלה כולה כמ"ש בסי' ל"ו ואם לא נתברר תתקיים העדות בהכשירים שהרי אפשר שהכשרים לבד חתמו והניחו מקום לגדול לחתום ובא זה הקרוב או הפסול וחתם שלא מדעתם ומוקמינן השטר בחזקת כשרות ואינו כשר רק אם הפסולים הם מהראשונים כמ"ש שם ולפיכך שטר שחתומים בו שני עדים בלבד ונמצא אחד קרוב או פסול הרי הוא כחרס אע"פ שיש שם עידי מסירה וא"צ אפילו שבועה נגד העד הכשר דאין דינו אפילו כשטר בעד אחד ולא תלינן שלא היה עד רק הכשר והפסול מעצמו חתם כיון דאין כאן רק שני עדים וי"א דגם בזה תלינן שהקרוב חתם רק למילוי והעד הכשר הניח מקום לעד אחר כשר ובא זה וחתם עליו ודינו כשטר בעד אחד שנתבאר בסעי' א' אא"כ נתברר דזה הפסול חתם א"ע ע"פ בעל השטר דאז נפסל כל השטר ולא הוה רק כתביעה בע"פ דאם הלוה אומר להד"מ נשבע היסת ונפטר ויש מי שהכריע כדיעה זו ולא נהירא ועכ"פ הוה ספיקא דדינא ולכן כל שטר שחתומים בו שני עדים ונמצא אחד מהם קרוב או פסול אם העד הכשר זוכר העדות יבא לפני ב"ר ויעיד ויהיה עכ"פ עד אחד ואם יש עוד אחד שיודע העניין והיה בשעת מעשה של השטר מצטרף עמו להעיד אע"פ שלא יחדוהו לעדות כמ"ש בסי' ל"ט דא"צ שהעדים יהיו מזומנים להעיד דווקא ואין העד הכשר כשר אא"כ לא היה עם הפסול בשעת מעשה שעליו נכתב השטר דאם היו ביחד נפסל גם הכשר ותו לא מהני מה שיעיד בע"פ [ס"ך] אמנם דווקא בשישבו גם שניהם לחתום השטר לשם עדות דאז נפסל לגמרי אבל אם לא חתמו יחד לא נפסל הכשר מפני ראיית המעשה שראה יחד עם הפסול ויכול עתה להעיד בע"פ בב"ד [נס"מ] וכבר בארנו בסי' ל"ו דהעיקר כמאן דס"ל דפסול הכשר שנפסל ע"י הפסול תלוי בראיה והגדה ונתבאר שם בסעי' י"א ובסי' מ"ה סעי' י"ט ע"ש :

ה הכותב כל נכסיו לשני בני אדם בעדות אחת והעדים קרובים לאחד ממקבלי המתנה ורחוקים מהשני הרי השטר,

השטר פסול מפני שהוא עדות אחת ועדות שבטלה מקצתה בטלה כולה אא"כ נסתלק אותו שהעדים פסולים לו מאותו ממון כמ"ש בסי' ל"ז והסילוק אינו מועיל רק קודם כתיבת השטר אבל אחר שנכתב ונפסל אינו מועיל הסילוק [ס"ך] ובעדות בע"פ שמעידים כזה מקבלים עדותם להרחוק אע"פ שהעידו שראובן נתן מתנה מנה לשני ב"א ואחד מהם הוא קרוב להעדים מקבלים עדותן להרחוק דהא יכולין להעיד שנתן לזה הרחוק חמשים ואין נוגע להרחוק עדות הקרוב אבל שטר שהיה על שני ב"א ובאו עדים לקיימו והם קרובים לאחד אינו מועיל גם להרחוק דא"א לקיים זה בלא זה וכן כשמעידים שנגנב דבר משני שותפים והם קרובים לאחד אינו מועיל עדותן אף להשני דכיון שמעידים שנגנב מהרחוק והוא שותף עם הקרוב בע"כ דנוגע עדותן להקרוב ואי אפשר לחלקם ומזה יש לדון על כל העניינים [ס"ך] וכן זה שאמרנו דבשטר פסול זהו דווקא כשנכתב לשניהם ביחד כגון שכתוב בו נתתי לראובן ולשמעון כך וכך אבל אם מפורדים הם בשטר כגון שכתוב בו נתתי לראובן שדה פלונית ונתתי לשמעון שדה פלונית ונמצאו העדים קרובים לזה ורחוקים לזה זה שהם רחוקים לו מתנתו קיימת ששתי עדות הם אע"פ שהם בשטר אחד וכן אם היו כתובים בשטר שנים או ג' דברים ונתבטל השטר לדבר אחד מחמת איזה סיבה ולא מחמת פסול העדים לא בטלו שארי דברים שבשטר כללו של דבר בעדות בע"פ אף כשהעידו על שניהם ביחד מקבלין עדותן להכשר אם לא שנושא העניין הוא שא"א לחלקם וכמ"ש ובעדות שבשטר אם נכתב על שניהם ביחד אף שאפשר להפרידם זה מזה עכ"ז נפסל השטר וכשנכתב לכל אחד בפ"ע מקבלים עדותם להכשר :

ך בגט קיי"ל דעדי מסירה כרתי ואף כשלא חתמו עדים בהגט כיון שנמסר בפני עדים כשר הגט כמ"ש באה"ע סי' קכ"ד ויש מרבותינו שפסקו דגם בשטרות הדין כן דשטר שנמסר בפני עדים הוא שטר גמור אף כשלא חתמו בו וגם לגבות בו מלקוחות הוי שטר גמור ומ"מ אם נמצאו עידי החתימה פסולים אף אם רק עד אחד פסול נפסל השטר אף שנמסר בפני עדים כשירים מפני שהוא מזוייף מתוכו אמנם העידי מסירה יכולים להעיד בע"פ לפני ב"ד ומועיל עדותן שתהא עדות בע"פ אבל שטר אין ביכולתם לכתוב ואף הב"ד אין ביכולתם לכתוב שטר כיון שלא עשאם שלוחים על כתיבת השטר אם לא שעתה יצוה להם הלוה או המוכר או הנותן לכתוב [סמ"ע] ויש מרבותינו שחולקים בעיקר דין זה וס"ל דאינו מועיל כלל עידי מסירה בשטרות והמוחזק יכול לומר קים לי כדיעה זו [ס"ך] אבל אם צוה הלוה או המוכר והנותן בעת שמסר להם בעדותו שיכתבו שטר וכתבוהו ולא חתמו יכולים לחתום גם אח"כ ואם היה אז קניין יכולים לכתוב מזמן הראשון כמ"ש בסי' ל"ט :

סימן נב [שטר שיש בו ריבית ושטר קרוע ובו ג' סעיפים] :

א שטר שיש בו ריבית אם הריבית מפורש בשטר אינו גובה את הריבית אבל את הקרן גובה בו גם ממשועבדים ולא אמרינן שהשטר פסול מהעדים הפסולים מפני שהעולם סוברים שאין האיסור רק על המלוה והלוה ולא על העדים וסברו העדים שלא עשו איסור בזה ולדעתם אין מכשול בשטר הלזה כיון שהרבית מפורש בו הרי לא יגבה את הריבית ויש חולקין וס"ל דהעדים פסולים ופסול השטר ואינו גובה בו אפילו הקרן ולכן הוה ספיקא דדינא [ס"ך] ואם הרבית אינו מפורש בהשטר אלא כלול עם הקרן אם העדים ידעו מזה פשיטא ששטר פסול הוא דהרי העדים פסולים אפילו לדיעה ראשונה דכיון דאין הרבית מפורש בו וודאי דהיה יכול לבא לידי מכשול שיגבה בו גם הריבית אמנם אם העדים לא ידעו מהריבית שהמלוה והלוה הגידו להם שהכל הוא קרן אם לא נראה השטר עדיין בב"ד יכול המלוה לכתוב על השטר דלא ניתן לגבות רק הקרן וכשר לגבות בו אפילו ממשועבדים אבל כשנראה השטר בב"ד בפסולו שוב אין לו תקנה ואינה אלא כמלוה בע"פ אם הלוה מודה או אם עדים אחרים מעידים על הקרן או אותם העדים החתומים מעידים על הקרן שנתוודעו אח"כ מהודאת הלוה וכיוצא בזה ודלא כי"א דס"ל דקנסינן להמלוה גם על הקרן וא"צ הלוה לשלם לו כלום דקיי"ל לדינא דלא קנסינן התירא מפני איסורא וכמו שנתבאר בסי' מ"ג לעניין מוקדם ולא דמי למה שיתבאר בסי' תי"ד גבי גלל דקנסו גופן מפני שבחן דהתם הוכרחו חכמים לקונסו דאל"כ לא ימנע מלעשות כמ"ש שם בסעי' ג' אבל הכא אין חשש שיעשה כן פעם אחרת להלות בריבית דמי יימר שהלוה יתרצה ללות בריבית [ככ"ל לדעת הס"ך] ועוד דבשם אם קנסוהו מפסיד החוטא אבל הכא אם נקנוס המלוה יהיה הלוה נשכר והרי גם הוא חוטא ורבינו הרמ"א הביא דעת י"א אלו וצ"ל דס"ל דזהו כבסי' תי"ד וגם בכאן יש לחוש דאם לא נקנסנו יעשה כן פעם אחרת והרבה לוים הדחוקים למעות ימצא שילוו ממנו בריבית ולכן לא חיישינן אף שע"י הקנס ישתכר הלוה דכיון שהוא דחוק ולחוץ אין חטאו גדול כל כך כמו המלוה משא"כ בסי' מ"ג בשטר מוקדם לא ימצא מי שיתרצה לזה בשביל הריוח המועט מהקדמת הזמן וגם המלוה בעצמו רחוק שיעשה כן בשביל ריוח מועט כזה ומ"מ גדולי האחרונים הכריעו כדיעה ראשונה והמוחזק לא יכול לומר קים לי כי"א אלו [תו"ת] ואפילו להי"א כתב רבינו הרמ"א דאם המלוה הלוה ע"י שליח והשליח עשה

שטר

שטר וכלל קרן עם ריבית גובה הקרן מכל מקום דאמר להקני שדרתיך ולא לעוותי לכלול הקרן עם הריבית עכ"ל ור"ל אפילו אם צוה לו להלות בריבית מ"מ יכול לומר לא צויתיך לכלול הקרן עם הריבית ולהפסידני מדינא אמנם להכרעת האחרונים כדיעה ראשונה אין נ"מ בזה [ועיי' תוס' ב"מ ע"ב ד"ס שטר וכו' דסתם בגוף סממון וכו'] :

ב שטר שבא לפנינו קרוע והמלוה אומר שמעצמו נתקרע אם הקרע בכפליו במקום שנכפל הנייר וניכר שנעשה מעצמו מפני שמונח זמן רב או מפני משמוש ידים אפילו נקרע לגמרי שתי וערב ואינו מעורה אפילו קצתו כשר [ט"ז] ואפילו הי' הכפל במקום התורף שהוא מקום העדים והזמן והמעות ושם המלוה והלוה דזהו קרע ב"ד דכשב"ד קורעים שטר קורעים על מקומות אלו מ"מ כשר כיון שניכר שנעשה מעצמו ע"י כפילת הנייר ודלא כיש מי שאומר דבמקום התורף פסול אפילו בכפליו מטעם דלא היה לו להניח עד שיקרע לגמרי והיה לו לילך לב"ד לקיימו מקודם שנקרע לגמרי אלא וודאי שנעשה בכוונה דבאמת אין זה הוכחה דאין מלוה מקפיד על זה כיון שניכר שנעשה מעצמו [סמ"ע ואחרונים דלא כש"ך] ואם ניכר שנעשה בידים פסול אפילו לא נקרע אלא קצתו דמוכח שפרוע הוא דאל"כ לא היה המלוה מניחו לקורעו ואם אינו ניכר אם הוא בידים או מעצמו נקרע אם הקרע הוא כמו קרע ב"ד שנתבאר או שקרוע שתי וערב שלא במקום הכפל אפילו הוא מעורה עדיין או שנקרע לשנים שלא במקום הכפל ואינו מעורה כלל פסול אפילו שלא במקום קרע ב"ד דניכר שבידים נעשה ואפילו ישבע המלוה שמעצמו או ע"י סיבה נתקרע לא מהני דאין מוציאין ממון בשבועה זולת במקומות שתקנו חכמים אא"כ הביא עדים שנקרע מעצמו ע"י סיבה דאז כשר ודינו כנמחק שטר חובו שבסי' מ"א ואם הקרע הוא במקום שלא נפסל השטר כמו בטופס גובה בשטר זה וא"צ הב"ד לעשות לו שטר אחר ואם הקרע בתורף עושים לו שטר אחר [סס] ואף אם הקרע היה שלא במקום קרע ב"ד אם נראה לדיין שהיה בו קרע ב"ד והוסיפו על הקרע כדי להעלים את הקרע ב"ד אין גובין בו אבל בלא"ה אין חוששין כגון שנמצא נקב גדול בשטר אין אומרים קרע ב"ד היה וזה נטל סביבותיו כדי להעלים הקרע ב"ד דאין דרך לעשות כן ואין פוסלים שטר מפני ספק כזה ודבר זה תלוי בראיית עיני הדיין ודברי הלוה בזה לא מעלין ולא מורידין אא"כ מביא עדים [ככ"ל] :

ג נמחק השטר או נטשטש אם רשומו ניכר כשר ואם לאו פסול אא"כ מביא המלוה עדים שע"פ סיבה נמחק או נטשטש ואם רשומו ניכר והב"ד רואים שבעוד זמן יתמחק לגמרי עושין לו שטר אחר כמו בסי' מ"א ושטר שהרקיב או נעשה ככברה מלא נקבים כשר ואם אכלוהו עש או עכברים בראשו כל שניכר שם המלוה והלוה ועיקר העניין בסופו מכשרינן ליה ומ"מ שטר כזה צריך דרישה וחקירה הרבה וכן שטר שעבר עליו זמן רב אין פוסלין אותו רק שצריך הרבה דרישה וחקירה ואם נראה לדיין בשכלו שפרוע הוא אין גובין בו :

סימן נג [שלא לשנות השטר ובו ב' סעיפים] :

א מי שיש לו שטר על חבירו במנה ובא המלוה ואמר עשו לי שטר מחמשים זוז כי חמשים פרע לי הלוה אין שומעים לו דשמא פרע לו כל המנה והמלוה אמר לו שאבד שטרו ונתן לו שובר על המנה ועתה יוציא עליו שטר על חמשים ויאמר שהלואה אחרת היא ויגבה בו ולא עוד אלא אפילו כשידוע בעדים שכן הוא שפרע לו מחצה אין עושים לו שטר אחר שלא בידיעת הלוה אלא כותבין לו על השטר שפרעו חמשים ובזה לא יגיע פסידא להלוה בשום פנים כיון ששטר זה בשלימות ואם יש עליו שובר הרי לא יגבה בו עוד כלל וכן כשידוע בעדים שלא פרע לו כלל ומבקש שיעשו לו שני שטרות של חמשים או שיש לו שני שטרות של חמשים וידוע בעדים שעדיין לא פרע לו כלל ומבקש שיעשו לו שטר אחד ממנה אין שומעין לו אא"כ הלוה מצוה ג"כ והטעם דלהלוה יש לפעמים טובה כשכל החוב בשטר אחד מפני שכשיפרע לו מקצת החוב ויכתוב לו המלוה שובר על אותו מקצת אז בשיבקש המלוה מותר החוב ויטעון הלוה פרעתי ב"ד משביעים להלוה כמו שיתבאר בסי' פ"ד דשטר פגום כשטוען פרעתי ב"ד משביעין אותו משא"כ שטר שאינו פגום אין משביעין אותו אא"כ הלוה טוען השבע לי כמ"ש בסי' פ"ב ולפעמים יותר טוב לו כשהחוב בשני שטרות דכשיפרע לו שטר אחד יקרענו משא"כ כשכל החוב בשטר אחד ויפרענו מקצת והמלוה יתן לו שובר דהברירה ביד המלוה כמ"ש בסי' נ"ד ויצטרך לשמור שוברו שלא לאבדו דאין הלוה יכול לכופו לכתוב הפרעון על השטר כמ"ש שם והרמב"ם ז"ל כתב [פכ"ג ממלוס] שזכות הוא ללוה להיות שנים שלא יכוף אותו בדין בפעם אחת לגבות הכל עכ"ל וכוונתו דכשיהיו בשני שטרות והלוה יבקש ממנו לקבל עתה בעד שטר אחד ובשטר השני ימתין לו לא יתעקש המלוה בזה משא"כ כשיהיו בשטר אחד לא יתרצה המלוה לפגום שטרו ויתחייב בשבועה כשיטעון הלוה פרעתי כמ"ש ולכן יכופנו לשלם בשלימות וכיון דבכל צד יש טובה ללוה אין עושין בלתי ידיעתו אבל ברצון שניהם עושים ואף שיש לחוש לקנוניא דשמא חייב הלוה עוד לאחרים ואין לו לפרוע לכולם בשלימות ועושה

ועושה להמלוה שני שטרות כדי שיגבה שני חלקים כמ"ש בסי' ק"ד אמנם אין לחוש לזה דממ"נ קנוניא זו ביכולת הלוה תמיד לעשותו ליתן לו עוד שטר [סגר"ת] ואף ברצון שניהם אין העדים יכולים לכתוב רק מזמן ההוה ולא מהזמן של שטר ראשון כמ"ש בסי' נ"ד וגם זה דווקא כשהיה כתוב בשטר הראשון דאיקני דאל"כ פסול כמ"ש בסי' מ"ג [סס] ואם ידוע בעדים שלא פרע לו כלל והמלוה מבקש לוותר לו מחובו ולעשות לו שטר קטן מזה שומעין לו [סמ"ע] אף בלא ידיעת הלוה :

ב אם המלוה מבקש מהב"ד שיכריחו את הלוה שיתן לו שטר באופן שיהיה ביכולתו לגבות בערכאות כמו וועקסיל וכדומה כדי שיהיה בטוח יותר במעותיו רואים הב"ד אם הלוה הוא איש כזה שיכול להיות שלא יציית דין ישראל ועתה יש להב"ד במה להכריחו לזה יכריחוהו לזה ויעשו באופן שלא יוכל המלוה לתבוע בשטר ישראל לבד ובשטר הערכאות לבד כגון לכתוב על השט"ח שליתר בטחון נתן לו הלוה גם בטוחות אחרות וכדומה אבל אם הלוה הוא איש כשר ובוודאי ישמע לדין ב"ד אין שומעין להמלוה כיון שבשעת הלואה נתרצה לשטר ישראל לבד [רדב"ז] ואף אם הלוה הוא איש כשר רק שמצבו דחוק וחייב גם לאחרים שיש להם בטוחות מהלוה שיש ביכולתם לגבות בערכאות והם לא יצייתו דיני ישראל ויצא המלוה הזה ריקם מחובו מצוים הב"ד להלוה שיתן גם למלוה זה בטוחות כמו שיש להמלוים האחרים זולת כשיש להם משכון לא שייך דין זה דכגבויים הם וכללו של דין זה דתלוי בראיית עיני ב"ד [כ"ל] :

סימן נד [דיני שובר וכיצד כותבין אותו ובו י"א סעיפים] :

א מי שפרע מקצת חובו וזמן הפרעון מכל החוב הגיע אלא שהמלוה נתרצה להמתין לו מותר החוב יפו חכמים כח המלוה שאם רצה יעשו לו ב"ד שטר אחר ממה שנשאר חייב לו ויכתבו השטר מזמן הראשון והשטר הראשון קורע ואם רצה יכתוב לו שובר על נייר בפ"ע דבכל אחד מהצדדים יש יפוי כח כמ"ש בסי' הקודם ואין הלוה יכול לכופו לכתוב לו השובר על השטר דבזה שהשובר יכתב בפ"ע וינתן להלוה והשטר יהיה בשלימות ביד המלוה יפחד הלוה שלא יאבד השובר וישלם לו מהר בשלימות ואם השטר נכתב לפרעון זמנים וסילק הלוה בזמנו מקצתו כפי שנכתב בשטר הברירה ביד הלוה או שיכתוב לו המלוה השובר על השטר או להחליף לו שטרו [ס"ך] :

ב ודווקא הב"ד יכולים לכתוב לו שטר על המותר מזמן הראשון או שהב"ד יצוו לעדים לכתוב אבל העדים בעצמם אין יכולים לכתוב לו שטר מזמן הראשון אפילו ברצון שניהם כיון שכבר כתבו את השטר וסילק עליו מקצתו כשיכתבו עוד שטר מזמן ראשון יתראה כמוקדם [סמ"ע] אבל מזמן הסילוק יכולים לכתוב מרצון שניהם וכשהיה כתוב בשטר הראשון דאיקני כדין שטר מאוחר שנתבאר בסי' מ"ג [סגר"ת] ושלא ברצון שניהם אין ביכולתם לכתוב אפילו מזמן השני דכבר עשו שליחותם בכתיבת הראשון ואין יכולים עתה לעשות שום דבר שלא ברצון שניהם [ס"ך] ורק להב"ד יש כח לעשות או שהם יעשו ע"פ ציווי ב"ד כמ"ש :

ג בשרצון המלוה לכתוב שובר י"א דעליו ליתן שכר כתיבתו כיון שלטובתו הוא ויש חולקים בזה דכיון שהלוה לא פרעו בזמנו על הלוה ליתן שכר כתיבתו [סס] וכן הסכימו האחרונים וכ"ש בשאין שטר כלל למלוה והלוה מבקש שובר והמלוה נתרצה ליתן לו שובר שהלוה צריך לשלם שכר כתיבה ואם המלוה אינו רוצה כלל ליתן לו שובר אין הלוה יכול לכופו אם לא במקום שהלוה מוכרח להשובר כגון שבשעת הלואה א"ל המלוה אל תפרעני אלא בעדים ועתה פרע לו שלא בפני עדים דיכול המלוה לתובעו עוד פעם כמ"ש בסי' ע' וצריך להשובר דאז יכול הלוה לכופו לכתוב לו שובר וכן כל כהאי גוונא והלוה משלם שכר כתיבתו [כ"מ מס"ך ס"ק ג' ע"ס] :

ד כשכותבים שובר על נייר בפ"ע אם זוכרים זמן השטר יכתובו השובר על שטר שנכתב ביום פלוני וסכומו כך וכך קיבל המלוה פלוני כך וכך ונשאר החוב כך וכך ואם אין זוכרים הזמן והשטר אינו לפנינו שהמלוה הצניעו באיזה מקום ואינו יכול להשיגו עתה יכתבו סתם על שטר שסכומו כך וכך קיבל וכו' ולא יכתבו זמנו של שטר כלל ואע"פ שזוכרים זמן ההלואה דשמא איחרו העדים הזמן בכתיבת השטר ונמצא שתהיה זמן השובר קודם לזמנו של שטר ויתבע ממנו בהשטר עוד פעם דיאמר שעל שטר אחר נכתב השובר לפיכך אין להעדים לכתוב זמנו של שטר בהשובר אא"כ זוכרים את הזמן שנכתב בהשטר וגם אין להם לכתוב הזמן שנכתב בו השובר מטעם זה דשמא איחרו העדים זמנו של שטר ונמצא שזמן השובר יהיה קודם לזמנו של שטר ויחזור המלוה ויוציא שטר חובו המאוחר מזמנו של שובר ויגבה בו לפיכך אין להם לכתוב שום זמן בהשובר לא זמנו של ההלואה ולא זמן שנכתב בו השובר כשאין זוכרים זמנו של שטר [זהו פי' הס"ע בסעי' ג'] וכשכותבים השובר בלא זמן רק בסכום המעות של השטר צריך המלוה ליזהר שלא ילונו עוד כסכום הזה דהשובר תמיד יפסלנו ואם הלוהו איהו דאפסיד אנפשיה [רסב"ס קע"ח:] ואף אם העדים יודעים זמן השטר אסור להם לכתוב זמנו של שובר מוקדם או מאוחר אם לא בידיעת המלוה

המלוה אבל שלא בידיעתו אסור דשמא יש להמלוה עוד שטר על זה הלוה מוקדם או מאוחר מזמן ההוה בסכום כזה וכשיכתבו בהשובר דסכום כזה שיש לזה על זה פרוע כולו או מקצתו יגיע להמלוה הפסד אם לא שיכתבו שרק השטר שנכתב ביום פלוני פרוע כולו או מקצתו זה השטר האחד דאז אין חשש הפסד להמלוה ואם כתוב בשובר שכל החובות שיש לפלוני על פלוני עד זמן פלוני פרועים הם או מחולים הם שכך אמר להם המלוה לא יכתבו הזמן מאוחר בהשובר בלתי ידיעת המלוה דשמא הלוהו המלוה אח"כ ויוציא הלוה שוברו ויפסיד להמלוה כשיכתבו הזמן פלוני מאוחר אבל מוקדם יכולים לכתוב דאין להמלוה הפסד בזה ואדרבא להלוה יש הפסד בזה כשיש להמלוה עליו שטר מאוחר מזה הזמן וכיון שהלוה מצוה להם לכתוב כן אין להם לחוש להפסידו [נ"ל]:

ה שובר שנכתב סתם פלוני פרע לפלוני מבטל כל חוב שיש למלוה זה עליו עד זמנו של שובר וכן אם יש להלוה עדים שפלוני יש לו שטר פרוע עליו ומאיזה סיבה נשאר השטר אצל המלוה ואח"כ הוציא מלוה זה שטר על לוה זה ותובע ממנו באמרו ששטר אחר פרוע היה לו עליו אינו נאמן בלא ראיה ומחזקינן לשטר זה שפרוע הוא ואם הוציא שני שטרות גובה בשטר של סכום הקטן והגדול הוא בחזקת פרוע דיד בעל השטר על התחתונה:

ו שובר שנכתב בו שפרע לו דינרין ולא כתוב כמה דינרין מבטל כל שטר שיש לו עליו ואע"ג דגבי שטר שכתוב בו דינרין סתם אינו חייב אלא שני דינרין כמ"ש בסי' מ"ב זהו מפני שבא להוציא מהלוה בזה השטר יד בעה"ש על התחתונה אבל בשובר שאינו בא להוציא אלא שהמלוה לא יוציא ממנו אמרינן דשמא לא ידעו העדים סכום המעות שהיה חייב לו וכתבו סתם כדי לכלול כל סכום שלא יוציא המלוה מיורשיו שלא כדין אבל בשטר כיון שהעדים ידעו שיד בעה"ש על התחתונה אלו היה יותר משנים היה להם לחזור אחר סכום החיוב ולכתוב בבירור ושובר שכתוב בו כך וכך דינרין ונמחק הסכום ונשאר דינרין או שהסכום כתוב על המחק ולא נתקיים אין דנין בו אלא הפחות שבלשונות כיון שניכר בזה איזה הערמה וכל מחק דנין להורעת כחו של המוציא כתב זה בין שטר ובין שובר וכל זה לא שייך אלא כשנכתב השובר סתם אבל אם נכתב בו מפורש על שטר שזמנו כך וכך וסכומו כך וכך פרע לו דינרים וודאי דאין הכוונה רק על פחות שבלשונות דאל"כ היה להם לבאר כמה דינרים פרע כיון שיודעים סכום המעות ואין לומר דלא ידעו כמה פרע דא"כ איך כתבו שובר וגם אין לומר ששמעו מהמלוה שפרע לו כל החוב דא"כ היה להם לכתוב כן אלא וודאי שלא פרע לו רק שני דינרים [נ"ל] ואם זמן השטר והשובר ביום אחד נתבאר בסי' מ"[illegible] דיד בעל השובר על העליונה ע"ש:

ז הבא לפרוע חובו ואמר המלוה אבדתי השטר אין הלוה יכול לומר לא אפרע לך עד שתחזור לי את השטר אלא כותב לו שובר וגובה חובו ורשות ביד הלוה ליתן ח"ס על מי שכובש שטרו וטוען שאבדו אבל אינו יכול להשביעו על זה מפני שהיא טענת שמא ולכן אם הלוה טוען ברי שהשטר אצלו וממטמינו ישבע המלוה היסת שאבדו ומ"מ אין הלוה יכול לעכב את הפרעון עד השבועה אלא משלם לו ונוטל שובר ומשביעו [ס"ך] כיון דחייב לפורעו ע"פ השובר מדינא וכבר בארנו בסי' נ' דשטר שנכתב לכל מוב"ז אינו מועיל שובר ע"ש:

ח אמר המלוה אין שטרי עתה בידי כי הוא מונח בעיר אחרת ואכתוב לך עתה שובר יש מי שאומר כיון שהשטר בעולם אינו מחוייב ליפרע לו עד שיחזיר לו השטר ולי נראה דאם דהלוה צריך להמעות והב"ד רואים שאין ערמה בזה כופין את הלוה שישלם לו ע"פ שובר והב"ד לוקחים בטוחות מהמלוה שיעמיד השטר ליד הלוה לזמן פלוני אבל אם ידוע שהשטר הוא ביד המלוה ואינו רוצה להחזירו ואומר שיכתוב לו שובר אין הלוה מחוייב לשלם לו עד שיחזיר לו שטרו ואפי' נשבע הלוה מקודם שישלם לו לזמן פלוני פטור מן השבועה דאנן סהדי שלא נשבע אלא על דעת שיחזיר לו שטרו כמנהגו של עולם:

ט אם המלוה אומר להלוה תפרעיני תחלה ואח"כ אחזיר לך שטרך והלוה אומר החזר לי שטרי ואח"כ אפרע לך הדין עם הלוה וא"צ אפילו להשליש המעות ואם אומר המלוה שאינו מאמינו נותן המלוה את השטר ביד שליש עד אחר הפרעון דבזה וודאי דאין הלוה יכול לעכב:

י מי שחייב לחבירו מנה בשטר ומודה לו הלוה בנ' ובנ' האחרים אומר שיש לו טענות אלו עליו גבעל השטר אומר תן לי החמשים שאתה מודה לי ואכתוב לך שובר עליהם ועל נ' האחרים אביא ראיה לאחר זמן והלוה אומר לא אשלם לך עד שתחזיר לי שטרי או הבא ראיה מיד ואם אין רצונך להביא ראיה מיד אשלם לך מתי שתביא ראיה על הנ' האחרים רואים הב"ד אם יכול התובע להביא ראיותיו מיד הדין עם הלוה אבל אם א"א לו להביא מיד לפי ראות עיני הב"ד ואין ערמה בדבר או שהב"ד צריכין להיות מתונים בדין על הטענות שביניהם כופין את הלוה שישלם לו מיד מה שמודה לו ויקבל ממנו שובר ומיהו הלוה יכול לכופו שיכתוב השובר על השטר או בין השיטין ואין המלוה יכול לעכב [ס"ך]:

יא שטר שכתוב בו שיהא השטר בתקפו כל זמן שלא יהיה קרוע קרע ב"ד או כשלא יהיה כתוב עליו שובר אפילו הכי מהני שובר הכתוב בפ"ע דמה שכתוב קרע ב"ד או עליו שובר אין הכוונה עליו דווקא אלא כלומר על עניין השטר יהיה כתוב שובר ולכן אם כתוב מפורש

מפורש עד שיכתב השובר על השטר עצמו לא מהני שובר אחר וכל תנאי שבממון קיים ועיי' בסי' ע"א אבל אם כתוב שלא יועיל עד שיוקרע קרע ב"ד מ"מ מהני שובר דלא בא להוציא אלא קרע שאינו קרע ב"ד ולא למעט שובר [כ"ל] ומי שעשה שובר ואח"כ נמצא שהיה טעות בהחשבון אין השובר כלום אפילו אם קנו מידו דקניין בטעות חוזר [רביט ב"י] :

סימן נה [מי שפרע מקצת חובו והשליש שטרו ובו ה' סעיפים] :

א מי שפרע מקצת חובו והשליש את השטר ביד שליש וא"ל אם לא אתן לך מותר החוב עד זמן פלוני ימסור לך השליש את השטר שתגבה השטר בשלימות ומה שנתתי עתה לא יוחשב בחשבון כלל והגיע הזמן ולא נתן לא יתן השליש את השטר שזהו אסמכתא ולא קני כמו שיתבאר בסי' ר"ז דכל דבר שאדם עושה ומתחייב עצמו בדבר יתר ע"פ תנאי אם יהיה כך וכך אינו מקנה לו בלב שלם ואינו מבטיח לחבירו באמת רק כפטומי מילי בעלמא ולכן אם עשה דבר שמורה שבאמת רצונו להקנות לו כשלא יקיים התנאי קנה המלוה כיצד כגון שהתפים הזכיות שלו בב"ד חשוב שבקיאים בדיני אסמכתא וקנו מידו על זה בב"ד והב"ד הסבירו לו שבאם לא ישלם לזמן פלוני יהיו מעות אלו שנתן במתנה גמורה מעכשיו וימסרו השטר להמלוה ונתרצה לזה וודאי דגמר והקנה בלב שלם וי"א דלא בעינן התפסת הזכיות כלל אלא כיון שקיבל בקניין בב"ד חשוב אין בזה משום אסמכתא דכיון דקיבל בק"ס מקנה לו מעכשיו וליכא אסמכתא כמ"ש שם וכיון שלא בא לזמן שקבע גובה המלוה כל שטרו ואם הושלש ביד שליש מוסר לו להמלוה וה"ה אם כתב לו המלוה שובר על מקצת שנתן והשלישו שניהם את השובר שבאם לא יתן המותר לזמן פלוני יחזיר להמלוה את השובר ג"כ דינא הכי [כ"מ מרשב"ס קס"ה.] וכל זה כשלא אירע אונס להלוה אבל אם אירע לו אונס שלא היה יכול לבא לא יתנו להמלוה את השטר ואף כשהשטר ביד המלוה לא יגבה בו כשאירע לו אונס להי"א דלא בעינן התפסת הזכיות דכל אונס רחמנא פטריה [כ"ל] ודווקא אונס דלא שכיח הרבה אלא שהוא שכיח ולא שכיח כגון שחלה או עכבו נהר שבאותו זמן נתגדלה הנהר מהפשרת שלגים או ממי גשמים שלא כדרך כל השנים וכיוצא בזה דלא עלה בלבו להתנות על זה וכ"ש אונס דלא שכיח כלל רק בעיתים רחוקים אבל אונס דשכיח הרבה לא מקרי אונס דהיה לו להתנות בזה ומדלא התנה סבור וקביל [ס"ך ותוס' בכ"מ] :

ב בד"א דבב"ד חשוב אם לא בא נותנים השטר לבעל דינו וכן להי"א בקניין בלבד כשאמר אם לא פרעתי ליום פלוני יהיו המעות שנתתי מתנה [מעכשיו] וישאר השטר קיים כבתחלה ונמצא שלא קיבל המלוה על השטר כלום דאל"כ הרי השטר נמחל שיעבודו כדי המעות שנתן ואינו גובה בו ממשעבדי כלום אפילו אותו המותר שלא נתן עדיין דגזרינן שמא יגבה גם מה שנתן ואפילו מהלוה עצמו אינו גובה רק את המותר שלא נתן עדיין אבל מה שנתן נחשב לו לסילוק השטר וי"א דאת המותר שלא נתן גובה גם ממשעבדי [ס"ך] ומהלוה עצמו גובה כל החוב [ט"ז] כשמסר לו השטר ורוב הגדולים הסכימו דגם מהלוה עצמו אינו גובה רק המותר שלא פרע וכן נראה עיקר כיון שלא נתנם במתנה בע"כ נחשבים על החוב וחוב חדש לא עשה על עצמו [כ"ל] לפיכך צריכין הדיינים ליזהר כשאחד מקנה לחבירו בכה"ג בענייני אסמכתא שבאם לא יקיים כזה וכזה יאבד מעותיו שיקנם בלשון מתנה מעכשיו ועיי' בסי' ר"ז :

ג ולמה לא חששו חכמים בדין זה משום ריבית דהרי נוטל ממנו יותר בשביל המתנת המעות אם לא יבא לזמן פלוני דבאמת אין כאן ריבית דאינו נוטל בשביל מה שממתין לו דהרי אם יבא ביום פלוני אינו נוטל רק כפי חובו נמצא דעד אותו יום אינו נוטל כלל בשכר המתנת המעות ובהגיע הרגע של סוף היום שלא הביא נתחייב מיד אפילו אם יביא אחר אותה רגע וכן אם לא יביא אפילו אחר כמה זמן לא יתחייב עוד יותר ונמצא דאינו נוטל כלל בשכר המהנת מעותיו ולכן אם אמר אם לא אביא ליום פלוני תמסור לו שטרו וימתין לי משך זמן עד שאשלם לו הוה ריבית גמור שמשלם לו מותר בעד המתנת מעותיו [כ"ל ועיין בב"י] :

ד שליש שהחזיר שטר שלא כדין אם המלוה לפנינו כייפינן ליה להחזיר השטר או לכתוב עליו שובר כפי מה שקיבל מהלוה ואם אינו לפנינו או שהוא אלם ולא ציית דינא משמתינן ליה לשליש עד שמקבל עליו שכל מה שהלוה ישלם מותר ע"י החזרת השטר ישלם לו השליש ואע"ג דזהו רק גרמא וגרמא בנזקין פטור זהו כשכבר נעשה הנזק אבל כל שעדיין לא נעשה הנזק כגון שהמלוה לא גבה ממנו עדיין פשיטא דמחייבינן להגורם לסלק נזקו והב"ד שיודעים שהוחזר השטר שלא כדין אין דנים עליו ואם לא נודע לב"ד שהוחזר שלא כדין עד אחר שהמלוה גבה מהלוה כל השטר פטור השליש בדיני אדם משום דהוי גרמא וחייב בדיני שמים ככל גרמא ושליש שהחזיר ללוה שטר שאינו פרוע אין זה גרמא אלא גרמי וחייב לשלם להמלוה כל מה שהיה כתוב בשטר דזהו כשורף שטרו של חבירו שחייב מדיני דגרמי כמו שיתבאר בסי' שפ"ו [ס"ך] דדווקא בשהחזיר

כשהחזיר למלוה אינו ברי הזיקא דשמא לא יגבה בו ואין ההיזק נעשה מיד ולכן לא הוה רק גרמא לפי הכללים שיתבארו שם אבל כשהחזירו ללוה שטר שאינו פרוע הרי ברי הזיקא ומיד הזיקו ואפילו לפי מה שיתבאר שם דגרמי הוא משום קנס ולא מפני פרטי החלוקים שכתבנו מ"מ אינו דומה זל"ז דבזה ההיזק בבירור ובזה אינו בבירור ולכן כל שליש שהחזיר מה שהושלש בידו שלא כדין אם הנזק ברור ומוכן לפי ראות עיני הב"ד חייב לשלם [כ"ל]:

ה ראובן לוה משמעון מנה על משך שנה ועשה לו ראובן שטר מכר משדהו מעכשיו בלי תנאי ובלי שיור והשלישו השטר ביד לוי וראובן א"ל אם לא אפרע לשמעון עד סוף השנה תתן לו השטר מכירה וראובן אוכל הפירות כמ"ש ביו"ד סי' קע"ד ובתוך השנה מכר שמעון השדה ליהודה קודם שזכה בשטר המכירה שביד השליש והגיע הזמן וראובן לא פרע לשמעון ומסר לוי השטר לשמעון ויהודה החזיק בהשדה ואוכל פירותיה ובא ראובן להוציא את יהודה מן השדה בטענה שלקחה קודם שזכה שמעון בהשטר ולא היה לו כח למוכרה אין טענתו טענה ומכירת שמעון ליהודה הוי מכירה טובה לפי שכשנתן לוי השטר ליד שמעון זכה בהשדה למפרע משעת כתיבת השטר שהרי המכר נעשה בקניין בלי שום תנאי ושיור והוה כמי שמכר שדהו מעכשיו ואומר להמוכר לכשיהיו לך מעות אחזירה לך ביו"ד שם ואין זה אסמכתא דהמכר הוא מכר גמור ע"מ שלא יפרע לו לזמן שקצבו והוה כשארי תנאים אבל בהשליש שטרו שפיר הוה אסמכתא שהתחייב עצמו במה שאינו חייב ובסי' רי"א יתבאר עוד:

סימן נו [דיני שליש ובו כ"ד סעיפים]:

א שליש בזמן שהשלישות בידו נאמן כשני עדים אפי' הוא קרוב או פסול וא"צ לישבע על כל מה שאומר דכיון שהצדדים האמינוהו והיה בידו לעשות כרצונו נאמן ואפילו אין לו עתה מיגו שאין ביכולתו לעשות כרצונו כגון שההשלשה נראית לב"ד וכה"ג עכ"ז נאמן דכיון שבזמן שמסרו לו השלישות היה בידו לעשות כרצונו נאמן תמיד כ"ז שהשלישות בידו [ס"ך והאחרונים] ולכן אם אומר שהשטר פרוע נאמן אע"פ שהמלוה מכחישו דהרי היה ביכולתו למוסרו להלוה וכן אם אומר שאינו פרוע כלל נאמן אע"פ שהלוה מכחישו ואומר שפרע מקצתו דהרי היה יכול למוסרו להמלוה וכן בכל העניינים כהאי גוונא והשליש יש לו יתרון אפילו מהבעל דבר בעצמו דהבע"ד אם השני היה מכחישו היה חייב שבועה והוא א"צ כמ"ש דאין אדם חוטא ולא לו [טור] והשליש שאמר לפני עדים שעל אופנים אלו הושלש אצלו אינו יכול לחזור בו אם לא שמברר שטעה באמירתו:

ב ולפ"ז בדבר שלא היה להשליש מיגו מעולם ולא היה יכול לעשות כרצונו כגון שמסרו לו ההשלשה בפני עדים והתנו עמו בפניהם שכך וכך יעשה או שקבלו הצדדים מהשליש כתב שמונח ת"י כך וכך וכה"ג אין לו דין שליש לעניין נאמנות אלא בדבר שיש לו עתה מיגו שיכול לומר עשיתי כך וכך אבל בדבר שאין לו עתה מיגו אינו נאמן מטעם שהאמינו לו בשעת ההשלשה דהא באמת לא האמינו לו והוה כשאר כל אדם דכשיש לו מיגו נאמן ואם לאו אינו נאמן ואם יש לו מיגו פטור משבועה מטעם שכתבנו בסעי' הקודם:

ג אפילו כתבו עניין השלישות בכתב והניחו הכתב ביד השליש ונאבד הכתב או אף שהוא בידו רק שאומר שאחר זמן הוסיפו פרטים מה שאינו מבואר בהכתב נאמן ולא אמרינן שלא סמכו עליו רק על הכתב דכיון דהכתב בידו בע"כ דעליו סמכו והאמינוהו דהא היה יכול להטמין הכתב אא"כ קבלו העתקה מהכתב והשליש חתם על ההעתק דאז אינו נאמן להוסיף שום דבר וכמ"ש בסעי' הקודם:

ד ואע"פ שעבר הזמן של השלישות שהיה לו להחזירו לאחד מהם ולא החזיר עדיין הוא שליש דלא הורע כח שלישותו בזה שעבר הזמן אבל אם המלוה השליש שטרו ביד שליש שיעשה לו דין או פשרה עד זמן פלוני ועבר הזמן ולא עשה יחזיר השטר להמלוה דכיון דקבע לו זמן לפסקו ולא אמר הפסק בתוך הזמן כבר נתבטל דעת השליש דלא סמכו על דעתו שיאמר רק עד הזמן שקבע לו אבל בסתם שלישית שקבעו זמן להחזירו לאחד מהם וכיון שהגיע הזמן ממילא דשייך לאחד מהם אבל הדבר לא נשתנה במה שעבר הזמן לפיכך יש לו דין שליש כ"ז שהשלישית בידו [עיין בס"ך ס"ק ד']:

ה אין השליש נאמן בתפיסתו יותר מהבע"ד עצמו רק לעניין שבועה כמ"ש בסעי' א' ולפ"ז אם היתה ההשלשה דבר שאפילו היה ביד הבע"ד לא היה גובה בו מבעל דינו אין להשליש יתרון בזה כגון שטר שיוצא מת"י שליש והלוה טוען שהוא מזוייף או פרוע ואין ביכולת לקיים חתימות העדים אע"פ שהשליש מעיד שהמלוה והלוה מסרוהו לו ואמרו לו שכך וכך נשאר עדיין משטר זה אינו נאמן ואע"ג דהשליש נאמן כשני עדים מ"מ אין נאמנותו אלא למסור אותו דבר שת"י ליד מי שירצה ואין הצד השני יכול לתבוע אפילו אם יש לו עד אחד משום שהוא נאמן כשני עדים אבל שטר שאינו מקויים אף כשימסור השליש להמלוה לא יועיל לו כלום וצריך המלוה לתבוע מהלוה בע"פ ואינו יכול לתובעו בשטר זה ובהכרח יצטרך לעדותו של השליש ויצטרך להעיד אחר שיצא השלישית מת"י ואז אינו נאמן כשני עדים

דעיקר נאמנותו אינו אלא על מה שבידו למסור למי שירצה [ס"ך]:

ו אע"פ שהשליש נאמן כשני עדים מ"מ אם שני עדים מכחישים אותו אינו נאמן דהוא נאמן נגד הבעלי דברים כשני עדים אבל לא נגד העדים דעיקר נאמנותו משום המיגו כמ"ש ומיגו במקום עדים לא אמרינן כמ"ש בסי' פ"ב ולכן אם העדים אומרים שעל אלו הפרטים הוא שליש ביניהם והוא מכחישם אינו נאמן וכן להיפך בד"א דכשאומר השליש ביום פלוני נמסר לי השלישות על פרטים אלו והעדים מכחישים אותו אבל אם השליש אומר סתם כך וכך היה התנאי ביניהם אף שהעדים אומרים שבעת שמסרו לו השלישית לא היה תנאים אלו או להיפך נאמן השליש דשמא אח"כ באו לפניו הבעלי דברים והוסיפו או גרעו מהתנאים שהיה בעת ההשלשה ואף שאין השליש טוען כן אנן טענינן ליה כדי שלא יהא מוכחש מהעדים דכיון דעשאוהו לשליש והאמינו לו מיישבין דבריו בכל היכולת שלא להוציאו מנאמנותו שעשאוהו הבע"ד בעצמם [כ"ל]:

ז אבל עד אחד אינו נאמן כלל נגד השליש אפילו להייב שבועת היסת להבע"ד המכחישו כיון שהשליש מסייעו רק אם השליש הוא קרוב והלוה טוען השבע לי אף שהשליש מעיד כדברי המלוה צריך המלוה לישבע דכבר בארנו דהשליש לא יפה כחו מהבע"ד עצמו לבד לעניין למסור למי שירצה ואלו היה השטר ביד המלוה והלוה היה טוען השבע לי היה צריך לישבע לכן גם עתה צריך לישבע אבל כשהשליש כשר להעיד הוי עד המסייע שפוטר משבועה כמ"ש בסי' ע"ה ואף שהשלישית יוצא מת"י דלא גרע מסתם עד:

ח וכן שטר שביד שליש ונמצא עליו מחק או גרר במקום שיש לחוש שנכתב במקום הזה פרעון או איזה תנאי באופן שאם היה השטר ביד המלוה היה פסול גם השליש אינו נאמן דלא עדיף השליש מהבע"ד עצמו כמ"ש ואפילו לפמ"ש בסעי' א' דכשהיה לו להשליש מיגו נאמן גם אח"כ כשאין לו המיגו מ"מ מי יימר שהיה ביכולת השליש לעשות ממנו שטר כשר בשום פעם שמא היה כתוב בו התנאי או הפרעון מכבר רק אם יש עדים שהשטר הוא עדיין בתוך זמנו או שמתוך השטר עצמו מוכח שהוא עדיין בתוך זמנו גובה בשטר זה כשהשטר עדיין ביד השליש [נס"מ] דבזה עדיף השליש מהבע"ד עצמו משום חזקה דאין אדם פורע תוך זמנו אע"ג דבמלוה עצמו לא אמרינן חזקה זו כשיש ריעותא בהשטר מ"מ לגבי השליש לא נחשבה ריעותא זו כשהוא בתוך הזמן וכן כשנאבד השטר מיד השליש והוא בתוך הזמן גוגה בו אע"ג דבבע"ד עצמו נחשבת ריעותא מה שנאבד השטר ואינו גובה אף כשהוא בתוך זמנו אבל שטר שנאבד מיד שליש והוא אחר הזמן אינו גובה בו וכן אם היה שני ריעותות כגון שנאבד וגם היה עליו גרר או מחק אין גובין בו אפילו בתוך הזמן ובשליש [כ"ל]:

ט אם מת השליש עושים כפי מה שנמצא בב"י פרטי השלישות ואם נמצא בכת"י של השליש ששטר זה פרוע אע"פ שאין עדים על הכתב מחזקינן להשטר שפרוע הוא אבל אם הכת"י הוא של אחר ואין עדים חתומים עליו אם אין בו סימן שנכתב מדעת השליש אינו כלום דשמא לא מדעת השליש הונח זה בין השטרות אא"כ כתוב השובר על השטר עצמו ואם השליש חי ואומר שהשטר אינו פרוע אפילו אם הוחזק השובר בב"ד נאמן דהא בידו להטמין השובר ולמסור השטר להמלוה [עיין בנס"מ] וכל זה בשובר הנמצא אצל שליש אבל שובר שביד המלוה אפילו נכתב בכת"י של המלוה אינו כלום דשמא הכינו שכשישלם לו יתן לו השובר אא"כ נכתב השובר על השטר כמ"ש בסי' ס"ה:

י כל מה שנתבאר שהשליש נאמן זהו כששני הבע"ד מודים שעשאוהו לשליש אבל אם הכחישוהו או אחד מהם מכחיש אותו שלא עשאו לשליש כלל יש מרבותינו שאומרים דעכ"ז השליש נאמן שהוא שליש ובכל אשר יאמר כמו שנתבאר ולא מיבעיא כשהבע"ד אומרים לפקדון נמסר לו שהוא נאמן דכיון שאומרים שהפקידו אצלו ממילא שהאמינוהו דנפקד הוא כמעט כשליש אלא אפילו אם אומרים שגנב השטר או החפץ או גזל או שנאבד ומצאו ג"כ נאמן שהוא שליש דלנפילה ולגניבה וגזילה לא חיישינן ויש מרבותינו שחולקים בזה דא"כ לא שבקת חיי דכשיהיה חפצו של ראובן ביד שמעון יעשה שמעון קנוניא עם לוי לאמר שראובן ולוי עשאוהו לשליש שלזמן פלוני ימסור החפץ ללוי ויהיה פטור משבועה כדין שליש וגם יפטור את לוי משבועה גם אחר שיוציא החפץ מת"י כדין עד המסייע ויחלוקו ביניהם ולכן ס"ל דכשאחד או שניהם מכחישים אותו שלא עשאוהו לשליש אין לו דין שליש כלל והכריעו האחרונים דבזה דין השליש כמו בטענת לקוח שיתבאר בסי' קל"ג דאם היה נאמן לומר על חפץ זה לקוח הוא בידי שאינו מדברים העשוים להשאיל ולהשכיר נאמן ג"כ לומר שהוא שליש וכל שאינו נאמן לומר לקוח הוא בידי שהוא מדברים העשוים להשאיל ולהשכיר או שהוא מבעלי חיים או שטרות אינו נאמן ג"כ לומר שליש אני ואפילו במה שנאמן לומר שהוא שליש צריך שבועה שהוא שליש כיון שמכחישו אחד מהם וכ"ש אם שניהם מכחישים אותו וכיון שהוא צריך שבועה ממילא אינו פוטר גם את השני המסייעו משבועה דעד הצריך שבועה אינו עד ולכן גם הבע"ד השני שהשליש מסייע לו והבע"ד האחד מכחישו צריך ג"כ שבועה:

יא אימתי יש לו דין שליש כשאין ביניהם ובינו הכחשה בסכום המעות אבל כשיש הכחשה ביניהם הרי הוא נוגע בדבר שהרי תובעים ממנו יותר ואינו נאמן כלל אפילו מודים שעשאוהו לשליש רק זהו דווקא בהפרט

שהוא

שהוא נוגע אבל במה שאינו נוגע נאמן אם מודים שעשאוהו לשליש כגון שראובן ושמעון אומרים ק"ן זהובים השלשנו בידך ולזמן פלוני הוצרך ליתנם לאחד מהם ויש ביניהם הכחשה שראובן אומר שלו היה צריך ליתנם ושמעון אומר לו והשליש אומר מאה השלשתם והם שייכים לשמעון אע"פ שעל החמשים חייב השליש לישבע ולפטור כדין אחר שאינו שליש מ"מ בהמאה נאמן בלי שבועה שהם שייכים לשמעון וגם שמעון א"צ לישבע כמו שנתבאר וכן כשאחד מהם מכחיש להשליש בסך המעות נשבע השליש נגדו ובמה שמודה יש לו דין שליש ואם הכחשתם נוגעת לכל השלישית אינו נאמן כלל כגון שראובן ושמעון השלישו ביד לוי חמשים זהובים ושטר על מאה באופן זה שכאשר יביא שמעון עוד חמשים לזמן פלוני יהיה כל המעות לפרעון ויקרע השטר ואם לאו החמשים שהשליש הם מתנה לראובן והשטר בתקפו כמ"ש בסי' נ"ה ועתה טוען שמעון שמסר לו החמשים לזמן פלוני והשטר בטל והשליש וראובן אומרים שהביא רק שלשים ושייך השטר והחמשים לראובן אינו נאמן כלל דהא נוגע ההכחשה לכל השלישית וכן כל כיוצא בזה [כס"מ]:

יב וזה שנתבאר דכשנוגע בדבר אינו נאמן זהו דווקא כשאין לו עתה מיגו אבל כשיש לו עתה מיגו למסור למי שירצה נאמן גם כשנוגע בדבר וצריך לישבע שכן הוא כמו שאומר ואינו עד המסייע כיון שצריך שבועה ולכן גם הבע"ד צריך שבועה נגד הבע"ד המכחישו ולפ"ז אם עדים ראו את הדבר המושלש בידו אין לו מיגו אבל בשטר יש לו מיגו אא"כ נתחזק השטר בב"ד וידוע שהיה ביד המלוה אבל בלא אתחזק בב"ד אף כשראו עדים השטר ביד השליש יש לו מיגו שיכול להחזירו למי שירצה דהא העדים אינם יודעים למי שייך השטר כיון שאין להם עסק בשטר זה מאין להם לידע אבל בשארי מטלטלין מכירים הם את המטלטלין שהם של פלוני [סס]:

יג כתב רבינו הרמ"א דיכולים להשביע להשליש כשיש הכחשה ביניהם אפילו בטענת שמא עכ"ל ואין כוונתו בטענת שמא ממש כמו בשבועת השותפים ובן הבית דאין סברא כלל דבשם הטילו חז"ל עליהם שבועה אפילו בטענת שמא משום דמורו התירא כמו שיתבאר בסי' צ"ג אבל השליש למה ישבע בטענת שמא אלא כוונתו כגון שהושלש בידו מאה זהובים לפרוע לבע"ח והבע"ח אומר שלא קיבל ממנו רק חמשים צריך השליש לישבע נגד הלוה המשליש אף שהלוה בעצמו אינו יודע אם אומר שקר אם לאו ונשבע השליש שנתן להבע"ח כל המאה ונפטר והבע"ח נשבע שלא קיבל רק חמשים ומשלם לו הלוה חמשים כמו בחנווני על פנקסו שיתבאר בסי' צ"א [ס"ך והתרומים] ודווקא שהלוה לבדו השליש בידו ויכול הבע"ח לומר אני לא עשיתיו לשליש ולא האמנתיו אבל אם שניהם עשאוהו לשליש אין על הלוה לשלם להבע"ח כיון שהבע"ח יודע שהלוה השליש בשלימות ושניהם עשאוהו לשליש ואין דינו רק עם השליש ונשבע ונפטר [נ"ל]:

יד אין הפרש בשלישות בין אם שני בעלי דברים עשאוהו לשליש בין כשאחד מהם השליש בידו דנגד מי שהשליש בידו יש לו דין שליש כיון שהאמינו עליו ונאמן בכל מה שיאמר לחובתו של המשליש ולטובת השכנגדו ויש מי שאומר דזהו דווקא כשהכנגדו טוען ג"כ ברי בעיקר הדבר כמו השליש אבל אם זה שכנגדו אינו יודע בעצמו מהעניין רק ע"פ השליש וזה שמסר לו השלישות מכחישו אין שם שליש עליו [ס"ך] וי"א שדין זה אינו אלא בשטר שמסר לו המלוה לבדו והלוה אינו יודע רק ע"פ השליש והמלוה מכחישו דאז אין שם שליש עליו אבל בכל המטלטלין נאמן השליש נגד מי שהשליש בידו אפילו אם זה שכנגדו אינו יודע רק ע"פ השליש [התרומים] ושטר שאני מפני שאין גופו ממון ולכן כשהמשליש מכחישו והשכנגדו אינו יודע ג"כ בטלה שלישותו אבל במטלטלין שגופן ממון פשיטא דשליש גמור הוא ואף גם בשטר יש מפקפקין אבל עכ"פ בכל מטלטלין העיקר לדינא כי"א [נ"ל]:

טו השליש אחר שהוציא השלישות מת"י אינו נאמן רק כעד אחד אם אינו קרוב או פסול ולכן יש שכתבו שנכון הוא שבעת שמוציא השלישות מת"י לא ימסור השלישות רק בפני ב"ד או עדים ויבאר להם פרטי ההשלשה משום דשמא תפול אח"כ ביניהם הכחשות ולא יהיה נאמן כשליש אבל עתה כיון שהוא נאמן כשני עדים יכתבו ב"ד או עדים את העניין כמו שאומר ונראה שזה אינו אלא כשיש להמשלישים התחברות בעסק זה גם אח"כ אבל אם אח"כ נפרדים זה מזה בעסק השלישות אין לחוש לזה ומעולם לא שמענו שהשליש כשמוסר המושלש ת"י ימסרנו לפני ב"ד או עדים:

טז זה שנאמן כעד אחד גם אחר שהוציא השלישות מת"י זהו דווקא כשנסתלקו מעליו בלא שום תרעומות שמודים שהוציא השלישות מת"י כדין ואז אם נפל ביניהם הכחשה נאמן כעד אחד אבל כשאחד מהם יש לו עליו תרעומות שאומר שהוציא השלישות מת"י שלא כהוגן הוה כנוגע בדבר ואינו נאמן כלל וכ"ש כששניהם מתרעמים עליו וי"א דאין נאמנים לומר על השליש שהוציא מת"י שלא כהוגן ואין יכולים להשביעו על זה דאין אדם חוטא ולא לו וחזקה שליח עושה שליחותו ולכן נאמן תמיד השליש כעד אחד כשאינו קרוב או פסול אף כשיש להם תרעומות עליו [תו"ת] אם לא שמכחישים אותו בסכום הממון ותובעים ממנו כבסעי' י"א וכן אם יש אפילו עד אחד שהוציא השלישות מת"י שלא כדין דאז צריך לישבע נגד העד להכחישו אם יש בזה חיוב שבועה וממילא דאינו עד בדבר דעד

הצריך

הצריך שבועה אינו עד כמ״ש וכן יש להורות דאל״כ לא שבקת חיי לכל שלישים שאחד מהבע״ד יאמר שהוציא שלא כדין ולכן כל זמן שאין עד בדבר שהוציא שלא כדין ואין ביניהם הכחשה בסכום המעות נאמן השליש תמיד כעד אחד ואם אחד מהצדדים רוצה שיחזירו השלישות להשליש כדי שיהיה השליש נאמן כשני עדים טענתו טענה נגד הבע״ד המערער עליו ועל השליש באמרו שהשליש הוציא שלא כדין מת״י [האחרונים] ואם השליש קרוב או פסול אינו נאמן כלל אחר שהוציא השלישות מת״י ואינו מועיל החזרה להשליש אצלו אם לא ברצון שניהם :

יז אם שנים השלישו אצל שליש ואח״כ רוצים לקבל השלישות מידו ולמסור לאחר אין השליש יכול לעכב אם לא שכבר נעשה מעשה ע״פ פרטי השלישות שנמסר לידו באופן שא״א בחזרה ואם אחד רוצה למסור השלישות לאחר ואחד אינו רוצה אין שומעין להרוצה אם לא שמראה לפני ב״ד טעמים נכונים שאם תהיה ההשלשה ת״י זה יגיע הפסד וכיוצא בזה ואם אחד מהבע״ד השליש אצל השליש ורוצה אח״כ לקבל מידו ולמסור לאחר הרשות בידו ואין שואלים כלל להבע״ד השני כיון שהמשליש היה רק האחד וכל זמן שלא נעשה מעשה יכול המשליש לחזור בו אמנם אם זה שלא השליש מראה לפני ב״ד טעמים נכונים שטובת העניין דורשת שתהיה ההשלשה דווקא ביד שליש זה עושים כן ואין שומעין להמשליש ואנו חושדים אותו שכוונתו לעשות איזה הערמה ואם השליש אינו רוצה להיות עוד שליש יכול להכריח להצדדים שיקבלו ממנו השלישות ולהניחו ת״י אחר ואם אין שומעים לו ימסור השלישות ליד ב״ד דבמה נשתעבד להם שלא יהיה ביכולתו למנוע מזה אם לא שנוטל שכירות בעד ההשלשה דאז אינו יכול לחזור בו עד גמר העניין ואף דפועל יכול לחזור בו אין השליש דומה לפועל והוי כשכירות מקום [כ״ל] :

יח השליש מחויב לעשות תמיד כפי מה שהושלש בידו אע״פ שיש לאחד מהבע״ד אח״כ איזה טענה בדבר כיצד ראובן שהשוה עצמו עם שמעון בהחוב שחייב לו שישלם לו על זמנים והפקידו השטר ביד לוי והתנו שבאם לא יפרע לו זמן אחד מהזמנים המבואר בההשלשה שיחזיר לוי את השטר לראובן ויגבה כל השטר ובפעם אחת ושמעון לא פרע זמן אחד מחוייב השליש להחזיר השטר לראובן אע״פ שיודע השליש שיהיה לשמעון טענה על זה והטעם דאין השליש דיין לכן מחוייב לקיים כפי שהשלישו אצלו אמנם קודם שימסור לראובן יאמר לפני ב״ד או עדים איך היה פרטי ההשלשה והם יכתבו העניין כמו שאומר ויחתמו עליו ויתנו זה הכתב להשליש והשליש ימסרנו לשמעון ויטעון אח״כ בב״ד כל מה שירצה וכן כל ספק שיש לו להשליש צריך לומר ספק זה בפני ב״ד או עדים והם יכתבו ויחתמו ויתנו בידו ולכן כל שהחזיר השליש אין לחוש שעשה שלא כדין אא״כ אתייליד ריעותא מיהו יראה לי דכשהשליש מבין שאם יחזיר ההשלשה להאחד לא יצייית אח״כ דין ב״ד ויוציא מהשני באלמות או יפסיד להשני שלא כדין יכול לעכב ההשלשה ת״י גם אם מחוייב ע״פ פרטי ההשלשה למוסרו להאחד עד שיעמדו תחלה בדין על הטענות שביניהם ואח״כ יעשה כפי הפס״ד :

יט מי שהושלש ת״י חפצים או מעות או שטרות ונמשך זמן רב עד ששכח השליש מי ומי השלישו אצלו ובאו אנשים ואמרו לו אנחנו השלשנו לא יאמין להם השליש עד שיביאו עדים או ראיה ברורה וכן אם מת השליש והיורשים לא מצאו כתב ממורישם מי הם המשלישים יעשו ג״כ כמ״ש ואם השליש זוכר שראובן או שמעון או שניהם ביחד היו המשלישים וראובן אומר שהוא היה המשליש ושמעון אומר שהוא היה המשליש יכנים השלישות לב״ד וידונו בזה כדין שנים שהפקידו אצל אחד שיתבאר בסי׳ ש׳ אבל הוא לא ידון בזה דהב״ד יבררו יותר הדבר לאמתו וכן כל ספק שיש להשליש ואינו יודע איך לעשות יבא לב״ד וידונו כדין התורה :

כ שליש שהושלש שטר בידו שיפרענו ביום פלוני ועבר הזמן וטוען הלוה שפרע בזמנו להמלוה אינו נאמן והרי הוא בחזקת שאינו פרוע ומחזיר השטר למלוה ואין הב״ד טוענין למלוה שישבע ואם הלוה טוען השבע לי שלא פרעתיך צריך לישבע לו ואם יש בו נאמנות א״צ לישבע כמו שהיה השטר ביד המלוה כמ״ש בסי׳ פ״ב ואם התנו שיפרענו בפני השליש א״צ המלוה לישבע אפילו כשטוען השבע לי ואפילו אין בו נאמנות דהשליש הוה עד המסייע ופוטרו משבועה ולכן אם השליש הוא קרוב או פסול אינו פוטרו ונראה דדווקא בשטר בעדים אינו נאמן שפרעו אבל שטר בח״י הלוה נאמן לומר פרעתי דלא עדיף השליש מהמלוה עצמו שנאמן הלוה לומר פרעתי כמ״ש בסי׳ ס״ט ואף דאפשר לומר כיון שהשלישו ביד שליש אלמלי פרעו היה מודיע להשליש כדי לקבל שטרו ויש קצת ראיה לזה מלשון הטור מ״מ משמע דאין שייך טעם זה רק בשטר בעדים דאין סברא שיהא המונח ביד שליש עדיף מאלו היה ביד המלוה עצמו כמו שנתבאר דלא יפה כח השליש מהמלוה עצמו וכן כשמת הלוה אפילו לאחר זמנו של פרעון אין חוששין שמא פרע דאלו פרע היה מקבל השטר מהשליש כיון שהוא שטר בעדים רק המלוה צריך לישבע כדין הבא ליפרע מנכסי יתומים שלא נפרע אלא בשבועה ואם אח״כ מת המלוה קודם שנשבע אינו מוריש שבועה לבניו והדין בזה כמו שיתבאר בסי׳ ק״ח ואם יש נאמנות בשטר שמועיל גם לגבי יורשים ע״פ הפרטים שיתבארו בסי׳ ע״א מהני גם כשהוא ביד שליש :

כא מי שמת ונמצא אצלו שטר שאין בו קניין ואינו ידוע

ידוע מי הפקידו אצלו בין שהוא שט"ח בין שהוא שטר מכר או מתנה לא יחזירו לא לזה ולא לזה עד שיתברר מה טיבו של שטר זה ואם יש בו קניין יתנוהו להמלוה או להלוקח או להמקבל מתנה ואם ידוע שהלוה או המוכר או הנותן הפקידו בידו רק לא פירש מה יעשו בו אזי אם אין בו קניין יחזירו ליד מי שנתן השטר או ליורשיו ואם יש בו קניין אזי בשט"ח לא יחזיר לא לזה ולא לזה דחיישינן לפרעון ובשטר מכר או מתנה נותנים להלוקח או להמקבל המתנה דהא משעת הקניין נעשה שלהם בד"א כשידוע שהקנה לפני העדים בסתם שהעדים לפנינו ומעידים כן או שנתברר שכן היה אבל אם אין זה ידוע יש לחוש שמא התנה על העדים שקנו מידו שיתנו השטר לידו ולכן מסר השטר לזה ולפיכך אין מחזירין השטר לא לזה ולא לזה עד שיתברר הדבר ומי שנמצא אצלו שטרות מופקדים כרוכים יחד ועל שטר אחד מהם נתברר שבא מיד נותן השטר הוי כאלו נודע על כולם שבאו מיד הנותן [ס"ך סוף סי' ס"ק י"ז] ובסי' ס"ה ובס"ם ר"ן יתבאר עוד מזה בס"ד :

כב שליש הנעשה ע"י שליח כגון שבא הלוה עם עוד אחד שבידו חפצים או שטר ואמר להשליש פלוני המלוה עשאני שליח למסור זה בידך על תנאי כך וכך וקבל השליש ואח"כ בא המלוה והכחיש השליחות ואמר שלא עשאו לשליח לדבר זה מעולם והשליח מעצמו עשה כן עכ"ז יעשה השליש כפי מה שאמר לו השליח דהרי השליש נאמן שכך אמר לו השליח והשליח נאמן היה במיגו שהיה אומר שליש אני ודווקא שהלוה אומר ג"כ שיודע שאמת אמר השליח שהמלוה צוה לו אבל אם הלוה אינו יודע מזה אלא ע"פ השליח עושה השליש כדברי המלוה דמיגו של השליח אינו מועיל רק אם אחד מהבע"ד טוען בבירור נגד המשלח אבל כשהבע"ד בעצמו אינו טוען ברי אינו מועיל מיגו של השליח שאינו נוגע לעצמו כלל [סס] וכן אם המלוה לא הכחיש עניין השליחות אלא שהשליש לא רצה לקבל השלישות ונשאר ביד השליח אין לשליח דין שליש אלא דין שליח ומחזיר הדבר למי שנתן לו אפילו יש לו מיגו להשליח דמיגו שלו אינו מועיל כלום כשלא מסר להשליש דכיון שהוא מודה שהוא רק שליח ממנו למסור ביד שליש והשליש אינו רוצה לקבל עליו להחזיר למשלח כי הוא אינו דיין ולא שליש וידו כיד המשלח ואיך יועיל מיגו שלו לגרע כח המשלח במקום שאינו יכול לקיים כפי ציווי משלחו ודלא כיש מי שאומר דגם בכה"ג מהני מיגו [כס"מ] וכן הדין בנפקד לגבי המפקיד [סס] :

כג שכר ההשלשה להשליש כשיש מנהג באותו מקום לשלם בעת שמוציא ההשלשה מת"י שניהם משלמים כשמוסר כרצון שניהם אבל אם אחד מבקש הדבר המושלש והשני מעכב רק השליש עושה כפי החיוב עליו ומוסר להמבקש מפני שהמעכב מעכב שלא כדין משלם מי שמקבל הדבר המושלש ולהשני א"א לחייבו אחרי שהשליש מוסר נגד רצונו ואם השליש התנה עמהם בעת שהשלישו ששניהם ישלמו בעת שיגיע הזמן למסור ההשלשה אין משגיחין בעיכובו שלא כדין וכופין אותו לשלם כפי שהתנה בשעת ההשלשה [כ"ל] :

כד אשה הנושאת ונותנת בתוך הבית ואפטרופס הממונה על נכסי בעה"ב ומת הבעה"ב ויודעים שהיה לו נכסים של אחרים והממון או החפצים נשאר בידם ויודעים של מי הם חייבים להחזיר לכל אחד מהם מה ששייך לו הן ממון או מטלטלין או שטרות ואם מתה יתבאר בסי' ס"ב ואף אם לא החזירו בעצמם ובאו לב"ד והודיעו שדברים אלו הם של פלוני ופלוני עושים ב"ד כדבריהם דהא נאמנים במיגו שהיו יכולים למסור בעצמם ודינם כדין שליש שנאמן בכל מה שאומר רק השליש נאמן אף בלא מיגו והם אין נאמנים בלא מיגו ולכן דווקא אם בשעה שנגלה הממון או המטלטלין אמרו כן דאז נאמנים אבל אם אז לא אמרו דבר רק אח"כ אין נאמנים דבשעת אמירתן שהם של פלוני אין להם מיגו כיון שכבר נגלו המעות או החפצים לא היה ביכולתם למסור למי שירצו דהיורשים היו תובעים אותם מהם ואף שמקודם קודם שנגלו היה להם מיגו לא אמרינן מיגו למפרע [תו"ת] ואפילו כשיש להם מיגו לא יחזירו רק פקדונות של אחרים אבל חובות שלוה הבעה"ב אין משלמים בעצמם בלי ב"ד במטלטלים של הבעלים דהא צריך שומא [כס"מ] ומעשה בראובן שהיה לו שטר על שמעון ונמצא השטר ביד לוי ולוי אומר שהשלישו אצלו השטר על תנאי כך וכך וראובן מכחישו שמעולם לא עשאוהו לשליש אלא הוא בעצמו מסר לו שטרו שעשאוהו מורשה לגבות חובו משמעון והביא ראיה ממה שבידו יש הטפסת השטר שנתנו לו ב"ד ואם לוי היה שליש מאין לו הטפסת השטר ויש מי שפסק שהדין עם ראובן ולוי מופר לו שטרו אפילו כשהיה לו מיגו שהיה יכול למסרו לשמעון דראייתו מההטפסה הוא ראיה גמורה ולא מהני שום מיגו נגדה ויש שחלקו עליו דאם יש לו מיגו נאמן שהוא שליש בדבר ומההטפסה אין ראיה דשמא מקודם עשאוהו לשליש וב"ד נתנו ההטפסה לראובן כשנתבטלה השלישות ואח"כ יכול להיות שחזרו והשלישו בידו על תנאים אלו ואפילו אם הדיינים אומרים שבשעה שהיה השטר אצלם לא היה שום תנאי יכול להיות שאח"כ נתחדשו בין המלוה והלוה תנאים אלו והשלישוהו ביד לוי על תנאים אלו [ס"ך] וכל זה כשהלוה טוען ג"כ כמו השליש אבל אם הוא אינו טוען כן פשיטא דמחזירין השטר להמלוה :

סימן נז [שאסור לשהות שטר פרוע ובו ב׳ סעיפים] :

א אסור להשהות שטר פרוע בתוך ביתו שנאמר אל תשכן באהליך עולה וכן אם מחל להלוה חובו אסור לו להשהות שטרו ואם אין רצונו להחזירו כופין אותו עד שיחזירנו או יקרענו בפני עדים אם הלוה אינו מקפיד על תשמיש הנייר שיוחזר אליו ואין להמלוה לעכב השטר בשביל שכר הסופר שלא שילם הלוה עדיין ואם רוצה לכתוב על השטר שפרוע הוא מותר [ס״ך] ובמקום שאין הלוה נותן שכר הסופר צריך לקרוע השטר וא״צ להחזירו להלוה כיון שהנייר שלו ואפילו מרצון הלוה אסור לו להשהות שטר פרוע דשמא תתגבר יצרם ויעשו בו איזה קנוניא כמו לגבות מלקוחות וכיוצא בזה [נס״מ] אבל מותר להשהות שטר של מנה כשפרע לו חמשים כשכותב קבלה על השטר או יכתוב לו שובר בפ״ע וימסרנו להלוה ואם כבר הגיע זמן הפרעון מכל השטר יכול להשהותו אפילו בלא כתיבת שובר כדי שיוכרח הלוה לפורעו [סס] ובאיסור להשהות שטר פרוע אין חילוק בין שטר בעדים לשטר בחת״י הלוה [כ״ל] :

ב שטר שלוה בו ופרעו אינו חוזר ולוה בו כמ״ש בסי׳ מ״ח ואם אמר הלוה פרעתיך והשיב המלוה אמת שפרעתני אבל החזרתים לך הרי מודה שנמחל שיעבודו ואינו חוזר ולוה בו ואם לוה בו אינו גובה מלקוחות ומהלוה עצמו גובה בו כשמודה שלוה עליו עוד פעם ואם הלוה כופר אינו יכול להוציא ממנו בשטר זה אע״פ שיש לו מיגו דאי בעי הוה אמר לא נפרעתי דכיון שעכ״פ הודה ששטר זה פרוע הוא הוי כחרס ואין דינו אלא כתביעה בע״פ שהלוה נשבע היסת ונפטר ומ״מ אם תפס המלוה אפילו בעדים שאין לו מיגו דאי בעי אמר לא תפסתי לא מפקינן מיניה [ס״ך] דהטעם שאין המלוה נאמן במיגו שלו משום דהוי מיגו להוציא [תוס׳ ב״ב ל״ב:] מהלוה ומיגו להוציא לא אמרינן כמ״ש בסי׳ פ״ב לפיכך אם המלוה תפסו וא״צ עתה להוציא ממנו נאמן ע״פ מיגו שלו אמנם להפוסקים דס״ל דמיגו להוציא אמרינן ומה שאין המלוה נאמן במיגו שלו משום דכיון דלדבריו עכ״פ השטר הוא כחרס א״א לעשותו מלוה בשטר נראה דתפיסה בעדים לא מהני אא״כ תפס שלא בעדים שיש לו מיגו דלא תפסתי מיהו י״א דאף להפוסקים דאמרינן מיגו להוציא מהני כאן תפיסה בעדים [ס״ך] וצ״ע לדינא ודע דכל זה אינו אלא כשמודה המלוה שנפרע מזה החוב והחזיר לו כהלואה אחרת אבל אם אומר שהחזיר לו המעות מפני שלא היו טובים בהוצאה רק ע״י הדחק או אפילו מקצתם לא היו טובים ולכן החזיר לו כל המעות נשאר השטר בתקפו וגובה בו אפילו מלקוחות :

סימן נח [מי שהוציא שט״ח על חבירו ומודה שקיבל ממנו מעות אך שהם על חוב אחר ובו י״ג סעיפים] :

א מי שנושה בחבירו שני חובות ופרע לו הלוה סתם הרשות ביד המלוה לומר על חוב פלוני לקחתים ולא עוד אלא אפילו א״ל הלוה בשעת פרעון הילך מעות אלו בשביל חוב פלוני והוא קיבל ושתק יכול אח״כ לומר שבשביל החוב האחר קיבלם ואפילו אין לו תקיפות על החוב האחר כמו על החוב הזה כגון שהחוב האחר הוא תביעה בע״פ וכיוצא בזה והלוה נתן לו מפורש על החוב שיש לו תקיפות מ״מ יכול לחושבו על החוב האחר דעבד לוה לאיש מלוה ואדרבא יפה עשה בזה שקיבלם בעד החוב שאינו בטוח בו כל כך והחוב הבטוח יגבה אח״כ אבל אם המלוה א״ל בפירוש בשעת הקבלה שמקבלם על חוב פלוני אינו יכול לחזור בו בד״א שהמלוה יכול לחשוב על איזה חוב שירצה כששני החובות הגיע זמנם ליפרע אבל אם אחד הגיע זמנו ואחד לא הגיע זמנו אפילו פרע לו סתם אינו יכול לחשוב רק על החוב שהגיע זמנו ואם נתן הלוה להמלוה מעות ליתנם לאחר יכול המלוה לעכבם לעצמו כשהגיע גם זמן פרעונו ויתבאר בסי׳ פ״ג וראובן שהיה חייב לשמעון מנה והגיע זמן הפרעון וא״ל שמעון אמכור לך קרקע או מטלטלין ונתרצה ראובן ונתן לו מעות על זה אם יכול שמעון לעכבן בעד חובו יתבאר בסי׳ ק״צ ובסי׳ ר״ד בס״ד :

ב המוציא שטר מקויים על חבירו או שיכול לקיימו וא״ל הלוה פרעתיך וא״ל המלוה אמת שפרעתני אבל יש לי עליך מלוה אחרת בע״פ וקבלתי הפרעון על אותו החוב אם הלוה מודה בזה החוב נתבאר דהדין עם המלוה אבל אם אין הלוה מודה לו על החוב אם פרע לו בפני עדים אין המלוה נאמן לומר שחוב אחר מגיע לו ואם לא פרע לו בפני עדים נאמן והשטר בחזקתו מיגו דאי בעי אמר לא פרעת לי ואם יש בשטר נאמנות גובה בלא שבועה ואח״כ יכול הלוה לתובעו שלקח ממנו שלא כדין והוה ככל התביעות ונשבע המלוה שהוא הנתבע היסת ונפטר ואם אין בשטר נאמנות והלוה טוען השבע לי ישבע המלוה שכן הוא כדבריו שמגיע לו חוב אחר מהלוה וכן כשטוען המלוה חוב אחר בשטר היה לי עליך והחזרתי לך השטר ג״כ הדין כן וכן כשאומר שקבלם על שכירות המגיע לו מהלוה וכיוצא בזה אבל כשהשטר אינו מקויים ואין ביכולת

ביכולת לקיימו הלוה נאמן מיגו דאי בעי אמר מזוייף או פרוע הוא ולכן כשאומר אינו מגיע לך חוב אחר ג"כ נאמן ונשבע היסת ונפטר [נ"ל]:

ג זה שכתבנו דכשפרעו בפני עדים בטל השטר אין חילוק בין שהעדים אומרים שקבל המעות על השטר בין שאומרים שפרעו סתם דכיון דפרעו בפני עדים שוב אין לו מיגו דלא נפרעתי ודווקא כשהעדים אומרים שנתנו לו בתורת פרעון חוב אבל אם ראוהו נותן לו מעות ולא ידעו אם בפרעון חוב אם בפקדון או במתנה אם המלוה אומר להר"מ הוחזק כפרן והשטר בטל ונשבע הלוה היסת על התביעה האחרת ואע"ג דלממון זה הוחזק בפרן מ"מ לא הוחזק כפרן על ממון אחר ולכן צריך הלוה לישבע [ס"ך] ואם המלוה אומר שהיה פרעון של חוב אחר נאמן ונשבע ונוטל מה שבשטר שהרי לא נתן לו המעות לפני העדים בתורת פרעון ולכן מתוך שיכול לומר מתנה נתת לי נאמן ג"כ לומר שפרעון אחר הוא ואין חילוק בכל זה בין אם היה סכום המעות שנתן לו כפי הסכום הכתוב בשטר בין שהיה פחות מזה או יותר מזה דבמקום שיכול לטעון חוב אחר היה יכול לטעון אף כשהיה הסכום שוה להסכום שבשטר מפני שיכול לומר שאותו החוב ג"כ סכומו כן ובמקום שאינו יכול לטעון אינו יכול אף כשהיה יתר או פחות דבפחות נוכל לומר שמקודם פרע לו מעט וביתר נוכל לומר שהיה לו עוד איזה חוב עליו [סמ"ע ומ"ל]:

ד ויש חולקים בכל זה וס"ל דאפילו ראו העדים שנתן לו מעות סתם אינו נאמן לומר חוב אחר היה דמיגו דמתנה טענה גרועה היא דאין אדם רגיל ליתן מתנות ובפרט מי שהוא בע"ח נוח לו יותר לפרוע החוב מליתן מתנה וכיון שאין זה מיגו טוב אינו נאמן ומיגו דפקדון אין לו דא"כ יאמר תן לי פקדוני ואם יאמר החזרתיו לך יתפס בשקרו דלמה יחזיר לו כיון שחייב לו בשטר הזה ואפילו לדיעה זו דווקא כשזוכרים העדים שנתינת המעות היתה אחר זמנו של שטר משא"כ כשנתן לשם פרעון אפילו אין זוכרים מתי היתה הנתינה בטל השטר [נס"מ] ודווקא בנתינת מעות אבל כשראו שנתן לו מטלטלים סתם לא אבד המלוה המיגו שלו שיכול לומר פקדון החזיר לי ולכן נאמן לומר ג"כ שעל חוב אחר קבלם ומעות אין דרך שהמלוה יתנם בפקדון אצל הלוה משא"כ בנתן לשם פרעון אין חילוק בין מעות למטלטלים [שס] וכן חולקים על מה שנתבאר דכשנתן לשם פרעון בטל השטר בוודאי ודיעה זו ס"ל דאף בלשם פרעון אינו בטל לגמרי רק דלא מגבינן ביה ואם המלוה תפס מהלוה לא מפקינן מיניה וכן בנתן סתם הדין כן וטעמם דוודאי אף בנתן סתם הוה מיגו דמתנה מיגו גרוע כמ"ש ולהיפך אף כשנתן לשם פרעון מ"מ טענת הלוה טענה חלושה היא דלמה לא קיבל ממנו השטר בחזרה בדרך העולם ולכן בין בנתינה סתם בין בפרעון אין בנו כח לא להוציא ממון מהלוה ולא להוציא השטר מיד המלוה ורבינו הרמ"א הכריע כדיעה זו ולכן אם אין רצון המלוה להחזיר להלוה שטרו אינו יכול להשביעו ג"כ דאינו מן היושר שישביענו ויעכב השטר בידו אא"כ רוצה המלוה להחזיר לו שטרו אז ביכולתו להשביעו על החוב האחר שישבע שאינו מגיע לו [ס"ך] ואם הלוה אומר השבע אתה שאני חייב לך עוד חוב אחר ואשלם לך הדין עמו ומניח המעות בב"ד ונשבע המלוה ונוטל [נ"ל]:

ה כשנתן לו בפני עדים אין חילוק בין יש נאמנות בשטר או לא דלא האמינו רק נגד עצמו אבל לא נגד עדים כמ"ש בסי' ע"א אבל אם כתוב בשטר שיהא המלוה נאמן כשני עדים נאמן אף בלא שבועה ואפילו כשהעדים מעידים שעל חוב זה נתנו לו נאמן המלוה כיון שהאמינו עליו ואפילו כשטוען להד"מ נאמן כמו שיתבאר שם וכן עיקר לדינא דלא כיש מי שחולק בזה [סמ"ע ותו"ת] ודע דשטר שנתבאר בסי' זה הוא שטר בעדים דאלו שטר בחת"י הלוה לא שייך דינים אלו דבכל גווני נשבע הלוה היסת ונפטר כמו שיתבאר בסי' ס"ט אבל ביש בו נאמנות אין חילוק בין שטר בעדים לשטר בחת"י הלוה דבכל גווני נאמן המלוה וזה לא היה שטר כלל אלא תביעה בע"פ פשיטא דתמיד נשבע הלוה ונפטר:

ו אם יש ביד הלוה שובר על השטר אפילו אינו מפורש בהשובר שקבל ממנו על שטר הזה אלא כתוב בו שקבל מהלוה מעות כך וכך ביום פלוני בטל השטר לגמרי דשוב אין להמלוה מיגו [ס"ך] ומוציאין השטר מהמלוה וקורעין אותו ודווקא כשזמן השובר הוא אחר שהגיע זמנו של פרעון השטר או שאין כתוב בו זמן אבל אם זמנו של שובר הוא קודם לזמן פרעון השטר אין הדבר ברור שקבלו על חשבון שטר זה כיון שאינו מבואר בו שעל חוב זה קבלו והחוב עדיין לא הגיע הזמן ולכן נהי דא"א להוציא מהלוה כיון שעכ"פ יש שובר בידו מ"מ אין בנו כח להוציא השטר מהמלוה ולכן לא גבינן ביה ולא קרעינן ליה ואי תפיס לא מפקינן מיניה [נ"ל]:

ז כתב רבינו הרמ"א דדווקא כשנתן לו הלוה המעות בפני שני עדים אבל בפני עד אחד לא איתרע שטרא וגדולי האחרונים חולקין ונראין דבריהם דכיון דכל עיקר זכותו של המלוה הוא משום מיגו דלהד"ם וכיון שיש עד אחד לא הוה מיגו טוב דלא חציף איניש להכחיש את העד [תוס' כתובות פ"ד:] ואין זה מיגו טוב ועוד דאם היה טוען להד"ם היה צריך לישבע נגד העד ועתה שאין ידוע להעד אם טענתו בהחוב האחר אמת אם לאו הוה מחוייב לישבע ואינו יכול לישבע ודינו דמשלם כמ"ש בסי' ע"ה ואף שיש חולקים וס"ל דאין דין זה רק בשבועת ההורה ובכאן שעד אחד מעיד על השטר שהוא פרוע אינו אלא שבועת המשנה כמו שיתבאר

שיתבאר בסי' פ"ד מ"מ כיון דכל זכותו הוא מטעם מיגו ואין זה מיגו טוב וכשכתוב בשטר נאמנות אם מועיל נגד עד אחד שיטול בלא שבועה יתבאר בסי' ע"א בס"ד :

ח אם הלוה אומר שיש לו עדים שפרע להמלוה ממתינים על העדים ואם העדים לא באו לזמן שקבעו להם ב"ד יקוב הדין ביניהם כמו שנתבאר ונשבע המלוה ומקבל דמי שטרו ואם אחרי כן באו העדים והעידו שבפניהם נתן הלוה להמלוה אם אומרים שמפורש נתן על חוב שטר זה והמלוה קבלם על שטר זה אין משגיחין על שבועתו ומחזיר הפרעון השני להלוה ואם עד אחד הוא נשבע המלוה להכחישו כשאומר שלא קבלם על השט"ח ואם אומרים שקבלן סתם לא מהני עדותן כיון דאי תפס לא מפקינן מיניה כמ"ש בסעי' ד' והכא הלא תפס [כ"ל] :

ט אם המלוה תובע מהלוה שיפרע לו דמי שטר זה ומשיבו הלוה איך אתה תובע ממני דמי השטר הלא השט"ח הזה על הסחורה שלקחתי למחצית שכר עמך או על הסחורה שלקחתי ממך הוא ואתה הלא קבלת המעות מהסחורה וא"ל המלוה אמת הוא שגביתי המעות מהסחורה אבל חשבתי זה על חוב אחר כתב הרמב"ם ז"ל בפי"ד ממלוה דהואיל שהודה שדמי הסחורה הוא החוב שבשטר ומדמי הסחורה נפרע בטל השטר וישבע הלוה היסת שפרעו ופטור והטעם דאע"ג דיש לו מיגו דלהד"ם מ"מ כיון שהודה שכן הוא אנן סהדי שעל שטר זה קבל המעות והוה כמיגו במקום עדים וי"א דגם בזה אם אין עדים נאמן המלוה רק כשיש עדים אף שראו רק נתינת המעות סתם בטל השטר לגמרי [סמ"ע] ורבינו הרמ"א הכריע כדיעה זו ואם ידוע שנתן לו מקצת דמים על חוב אחד לא יוכל לומר על האחרים שהם על חוב אחר דרגלים לדבר דמסתמא כל המעות היה על דבר אחד ויש מי שמסתפק בדין זה [ס"ך] ויש מי שאומר שדין זה תלוי במה שנתבאר דלהרמב"ם רגלים לדבר מילתא היא ונשבע הלוה היסת ונפטר אם ידוע שהמקצת היה על החוב של שטר זה ולהי"א נשבע המלוה ונוטל [סגר"ח] אבל מלשון רבינו הרמ"א לא משמע כן דהא פסק כהי"א ועכ"ז פסק דין זה ג"כ דזהו רגלים לדבר יותר מהדין הקודם [ולחו' לדין זה מב"מ כ"ס. מקלתן בכלי וכו'] :

י שלח הלוה את החוב ע"י שליח ופרע השליח להמלוה ובקש ממנו השטר וא"ל הלוה חייב לי חוב אחר ואחשוב אלו המעות על החוב האחר אם לא הזכיר הלוה להשליח שיקבל השטר מהמלוה הרי דין זה כמו שנתבאר כשפרע הלוה עצמו ואין השליח חייב לשלם להלוה על פשיעתו שלא קבל השטר קודם הפרעון דהשליח יכול לומר כיון שלא הזכרת לי לקיחת השטר לא חששתי לקבל השטר מקודם דמסתמא אתה מאמין לו אבל כשהזכיר לו לקיחת השטר בין שאמר לו קח השטר ותן לו המעות ובין שא"ל תן המעות וקח השטר חייב השליח לפרוע להלוה דפשע בזה דכיון דהזכיר לו לקיחת השטר ורואה שאינו מאמינו לא היה לו למסור המעות קודם לקיחת השטר או שהמלוה ישליש את השטר עד קבלת המעות אם לא היה רצונו ליתנו להשליח קודם קבלת מעותיו ואין השליח יכול לומר כיון שאמרת לי תן המעות וקח השטר עשיתי כן דיכול המשלח לומר לו לתקוני שדרתיך ולא לעוותי והיה לך לדקדק בתקנתי [כתובות פ"ס.] והיה לך להבין שמה שאמרתי כן היתה כוונתי שתהיה עכ"פ בטוח בקבלת השטר והיה לך ליתן לו המעות בפני עדים על חוב זה וכיוצא בזה אבל כשלא הזכיר לו לקיחת השטר כלל אין עליו חיוב לחשוש בזה [כ"ל] וכן אפילו אם לא הזכיר לו לקיחת השטר כלל אלא א"ל למסור המעות בפני עדים ולא עשה כן דחייב לשלם :

יא ולכן כיון דהשליח חייב לשלם ממילא דהמלוה אין ביכולתו לעכב המעות בלא חזרת השטר משום דהשליח אומר להמלוה מה לי ולך שתביאיני לידי היזק החזר לי מה שנתתי לך אא"כ טוען המלוה שהשליח בעצמו נתן לו המעות על חוב אחר ואז חוזר הדין בין המלוה והלוה כמו שנתבאר ואם השליח אומר שעל חוב זה נתן לו ישבע המלוה שעל חוב אחר נתן לו ואם השליח מודה שעל חוב אחר נתן לו והלוה צוהו כן והלוה מכחישו נשבע השליח שכן צוהו [כ"ל] ויש חולקין וס"ל דהמלוה יכול לעכב בכל עניין אע"פ שהשליח חייב לשלם דאין לו לחוש להפסד השליח בדבר שהשליח עשה מעצמו בלי כפייתו והעיקר לדינא כדיעה ראשונה [ס"ך] דאין ביכולת המלוה לתפוס משליח ולהזיק לו בטענת שיש לו על הלוה דוודאי מהלוה עצמו יכול לתפוס אבל בכאן שהשליח חייב לשלם ולא יגיע הפסד להלוה בזה אלא להשליח נמצא שאינו תופס מבעל חובו אלא מהשליח ומה לו ולהשליח :

יב מדברים אלו למדנו שאם ראובן הפקיד חפץ ביד שמעון וטוען שמעון שהחפץ הוא של לוי ומגיע לו מלוי מעות ורצונו לעכב החפץ הזה אין ביכולתו לעשות כן ואף שהאמת כן הוא שהחפץ הוא של לוי דכיון דראובן יתחייב לשלם ללוי שיאמר לו תן לי פקדון שהפקדתי בידך ואיני חייב כלל לשמעון ונמצא ששמעון אינו תופס משל לוי אלא משל ראובן ומה לו ולראובן הלא אין לו שום תביעה על ראובן ולכן יחזיר החפץ לראובן ואין מועיל כאן שום מיגו שהיה יכול לומר החזרתיו דמיגו אינו מועיל אלא כדי להאמין להטוען על טענתו ובכאן אף כי מאמינים לו אין ביכולתו לגרום היזק לראובן וכל זה כשהמלוה והנפקד אין ביכולתם לברר שמגיע להם מהלוה ומבעל החפץ מה שתובעים מהם אבל אם יכולים לברר זה וודאי דיכולים לעכב והשליח והמפקיד לא יצטרכו לשלם כיון שנתברר שחייבים הם הרי חייבים לשלם ואם ראובן טוען שאין החפץ של לוי ושמעון טוען ברי שהוא של לוי ישבע

ראובן

דראובן שאין החפץ של לוי אבל אם טוען שמא אין לו על ראובן רק ח"ס וכן אם טוען שמעון שראובן מסר לו בשליחותו של לוי יכול לעכבו בחובו אף שאין יכול לברר את החוב נאמן על דמי שיווי החפץ במיגו דהחזרתים ע"פ הדינים שיתבארו בסי' קל"ג ואע"ג דראובן יצטרך לשלם ללוי מ"מ כיון שאומר שבשליחות לוי הפקיד אצלו יכול לעכבו ואם ראובן טוען שלא אמר לו כן ישבע שמעון שאמר לו כן ואם ראובן מודה שבשליחות לוי הפקיד אצלו ולוי כופר ישבע ראובן שבשליחותו הפקיד אצלו ואין חילוק בכל זה בין שבא ליד שמעון בתורת פקדון בין שתפסו מיד ראובן ואף שי"א דבתפסו בכל עניין יכול לעכבו אין הלכה כן דכלל גדול הוא דכיון שראובן יהיה חייב לשלם ללוי אין ביכולת שמעון לתפוס והרי גם בתפסו יאמר לו לוי לראובן למה פשעת והנחתו באופן ששמעון יתפסנו ולכן אם שמעון תפס באלמות וראובן היה אנוס בזה באופן שלא יצטרך לשלם ללוי אלא ישבע ששמעון תפס באונס ויפטור ממילא ששמעון יכול לתפוס ולטעון עד כדי דמיו כמו אם היה תופס מלוי עצמו ע"פ הדינים שיתבארו בסי' קל"ג [כ"ל]:

יג וכל אלו הדברים הוא דווקא כשתופס מיד אחר אבל בתופס מבע"ח עצמו חפציו אף אם יגיע בזה היזק לאחר כגון שאיש אחר קיבל אחריות על חפץ זה ויצטרך לשלם עכ"ז יכול לתפוס אם יש לו מיגו שיתבאר בסי' קל"ג דכיון שתופס מבעל החפץ עצמו בטענה שמגיע לו ממנו מה לו אם יגיע בזה היזק לאחרים וכן כשטוען התופס שחפץ זה שלו הוא שנגנב ממנו וכיוצא בזה יכול לתפוס גם מאחר כשיש לו מיגו אף שיגיע בזה היזק להאחר כיון שטוען שעיקר החפץ שלו הוא [נס"מ וקלס"ח] וכן בשני שותפים יכול לתפוס מהשותף שתובע ממנו אף שיגיע בזה היזק להשותף השני אבל אינו יכול לתפוס מהשותף השני חפציו שלו בעד השותף האחר אם יגיע בזה היזק להשותף שתפס ממנו וכמו שנתבאר ואע"פ שיש לו מיגו [סס] אמנם זהו דווקא כשנתברר שמה שתפס הוא רק של השותף השני אבל אם תופס ממון או חפצים מעסק השותפות בעד שותף האחד אין השני נאמן לומר שאלו המעות והחפצים הם שלו לבדו ולא של שותפות אא"כ מביא עדים על זה אבל בלא"ה אינו נאמן אפילו בשבועה להוציא מיד התופס חלקו של מי שבעדו תפסו דאין מוציאין ממון בשבועה לבד במקומות שתקנו חז"ל ולכן תפיסתו תפיסה כפי חלקו של השותף שתובע ממנו כגון שהם שני שותפים ותפס מנה יוכל לעכב חמשים דחזקה הוא דכל מה שנמצא בעסק השותפות הם של שניהם [כ"ל]:

סימן נט [דין שטר מקויים והלוה טוען שפרוע הוא ובו ד' סעיפים]:

א מלוה שהוציא שט"ח בעדים ומקויים מב"ד או שיכול עתה לקיימו וטוען הלוה שהוא פרוע והמלוה אומר איני יודע אינו גובה בו אפילו כשיש נאמנות בשטר דברי ושמא ברי עדיף ואע"ג דבטוען מנה לי בידך והלה אומר איני יודע לא אמרינן ברי עדיף כמ"ש בסי' ע"ה התם דלהוציא ממון לא אמרינן ברי עדיף אבל להחזיק מה שבידו אמרינן ברי עדיף ואפילו יש בידו משכון חייב להחזיר [כס"מ] ואין זה להוציא דהמשכון הא בוודאי אינו שלו והוא תלוי בהחוב וכיון דא"צ לפרוע לו את החוב ממילא דמוכרח להחזיר לו את המשכון וכן צריך להחזיר לו שטרו [טור] אם הלוה תובעו שיחזירנו דחיישינן שמא ימות ויפלו נכסיו לפני יורשיו ויגבו בשטר זה ואין להמלוה על הלוה רק ח"ס [ס"ך]:

ב אם שניהם טוענים שמא צריך לשלם [ס"ך] ואין המלוה צריך לישבע [כס"מ] דכללא בידינו דאם טוען יודע אני שנתחייבתי לך ואיני יודע אם פרעתיך חייב לשלם כמ"ש בסי' ע"ה ועוד יתבאר בסי' ע"ב דבכל שהחוב וודאי והפרעון ספק נוטל המלוה בלא שבועה והכא הלא הלוה מודה שהיה חייב לו ואומר שמא פרעתיך אבל אם ספק אצלו גם על עיקר החוב אינו חייב לשלם ונשבע היסת שאינו יודע ונפטר:

ג אם הלוה מודה שלא פרעו רק שטוען יש לי בידך כנגד החוב שבשטר והמלוה אומר שאין לו בידו או שאומר איני יודע נשבע המלוה שאין להלוה בידו או שאינו יודע והלוה משלם [כס"מ] דכיון שמודה על השטר הוה השטר כגבוי ואינו יכול לפטור עצמו מהשטר אלא בדבר ברור ע"פ עדים או ע"פ שטר וטענתו על המלוה הוה כשארי תביעות בע"פ ונשבע המלוה ונפטר וכן כשמת המלוה נשבעים יורשיו שבועת היורשים ונוטלים מהלוה [סס] וכ"ז דווקא בשטר עם עדים חתומים בו על ההלואה אבל בשטר בח"י הלוה וכ"ש בתביעה בע"פ כשטוען הלוה יש לי כנגד השטר או כנגד התביעה בידך אף שהמלוה מכחישו נשבע הלוה היסת ונפטר דהא נאמן לטעון פרעתי כמ"ש בסי' ס"ט ולכן נאמן גם לומר יש לי בידך כנגדו במיגו דפרעתי [כ"ל]:

ד כשהלוה טוען פרעתי והמלוה אומר איני יודע שנתבאר דאינו גובה בו אם חזר המלוה ואמר עיינתי בחשבנותי ונזכרתי שאינו פרוע חוזר וגובה בו אפילו ממשעבדי והלוה יכול להשביעו שכן הוא שנתברר לו ודווקא מלקוחות שקנו קודם שאמר פרעתי אבל מלקוחות שקנו מהלוה אח"כ אינו יכול לגבות מהם דיכולים לומר סמכנו עליך שאמרת שמא [ס"ך] ומלקוחות

שקנו

שקנו אחר שאמר נזכרתי גובה מהם אם ידעו מזה שאמר נזכרתי [כ"ל] ודווקא כשהשטר תחת ידו יכול לומר נזכרתי אבל אם ב"ד הוציאו השטר מת"י שוב אינו נאמן לומר נזכרתי והוה תביעתו כתביעה בע"פ ונשבע הלוה היסת ונפטר אך אם מביא עדים ששטרו נשרף או נאבד באונס הוה כאלו השטר תחת ידו [נס"מ]:

סימן ס [דין שיעבוד מטלטלי אג"ק ודין שיעבוד נכסים שקנה אח"כ ודין כשנכתב השטר על שם אחר ובו כ"א סעיפים]:

א מדינא דגמ' הבא לגבות חובו שבשטר בעדים מהלוה ולא הספיק כל הנמצא להלוה קרקעות ומטלטלין ומזומן כנגד חובו ה"ז טורף מקרקעות שהיה להלוה בשעה שלוה ומכרם אח"כ או נתנם ואפילו לא כתב לו אחריות בשטר דאחריות ט"ס הוא כמ"ש בסי' ל"ט אבל קרקעות שקנה הלוה אחר ההלואה ומכרם או נתנם אינו טורף מהם אם לא כתב מפורש בשטר שמשעבדם ובסי' קי"ב יתבאר שי"א דגם בזה אמרינן אחריות ט"ס מיהו אם כתב אחריות ולא כתב שמשעבד גם הנכסים שיקנה לכ"ע אינו גובה מהם מלקוחות דכיון דאחריות כתב ושיקנה לא כתב מסתמא לא רצה לשעבדם [סמ"ע] ואם כתב מפורש שמשעבד לו נכסים דקנינא ודעתיד למקני גובה גם מהם מלקוחות ואע"פ דקיי"ל אין קניין חל על דבר שאינו ברשותו של אדם כמ"ש בסי' רי"א ואיך משעבד נכסים שיקנה הלא אינם ברשותו עתה אמנם תקנת חכמים היא מפני תקון העולם שלא לנעול דלת בפני לוין שתהא ביכולת אדם לשעבד גם הנכסים שיקנה [רסב"ס קכ"ז.] ועוד דעיקר השיעבוד הוא על גופו שמחייב א"ע ונכסיו ממילא נכנסו תחתיו דנכסי דאינש אינון ערבין ביה ואינו דומה שיעבוד למכר וכיון שכתב שמשעבדם אינו יכול לחזור בו אף קודם שקנאם [ס"ך] דאלמוה רבנן לשיעבודיה דבע"ח וכל זה בקרקעות אבל מטלטלין שמכר או נתן אפילו אותן שהיו לו בשעה שלוה ואפילו לא מכרן ממכר עולם רק ממכר שעה כמו לשלשים יום אינו יכול הבע"ח לגבות, כ"ז שהם ת"י הקונה או המקבל מתנה וכן אם השכירן [כ"ל] והטעם מפני שמטלטלין אין אחריותו של אדם עליהן ואינו סומך המלוה על זה מפני שביכולת הלוה להצניען ולהוליכן למקום רחוק ועוד דאין קול למכירת מטלטלין ואין הלקוחות יכולין ליזהר בזה ועיקר סמיכתו של המלוה הוא על קרקעות ואם כתב לו בשטר שהוא משעבד לו מטלטלין שיש לו אגב מקרקעי דלא כאסמכתא ודלא כטופסי דשטרא לגלות שדעתו סומכת על המטלטלין כמו על הקרקע [טור סי' קי"ג] ה"ז טורף ממטלטלין שהיו לו בעת ההלואה ומכרן או נתנן ואם כתב לו שמשעבד לו מטלטלי אג"ק דקנינא ודעתיד אנא למקני דלא כאסמכתא וכו' ה"ז טורף גם ממטלטלין שקנה אח"כ ומכרן או נתנן וזהו מדינא דגמ' אבל עכשיו נהגו אפילו במקומות שכותבין בשטרות שיעבוד מטלטלי אג"ק שאינו טורף ממטלטלין שמכרן או נתנן או משכנם מפני תקנת השוק דלא ירצו לקנות שום חפץ מיראה דשמא שיעבדום הבעלים ויבא בע"ח ויטרפם ובמטלטלין אין יכולין ליזהר כמ"ש וגם במתנה שייך תקנת השוק דמתנה כמכר דמסתמא קבל הנותן טובת הנאה מהמקבל אבל אם היה להלוה שט"ח על אחר ומכרו גובה המלוה ממנו דבשטרות לא שייך תקנת השוק דמכירת שטרות לא שכיח וכן ממתנת שכ"מ גובין כמ"ש בסי' רנ"ג ולזה הוא התועלת שכותבין בשטרות שיעבוד מטלטלין וכן יש תועלת בכתיבה זו כשלא מכרן שיהא הבע"ח המוקדם קודם לגבותן דאל"כ אין במטלטלין דין קדימה כמ"ש בסי' ק"ד ע"ש וי"א עוד דאם בע"ח מאוחר קדם וגבאן הבע"ח המוקדם מוציא ממנו דבזה לא שייך תקנת השוק [ב"י] ויש חולקין על זה דלא גרע ממתנה [ס"ך] ואם נתן כל נכסיו לאחר ולא שייר לעצמו כלום אומדנא דמוכח הוא שכוונתו להבריח מבעלי חובות ולא שייך בזה תקנות השוק וגובין בע"ח מהן ויתבאר בסי' צ"ט ועקרי דיני גביית חוב יתבארו מן סי' קי"א עד סי' קי"ד:

ב כתבו רבותינו בעלי הש"ע המחייב עצמו בדבר שאינו קצוב כגון שנתחייב לזון את חבירו או לכסותו חמש שנים או שלא נתן קצבה לשנים אע"פ שקנו מידו לא נשתעבד להרמב"ם וחלקו עליו כל הבאים אחריו לומר שהוא משתעבד והכי נקטינן עכ"ל ויש שכתבו שהמוחזק יכול לומר קים לי כהרמב"ם ויש חולקין על זה וס"ל דאינו יכול לומר קים לי מפני שרוב רבותינו חולקין עליו ויש עליו קושיות רבות ולענ"ד נראה דגם כוונת הרמב"ם לא הוה מטעם דבר שאינו קצוב אלא משום דהוה קניין דברים דאין להקניין על מה לחול ואם אמר לזון בלחם או בבשר וכה"ג מהני דחל הקניין על הלחם והבשר או שאמר לכסותו בבגדי צמר או פשתים היה חל הקניין עליהן אבל כשאמר לזון או לכסות אין על מה לחול הקניין דאין בזה ממש ואף התחייבות אינו מועיל בזה כמו שיתבאר בסעי' י"א ע"ש וכן מתבאר להדיא מדברי הרמב"ם ז"ל פכ"ב ממכירה דין י"ג וכ"כ רבינו הב"י בספרו ב"י בסי' רי"ב דכן הוא דעת הרמב"ם ע"ש וכן יש לדקדק מלשון הרמב"ם עצמו בדין זה שכתב בפי"א ממכירה דין ט"ז

חייב עצמו בדבר שאינו קצוב כגון שאמר הריני חייב לזון איהך או לכסית חמשה שנים אע"פ שקנו מידו לא נשתעבד שזו כמו מתנה היא ואין כאן דבר ידוע ומצוי שנתנו במתנה וכן הורו רבותי עכ"ל ובלשון הזה כתב בפ"ה שם דין י"ד לעניין קניין דברים וזה לשונו הדברים שאין בהם ממש אין הקניין מועיל בהן וכו' שהרי לא הקנה לחבירו דבר מסויים וידוע עכ"ל וזהו שהידש הרמב"ם בשם רבותיו שאף לזון או לכסות הוה קניין דברים שבאמת יש חולקים בזה כמ"ש רבינו הב"י שם וזהו שקורא דבר שאינו קצוב שאין הדבר קצוב על מה יחול הקניין אם על לחם אם על צמר כמ"ש ואיך שהוא דעת הרמב"ם זהו מילתא דפשיטא דהמוחזק אינו יכול לומר קים לי:

ג המחייב א"ע לזון את חבירו והמחייב אומר שיזונו על שולחנו או לתת לו מזונות מוכנים והלה אומר שאינו רוצה אלא לזון בפ"ע שיתן לו מעות כפי המזונות ויזון כפי מה שירצה הדין עם מקבל המתנה דלשון לזונו משמע כפי רצון הנזון ויתן לו מעות שיהיה לו מזונות כדרך שנזונין אנשי ביתו [רמ"ט פ' סגוסה] ואם הב"ד מבינים לפי העניין שהכוונה היה לזונו על שולחנו ידונו כן ואם התנה עמו בפירוש לזונו על שולחנו ואינו רוצה לאכול עמו אינו חייב ליתן לו אלא לפי ברכת הבית שרבים האוכלים יחד אין להם הוצאה על כל אחד כאחד האוכל בפ"ע ולכן אינו נותן לו אלא לפי מה שהיה מגיע להוצאתו אם היה אוכל עמהם מיהו אם אין העיכוב מכח הנזון אלא מכח המתחייב כגון שמראה לו שנאה או מרגיל עמו קטטה או שאינו יכול לסבול מבני ביתו והמתחייב יש בידו למחות בהם ואינו מוחה וכה"ג חייב לתת לו כל דמי המזונות ודבר זה תלוי בראיית עיני הדיינים אחר החקירה והדרישה בזה:

ד אם חלה הנזון אינו חייב ברפואתו רק בדמי מזונות כמו שהיה בריא ואע"ג דבמזונות אשתו חייב גם ברפואתה כמ"ש באהע"ז סי' ע"ט התם שאני שאינה אוכלת מטובתו אלא מתקנת חכמים או מן התורה ולכן מחוייב להספיק לה כל צרכיה ולכן גם בשותפים קיי"ל בסי' קע"ז ג"כ כן דלאו מתנה היא אבל במתחייב א"ע במתנה בעלמא לזונו אומדן דעתא הוא שלא נתכוין לרפואתו ואם התחייב א"ע להספיק לו כל צרכיו חייב ברפואתו [כ"ל] דהא חייב גם להלבישו ולהנעילו ושארי צרכי אדם:

ה המקבל עליו לזון חבירו לפי כבודו שמין הב"ד כפי מה שהיה נוהג קודם לכן ואין מלבושים ומנעלים בכלל מזונות אא"כ אמר אזון ואפרנס דזהו בכלל פרנסה ואם אמר להספיק לו כל צרכיו הכל בכלל כמ"ש:

ו כתב רבינו הרמ"א די"א דהמקבל עליו לזון חבירו סתם כל ימי חייו או כל זמן שצריך משמע וי"א דאם קבל עליו לזונו סתם או יתן לו ק' זהובים לשנה נפטר בשנה אחת מנדרו עכ"ל ויש שפירשו דלא פליגי דכשאמר סתם לעולם משמע וכשהזכיר או יתן לו כך וכך לשנה יכול להפטר עצמו בשנה אחת [לבוש] ורוב גדולי האחרונים פירשו דפליגי לדינא דבאמת כשאמר כך וכך לשנה לא משמע יותר דכוונתו לשנה אחת מכשאמר סתם ואדרבא לשון זה משמע לכל שנה ועכ"ז מדלא אמר מפורש לכל שנה ס"ל לי"א אלו דנפטר בשנה אחת א"כ כ"ש כשאמר סתם וכן מבואר מדברי רבינו הב"י באהע"ז סי' ק"ד דפליגי וגם רבינו הרמ"א שם בדרכי משה מסתפק בדין זה א"כ א"א לומר דפסק כאן באומר סתם דעד עולם משמע ולדינא יש שהכריע כדיעה ראשונה [סגר"ה] משום דמצינו גבי נדרים כשאומר יאסרו פירות עלי ליהנות מהם אסור בהם לעולם כמ"ש ביו"ד סי' רל"ב וכ"כ הר"ן בנדרים [כח"י] ע"ש ומה דקיי"ל באה"ע סי' קמ"ג בגט כשאמר ע"מ שתניקי את בני דדי ביום אחד אף כשאמר סתם זהו מפני שמכוין רק לצערה ולא לתועלתו ודי בצער יום אחד ולהדיא משמע בגמ' דגיטין [ע"ס.] דאם היינו אומרים שכוונתו לתועלתו היתה צריכה להניק כל זמן שהתנוק צריך לינק [ע"ס ברש"י ד"ס מתניתן] וא"כ הכא נמי כשמתחייב א"ע לטובתו של חבירו משמע כל זמן שצריך ואם צריך כל ימי חייו חייב לזונו כל ימי חייו וזהו כוונת רבינו הרמ"א שכתב כל ימי חייו או כ"ז שצריך [ומ"ס ססמ"ע בס"ק ע"ו ל"ע דהדבר פשוט כמ"ס] ויש שפסקו כדיעה אחרונה [הו"ת וח"ס] ומנדרים אין ראיה דסתם נדרים להחמיר [נדרים י"ח] דאיסור שאני ומתנאי גט אין ראיה דוודאי כשצריך לעשות מעשה ובו תלוי עשיית המעשה אם מתנה איזה תנאי לטובתו וודאי דסתמא לעולם משמע ולכן כשנותן לה הגט ומתנה תנאי לטובתו סתמא משמע לעולם או כ"ז שצריך לזה ולכן אם אדם נותן מתנה לחבירו ומתנה עמו שיזון אותו בעד מתנתו משמע לעולם [נס"מ ס"ק ח'] אבל כשהוא מתחייב עצמו לזון לפלוני דהחיוב אינו לטובת המתחייב יכול לפטור א"ע בשנה אחת אמנם כשההתחייבות הוא לעני בתורת צדקה חייב לזונו כל זמן שהוא עני דהוה מילתא דאיסורא וכן כשאמר בלשון נדר הוי לעולם דסתם נדרים להחמיר [הו"ת] ולענ"ד נראה כדיעה ראשונה דמנדרים הוי ראיה ברורה דהא קיי"ל בנדרים דהולכין אחר לשון בני אדם ואם היה לשון בני אדם כשאומרים סתם לא משמע לעולם היה לנו לפסוק גם בנדרים כן וזה דקיי"ל סתם נדרים להחמיר היינו דאם נאמר להקל לא יהיה חל הנדר כלל וא"כ בטל כל מה שאמר בנדרו וודאי דהולכין להחמיר כדי שלא לבטל דיבורו אבל במקום שהנדר חל תמיד רק שיש הפרש בהמשכת הזמן לא מחמרינן בנדרים יותר [וכ"מ לסדיה מפי' סרמ"ס במסכס דנדריס י"ח: ע"ס] וגם מגט הוי ראיה ברורה וזה שכתבנו לחלק בין מתנה תנאי

תנאי לטובתו ובין כשאומר לטובת חבירו זהו בספיקא דלישנא שפיר אמרינן הממע"ה ומנלן לומר דלשון זה הוי ספק ובגיטין משמע שם דלאו משום ספק הוא אלא דסתמא דלישנא משמע לעולם ועוד דאם לשון זה הוא ספק אף כשמתנה לטובתו יכול המוחזק לומר הביא ראיה וטול דלא מצינו הפרש בכללא דהממע"ה בין שאמר לטובתו או שלא לטובתו דכלל גדול הוא הממע"ה בלי שום חילוק בין מקום למקום והרי חזקת ממון עדיף אפילו מרוב וכ"ש בספיקא דלישנא [וכן בלשון סמ"ע משמע סתמא כלעולם כדמוכח מקושית סמ"ע רפ"ג דתמורה וע"ש בתוס' ובריש יבמות ובר"פ סכותב ודו"ק] והא דפסקינן כשאומר ידור פלוני בביתי די בשעה אחת כמו שיתבאר בסי' רי"ב דהתם וודאי לא משמע לעולם דא"כ אין זה לשון דירה אלא לשון מתנה לכל ימי חייו ותדע לך שכן הוא דאל"כ הא אפילו לדיעה אחרונה מחייבינן ליה שנה עכ"פ ולמה די בשם בשעה אחת אלא וודאי כמ"ש וכן מה שיתבאר בסי' קס"ג לעניין מס דנפטר בפעם אחת היינו משום דנגבה פעם אחת בשנה [סמ"ע וגס"מ] וגם דיעה אחרונה י"ל שסובר כן רק כיון שאמר או יתן לו ק' זהובים לשנה ולא אמר בכל שנה לשונו מוכח דעל שנה אחת קאמר אע"ג דהיה לו לומר לפ"ז ק' זהובים בעד השנה מ"מ כיון דבין כך וכך לשונו אינו מדוייק הממע"ה [וכ"מ מלשון סרח"ם בתשו' שממנו מקור דין זה דמשום ספיקא פסק כן ע"ש] :

ז מי שקבל עליו לזון לחבירו זמן מה או לתת לו ק' דינרין וזנו קצת זמן ופסק אינו חייב ליתן לו ק' דינרין אלא לתשלום מזונות עד ק' דינרין ולא יותר וינכה מהק' דינרי, מה שעלה לו הוצאת מזונותיו עד עתה והמותר משלם דלא כיון בנתינת הק' דינרין אלא אם לא יזונו כלל :

ח ראובן שקיבל עליו לזון לשמעון ואשתו והתחיל לזונן ומתה אשת שמעון פטור ממזונותיה ואין הבעל יכול לומר הנני יורש שלה ותן לי הוצאת מזונותיה ואפילו קצב סכום מעות לצורך מזונותיה דכיון דאמר למזונותיה ולא מסר המעות לה או לבעלה לא היה הכוונה רק לכל זמן שתצטרך דל:ז כיש הולקים דבקצב סכום מעות חייב ליתן ליורש שלה וכן כל מי שמתחייב א"ע בסכום קצוב למזונות כגון שאמר הנני מתחייב סך מאה דינרין למזונות פלוני ומת הפלוני אינו מחוייב למסור ליורשים דארעתא דהכי לא התחייב [תס"ע] ועיי' בסי' רנ"ג במי שהתחייב א"ע מעות לנדוניא ומתה הבת דפסק רבינו הרמ"א דפטור מלשלם אבל כשהוציא המעות מת"י ומת הנזון שייך המותר להיורשים ואם אחד התחייב א"ע ליתן מזונות לבנו וכלתו כך וכך שנים ומת בנו באמצע הזמן אם חייב ליתן לכלתו המזונות עד משך הזמן שהתחייב א"ע י"א שחייב [מ"ז] וי"א שפטור [תו"ת] וכן נראה עיקר דאנן סהדי דכל אב שמתחייב א"ע ליתן מזונות להזוג אינו אלא כל זמן שבנו אי בתו קיימים ואם אחד התחייב א"ע מזונות לשנים סתם אינו פחות משני שנים ואם התחייב א"ע כלשון כבה שנים הוי לא פחות משלשה [ב"ח] :

ט המתחייב א"ע לזון את חבירו סתם או התחייב לזונו על שולחנו ומת המתחייב חייבים היורשים לזונו כמו שהיה חייב מורישם ואין היורשים יכולים לומר הרי התחייב א"ע לזון על שולחנו וכשמת בטלה שולחנו ונסתלק החיוב דבאמת לשון שולחנו הוא לאו דוקא אלא שהתנה כן כדי שלא יתחייב להת לו דמי מזונות שלימים אם לא ירצה לאכול על שולחנו וכיון שהתחייב א"ע נשתעבדו נכסיו ונראה שהיורשים יכולים לכופו שיאכל על שולחנם כמו שהיה אוכל על שולחן מורישם ואם אין רצונו בזה לא יתנו לו מעות אלא כפי ברכת הבית וכמ"ש בסעי' ג' ולפ"ז האב שהתחייב להחזיק הזוג על שולחנו כך וכך שנים ומת קודם גמר השנים נוטלים הזוג מהעזבון דמי מזונותם לתשלום השנים לבד חלק הירושה [נ"ל] :

י שנים שהתחייבו לזון לאחד דינו כדין שנים שלוו מאחד שיתבאר בסי' ע"ז דשניהם ערבים זה לזה אע"פ שלא פירשו שהם ערבים ולכן אם אחד אינו נותן חלקו מחוייב האחר ליתן כל המזונות ויתבע מהשותף חלקו אא"כ פירשו שאינם ערבים זל"ז אינו מחוייב כל אחד רק ליתן החצי אע"פ שחבירו אינו נותן כלל וכשההתחייבות היתה בע"פ אינם ערבים זל"ז אא"כ אמרו שבשותפות אנחנו מתחייבים לזון אותך שיהא ניכר ששותפים הם בזה אבל אם אמרו סתם אנחנו נזון אותך יכול להיות שכוונתם שכל אחד מתחייב עצמו בחצי מזונות אבל בשטר אין חילוק אא"כ ביארו מפורש שכל אחד מתחייב א"ע בחצי מזונות וכמ"ש שם [נ"ל] ואף כשהם ערבים זל"ז לא יתבע מהאחד הכל אלא יתבע מכל אחד חלקו וכשאין ביכולתו להוציא ממנו יתבע מהשני הכל כדין ערבות שיתבאר בסי' קכ"ט :

יא המתחייב עצמו בדבר שלא בא לעולם או שאינו מצוי אצלו חייב ואע"ג דאין אדם מקנה דשלב"ל זהו כשמקנה לו במכר או במתנה שמקנה לו אותו הדבר ממש והרי אינו בעולם או אינו ברשותו והיאך מקנה לו אפילו כתב לו שיעבוד על נכסיו או אפילו נתן לו משכון אינו כלום דכיון דלא חל המכר והמתנה על מה תחול השיעבוד והמשכון וכמ"ש חז"ל מנה אין כאן משכון אין כאן וי"א דבמשכון אינו מחוייב להחזיר המשכון עד שיקיים דברו [ש"ך] אבל בלשון חיוב שמחייב גופו לזה כגון שאומר הוו עלי עדים שאני מתחייב א"ע ליתן לפלוני כך וכך או חפץ פלוני או שאמר מודה אני לפניכם שאני חייב וכו' הרי התחייב גופו לזה וגופו הוא בעולם וחל החיוב על גופו וממילא דנשתעבדו נכסיו ולא גרע מערב שאינו מקבל ממון ומשעבד

ומשעבר נפשו בקניין אפילו לאחר מתן מעות ולכן נשתעבדו גם נכסי הלוה שקנה אחר הלואתו ולפ"ז יכול כל אדם למכור או ליתן במתנה דשלב"ל ודבר שאינו ברשותו באופן זה שיתחייב גופו לדבר זה וכן יכול לחייב עצמו ליתן לחבירו כל מה שירויח בחודש זה או שנה זו [ב"י] ודווקא כשקנו מידו דדברים בעלמא לאו כלום הוא אף אם אמר אתם עדים דזהו כערב לאחר מתן מעות דצריך קניין דווקא [הגר"א] וכן עיקר לדינא [אחרונים] אע"פ שיש מי שחולק בזה ויראה לי דבדבר שאין בו ממש אינו מועיל אפילו בלשון התחייבות כיון שאין ממש בההתחייבות והוי גם הקניין קניין דברים ולא דמי לדבר שלב"ל או שאינו ברשותו דהתם יש ממש בזה אלא שאין בו כח להקנותו אבל בזה שאין ממשות כלל על מה מתחייב א"ע והרי אפילו יורש אינו יורש דבר שאין בו ממש כדמוכח בגמ' [ב"ב קמ"ח.] ועוד ראיה דהרמב"ם בפכ"ב ממכירה כלל בדבר שאין בו ממש ריח התפוח וטעם הדבש ומראה הבדולח ע"ש וכשם שאין יכול להתחייב עצמו על ריח ומראה וטעם לחבירו דפשיטא שאין זה בגדר חיוב כלל כמו כן בכל דבר שאין בו ממש כמו דירת בית ואכילת פירות [וכזה מדוייק מאד לשון הרמב"ם ז"ל שם שכתב אין אדם מקנה ריח או טעם וכו' לפיכך המקנה אכילת פירות וכו' עכ"ל וקשה מאי לפיכך וכבר הקשה זה המהרשד"ם בסי' שכ"ג ולפמ"ש א"ש וה"פ כיון שבאלו לא שייך שום דבר התחייבות ולא להוריסה כ"כ באכילה ודירה ודו"ק] :

יב אע"פ שהאדם יכול להתחייב א"ע בדבר שלב"ל או שאינו מצוי אצלו עכ"ז בדבר שאינו בידו כלל כגון שמחייב א"ע לקנות ביתו של פלוני או חפצו של פלוני ולמסור לזה אין החיוב חל דאולי אותו פלוני לא ימכור לו ואיך ביכולתו לחייב א"ע אבל המחייב א"ע במעות או בחפצים המצוים לקנות אצל סוחרים בזה חל החיוב [גס"מ] ואם אמר הריני מתחייב במנה לפלוני אם לא אקנה לו בית פלוני ונעשה באופן המועיל דלית ביה אסמכתא חייב [שם] דאע"ג דהתנאי אינו בידו לגמרי אבל במנה הרי יכול להתחייב וכשהתחייב א"ע בדבר שלב"ל ומת המתחייב קודם שבא הדבר לעולם פטורים היורשים דהא החיוב אינו חל רק על גופו ואינו בעולם אך אם החיוב הוא על ממון ותלה תנאו בדשלב"ל חייבים היורשים [שם] וכשהתחייב א"ע בדבר שלב"ל אינו יכול לחזור בו אף קודם שבא לעולם דחיוב בדשלב"ל הוא כמו קניין בדבר שבא לעולם [כ"ל] ודין חיוב לא שייך לקניין אתן די"א דלא קנה כמ"ש בסי' רמ"ה דבחיוב לכ"ע קנה [סמ"ע] דקניין אתן הוא קניין שעתיד להיות וחיוב הגוף כבר נתחייב אע"פ דהכוונה הוא על מה שעתיד להיות בעולם מ"מ הרי כבר התחייב בגופו שהוא בעולם :

יג ראובן שהוציא שטר על שמעון בקניין וכתוב בו נתתי לו ק' זהובים או מטלטלין או קרקע ושיעבדתי לו כל נכסי לגבותן מהם ולא שיעבר עצמו להתחייב שיועיל אף בדבר שלב"ל כמ"ש וטען שמעון שבשעה שכתבו על עצמו לא היה בידו ואין אדם מקנה דשלב"ל והנה בזהובים וודאי דלא קנה אפילו אם היה בידו דאין מטבע נקנה בחליפין כמבואר בסי' ר"ג אם לא שאלו המטבעות אין נושאים ונותנים בהם במדינה שאז דינם כמטלטלין שנקנים בחליפין אם היו בידו בשעת קניין ואם אין הדבר יכול להתברר אם היו אלו המטלטלים או אלו הקרקעות ברשותו של המקנה בשעת קניין על התובע להביא ראיה כן פסקו רבותינו בעלי הש"ע ותמהו על זה גדולי האחרונים מן ס"ם ר"ן דשם כתב רבינו הב"י להיפך גבי הנותן מטלטלין לאחר מעכשיו ולאחר מותו יטוענים היורשים שמא לא היו לו מטלטלים אלו בשעת מתנה אין בדבריהם כלום דכאן נמצא כאן היה ורבינו הרמ"א רמז שם לדין זה ובסי' קי"ב הביא רבינו הב"י שני דיעות בזה ורבינו הרמ"א הכריע דהמקבל צריך להביא ראיה ונראה דעת רבינו הב"י שמחלק בין טענת ברי כבדין זה שטוען הנותן ברי שלא היה בידו משא"כ בשם טוענים היורשים טענת שמא [סמ"ע] ורבינו הרמ"א אינו מחלק בכך דוודאי אם הנותן בעצמו טוען טענת שמא טענה גרוע היא אבל להיורשים טענה טובה היא ולכן לדינא צריך להביא ראיה ומיהו דווקא במיני מטלטלין שאינן מפורטים בשם כמו חתיכות משי וכיוצא בזה שהם סחורה או מיני תבואות שעומדים לסחורה בוודאי בזה טענתו טענה וכן כשבלל כל מטלטלים או כל קרקעות שיש לו דוודאי דרך האדם במשך הזמן לקנות ולהחליף אבל כשפרט מטלטלין פלונית ופלונית וקרקע פלונית ופלונית וכעת נמצאו אלו המטלטלין ואלו הקרקעות אצלו אין בטענתו ממש ואמרינן כאן נמצא וכאן היה [כנלע"ד וע' בנה"מ] ואף בדברים שצריך להביא ראיה אם המקבל טוען ברי שהיה ברשותו והנותן מכחישו צריך לישבע וגם נאמן לומר נתתי כבר להמקבל במיגו דאי בעי אמר שלא היה ברשותו אם המטלטלין או הקרקעות אינם מפורטות בהשטר שהן הנה הנמצאות עדיין אצל הנותן וע' בסעי' הבא :

יד וכתב רבינו הרמ"א דכל זה הוא לסברת הרי"ף וקצת רבוותא אבל רבים מרבותינו חולקים בזה וס"ל דכל האומר נתתי לפלוני כך וכך הוה הודאת בע"ד וכמאה עדים דמי ואין מדקדקין כיצד נתן דמאחר שהודה אמרינן דוודאי נתן באופן המועיל וקנה מקבל המתנה עכ"ל ור"ל דאמרינן דוודאי התחייב עצמו כמ"ש בסעי' י"א ובמעות שאין נקנין בחליפין י"ל שזיכה לו ע"י אחר [טור] או הקנה לו אגב קרקע אבל כשכתוב בשטר אני נותן צריך המקבל להביא ראיה שהיה ברשותו [ש"ך] ובמעות צריך להביא ראיה שזיכה לו ע"י אחר או הקנה לו אג"ק ואם המקבל מודה שלא היה באופן המועיל אם לא היה ברשותו שמודה שלא התחייב

עצמו

עצמו בגופו לא מהני גם לשון נתתי וצריך להביא ראיה שהיה ברשותו ואינו נאמן לומר שהיה ברשותו במיגו שהיה אומר שהיה באופן המועיל דהוה מיגו להוציא [נס"מ] ודינו כמ"ש בסעי' הקודם ואם כתוב בשטר שני לשונות נתתי ואני נותן הולכין אחר לשון אחרון [סס]:

טו ראובן הוציא שטר שכתוב בו שדי ממושכנת לך בעד חוב קדום שלויתי ממך ושיאכל הפירות בהיתר נכייתא כמ"ש ביו"ד סי' קע"ב ושמעון חתום בו או עדים ומודה שלוה מראובן מכבר ככתוב בשטר זכה ראובן בהמשכונא ולא אמרינן כיון דההלואה היתה מכבר ומלוה להוצאה ניתנה ואינם כמעות בעין במה יקנה הקרקע הלא מנה אין כאן משכון אין כאן ואם מכר שמעון הקרקע לאחר לא יהא ביכולת ראובן להוציאה מהלוקח לא אמרינן כן דהא לא בא לקנות הקרקע אלא לאכול הפירות עד שיתן לו דמיו לא גריעה ממלוה ע"פ שנותן לו משכון דאינו יכול להוציא מידו המשכון עד שיתן לו דמיו (טור):

טז ראובן הוציא שטר שכתוב בו שלוה שמעון מלוי ואומר ראובן שלוי שלוחו היה וכתב השטר על שמו ולא הקפיד עליו ושמעון טוען לאו בע"ד דידי את שהרי אין לך הרשאה מלוי ולא מכר לך שטר זה אם הודה לוי לראובן בפני עדים ששלוחו היה ואינו חב לאחרים בהודאתו שלוי אינו חייב לאחרים הרי נתגלה שממון זה של ראובן היה והלוה משועבד לו אף שלא נכתב השטר בשמו וכופין את הלוה שיפרע לו ויפטר בכך וא"צ ראובן כתיבה ומסירה מלוי שלא הצריכו כתיבה ומסירה אלא למי שבא לזכות ממונו למי שלא היה בו שום זכות עד עתה אבל בכאן כיון שזה מודה לדבריו יש לנו לחאמינו לפיכך אע"ג דבמוכר שט"ח לחבירו וחזר ומחלו מחול כמ"ש בסי' ס"ו הכא אין ביכולת לוי למחול לשמעון כיון שהשטר הוא ת"י ראובן ולוי הודה זכה ראובן בשלו וכאלו הלוה ראובן בעצמו לשמעון וא"צ הקנאה חדשה אבל אם חב לאחרים בהודאתו אינו נאמן ומחייב ראובן להחזיר ללוי אף גוף השטר כדי שבע"ח של לוי יוכל לגבות ממנו ואם א"א להוציא השט"ח מראובן מ"מ חייב שמעון לשלם להבע"ח של לוי ואפילו כשיש לראובן מיגו שהיה יכול לשרוף השט"ח או להטמינו עכ"ז חייב שמעון לשלם דמיגו מגברא לגברא לא אמרינן (חו"ת) וי"א אפילו אם חייב לוי לאחרים מ"מ מהני הודאתו ויפרע לראובן דזה וודאי דבע"ח של לוי אין ביכולתו לגבות משמעון כשאין מחזיר לו שטרו והשטר הוא ביד ראובן וכיון שראובן עומד וצווח שמעותיו הם ולוי מודה לו איך נוכל לכופו להחזיר השטר (ע"ז) וי"א דלא מהני כלל הודאת לוי בעניין זה (ס"ך) דאין לנו לילך רק אחרי מה שכתוב בשטר וזהו וודאי דאם הב"ד רואים איזה ערמה בהודאתו של לוי לא צייתינן ליה ללוי ולא לראובן ומוציאין השטר מידו בע"כ אמנם אם הב"ד רואים שאין ערמה בזה ולפי הבנתם באמת כן הוא שהמעות הם של ראובן כמו שמצוי במדינתינו שהסרסור כותב השטר על שמו וכיוצא בזה וודאי העיקר לדינא כי"א הקודם דתמיד מהני הודאתו אמנם אם אין ביכולת הב"ד להבין העניין יעשו כדיעה ראשונה שהיא דעת רבינו הב"י בש"ע דכתב לאהרים אינו נאמן ובשאינו חב נאמן [ככלע"ד] ואם בשעת הודאתו היה חב לאחרים ואח"כ סילק חובותיו ואומר שהשט"ח שלו הוא וזה שהודה מקודם שהוא של ראובן היתה כוונתו להבריח מבעלי חובותיו רואים ב"ד לפי העניין אם היתה ההודאה בשעה שבאו הבע"ח לגבות ממנו נאמן ואם לאו אינו נאמן כמ"ש בסי' מ"ז לעניין שטר אמנה [כ"ל] וזהו דבר פשוט דאם יש עדים בדבר זה יעשו כדברי העדים ואף ע"י עד אחד אם איש נאמן הוא:

יז ראובן הלוה מנה ללוי ובשעת ההלואה אמר ללוי שיכתבו השטר על שם שמעון מפני איזה טעם שיש לו ויתנו השטר לידו של ראובן וכשתבע ראובן מלוי טוען לוי לאו בע"ד דיד את כיון שנכתב על שם שמעון אין ממש בדבריו כיון שהשטר ביד ראובן ואם תובע ראובן לשמעון שיעשה לו שטר מכר משטר זה אין כופין את שמעון שיעשה כן אם אומר איזה טעם כגון שבזיון הוא לו למכור שטר וכיוצא בזה ואפילו הודה לו שמעון שיעשה לו שטר מכר יכול לחזור בו ואם שמעון טוען מאחר שכתבת על שמי זכיתי בו אין ממש בדבריו הואיל שהשטר הוא ביד ראובן וצוה בשעת הכתיבה שימסרו השטר לידו [טור] אא"כ מברר שמעון שהיה ראובן שלוחו אזי מוציאין השטר מראובן ונותנין לשמעון ובסי' קפ"ד יתבאר עוד בזה לעניין מכירה וכן אין יכול ראובן לכוף ללוי לכתוב לו שטר אחר על שמו ולקרוע השטר הראשון אם יש לו איזה טעם בזה אבל אם אמר ללוי בשעת ההלואה ע"מ כן אני מלוה לך שעתה תעשה לי השטר כשם שמעון ולכשארצה תחזירו להשטר על שמי כופין אותו על כך ואפילו לא פירש ראובן בעל מנת אלא שאמר ללוי או להעדים בפני לוי עוד שטר אחר תכתבו לי על הלואה זו ולוי שתק מחייבין אותו לכתוב שטר אחר על שמו והשטר האחר אין כותבין מזמנו של ראשון כיון שלא נכתב עתה על סמך הקניין הראשון דהרי בלא ציוויו של הלוה אין כותבים א"כ כשטר אחר הוא וכותבין מזמן ההוה והעדים בעצמם בלא ציווי הלוה אין להם לכתוב אף כששמעו התנאי מפורש [נס"מ]:

יח וכז שמעון שהיה חייב מנה לראובן ונתפשרו ביניהם שיעשה שמעון שט"ח על שם לוי מעשרים דינרים ואח"כ עשה ראובן לשמעון שטר מחילה מכל תביעות ממון ועתה טוען שמעון שכיון שלוי לא הלוהו אלא ראובן וכיון שמחל לו כל תביעות ממון גם זה בכלל הדין עם שמעון ורווקא כשאמר תנו השטר לידי ואז אף שבא אח"כ השטר ליד לוי לא זכה לוי אבל אם

בעת

בעת כתיבת השטר של העשרים דינרין אמר תנו ליד לוי זכה לוי וצריך שמעון לשלם לו [סס]:

יט וכן המלוה את חבירו על משכנות קרקע וצוה לכתוב הקרקע בשם בנו הקטן ועכשיו טוען המלוה לאו בע"ד דידי את אין בדבריו כלום וצריך לפרוע להאב שהלוה לו המעות בשם בנו כי נמצא שהיה אפטרופס של בנו בשעת הלואה לכן גם עתה הוא אפטרופס שלו [ס"ך] ואם הגדיל הבן וכופו האב לכתוב השטר על שמו צריך האב לברר שהמעות לא היה של בנו רק שלא רצה אז מפני איזה טעם שיכתבו על שמו ואם אינו מברר טוענין ב"ד בשביל הבן שאולי היה מעותיו של הבן מאיזה ירושה או מתנה אבל אם כתב על שם בנו הגדול צריך הבן לברר שמעותיו שלו הם כיון דגדול הוא אין טוענין בשבילו ודינו כמו איש אחר [כ"ל] ובבן קטן אם מת האב מוסרין להבן כל מה שנכתב על שמו ואין היורשים האחרים יכולים לומר עליך לברר שהיה מעות שלך דכיון דקטן הוא אינו יודע בעצמו וטוענין ב"ד בשבילו אבל בבן גדול אם היה מעותיו הלא ביכולתו לברר [כ"ל]:

כ שטר שהיה כתוב על שם ראובן וכתוב בסופו קודם חתימות העדים שאלו המעות הם מחכירות הקהל וטוען ראובן שכיון שכתובים על שמו שלו הם שהקהל נתנו לו שטר זה על מעות שהיה לו אצל הקהל והקהל מכחישין אותו הדין עם הקהל דכיון שכתוב בשטר קודם החתימות שהמעות הם של הקהל מוכח ששייך להקהל דאל"כ למה הניח ראובן לכתוב כן ומה שכתבו על שם ראובן אולי היה להם איזה טעם בזה [ע' בס"ך] ואין ראובן יכול לטעון שהמעות היה שלו רק שכתב על שם הקהל כדי שלא להשביע א"ע דאין דרך היחיד לכתוב על שם הקהל [גס"מ] אא"כ מברר ראובן בבירור גמור שהמעות היה שלו או שהגיע לו מהקהל:

כא אשה שטוענת על קרקעות שהניח בעלה שחציים שלה ממעות שנפלו לה מבית אביה והשטרות כתובים בשם שניהם הדין עם האשה ואם כתיבים בשמה לבד והיא טוענת שכולם שלה ודווקא באשה שאינה נותנת ונושאת בתוך הבית או אפילו נו"נ אם הבעל עצמו כתב השטרות על שמה שייכים לה [ס"ך] ויתבאר עוד בסי' ס"ב ויש לדקדק עתה כשנכתב קרקע על שם האשה בערכאותיהם צריכים הדיינים להיות מתון בזה כי יש לפעמים שהבעל כותב נכסיו על שם אשתו מפני איזה טעמים ולעולם הנכסים הם של הבעל לכן צריכים לחקור בזה הרבה:

סימן סא [כמה דינים מעניין שטרות ובו י"ד סעיפים]:

א כל דבר שנהגו במדינה לכתוב בשטרות הן נאמנות הן כתבוה בשוקא הן ביטול מודעות הן שארי שופרי דשטרא שנהגו הסופרים לכתוב כל מי שמקנה בסודר לכתוב שטר דעתו שיכתבוהו כמנהג המדינה וא"צ לפרש שיכתבו כל לישני שפירי דאית ביה ויתבאר עוד בסי' ע"א וכן אם נהגו לכתוב בשטרות דכל זה נעשה בת"כ ובפ"מ דלא כאסמכתא ודלא כטופסא דשטרא צריכים העדים לכתוב כן וא"צ לשאול מהלוה או המוכר אם לכתוב כן ובסי' מ"ב סעי' י"ג בארנו דיש מחלוקת הפוסקים אם ע"י יתור לשון בשטר כמו דלא כאסמכתא וכו' יש בזה יפוי כח לבעל השטר ולא אמרינן ידו על התחתונה אם לאו ונתבאר שם דקשה להוציא מיד המוחזק ע"י זה ע"ש ושטר שבא לפנינו ולא נכתב בו כמו שנהגו לכתוב בכל השטרות י"א דדנין כאלו נכתב אם רק ידוע שהלוה או המוכר ידעו שנוהגים לכתוב כן בשטרות [ס"ך] וי"א דכיון שלא נכתב בו כבכל השטרות מסתמא התנו מפורש כן שלא יהא לבעה"ש יפוי כח זה [תו"ת וכס"מ] וראיה ממה שאמרו חז"ל אחריות ט"ס הוא משום דלא שדי אינש זוזי בכדי ולא אמרו הטעם מפני שרגילין לכתוב כן בכל השטרות ולי נראה עיקר כדיעה ראשונה וכמ"ש בסי' מ"ב סעי' י"ט וכ"כ שם רבותינו בעלי הש"ע וכן משמע מרבותינו בעלי התוס' [ב"מ ק"ד. ד"ס סיס] ומאחריות אין ראיה דוודאי לעניין גבייה מלקוחות א"א לגבות מטעם זה ולכן אמרו טעמא אלימתא דלא שדי אינש זוזי בכדי אבל מהלוה או המוכר עצמו כמו נאמנות ובטול מודעות אע"ג דלא נכתב כמו שנכתב דמי אם המנהג לכתוב כן בכל השטרות אם רק ידעו מזה וכמ"ש:

ב ועוד הביאו ראיה לדבריהם מדברי רב האי גאון שהביא רבינו הרמ"א וז"ל האי מאן דמקבל לכתוב שטרא בכל לישני דזכוותא אע"ג דלא ידע ספרא לאחזוקי כראוי כיון שכתוב בו ואחריות שטרא דנן קבלית עלי ככל שטרות דנהיגי בישראל דלא כאסמכתא ודלא כטופסי דשטרא קאי לכל כללי בתחלת עניינא אבל תנאים כגון נאמנות או ביטול מודעא במתנה לא חשבינן עד דמפרשי עכ"ל אלמא דכיון שבכל השטרות כתוב כן ובכאן לא נכתב אין אומרים כמי שנכתב דמי ודיעה ראשונה מפרש דבריו שלא ידע הלוה שהמנהג לכתוב בכל השטרות נאמנות ובטול מודעא ולבד זה אין ראיה מכאן דוודאי אם היה המנהג בימיו לכתוב נאמנות וביטול מודעא בכל השטרות היה דן בזה השטר ג"כ כן ואולי בימיו לא היה בזה מנהג קבוע ולכן אומר הגאון זה הסופר שלא ידע לכתוב חיזוק השטר כראוי כיון שכתב בו ואחריות שטרא דנן וכו' הוה כאלו כתב כל החזוקים ומפרש שזהו דווקא להפרטים המבוארים בהשטר אבל לא להוסיף על מה שלא נתבאר אמנם אם המנהג כן הוא שפיר אמרינן דאע"פ שלא נכתב כמו שנכתב דמי:

כל

ג כל דבר שנהגו בו בני המדינה בשטרות אע"פ שאינו כתקון חכמים הולכין אחריו ובלבד שלא יהא נגד דין התורה כגון שטר שכתוב בו שיש רשות למלוה לירד לנכסי הלוה בין בפניו בין שלא בפניו בלא רשות ב"ד ובלא שומא והכרזה אינו רשאי לעבור על ד"ת לירד לנכסיו שהמלוה את חבירו לא ימשכננו אלא בב"ד כמ"ש בסי' צ"ז אבל אם לא מצא דיין שרוצה לדונו אז יש לו רשות לעשות דין לעצמו וכן אם מנהג פשוט בעיר לירד בלי שומא ובלא רשות ב"ד הולכין אחריו [סמ"ע] דכיון דהמנהג הוא כן כל הלוה ע"ד המנהג לוה והתורה לא אסרה אלא לעשות כן בל"א רצון הלוה אבל אם הלוה מרוצה לא אסרה התורה וכיון שהמנהג כן ממילא דנתרצה הלוה לזה ובסי' ק"ג נתבאר עוד מזה ע"ש :

ד קהל שתקנו שלא יועיל שום שטר של מקח וממכר ומתנות והלואות אם לא היה מכתיבת יד סופר העיר ותקנו כן מפני חששות של זיופים אין בכלל זה רק שטרות שעדים חתומים בו אבל שטר בח"י הלוה או המוכר או הנ:תן או שטר מחילה בח"י המוחל אינם בכלל זה דכיון דהשטר בחתימת ידו הודאת בע"ד כמאה עדים דמי ועיקר התקנה הוא משום עידי שקר אבל בח"י עצמו מה חששא יש ואין חילוק אם כל השטר כתוב בכת"י או שכל הכתב כתוב בכתב ידי אחר והבע"ד חתום בח"י על זה [סמ"ע] :

ה מנהג הקדמונים היה שכשהיה אחד מוסר בקניין לפני הסופר והעדים לכתוב איזה שטר אם לא היו פנוים לכתוב כעת השטר למוסרו ליד המלוה או ליד הלוקח היו כותבים בקוצר טופס שטר לזכרון דברים כדי שלא ישכחו לעת הפנוי לכתוב שטר כתקונו והיה הסופר כותב הטופס והעדים חותמים עליו ומונח ביד הסופר אין דין שטר לאותו טופס אא"כ יש מנהג בעיר שיהיה לו דין שטר דכל שלא חתמו בו העדים למוסרו לבעה"ש רק לזכרון דברים בעלמא לא מקרי שטר וכן שטר שלא ניתן ליכתב כגון שהעדים כתבו בלא ציווי המתחייב ואיכא למימר שהעדים טעו אין דנין ע"פ אותו שטר וכמ"ש בסי' ל"ט משום דהוה מפי כתבם כמ"ש בסי' כ"ת דרק שטר כתקונו התירו חכמים מפני תקון העולם כמ"ש שם מיהו יש חולקים וס"ל דבכל שכתבו טופס ע"מ לכתוב שטר אע"פ שלא נכתב השטר יש לטופס זה דין שטר ודווקא אם היה ע"פ ציווי הלוה שהתחייב א"ע בפני עדים לכתוב השטר ולא הספיקו לכתוב כתקונו אז יש לטופס דין שטר אבל בלא ציווי הלוה אין לזה שום דין שטר [ס"ך והאחרונים] :

ו שטר על שם ראובן וכתוב בו שיוכל כל המוציאו לגבות בו בלא הרשאה אם יש מנהג בעיר שלא לגבות בו בלא הרשאה אין גובין שאין כותבין זה אלא לחיזוק בעלמא [טור] אבל אם אין מנהג בעיר שלא לגבות בו בלא הרשאה תנאו קיים וגובה בו בלא הרשאה אף אם לא כתוב בו מפורש בלא הרשאה אלא שיוכל כל המוציאו לגבות בו [ב"י] ואפילו כתוב בו שנתחייב לכל מוציאו בין יהודי בין אינו יהודי ואע"פ שאין העובד כוכבים זוכה בו כדינא דהא צ"ל שהעדים זוכים עתה בשביל המוציאו וזכייה הוא מטעם שליחות ואין שליחות לעובד כוכבים [דמ"ר] מ"מ לגבי ישראל תנאו קיים ויש חולקין וס"ל דגם לגבי עובד כוכבים יכול להשתעבד עצמו [כס"מ] ודווקא שהמוציא היה ילוד בשעת הלוואה אבל אם נולד לאחר מכאן אינו גובה בו דלא היה יכול להשתעבד למי שלא בא לעולם ושטר שלא נכתב בו שם המלוה כלל רק לכל מוכ"ז כל המוציאו גובה בו כמ"ש בסי' נ' :

ז מדקדקין לשון השטר ודנין ע"פ אותו דקדוק ולא אמרינן האי גברא לא גמיר כולי האי והיה סבור שהדין היה בעניין כך ומפני כך כתב אותו לשון ואין חילוק בשטר באיזה לשון שנכתב הן שנכתב בלה"ק הן שנכתב בלשון לעז מדקדקים ע"פ אותו לשון ומי שטוען שהוא ע"ה ואינו יודע כלל ואינו מבין מה שנכתב ואפילו ידענו שאין מבין הלשון כלל אין ממש בטענתו וכמ"ש בסי' מ"ה דכיון שחתם עצמו או צוה לעדים לכתוב התחייב א"ע בכל הכתוב בו וכל דקדוקים שיש לדקדק מן השטר מדקדקים בו ולא אמרינן האי גברא לאו בר הכי הוא שידקדק כל כך ובפרט שאינו יכול לקרות כלל אמנם זהו כלל גדול בכל ענייני תנאים שאדם מתנה עם חבירו אין הולכין אחר לשון הכתוב אלא אחר הכוונה לפי נושא העניין כמו בנדרים שמבואר ביו"ד סי' רי"ח וצריכים הדיינים להבין עומק העניין ויבואו על האמת :

ח הרוצה לפסול שטר מפני שהוא שטר ישן מאד ועוד מפני שהמלוה בא כבר לתכלית העוני ולא הוציאו ע"ד כה ועוד מפני שלא הוציאו בחיי הלוה רק אחר מותו ותובע מיורשיו עכ"ז אין השטר נפסל בכך אם המלוה נותן אמתלאות כהוגן רק שחייבים ב"ד לחקור ולדרוש ולפשפש אחריו יפה יפה ואע"פ שכתוב בו נאמנות וגם כתוב בו שלא יטעון הנתבע שום טענה נגד השטר וקבל עליו באו"ש מ"מ חייבים ב"ד לחקור ולדרוש ולפשפש כדי להוציא הדין לאמיתו ואם יראה לו לדיין באומדנא דמוכח שהדין מרומה ושקר יכתוב ויחתום שאין לשום דיין להשתדל בדין זה ויתן הכתב ביד הנתבע ונ"ל דכ"ז הוא בשטר בעדים אבל שטר בח"י הלוה אם יש בו כל כך ריעותות שנתבאר כיון שבלא"ה נאמן לומר פרעתי ע"פ שבועת היסת כמ"ש בסי' ס"ט בזה אין מחייבין אותו אפילו שבועה אלא ח"ס וכ"ש אם הוציאו על יורשיו אין ממש בו וטוענין שפרוע הוא וע"ש בסי' ק"ח :

ט לוה שפרע למלוה ואין המלוה רוצה להחזיר לו שטרו יש לכופו עד שיחזירנו לפי שעובר על לאו של

של דברי קבלה אל תשכן באהליך עולה ושטר שנפרע או שנמחל צריך המלוה להחזירו ללוה כי הנייר שלו הוא דהוא נותן שכר הסופר ואם המלוה נתן השכר צריך הלוה לשלם לו ועכ"ז אין לו לעכב השטר בשביל זה כמ"ש בסי' נ"ז ולכן מי שיש בידו שטר מתנה שמן הדין אינו גובה בו וטוען הנותן שיכופו אותו להוציא השטר מת"י אין כופין אותו דהא המקבל מתנה נותן שכר הסופר והנייר שלו הוא מיהו אם רואים שע"י זה שישאר השטר בידו יהיה קילקול כופין אותו לשרוף השטר והלה ישלם לו שכר הסופר והנייר :

י אין שום חילוק בדיני ממונות בין איש לאשה דאשה שוה לאיש לכל דינים ועונשים שבתורה ולכן אשה שנתחייבה לישבע כתקנת הגאונים שתקנו שבועה ללוה כשטוען אין לי כמ"ש בסי' צ"ט והיא מסרבת כופין אותה עד דצייתא דינא כשם שכופין לאיש :

יא שטר שכתוב בו שאם לא יעשה ראובן דבר זה ישלם לשמעון ההוצאות שהוציא ולא עשה חייב לשלם לו אבל אם כתוב בו שישלם ההוצאות בכפל מכפי מה שהוציא אסמכתא היא כיון דקיבל עליו מילתא יתירתא כעין קנס ואינו גובה אפילו כשכתוב בו דלא כאסמכתא וכו' דכתיבת דלא כאסמכתא אינו מועיל אלא במקום שאין האסמכתא מפורש כל כך בהשטר אבל כדחזינן אסמכתא מפורשת אינו מועיל כתיבה זו אא"כ עשו באופן שלא יהיה בזה אסמכתא כמו בקניין ובב"ד חשוב או במעכ"שיו מתנה גמורה כפי הדיעות שיתבארו בסי' ר"ז בדיני אסמכתא ואע"פ שהכפל אינו משלם אבל כפי מה שהוציא משלם ואם כתוב בו שישלם לו מה שיהיה לו מניעת הריוח הוי אסמכתא דמניעת הריוח לא הוי היזק [ס"ך] ונ"ל דדווקא מניעת הריוח מעסק שאינו קבוע אצלו למחייתו לא מקרי היזק אבל מעסק קבוע אצלו למחייתו שפיר מקרי היזק ולא הוי אסמכתא וכן אם הפסיד לו ע"י זה מסחור יריד הקבוע מזמן לזמן שפיר מקרי היזק עיי' בא"ח סי' תקל"ט [ופי' הסמ"ע בס"ק י"ב לגירסא דעד הכפל לא נתברר אלי ודו"ק] :

יב שטר שכתוב בו בלשון זה ביאור מה שהודה בפנינו ראובן שיש אצלו ממון עזבון יעקב כך וכך אין לזה דין שטר לגבות בו ממשעבדי כי אין בו קניין אלא הודאה בעלמא היא ומוכיח הלשון שלא כוונו בכתיבה זו אלא לזכרון דברים ולא לשם שטר שלא כתבו העדנו על עצמינו או אנחנו עדים חתומי מטה מעידים ולא הודה בפנינו סתם כמו שכותבין בשטרי הודאות ומדכתבו ביאור וכו' גרעו בזה שמורה על זכרון דברים בעלמא ולכן גם נאמן לומר פרעתי ואפילו כהעדאת עדים בע"פ לא הוה דזהו מפי כתבם [סס] ואינו מועיל רק שלא יוכל לומר להד"ם או משטה אני בך או שלא להשביע א"ע אם העדים אומרים שהודה בפניהם בהודאה גמורה כמו שיתבאר בסי' פ"א ואם אין העדים לפנינו כיון שהתובע מוציא שטר כזה ומכירים חתימות העדים אין הנתבע יכול לטעון להד"מ ומשטה ושלא להשביע דמסתמא היתה הודאה גמורה דאל"כ לא היו נותנין השטר ליד התובע [נ"ל] וכל שטר שיש בו ספק אם נכתב לשטר גמור או לזכרון דברים בעלמא תלוי בהבנת הדיינים לפי העניין והלשון [נ"ל] :

יג ראובן ושמעון היו שותפים והתחייב שמעון עצמו בשטר נגד ראובן עד אלף זהובים וכהוב בשטר ששטר זה נתן לו באופן שכל מה שיוודע ע"פ החשבון שנשאר של ראובן בידו ויתן לו כתוב וחתום בח"י יתחייב לו באותו סך בשטר זה שהוא בעדים לטרוף בו מלקוחות ולכן כתב סכום אלף זהובים כי ידע שיותר מזה בוודאי אין לראובן בידו ואם לא היה כותב סכום כלל אלא סתמא כל מה שיתחייב לא היה גובה בו מלקוחות דדבר שאינו קצוב אין גובין בו מלקוחות כמ"ש הרמב"ם פכ"א ממלוה ויתבאר בסי' קט"ו ולכן עשה דבר קצוב לא יותר מאלף זהובים ואע"ג דלמטה אינו קצוב מ"מ כיון דלמעלה קצוב גובה ממשעבדי [לו"ת] ואפילו אם נאמר דבעינן גם קצוב למטה [תוס' כתובות כ':] מקרי זה ג"כ קצוב דהרי ביד המלוה והלוה לעשותו קצוב כשיעשו חשבון [נס"מ] ונכתב שטר זה באחד בניסן ובאחד באייר הוציא ראובן כת"י של שמעון שהודה שיש לראובן עליו מאה זהובים גובה אותם ראובן מלקוחות שלקחו משמעון מזמן אחד בניסן דהא אז יצא הקול שיש לו על שמעון שטר עד אלף זהובים :

יד ראובן שתבע את שמעון לדין וא"ל אתה הודית בפני עדים הודאה גמורה שאתה חייב לי מנה בשטר ועתה גנבו השטר ונתנוהו לך והשיב שמעון אמת שהודיתי אבל אתה לא הלויתני מעולם והמעשה היה שלוי בקש אותי לעשות עלי שט"ח בשמך כאלו לויתי ממך מעות ומסרתי ללוי השטר ונתן לי משכון שאהיה בטוח במה שהתחייבתי א"ע בהשטר והוא עשה כן לאיזה עניין שהיה מוכרח לעשות כן ואח"כ החזיר לי לוי השטר והחזרתי לו משכונו נאמן שמעון בשבועת היסת במיגו דאי בעי היה אומר פרעתי והיה נאמן בהיסת כיון שאין השטר ביד המלוה ולכן נאמן ג"כ לומר שהמעשה היתה כמו שאומר וכן כל כיוצא בעניינים כאלו נאמן במיגו אם יש לו :

סימן סב [דין אשה הנושאת והנותנת בתוך הבית ובו י"ג סעיפים] :

א אשה הנושאת ונותנת בתוך הבית והיו שטרות מקניות קרקעות ועבדים או שט"ח כתובים על שמה והיא

והיא אומרת שלי הם ולא של בעלי עליה להביא ראיה בעדים שהיד לה ממון מיוחד אחר הנשואין שלא הכניסה לבעלה בתורת נכסי צאן ברזל ואפילו השטרות תחת ידה צריכה להביא ראיה ואין חילוק בין שהיא תחת בעלה ובין שהיא אלמנה ואם אינה מביאה ראיה בעדים שייך הכל לבעלה או ליורשיו אמנם כשמביאה ראיה שהיה לה ממון בפ"ע אפילו כשאינם יודעים בפרטיות ששטרות אלו הם מאותו ממון נאמנת לומר ששטרות אלו הם מממון שלה ואפילו הבעל או היורש טוען ברי שזהו מממון שלי נאמנת ואפילו תקפו ממנה השטרות צריכים להחזיר לה וכן אם לוו ממנה מעות צריכים לשלם לה [כס"מ] והטעם דחזקה כל מה שנמצא ת"י אדם שלו הם רק באשה הנושאת ונותנת אמרינן כיון שאין לה מעות בפ"ע מסתמא המעות של בעלה הם ולכן כיון שנתברר שהיה לה מעות שלה מוקמינן כל הנמצא תחת ידה בחזקתה ורק שבועה יכולים ליתן לה כמבואר באהע"ז סי' צ"ו וצ"ז :

ב מטלטלין שנמצאו אצלה אם הן תחת ידה באופן שיש לה מיגו דלהד"ם או החזרתים נאמנת אף אם לא הביאה ראיה [תתרומים] ואף שיש חולקין בזה מ"מ העיקר כמ"ש אבל במה שאין לה מיגו ע"פ הפרטים שיתבאר בסי' קל"ג או שאינם תחת ידה צריכה להביא ראיה כמו בשטרות אבל בשטרות אפילו כשהם תחת ידה לא שייך מיגו דאין גופן ממון וצריכה להראותם לגבות בהם וכן כשטוענת במטלטלין בעלי נתן לי במתנה אינה נאמנת אא"כ יש לה מיגו [כס"מ] ומעות דינם כמטלטלין :

ג לא היתה נושאת ונותנת בתוך הבית והיו שטרות כתובים על שמה הם שלה ואם היו כתובים על שמה ושם בעלה הם של שניהם ומעות ומטלטלין שנמצאו תחת ידה הם שלה ואם הבעל טוען שהם ממעשה ידיה והם שלו והיא אומרת שמנכסי מלוג הם ורק הפירות שלו או שהוא אומר מנכסי מלוג הם והפירות שלו והיא אומרת שנתנו לה במתנה ע"מ שאין לבעלה רשות בהם נתבאר באהע"ז סי' פ"ה ע"ש :

ד סתם אשה היא נושאת ונותנת דנושאת ונותנת מקרי רק אם הבעל מפקיד בידה מעות ומטלטלין [סמ"ע] דלא כיש מי שאומר דבעינן שתהא עוסקת בעסק ולבדה דווקא [כס"מ] וכן כשהיא מנהגת הוצאות הבית נקראת ג"כ נושאת ונותנת [כ"ל] ולפ"ז רוב נשים נקראו נושאת ונותנת :

ה זה שאמרנו דבנושאת ונותנת צריכה להביא ראיה בשטרות שעל שמה זהו דווקא בשטרות של אחרים אבל שטרות שהבעל עצמה כתב על שמה הם שלה [סמ"ע] אך אם השטרות ביד הבעל יכול הבעל לומר חפצתי לגלות מעותיו שטמנה ממני לכן כתבתי לה השטרות אבל לא היתה כוונתי להקנות לה אבל כשהשטרות בידה אינו יכול לומר כן דא"כ למה מסר לה השטרות [כ"ל ועיי' בס"ך ובכס"מ] :

ו כבר בארנו בס"ס ס' דבזמנינו אין שום ראיה מה שנכתבו קרקעות על שם האשה ואפילו נתקיים בערכאות מפני שהרבה עושים כן מפני איזה טעמים שיש להם ואין כוונתם להקנות להן לכן צריכים הדיינים להיות מתון בזה מאד מאד :

ז אע"ג דבנושאת ונותנת צריכה להביא ראיה זהו כשהיא בחיים אבל כשמתה טוענים ב"ד ליורשיה שאולי הם שלה ולכן יורשי הבעל עליהם להביא ראיה שהם של בעלה ואפילו כשהיורשים טוענים ברי שאינם שלה צריכים להביא ראיה אבל כשהבעל חי ומתה ממ"נ הם שלו דהא יורש אותה ואפילו כשטוענים יורשיה דאולי נתן לה ע"מ שלא יירשנה בעלה אין משגיחין בזה אם לא הביאו ראיה דזהו לא שכיח [ס"ך] ואם טוענים ברי צריך הבעל לישבע ועיי' באהע"ז סי' פ"ו :

ח כבר נתבאר בס"ס נ"ו דכשמת הבעל נאמנת לומר שאלו המעות והמטלטלין הם של פלוני במיגו כמ"ש שם אבל כשהבעל חי אינה נאמנת אף כשיש לה מיגו שהיתה מוסרתם לפלוני משום דחזקה שכל הנמצא ת"י אדם הם שלו ולא אמרינן מיגו נגד חזקה אלימתא כזו וחיישינן שמא עשתה קנוניא עם אחרים לגנוב משל בעלה אבל כשמת לא צריכה לקנוניא זו דהא יכולה לומר שהם של נכסי מלוג ולכן נאמנת במיגו ואם מתה ואמרה קודם מיתתה או שמצאו בתוב אצלה שאלו המעות והמטלטלים של פלוני הם אם הבעל מאמין לה יעשה כצוואתה ואם אין מאמין לה אזי אם לא היתה נושאת ונותנת תוך הבית נאמנת דבחזקת שלה הם כמ"ש בסעי' ג' ולכן נאמנת לומר שהם של פלוני אבל אם היתה נושאת ונותנת אינה נאמנת כשאין מאמין לה אא"כ ידוע שהיה לה ממון שאינו של בעלה דממילא מה שנמצא הם בחזקתה ויכולה לומר שהם של פלוני וכן כשאותו פלוני מביא ראיה שהם שלו מוסרין לו וגם כשהבעל חי שאינה נאמנת זהו בנושאת ונותנת ואין ידוע שהיה לה ממון שאינם של הבעל [עיי' בתו"ת וכס"מ] :

ט וכן אחד מהאחין שנושא ונותן בתוך הבית וכן כשכל האחין נושאין ונותנין [תו"ת] ונמצא לאחד שטרות עשוים על שמו או חפצים ומטלטלים שלא הוחזקו שהם שלו לבדו ואומר שלי הם שנפלו לי מבית אמי או מציאה מצאתי או מתנה נתנו לי עליו להביא ראיה בעדים שכן הוא כדבריו ואם מת והניח יתומים צריכים האחים להביא ראיה בעדים ששייך לכולם ואפילו טוענים ברי ואפילו השטרות תחת ידם [ס"ך] דכיון שהשטרות נכתבו על שמו סברא הוא שהם שלו אלא שבחייו אמרינן לו ברר דבריך דקרוב הדבר שביכולתו לברר אם האמת אתו ולכן אפילו כשהאחים טוענים שמא חייב לברר אבל יורשיו אין ביכולתם לברר

ולכן

ולכן מחזקינן שהם שלו ועליהם להביא ראיה ולכן במטלטלין דאין עליהם ראיה שהם שלו מחזקינן אותם בחזקת כולם אף כשמת ועל יורשיו להביא ראיה [סמ"ע] ויש חולקין בזה וס"ל דגם במטלטלין שהם ת"י יורשיו על האחים להביא ראיה [ע"ז] ולכן ידונו בזה הדיינים כפי ראות עיניהם וכן כשנתן מתנה ומת מחזקינן לה בחזקת המקבל אבל כשהוא חי צריך להביא ראיה [ס"ך] ואם המקבל טוען שנתנו לו אחיו במתנה נאמן כשיש לו מיגו [סס] ובשטרות לא מהני מיגו מפני שאין גופן ממון וצריך להראותם כדי לגבות בהם ויש מי שאומר דבמטלטלין כשיש לו מיגו נאמן תמיד אחד מן האחין אפילו כשאומר אחרים נתנו לי במתנה וכה"ג [כס"מ] :

י וכל זה דווקא בדבר שאינו ידוע שהיה של כל האחין אבל בדבר ידוע שהיה של כל האחין גם יורשיו חייבים להביא ראיה בעדים שנעשה של אביהם אח"כ ואם לא הביאו ראיה מחזקינן להו בחזקת כל האחין אף כשהדבר ברשותם וכן כשאין יורשיו מוחזקים בהמטלטלים ושטרות שנכתבו על שם כולם אף שלא הוחזקו ששייך לכולם אין היורשים נאמנים לומר שהם של אביהם לבדו וצריכין להביא ראיה בעדים דווקא ואם לאו מחזקינן בחזקת כולם :

יא זה שנתבאר שעליו להביא ראיה כשהוא חי זהו דווקא כשכל עסקיהם וכל הוצאות ביתם היה ביחד אבל כשהיו חלוקין בהוצאתם או שהיה לו עסק בפ"ע לבד עסקי השותפות נאמן לומר ששלו הם אם השטרות כתובים על שמו לבדו וכן המטלטלין שת"י בחזקתו הן דשמא הרויח מעסק שלו או קימץ מהוצאתו ולכן אפילו כשאומר שמעניין אחר באו לו כמו שמצא מציאה או נתנו לו מתנה נאמן במיגו ואם האחים טוענים ברי שאינם שלו לבדו ישבע היסת ששלו הם ויזם טוענים שמא יש עליו ח"ס ודווקא בשטרות שעל שמו לבדו ובמטלטלין שת"י אבל שטרות שאינם על שמו לבדו ומטלטלין שאינם ת"י אינו נאמן ואפילו יורשיו אין נאמנים ועליהם להביא ראיה בעדים וכמ"ש בסעי' הקודם :

יב כל מה שנתבאר בסי' זה זהו דווקא באשה או אחין אבל איש זר שהוא בן בית אצל אחד וממונה על עסקיו כל מה שנמצא ברשות עצמו שאינו שייך לעסקי הבעה"ב וכל שטרות שנכתבו על שמו הם בחזקתו ונאמן אפילו להוציא מיד הבעה"ב או יורשיו אם תפסו בידם ואין ביכולתם רק לחייבו היסת כשטוענים ברי שהם שלי או של אבינו אך אם נודע שהיה של הבעה"ב או כשידוע שכל חפצי הבעה"ב נמצאו תחת ידו ושטרי בעה"ב נכתבו על שמו דאז אם טוען ששלו הם צריך להביא ראיה בעדים וגם יורשיו צריכין להביא ראיה בעדים אבל בלא זה מחזקינן כל הנמצא ת"י שהם שלו ואפילו אינו אמיד ולא היה לו שום דבר חוץ משל הבעה"ב דאולי מצד אחר הגיע לו ואם מת נותנים ליורשיו דחזקה גדולה היא שכל הנמצא ת"י אדם שלו הם רק הבעה"ב או יורשיו יכולים להשביעו שבועה חמורה וגם את יורשיו יכולים להשביעם שבועת היורשים ובן בית שהודה בפני עדים כשהתחיל לישא וליתן שאין לו שום ממון רק מהמעות של הבעה"ב שנושא ונותן בהם דינו כאשה ואחין [כס"מ] :

יג בן אצל אביו דינו כאשה ואחין [ס"ך] ודווקא בבן שהתחיל לישא וליתן בנכסי אביו בעודו סמוך על שולחן אביו וידוע שלא היה לו כלום בשעה שהתחיל לישא וליתן בנכסי אביו [כס"מ] או שמפורסם ששל אביו הם דאז אינו נאמן גם לאחר זמן ודבר זה תלוי בהבנת הדיינים לפי העניין :

סימן סג [מי שהועד עליו שמחזר אחר זיוף ובו ג' סעיפים] :

א עדים שהעידו על ראובן שבא לבקש מהם שיזייפו שטר של מנה על שמעון ואח"כ הוציא שטר של מנה על שמעון אין גובין בו ואין תביעתו רק כתביעה בע"פ ואין משגיחין בהשטר אפילו אם הוא מקויים בב"ד עד שיעידו עידי השטר שהם כתבוהו וחתמוהו או אחרים יעידו שראו שחתמו אבל מה שיעידו הם או אחרים שמכירים חתימתם לא מהני דכיון דחשוד לזייף חיישינן שמא זייף חתימתם עד שבאמת נדמה להם שהיא חתימתם וי"א דאם עידי השטר בעצמם מכירין התימתם הוי קיום מפני שהם בעצמם היו מכירין אם זייפו התימתם ולדינא יש לחוש לדיעה ראשונה אבל אם מצורף לזה זוכרים גם ההלואה השטר כשר ובזכירת ההלואה בלבד אין מכשירין את השטר דשמא היה רק מלוה בע"פ והוא זייף לעשותה מלוה בשטר :

ב שטרות אחרים שנמצאו בידו אינם פסולים ואפילו על שמעון זה אם נמצא שטר אחר אצלו שלא על סכום כזה אינו פסול והטעם משום דכל אדם מוחזק בחזקת כשרות ותלינן שיש לו על שמעון מלוה ע"פ ובקש לעשותו מלוה בשטר ולכן שארי השטרות המקויימים אין בכחינו לפוסלם וראיה לזה מדלא בקש מהעדים רק לעשות לו על סכום מנה ומ"מ שטר שלו צריך דרישה וחקירה הרבה כיון דעכ"פ הוחזק לזייפן [כ"ל] ואם העדים העידו שבקש מהם לעשות שטר מזוייף על שמעון ולא הזכיר הסכום כל שטרותיו על שמעון בחזקת מזוייפים ואם בקש מהם סתם לעשות שטר מזוייף ולא הזכיר שם שמעון כל שטרותיו בחזקת מזוייפים [כ"מ מרה"ם פ"ג דכתובות סי' ג' ע"ש סקלת סלטוו מגומגס וצ"ל כמו ועוד ודי"ק] :

כשאמרנו

ג כשאמרנו שהשטר פסול עכ"ז לא קרעינן ליה דשמא יביא עדים שראו שחתמו וגם אין מניחין השטר בידו דשמא יגבה בו הוא או יורשיו בב"ד אחר שלא ידעו שרצה לזייף אלא מניחין אותו ביד שליש ואם תפס בשטר זה מהלוה בעדים דאין לו מיגו שלא לקחתי מוציאין מידו דעד שיתברר הכשירו מוחזק הוא לפסול ואם הוציא שטר שראוהו עדים בידו קודם ואותו זמן שהיה מחזר אחר זיוף אין השטר נפסל למפרע שהרי באותו זמן היה עדיין בחזקת כשרות ודווקא כשנתקיים בב"ד קודם הזמן הזה [ס"ך] :

סימן סד [נפקד שרוצה לעכב בחובו שטרות של פקדון ובו ג' סעיפים]

א בסי' ק"ז יתבאר דמדינא דגמ' מטלטלי דיתמי לא משתעבדו לבע"ח ורק הגאונים תקנו שישתעבדו וגובין מיתומים אף ממטלטלין ומשטרות שהניח להם אביהם ואף לדינא דגמ' אם תפס המלוה מטלטלין בחיי הלוה גובה מהם ואף אם תפס שטרותיו של הלוה שאין ביכולהו לגבות מבע"ח של הלוה בלי כתיבת שטר אחר כמו שיתבאר בסי' ס"ו עכ"ז הוה תפיסה וביכולתו שלא להחזיר השטר עד שיורשיו ישלמו לו המגיעו ודווקא כשתפסו לשם החוב אבל במה שהיה ת"י לשם פקדון לא נחשבה תפיסה כלל דידו כיד המפקיד [רמ"י כתובות פ"ה.] ולכן מי שהפקידו בידו שטרות ומת המפקיד וטוען הנפק־ מחיים תפסתי אותם למשכון בשביל חוב שיש לי ע־ המפקיד אם יש עדים שתבעם ממנו מחיים ולא רצה להחזירם לו הוי תפיסה ואי לא לא ומיירי שיש עדים שהפקידם בידו וגם יש עדים שראום בידו קודם שבאו לב"ד לדין שאם לא כן לא היינו מצריכים עדים שתבעם ממנו בחייו אלא היה נאמן על זה בדיבור בעלמא במיגו דנאנסו אף כשיש עדים שהפקידו בידו אם לא ראום בידו או במיגו דלהד"ם אף אם ראום בידו אם אין עדים שהפקידו בידו דהיה אומר להד"ם שלא באו מעולם לידו בתורת פקדון אלא בתורת משכון [סמ"ע] ואף שבועה א"צ [ש"ך] וכל זה הוא לדינא דגמ' אבל לפי תקון הגאונים גובין משטרותיהם אפילו לא תפ־ מחיים :

ב וכל זה אם החוב מבורר אבל אם אין החוב מבורר אלא ע"פ טענתו של הנפקד אזי גם לפי תקון הגאונים אינו נאמן אלא כשיש לו מיגו אבל בלא מיגו איך נאמינו ויש חולקים וס"ל דלא מהני מיגו בשטרות כלל דדווקא במטלטלין מפני שיכול למוכרן מהני מיגו אבל בשטרות שכתובים על שם אחר אין ביכולת למוכרם ואין לומר שיעשה קנוניא עם הלוים להניח להם מהחוב ולקבל פחות דמי יימר שיתרצו בהקנוניא דשמא הם אנשים כשרים ולא ירצו לעשות עולה וא"כ בהכרח לו לטעון שתופס אותם למשכון וכשאין החוב מבורר במה נאמינו ולכן אין ביכולתו לתופסם אפילו בזמה"ז ומחוייב להחזיר השטרות להיורשים [סס] וכן נראה עיקר לדינא וכמ"ש בסי' ס"ב סע' ב' וסעי' ט' אבל בשארי מטלטלין בשיש לו מיגו וודאי דנאמן ע"פ הפרטים שיתבארו בסי' קל"ג :

ג כתב רבינו הרמ"א דאע"פ שאין לו מיגו ואינו יכול לומר לקוחין הן בידי מ"מ אם תפסם מחיים יכול לומר למשכון תפסתים דלא כיש מי שאומר דלא יוכל לומר למשכון תפסתים אלא בידוע שהיה חייב לו מאחר שאין לו מיגו עכ"ל ואין כוונתו דאין לו מיגו כלל אלא דר"ל דאין לו מיגו לומר לקוח הוא בידי דשטרות אין נקנים בלתי כתיבת שטר אחר עכ"ז כיון שיש לו מיגו שהיה מטמינם כגון דליכא עידי פקדון או עידי ראיה וכמ"ש ודעת היש מי שאומר הוא דעת היש חולקים שבסעי' הקודם [כ"ל ולחכם דחו האחרונים דבריו] :

סימן סה [דיני שטרות שנמצאו ודין שובר שנמצא ביד שליש ובו כ"ו סעיפים] :

א המוצא שטר אצלו ואינו יודע מה טיבו אם המלוה הפקידו אצלו או הלוה או שניהם השלישוהו בידו כגון שמקצתו פרוע וכן שטר מכר או מתנה או משכנתא או שארי מיני שטרות שנמצא אצלו ושכח העניין מי השלישו ועל מה השלישו אין ביכולתו לעשות שום מעשה בשטר זה ויהא מונח עד שיבא אליהו או שיתברר הדבר או שהוא עצמו יזכור מה עניינו דהוא נאמן לומר נזכרתי [גס"מ] או שהצדדים בעצמם אומרים שכך וכך הוא עניין השטר דכיון שהם משתוים בדבר עושים כדבריהם ואף דיש לחוש לאיזה קנוניא כשאומרים להחזיר השטר להמלוה שמא כוונתם לטרוף מלקוחות וכה"ג איזה קנוניא כמו דחיישינן בשטר שנמצא כאשר יתבאר בסי' זה מ"מ לא חיישינן לזה דלא חיישינן לקנוניא אלא בשטר שנמצא דניכר שלא נזהרו לשומרו אבל בשטר המופקד ביד אחד למה לנו לחוש לקנוניא ועושים כדבריהם בלי שום שבועה [ס"ך] וי"א דאם יש לחוש לקנוניא לא יעשו כדבריהם ורק אם שניהם מצוים לקרוע השטר דבזה לא שייך קנוניא וכשהצדדים מחולקים יכול אחד לומר או השבע אתה שכדבריך כן הוא ויתנו לך השטר או אני אשבע ויתנו לי השטר ואם השכנגדו אינו רוצה נשבע ונוטל [סס] ואם עד אחד מעיד כדברי האחד כגון שמסייע למלוה והלוה מכחישו נשבע הלוה שד"א להכחיש העד והשטר נשאר ביד השליש ואם הלוה אומר יעהעד אומר אמת שבשעה

שהוגח

שהונה היה כמו שאומר העד ואח"כ נשתנה הדבר ע"י תנאי שהיה בינינו או שפרעתיו הוה מחוייב שבועה ואינו יכול לישבע ומשלם וכמ"ש בסי' נ"א סעי' א' ואם העד מעיד כדברי הלוה אם הלוה אומר להמלוה השבע כנגד העד ותקבל השטר כופין את המלוה או שישבע או לקרוע השטר ואם אינו אומר להמלוה כן ישאר השטר ביד השליש והמלוה אין ביכולתו לכוף להלוה שישבע ויטול דשבועה שחייבה תורה כנגד העד הוא לישבע ולפטור ולא לישבע וליטול ושבועה כזו היא שבועת המשנה כשהשטר הוא ביד המלוה כמ"ש בסי' צ"ד ולא כשהשטר הוא ביד אחר וכן תדין מזה לשארי מיני שטרות [כ"ל]:

ב אם זה שנמצא השטר בידו החזירו למלוה עבר על דברי חכמים ואם המלוה מודה שזה נתנו לו צריך להחזיר לו ויהא מונח ואף לדיעה ראשונה שיתבאר בסעי' י"ט גבי מצא שט"ח דאם המוצא החזיר להמלוה א"צ להחזיר לו מ"מ בנפקד מחוייב להחזיר דהא מי שהשלישו אצלו הימניה והשליש הוא כבעל דבר ממש וכשנולד ספק אצל השליש הוי כנולד ספק אצל המלוה וכשהמלוה טוען שמא והלוה ברי פטור כמ"ש בסי' נ"ט וא"כ אע"ג דיש לו מיגו שהיה אומר שזה לא נתנו לו לא מהני מיגו בזה [נס"מ] אבל אם המלוה מכחישו ואומר שהשטר מעולם היה בידו גובה בו וא"צ אפילו לישבע נגד הנפקד דהא הנפקד אינו טוען ברי ששטר פרוע הוא [ס"ך] ורק הלוה יכול להשביעו כמו בכל השטרות:

ג אם שטר משכנתא על קרקע נמצא בידו ואינו יודע מה טיבו אע"פ שבעל המשכונא מוחזק בקרקע אינו מועיל לו כלום כיון שנמצא שרק במשכנתא היא ויהא השטר מונח עד שיבא אליהו ומחזיר הקרקע לבעליה אע"פ שמוחזק בה דקרקע בחזקת בעליה עומדת והוא אינו נאמן לומר לקוח הוא בידי כיון שנודע שבתורת משכון בא לידו וגם אינו נאמן לומר שממושכן בידו בסך כך וכך כמשמעות השטר דכיון שהוא ביד שליש שמא נפרע כולו והלוה הפקידו [סמ"ע] דקרקע זו כיון שנמצא שטר משכנתא ת"י שליש מסתמא נתפרסם הדבר ויצא קול שמשכונא היא ואין לו חזקה ודווקא כשהשטר נכתב קודם שהחזיק ג' שנים דאל"כ יכול לומר לקוחה היא בידי מכבר ולא נזהרתי בשטרי יותר משני חזקה ואח"כ העדים המוכר וכתב בעצמו שטר משכנתא כדקיי"ל כותבין שטר למוכר אע"פ שאין לוקח עמו וכן שטר משכנתא ונתנו ביד שליש כדי להתגולל עלי ואם השליש זוכר ששניהם נתנוהו בידו אין לו חזקה כלל כפי שיתבאר בסי' ק"נ ע"ש והשליש נאמן לעניין זה יותר מעד אחד דעכ"פ היה לו ליזהר בשטרו [ככ"ל ול"ש קושית הכס"מ והסמ"ר ול"ש דברי הסמ"ע וכ"מ מלשון הטור ודו"ק]:

ד כל הדינים האלו הוא דווקא כשהנפקד אין לו שייכות כל כך עם המלוה אבל בן שנמצא שטרות של אביו בידו או אב שנמצא שטרות בנו אצלו והבן סמוך על שולחנו וכן חתן הסמוך על שולחן חמיו ונמצאו שטרותיהם זה אצל זה [כ"ל] וכן כל אלו שאין להם חזקה זה על זה כמו שיתבאר בסי' קמ"ט כל אלו כאדם אחר הם והוי כאלו נמצאו ת"י עצמו ואם טוען האב שהלוה חייב לו גובה בו אף כשהשטר נמצא ת"י הבן וכן הבן שטוען כן כשהשטר ת"י האב אא"כ גם הם טוענים איני יודע והלוה אומר שפרע דאז צריך מי שהשטר ת"י לחזור השטר להלוה כמ"ש בסי' נ"ט סעי' א' [נס"מ]:

ה וכן יורשי הנפקד שמצאו אצל מורישם שטרות של אחרים לא יחזירו שום שטר אא"כ יודעים מה טיבו או שנמצא בכת"י מורישם מה טיבו אך בזה יש חילוק בין יורשים להנפקד עצמו דביורשים כשיודעים שהשטר נמסר משני הצדדים אך שאינם יודעים הפרטים דינו כדין שנים אוחזין בשטר ויחלוקו כמו שיתבאר בסי' זה משא"כ בנפקד עצמו אם אינו יודע הפרטים אע"פ שיודע ששני הצדדים השלישוהו יהא מונח עד שיבא אליהו או עד שיבורר הדבר דספיקו של השליש הוה כספיקו של בע"ד עצמו לעניין זה דמרע לשטרא [סס] וי"א שיש עוד חילוק לעניין כשהמלוה בעצמו תפס השטר מבית המוריש קודם שבא ליד היורש דלא נפל ספק כלל אצל שום אדם קודם שבא ליד המלוה לא אמרינן בזה יהא מונח דכיון דתפס תפס וגובה בו משא"כ כשתפסו בחיי הנפקד צריך להחזירו כמ"ש בסעי' ב' והטעם דכיון שלא נולד הספק עד אחר שהשטר הוא ביד המלוה והנפקד לא הגיד בחייו שום ספק על שטר זה הוה תפיסתו תפיסה מעליא משא"כ כשהנפקד הגיד הספק בחייו לא מהני תפיסה גם אחרי מותו ובהכרח שיהא מונח אבל ספיקם של יורשים אינו מגרע כלל כשהשטר הוא כבר ת"י המלוה ויורשים שמצאו כתובת אשה מופקדת אצל מורישם והאשה יושבת תחת בעלה מחזירים להאשה כי אין דרך לגבות כתובה בחיי הבעל ומסתמא הפקידה האשה אצלו וכן כל שטר שהוא עדיין תוך זמנו מחזירים להמלוה שאין דרך לפרוע תוך זמנו ומסתמא הפקידו המלוה אצל מורישם אבל הנפקד עצמו כשיש אצלו ספק אז אפילו תוך זמנו יהא מונח דספיקו של השליש הוה כספק של בע"ד עצמו וכמ"ש:

ו אם היורשים טוענים על שטר שמצאו ברשות מורישם שמורישם הלוה עליו מעות ואומרים שאע"פ שלא היה יכול לגבות בשטר זה שנכתב על שם אחר מ"מ לקחו למשכון טענתם טענה אבל הב"ד אין טוענים בשבילם טענה זו אף דקיי"ל טוענין ליורש משום דהוי מילתא דלא שכיחא להלוות על שטר שעל שם אחר בלי כתיבת שטר אחר ומילתא דלא שכיחא לא טענינן ליתמי ואף היורשים בעצמם לדיעה שכתבנו בסי' ס"ד דבשטרות

דבשטרות

דבשטרות ליכא מיגו ואביהם לא היה יכול לטעון כן גם הם אין יכולים לטעון כן דהיורשים אין יכולים לטעון טענה שמורישם לא היה ביכולתו לטעון כן ובשטר שנכתב לכל מוכ"ז וודאי דגם הב"ד טוענים בשביל היורשים כל מה שמורישם היה יכול לטעון דשטר כזה נקנה במסירה בלבד כמ"ש בסי' נ' רק הלוה יכול להשביעם שבועת היורשים [כ"ל] :

ז מעשה היה בראובן שמת ונמצאו אצלו שטרות של אחותו קשורים יחד ומקצת מהשטרות היו לזכותה דהיינו שטר נדונייתה וקרקעותיה ומקצת היה לחובתה דהיינו שטר מתנה שנתנה לבעלה קרקע שלה ופסק הרא"ש ז"ל דאע"פ ששטר נדונייתה הוה כשאר שט"ח דהדין הוא שיהא מונח עד שיבא אליהו מ"מ כיון שנמצאו יחד קשורים עם שטרי קרקעותיה שהם וודאי שלה הוי כאלו נודע שהיא הפקידתם ולכן גם שטר המתנה שלבעלה אנו מחזיקים שהיא הפקידתו ועדיין לא נתנה לבעלה ודווקא בלא קניין אבל כשיש קניין בשטר מתנתה זכה הבעל אף כשלא בא לידו [ס"ך] ולכן כשאין קניין יחזירו הכל לה או ליורשיה ואף דיש ספק שמא ראובן עצמו קשר השטרות יחד [סס] מ"מ מחזירין לה מפני ס"ס ספק שמא היא קשרתם ואת"ל שראובן קשרם יש ספק שמא היא הפקידתהו והיא נקראת מוחזקת ולכן מחזירין לה הכל [כ"ל] ואין לומר דזהו משם אחד ואין זה ס"ס באיסורין כמ"ש ביו"ד סי' ק"י מ"מ בחזקת ממון שהאדם מוחזק בו כמו במתנת קרקע הזו שהיא מוחזקת בה שפיר הוי כס"ס דאפילו אם לא היה קשור היה כספק מי השלישו ועתה כשקשור יש ידים מוכיחות לזכותה להעמיד הקרקע בחזקתה [כ"ל] :

ח המוצא שט"ח אע"פ שיש בו נאמנות ואפילו הוא תוך זמנו אם אין הלוה מודה כגון שאומר שהוא פרוע וממנו נפל לא יחזיר להמלוה דכיון דנפל איתרע ליה שהרי נראה שלא חשש בשמירתו אבל אם הלוה מודה יחזירנו למלוה בד"א שמפורש בשטר שאינו חייב באחריות אבל בלא זה לא יחזיר גם כשהלוה מודה דחיישינן שמא פרעו ועושים עתה קנוניא לגבות מלקוחות של הלוה דכיון דנפל חיישינן להרבה חששות ואם יש להלוה נכסים בני חורין כפי החוב הזה יחזיר כשמודה דליכא חששא ללקוחות דהא יגבה מבני חורין ולא ממשועבדים ואף שיש לחוש שמא יש עליו עוד חובות אך לריבוי חששות כאלו אין לנו לחוש וי"א שחוששין גם לזה וצריך דווקא שיוודע שאין לו עוד חובות [ס"ך] וכן כשנמצא ביום שנכתב מחזיר למלוה בציווי הלוה דאין שום חששא נגד הלקוחות דהא ביכולתו לכתוב לו היום שטר אחר וי"א עוד דביום שנכתב מחזירין למלוה אפילו בלא שאלת פי הלוה משום דאינו מצוי כלל שיפרענו ביום שהלוה ואמנם זהו דווקא כשאין הלוה בכאן אבל כשהוא בכאן וטוען שפרעו לא יחזיר דכיון דנפל איתרע וכן לא יחזיר השטר להלוה אפילו אם הוא אחר זמנו ואין בו נאמנות ויונח אצלו עד שיתברר ואפילו הלוה נותן סימן מובהק בהשטר לא מהני דאין ראיה שמידו נפל דהרי השטר היה בידו קודם שמסרו למלוה ולכן יודע הסימן וכן אם המלוה נותן סימן מובהק לא מהני דאין ראיה שמידו נפל דשמא אחר שפרע לו הלוה נפל מיד הלוה והוא יודע הסימן מפני שהיה בידו קודם הפרעון אמנם כשהלוה אומר שמעולם לא לוה בשטר זה מחזירין למלוה דהלוה נתפס בשקרו דאם כדבריו מאין יודע המלוה סימניו ואף כשאומר אח"כ לויתי ופרעתי אינו נאמן דהוחזק כפרן כמ"ש בסי' ע"ט [כ"ל] :

ט אפילו מצא בשוק שטרות קרועים ושט"ח אחד שלם ביניהם וכל השטרות הם על שם מלוה אחד דיש כעין ראיה ששטר זה פרוע מדמונח בין שטרותיו הקרועים מ"מ לא יחזירנו ללוה וגם לא למלוה אא"כ יש עמהם שובר דאז ימסרנו ללוה דבשובר ונמצא בין שטרות קרועים אפילו נמצא בביתו של מלוה ואפילו השובר אינו חתום כלל חייב להחזירו להלוה כמו שיתבאר בסי' זה וכ"ש בנמצא בשוק ואם מצא שטר שיש בו ריבית יקרענו מיד וכשהביאו לב"ד הב"ד יקרעוהו מיד [סמ"ע] ואין חילוק בשטר הנמצא בשוק בין שכתוב בו שם המלוה בין שכתוב בו לכל המוציאו דלא יחזירנו לשום אדם עד שיתברר הדבר אבל הוא לא זכה בו לגבות בו דהרי לא הלוה עליו ואף אם נחשבנה כמציאה הלא יש בו סימן וחייב להכריז וזה שבארנו בסי' נ' סעי' ג' דכשנכתב לכל מוכ"ז כל המוציאו גובה בו אף כשידוע שלא הלוה עליו ע"ש הדאי דכן הוא נגד הלוה שנשתעבד א"ע לכל מי שמוציאו וגובה ממנו כל זמן שעדיין לא נתוודע שפרע עליו כמבואר שם אבל המוצא בעצמו נגד המלוה האמיתי גזלן הוא ולכן נ"ל דכשהמוציאו הודה שמצאו אין ב"ד מניחין אותו לגבות בו ויהא מונח עד שיתוודע מי הוא המלוה [ככלע"ד] •

י המוצא שטר בכלי יתננו למי שנותן סימן בהכלי ואפילו כשאינו נותן סימן בהכלי אלא כשזה הכריז שטר מצאתי וזה אומר מצאת בכלי פלונית אם אין דרך העולם ליתן שטרות בכלי כזו הוה סימן ומחזירין לו דנתברר שנפל מיד זה ובזה לא שייך לומר דאיתרע שטרא מדלא נזהר בו דהא הכלי וודאי לאו אבידה מדעת היא ונאבד באונס ועוד כיון דנתברר שמידו נפל אין בכחינו שלא להחזיר לו מפני שלא נזהר בשמירתו [עיין ברא"ש פ"ק דב"מ סי' כ"ה] :

יא מצא שטרות שנים או יותר מכורכים יחד על לוה אחד שלוה משני מלוים אם השטרות מקויימים מב"ד יחזירם ללוה אף בלא סימן דוודאי ממנו נפל דאין לומר שנפלו מהמלוים כשהלכו מב"ד דא"כ מי כרכם יחד אלא וודאי דהלוה פרע להם וקבל שטרותיו וכרכם ונפלו ממנו

ממנו אבל אם אינם מקויימים יש לחוש שמא הלכו המלוים לב"ד לקיימם והב"ד כרכום עד שיקיימום ומיד הב"ד נפלו [סמ"ע] או שהמלוים כרכום כיון שהלכו למוסרם לב"ד ברכום יחד ומהם נפלו אבל אחר הקיום מקבל כל אחד שטרו ואם השטרות הם משני לוין ומלוה אחד יתנם למלוה אף בלא סימן דוודאי ממנו נפל ואין לומר שהלוים הלכו יחד לב"ד לקיים שטרותיהם וכרכום יחד ונפלו מהם דידוע שהלוה אינו הולך לקיים שטרו רק המלוה אמנם אם השטרות הם כתב יד סופר אחד יש להוש שמא הלוים בקשוהו לכתוב השטרות דכותבין שטר ללוה בלא מלוה והסופר כרכם לאחר כתיבתו ומידו נפלו וגם בזה לא שייך לומר כשצריך להחזיר למלוה הרי איתרע שטרא בנפילתו דכיון שהם כרוכין יחד ניכר שאינו אבידה מדעת ודווקא בשטר אחד שנמצא או שטרות מפוזרים י"ל ריעותא זו אבל לא בכרוכין [בעס"ת] ועוד מפני טעם השני שבארנו בסעי' הקודם ובכל מה שנתבאר בסעי' זה כשיש ספק ממי נפל כיצד עושים נותנים למי שנותן סימן בהכריכה ובמניין השטרות :

יב אמרו רז"ל [ספ"ק דב"מ] מצא ג' שטרות או יותר כרוכים זה על זה או שאחד כרוך בראש חבירו יכריז שטרות מצאתי ומי שיתן בהם סימן יחזיר לו ונחלקו רבותינו בפירושו של הסימן י"א שצריך שיאמר כך וכך שטרות היו וכרוכים היו [רש"י] וי"א שדי שיתן סימן במניין השטרות וא"צ שיאמר האיך היו כרוכים [טור] והכריכה אינו אלא כדי שיוכל ליתן סימן בהמניין דאל"כ שמא לא נפלו ביחד ומתייאש כי לא יוכל ליתן סימן בהמניין [רא"ש] ולא קפדינן איך היה הכריכה רק אם אין ביכולת שיתפרדו [נמק"י] וכן אם נותן סימן טוב בהכריכה באיזה אופן היו כרוכין ג"כ הוה סימן וי"א דאם היו השטרות של לוים ומלוים נפרדים מועיל סימן אחד או מניין או כריכה וכן אף אם היו כל השטרות של לוה ומלוה אחד ובאו שניהם ואחד נותן איזה סימן והשני אינו נותן שום סימן נותנין למי שנותן הסימן אבל כשאין שניהם לפנינו והשטרות הם של לוה ומלוה אחד ובא אחד מהם ונותן סימן אחד אין נותנין לו עד שיתן כל הסימנים שיכול להיות והטעם משום דנוכל לחשוש כשהמלוה אומר הסימן שמא פרע לו הלוה והמלוה נתנם לו כך כרוכין ולכן יודע הסימן וכן כשהלוה נותן הסימן יש לחשוש דשמא כשלוה ממנו נותן לו כך כרוכים ולכן יודע הסימן אף שנפל מהמלוה ולא הקפידו כל אחד כשקבל מחבירו לשנות הכריכה ולכן דורשים ממנו כל הסימנים שיכול להיות ואע"ג דלפי חשש זה אין ראיה מכל הסימנים ג"כ מ"מ אין ביכולתינו לעשות יותר מזה [ככ"ל בילקוט הרמ"ס סבטור] ומהרמב"ם סוף גזילה משמע דדי בסימן אחד וסימן מניין אינו אלא בשלשה שטרות ולא בשנים דכיון דהמוצא אומר שטרות מצאתי אינם פחות משנים ונראה דאף להדיעות שנתבאר שצריכין סימן מניין וסימן כריכה אם אינם רק שני שטרות די בסימן כריכה כיון דאין בזה סימן מניין ודע דזה שכתבנו דאם אין לו סימן מתייאש מהשטר אין הכוונה שמתייאש מהחוב אלא מהשטר מתייאש אבל חובו גובה [כס"מ] והתקנה למי שאבד שטרו איך לגבות חובו בארנו בסי' נ' ע"ש :

יג מלוה ולוה שבאו לב"ד אחוזים בשטר אחד המלוה אומר שלי הוא והוצאתיו להפרע ממך והלוה אומר פרעתיו וממני נפל אם השטר אינו מקויים ואינו יכול לקיימו נשבע הלוה היסת ונפטר מפני שיש לו מיגו שהיה אומר מזוייף הוא וכן אם השטר הוא רק בח"י הלוה נאמן בשבועה לומר שפרוע הוא כמו שיתבאר בסי' ס"ט אבל כשהשטר הוא בעדים ומקויים או שיכול לקיימו דינו כדין שנים אוחזין בטלית שיתבאר בסי' קל"ח שזה ישבע שאין לו בדמים אלו פחות מחציין וכן ישבע השני וחולקין והיינו שהלוה ישלם לו מחצה ממה ששוה השטר למכירה דלא כל השטרות שוות דאם הלוה הוא איש כשר ואמוד שוה כולו ואם הוא אלם או עני שוה פחות ודבר זה תלוי בידיעת הב"ד וי"א דזהו דווקא כששניהם אוחזים בשוה בטופס או בתורף או בגליון השטר ואף שהתורף קרוב לאחד יותר אין קפידא בזה אבל אם אחד אחוז בתורף ואחד בטופס האוחז בתורף נוטל יתרון מה ששוה התורף על הטופס והשאר יחלקו בשבועה ואע"ג דטופס ותורף שניה' הכרחיות בשטר עכ"ז התורף שוה יותר בשביל הזמן שיש בו דשטר בלא זמן כשר רק אין טורפין בו מלקוחות כמ"ש בסי' מ"ג [סמ"ע] ואין חילוק בדין זה בין יש בו נאמנות לאין בו דכיון דספק שמא מהלוה נפל מה מועיל בו הנאמנות :

יד המוצא שטר מכר או מתנה אם מפורש בהשטר שהקנה לו מיד אע"פ שידוע שלא בא השטר עדיין ליד הקונה או המקבל מתנה נותנים לו ואע"פ שהמוכר או הנותן מוחה שלא ליהן אין שומעין לו דבשטר שיש בו קניין קנה מיד אף כשלא בא השטר לידו ואם אין מפורש כן בשטר לא יתננו לא לזה ולא לזה ולא לבד כשהמוכר או הנותן מוחה ואומר שעדיין לא מסר לידו אלא אפילו כשמצוה ליתן לו אין נותנים והטעם דכבר בארנו שבשטר שנפל חוששין לכל החששות שיכול להיות ולכן חיישינן שמא עדיין לא נתן לו השטר ולאחר כתיבת שטר זה מכר או נתן לאחר ועתה עשו קנוניא ביניהם למסור לזה השטר וכשיבא אותו האחר עם שטרו יפסיד לפי שזמנו של זה הוא קודם אבל כשהלוקח או המקבל מתנה מביא ראיה בעדים שכבר הגיע השטר לידו נותנין לו דאינו דומה לשט"ח דבמכר ומתנה לא שייך פרעון וכן אם כתוב בהשטר מהיום אם לא אחזור בי כל ימי חיי ג"כ נותנין לו אף בלא ידיעת המוכר או הנותן דאין לו הפסד דאם ירצה יחזור בו וגם אין בזה חשש קנוניא שנתבאר דהא אם מכר

או

או נתן אח"כ לאחר יקנה האחר אף שזמנו מאוחר כיון שחזר בו מזה ויש מרבותינו דס"ל עידיו בחתומיו זכין לו כמ"ש בסי' ל"ט סעי' כ"ב ולשיטה זו ביכולת למסור השטר להקונה או למקבל מתנה אף בשטר שאין בו קניין אמנם כבר בארנו שם דלא קיי"ל כדיעה זו ע"ש :

טו בסי' ר"נ יתבאר דמתנת שכיב מרע יכול הנותן תמיד לחזור בו עד שימות לפיכך המוצא שטר מתנת שכ"מ אם הנותן בחיים יתנוהו להמקבל כשהנותן מצוה ליתן ואין חוששין שמא נתן אח"כ לאחר ועתה חוזר בו דהא באמת יכול לחזור בו ושניחוש שמא נתן להאחר אח"כ מתנת בריא שאינו יכול לחזור בו דהא באמת אם עשה כן יזכה האחר במתנתו דהא חזר בו מזה ע"י המתנה שנתן להאחר אבל אם הנותן מת אע"פ שבנו אומר ליתן לו אין נותנין משום דחיישינן שמא אביו לא נתן לזה זה השטר והבן מכר או נתן שדה זו לאחר ועתה מתחרט ורצונו שימסור השטר מתנת שכ"מ לזה כדי להפקיע מה שעשה הוא ע"י מתנת אביו וצריך להביא ראיה שבחיי האב בא השטר לידו של זה וכן אם אינה מתנת שכ"מ אלא מתנת בריא ובהקנאה מוסרין לו דאין חשש קנוניא עוד בזה כמ"ש :

טז המוצא שטר שיחרור אם אין האדון מודה שכבר נתן לו להעבד שטר זה לא יחזיר לא לזה ולא לזה ואם האדון מודה יחזירנו להעבד ומיהו אם האדון מכר נכסי עבדו דכל מה שקנה עבד קנה רבו ויבא העבד לטרוף מלקוחות שקנו מהאדון אחר זמן שיחררו צריך העבד להביא ראיה שהגיע השטר לידו בזמן הכתוב בהשטר דאל"כ חיישינן לקנוניא שמא בא השטר לידו אח"כ ובעת שמכר או נתן עדיין היה עבד ומכירתו קיימת ועתה עשו שניהם הרב והעבד קנוניא למסור לו השטר ושיאמר שכבר היה משוחרר מזמן כתיבת שטר זה ושלא כדין מכר או נתן ובמקום שעדיו בחתומיו זכו לו כגון שכתוב בשטר מעכשיו א"צ להביא ראיה ויש חולקין בזה דס"ל כיון דלא קיי"ל כמאן דס"ל עדים בחתומין זכין לו אין חילוק בין שכתב מעכשיו או שלא כתב [ס"ך] ואם נודע שבא לידו השטר קודם אע"פ שאינו ידוע אם נמסר לידו ביום כתיבתו מוסרין לו וא"צ להביא ראיה עוד [ט"ז] וצ"ע לדינא :

יז מצא שטרות שאין בהם חשש שמא לא באו ליד בעל השטר כגון אגרת שום ששמו ב"ד נכסי הלוה למלוה או אגרת מזון שקיבל עליו לזון בן או בת אשתו או שמכרו ב"ד קרקע למזון אשה ובנות או שטרי אחלטתא שהחליטו ב"ד נכסי לוה למלוה או שטרי בירורין שזה בורר לו אחד לדיין וזה בורר לו אחד או שטרי טענות בב"ד ושוב אין יכולים לחזור בהם או שטרי חליצה ומיאונין שכולם הם מעשה ב"ד וכיוצא בזה כל ענייני מעשה ב"ד ה"ז יחזיר לבעליו דב"ד אין כותבין אלא דבר המקויים [ע' בסמ"ע ס"ק ל"ז] :

יח מי שהוציא שט"ח על חבירו ותבעו בב"ד שיפרע לו ויצא דינו שישלם ואח"כ נאבד השטר והתובע צועק ומרדף על אבידתו שנאבד ממנו ובתוך כך בא הנתבע ואמר פרעתי ומי שימצאנו יחזירנו לי כי ממני נפל ויש אומדנות והוכחות שלא פרע כלל רק בשביל ששמע שנאבד השטר הוציא קול זה מחוייבים ב"ד לכתוב מעשה ב"ד כדין מי שנמחק שטרו שנתבאר בסי' מ"א ולקיים כל חיוב השטר כבתחלה ויכתבו שידוע להם שהיה לזה שט"ח על פלוני מסכום פלוני וזמן פלוני לפרעון ועידי השטר היו פלוני ופלוני ונאבד מידו של התובע ויכופו את הנתבע שיפרענו וכמו כן בכל העניינים שיש לב"ד אומדנות גדולות ומוכיחות שמגיע לזה והבע"ד השני רוצה לבא בערמה לפקיע חובו חייבין ב"ד לשבר מלתעות רשע ולהציל עשוק מיד עושקו וכמ"ש בסי' ט"ו דאף אם רצונו להטיל עליו שבועה וב"ד מבינים שהוא רק מפני שיודע שלא ישבע אין מטילין עליו שבועה ע"ש :

יט המחזיר שטר שלא היה מן הדין להחזירו יש מי שאומר שהוא כשר ואין מוציאין אותו מת"י וגובה בו דכיון דלא הוחזק בפסול אלא שהמוצא לא היה לו ע"פ דין להחזירו א"כ כיון שהחזירו והוא מוחזק בו אין לנו כח לפוסלו וי"א כיון שהוחזק בב"ד או בעדים שנפל אין גובין בו וי"א עוד שאפילו גבו בו בב"ד ואח"כ נודע בעדים שנפל מוציאין מן המלוה ללוה מה שנטל ממנו דכיון שנפל איתרע שטרא אבל אם מעצמו פרע למלוה או ליורשיו אין מוציאין מידם דכיון שמרצונו פרעו מסתמא ידע שאינו פרוע עדיין אלא שעתה רוצה להעליל עליו ולא עוד אלא אפילו כשבתחלה לא פרע לו מפני טענות שהיה לו אך אח"כ פרע לו שלא בכפיית ב"ד ניכרים הדברים שחייב לו ואין שומעין לו אם טוען עתה שאינו חייב לו ושלא כדין פרע לו :

כ המוצא שובר בשוק אם השובר מקויים מב"ד יחזירנו להלוה אפילו אין המלוה מודה שפרעו דכיון דנתקיים בב"ד וודאי דפרעו קודם הקיום דאל"כ לא היה מקיימו ואם אינו מקויים ואין ביכולת לקיימו כגון שאין מי שיכיר חתימת העדים אינו כלום דאפילו אם היה ביד הלוה עצמו אינו כלום [ס"ך] ואפילו אם המלוה מודה שפרעו אינו נאמן אם המלוה חייב לאחרים ואין לו ממה לפרוע אם השטר מקויים בב"ד דחיישינן לקנוניא שרוצה להפקיע חובותיו ואין לו מיגו שביכולתו להצניע השטר או לשורפו דכיון דהוחזק בב"ד אין ביכולתו לאבדו וגם אין לו מיגו שביכולתו למחול להלוה את חובו דכיון דחייב לאחרים אינו יכול למחול ויתבאר בסי' פ"ו וגם אין לו מיגו שביכולתו לכתוב לו עתה שובר דכיון דהוחזק השטר בב"ד וחייב לאחרים לא יניחוהו לעשות כן [דריסה] ועוד כיון שהשטר מקויים והשובר אין ביכולת לקיימו נשאר השטר בתקפו ומוציאין מלוה זה להמלוה

של

של מלוה שלו מדר׳ נתן שמוציאין מזה ונותנים לזה כמ״ש שם ואם אינו מקויים וביכולת לקיימו אם המלוה מודה שפרעו יחזירנו ללוה אף כשהשטר מקויים והמלוה חייב לאחרים ולא חיישינן לקנוניא דכיון שיש לפנינו שובר כשר והמלוה מודה אין לנו בכח לפוסלו מפני חששא דקנוניא ועוד דהא יש לו להלוה טענה טובה שא״א להמלוה של המלוה להוציא ממנו מדר׳ נתן דהרי עומד וצווח פרעתי ויש שובר כשר שביכולת לקיימו ואיך נוציא ממנו ולכן אף אם לא יחזירו להלוה לא יפרע לבע״ח של המלוה אבל אם אין המלוה מודה שפרעו ואומר שהכינו ליתנו להלוה כשיפרענו ולכן לא קיימו עדיין לא יתננו לא לזה ולא לזה והשטר בתקפו ויכול המלוה לגבות מהלוה וכן המלוה שלו גובה ממנו מדר׳ נתן דכיון שהמלוה אינו מודה והשטר מקויים והשובר עדיין לא נתקיים ונפל איתרע ליה השובר והשטר בתקפו ומסתמא היה שומרו אם היה בידו ועכ״ז מלקוחות של הלוה אינו גובה אפילו הלוה מודה דיכולים לומר עשיתם קנוניא ביניכם ודבר פשוט הוא שהלוה יכול להשביע להמלוה שעדיין לא פרעו [ככ״ל בדיני שובר וע׳ בסמ״ע וש״ך וט״ז וכס״מ ותו״ת ורוכס יסכימו לכל מ״ש] :

כא שובר הנמצא ביד המלוה אם השובר נכתב על גוף השטר בין מלפניו בין מלאחריו ואפילו בקצה השטר ונכתב ששטר זה פרוע או מקצתו פרוע אע״פ שאין עדים על זה וגם המלוה אינו חתום תחתיו מ״מ עושים כמו שכתוב בשובר דאם לא היה פרוע לא היה מניח לכתוב על גוף השטר ואין המלוה נאמן לומר שעדיין לא קיבל מהלוה מה שכתוב בשובר ויראה לי דאף שבועה אין ביכולתו להטיל על הלוה אבל שובר הנכתב בפ״ע ונמצא אצל המלוה אפילו אם הוא כתב ידו של הלוה או של המלוה אינו כלום דאמרינן שהמלוה הכינו דשמא יפרע לו בשעה שלא יהיה פנאי לכתיבת שובר ולכן אפילו עדים חתומים עליו וגם המלוה עצמו חתום עליו אינו כלום דכלל גדול הוא ששובר שביד המלוה וכתוב בנייר בפ״ע אין בו ממש כשלא נתקיים עדיין בב״ד [כ״ל] ואם הלוה אומר פרעתי לא משגחינן ביה ואם טוען השבע לי שלא פרעתיך ישבע לו כמו אם לא היה שובר כלל כמ״ש בסי׳ פ״ב רק אם העדים הם בפנינו ישאלו את פיהם אולי יודעים שפרעו וכן אם השובר מקויים מב״ד וודאי פרע לו דאין דרך לקיימו קודם הפרעון ובוודאי פרע לו וחזרו והפקידו ביד המלוה ונ״ל שהמלוה יכול להשביע ללוה בכה״ג כיון שנמצא בו קצת ריעותא מה שאינו ת״י הלוה וכן כשנמצא השט״ח בין שטרות קרועין אע״פ שהוא אינו קרוע מ״מ איתרע השטר וסמכינן אשובר אע״פ שאין עדים חתומים על השובר וגם המלוה אינו חתום עליו כיון דאיכא תרתי לריעותא שיש שובר והשטר מונח בין שטרות קרועים ואפילו יש נאמנות בשטר ומ״מ יכול המלוה להשביע להלוה שפרעו [כ״ל] אבל שטר שלא נמצא עליו שובר אע״פ שמונח בין שטרות קרועים השטר בתקפו ואם השטר מונח בין שטרות פרועים אע״פ שאינם קרועים דינם כקרועים לכל מה שנתבאר וי״א דשטר בכת״י הלוה אם נמצא עליו שובר אצל המלוה אע״פ שלא נמצא השטר בין שטרות קרועים מרע ליה לשטרא [ש״ך] אמנם לפמ״ש להלכה בסי׳ ס״ט דהלוה נאמן לומר פרעתי בשטר בכת״י הלוה אין נ״מ בדין זה דממ״נ אם הלוה מודה שלא פרעו יפרענו ואם אומר שפרעו ישבע ויפטר ושובר שנמצא בפנקסו של בעל השטר בכתבי חשבנותיו וכתוב שמה ע״שטרו של פלוני פרוע כולו או מקצתו עושים כפי מה שכתוב שמה ובכל אלו העניינים אין חילוק בין שהמלוה חי או מת וי״א דכשנמצא בפנקסו שפרוע הוא שטרו של פלוני והמלוה חי ואומר שאינו פרוע נאמן במיגו שלא היה מראה פנקסו ולא נראה כן לדינא דזהו כמיגו במקום עדים דאנן סהדי דאין אדם כותב בפנקסו על שטר שהוא פרוע אם לא היה האמת כן ואפילו שבועה מסופקני אם ביכולתו להטיל על הלוה :

כב אם השובר ביד שליש ואומר שהוא פרוע נאמן ואפילו ראוהו ב״ד מכבר בידו דאין לו מיגו שהיה נותנו ללוה עכ״ז נאמן דשליש נאמן גם בלא מיגו כמ״ש בסי׳ נ״ו ודווקא שהשובר חתום בעדים והיה ביכולתו לקיים החתימות או שחתום בח״י המלוה אבל אם השובר אינו חתום או אפילו עדים חתומים עליו רק אין ביכולתו לקיים החתימות אינו כלום דלא עדיף השובר כשהוא ביד שליש מכשהוא אצל הלוה עצמו ואם השטר הוא ג״כ ביד השליש ג״ז נאמן בכל העניין ואם השליש מת או שאינו יודע אם פרוע הוא אם לאו אם נמצא תחת ידו השטר והשובר מחזקינן ליה בפרוע אפילו כשהשובר אינו חתום דאם לא היה פרוע לא היה משהה השובר בידו והיה קורעו ואינו דומה בזה להמלוה עצמו דנאמר שהכינו כשיפרענו דמה לו להשליש להיות בהול בזה ולהכין שובר ולכן קורעין השטר ואם השטר אינו אצל השליש אם השובר אינו חתום לאו כלום הוא ואין עליו שם שליש כלל ואם עדים חתומים עליו ונתקיים בב״ד וודאי דשטר פרוע הוא וקורעין השטר ואם אינו מקויים והעדים לפנינו ישאלו פי העדים ואם אינם לפנינו או שהמלוה חתום עליו והשליש מת או שאינו יודע לא יחזירו לא ללוה ולא למלוה ואפילו הלוה מודה שלא פרעו אין גובין בשטר זה מלקוחות דחיישינן לקנוניא וגם אין קורעין אותו אבל מהלוה בעצמו אם יש לו ממה לגבות גובין ממנו כיון שהודה ואם המלוה מודה שפרעו מהימן וקורעין השטר אפילו חייב המלוה לאחרים דכיון שיש שובר כשר לפנינו והוא מודה אין לנו לחשוש לקנוניא וכמ״ש בסעי׳ י״ט ובסי׳ נ״ו בארנו בדין הכחשה עם השליש ע״ש :

מלוה

כג מלוה שמת ונמצא כתוב על אחד משטרותיו שטר זה פרוע כולו או מקצתו עושים כמו שכתוב ואין טוענים בעד היתומים שמא הכינו המלוה לכשיפרענו דכיון דנכתב על גוף השטר וודאי דפרוע הוא וכן כשנמצא בפנקסו שפרוע הוא אבל שובר בפ"ע כשנמצא אפילו חתום בעדים או בח"י המלוה לאו כלום הוא אא"כ נתקיים בב"ד וכמ"ש בסעי' כ"א לעניין המלוה עצמו דאין חילוק בזה בינו ליורשיו :

כד אע"פ שבארנו דכשהשובר הוא על גוף השטר עושין כמו שכתוב בשובר מ"מ אם נמצא לאחד כתוב בשטרו ששטר זה חציו לפלוני אין כח לאותו פלוני ליקח חלק בשטר זה מפני כתיבה זו דכמו שאם היה אומר בע"פ שמגיע ממני לפלוני אם לא אמר אתם עדי אינו כלום דאדם עשוי שלא להשביע א"ע כמ"ש בסי' פ"א כמו כן בכתיבתו על השטר אמרינן כן כשאין עדים חתומים על זה וזה הפלוני כשבא לתבוע חלק בשטר זה הוה תביעתו כשארי תביעות בע"פ ולא מיבעיא אם הוא חי וי:ומר שכוונתו היה שלא להשביע א"ע דנאמן אלא אפילו כשמת טוענין כן בעד יורשיו ולא דמי לשובר שהוא נגד הלוה עצמו וודאי דלא הוה מרע לשטרו משא"כ נגד אחר לא חשש לזה ואם נמצא על נייר בפ"ע אצלו שיש לפלוני חלק בשטר פלוני יש אומרים שיש לזה חלק בו דבכה"ג לא שייך לומר שלא להשביע א"ע כתב כן כיון שאינו כתוב על השטר עצמו [ס"ך סי' פ"א ס"ק מ"ס] ויתבאר שמה בס"ד וכ"ש אם נמצא בפנקסו שיש לפלוני חלק בשטר פלוני שעושים כן [נ"ל] :

כה האומר לבנו בשעת מיתתו שטר אחד בין שטרותי פרוע הוא דהלוה האמין לי והניח שטרו אצלי ואיני רוצה ליענש ליטול שלא כדין [רסב"ס] ולא פרט לו איזו שטר הוא הפרוע או שאמר בעצמו איני יודע מי הוא הפרוע כל השטרות של הלוים הנמצא ת"י הבן שנשארו מאביו אין ביכולתו לגבותם דכל אחד יכול לומר ממני נפרע אביך ואינו גובה אלא מאותם שמודים שלא פרעו רק שבועה חמורה יכול להטיל על כל הלוים שכל אחד ישבע שנפרע אביו ממנו [נ"ל] ואם נמצא ללוה אחד שני שטרות אצלו מחזקינן להגדול בחזקת פרוע ולא הקטן דכיון שיש ספק והבן בא להוציא ידו על התחתונה אבל כשהמלוה נשאר בחיים ואומר שנזכר ששטר פלוני הוא הפרוע נאמן וגובה כל השטרות האחרים וכן כשנמצא שובר על אחד מהשטרות בין שהשובר נמצא אצלו בין שנמצא ביד שליש או ביד לוה גובה הבן כל שטרות האחרים דוודאי זהו הפרוע ואין מדקדקין בהשובר אם חתומים עליו עדים אם לאו ואף אם גם המלוה אינו חתום עליו דאינו אלא לראיה על אמירתו אמנם כשהוא ביד הלוה צריך להיות עכ"פ כתיבת יד המלוה או חתימתו דאל"כ אין שום ממש בו [נ"ל] וכן כשאמר לבנו שטר אחד אני מוחל לאחד מהלוים ולא פירש למי אין ביכולת הבן לגבות מכל הלוים אא"כ נראה לב"ד לפי ענייניו של מת זה שלפלוני מחל אז גובה מהאחרים ואם נמצא ללוה אחד שני שטרות הקטן מחול ולא הגדול ואינו דומה לאומר פרוע דכיון דהחוב מגיע לו אלא שזה הלוה בא בכח המחילה ידו על התחתונה אא"כ מראה הלוה בראיות נכונות שכוונתו היתה על השטר הגדול :

כו האומר לחבירו שטר לך בידי פרוע ואמר כן דרך הודאה גמורה ולא בשיחה בעלמא והיה לו עליו שני שטרות הגדול פרוע והקטן אינו פרוע דיד בעה"ש על התחתונה ואם אומר שכוונתו היתה על הקטן והלוה אומר שהגדול הוא פרוע ישבע הלוה היסת כשאומר לו המלוה השבע לי [נ"ל] ואם א"ל חוב שלך שבידי פרוע כל שטרות שיש לו עליו מחזקינן לפרועים אא"כ מברר המלוה שכוונתו היה על חוב פלוני ונראה לב"ד שיש ממש בדבריו נאמן וכן בשטר כשמברר בראיות צודקות שכוונתו היתה על השטר הקטן וכן אם היורשים מבררים הדין כן [נ"ל] :

סימן סו [דיני מכירות שטרות ואונאתן ובו נ"ב סעיפים] :

א אמרו רבותינו ז"ל דאותיות אין נקנות אלא בכתיבה ומסירה [ב"ב ע"ו. לרבנן ודל' ע"ז. סגירסא אין אותיות וכו' כמ"ש בתוס' סס וכ"כ סרי"ף ורוב רא‌סונים] וביאור הדברים ראובן שיש לו שטר על שמעון הן שטר הלואה או שטר מכר או מתנה והשטר נכתב על שם ראובן ורצונו למוכרו ללוי אין שום קניין מקנה השטר ללוי אלא כשיכתוב לו על שטר זה או על נייר בפ"ע אני ראובן מקנה שטר שיש לי על שמעון ללוי ואני מקנה לו את השטר וכל שיעבודיה וימסור ללוי גם השטר של שמעון וטעם הדבר כיון שהשטר אין גופו ממון אלא אותיות בעלמא אין שום קניין חל עליו דקניין אינו אלא על דבר שגופו ממון ובמסירת השטר לבדו ג"כ אינו מועיל כיון שנכתב על שם ראובן ובכתיבת שטר אחר לבד ג"כ אינו מועיל כיון שהשטר שיש לו משמעון נשאר בידו ולכן צריך כתיבה ומסירה וכך אמרו רז"ל [סס] האי מאן דמזבין שטרא לחבריה צריך למיכתב ליה קני לך איהו וכל שיעבודא דאית ביה ואם לא כתב כן לא קנה ההלואה או המקח או המתנה שבשטר ואפילו הנייר אינו קונה לצור ע"פ צלוחיתו אלא מקח טעות הוא ומחזיר הנייר ויחזיר לו הדמים דכיון דכוונת הקונה היתה לקנות החוב והשיעבוד ואת זה לא קנה לכן גם הנייר לא קנה דלא היה דעתו על הנייר לבדו:

ומיהו

ומיהו יכול הקונה לתפוס את השטר במשכנתא עד שיחזיר לו דמיו וכן אם אין למוכר לשלם ללוקח מוציאין מן הלוה ונותנין ללוקח מדינא דר' נתן כמ"ש בסי' פ"ו ודע שזה שאמרנו דשטר מכר ומתנה נקנה בכתיבה ומסירה זהו דווקא כשהשטר מכר או המתנה היה שטר קניין שקנה בשטר זה אבל אם הקניין היה בדבר אחר כמו בכסף או בחזקה והשטר נכתב רק לראיה בעלמא שטר כזה אינו נקנה כלל לאחר לכן אם רוצה למכור או ליתן צריך ראובן לכתוב שטר אחר על שמו שמוכר או נותן ללוי שדהו שקנה משמעון אבל שטרו של שמעון אינו מועיל כלל כיון שאינו אלא לראיה בעלמא ולא תקשה לפ"ז איך מוכרין שט"ח והלא אינו שטר קניין ואין לומר דנכסי הלוה נשתעבדו בשטר זה והוה כשטר קניין הרי קיי"ל בסי' ל"ט דשיעבודא דאורייתא אף בלא שטר אמנם האמת כיון דרבנן תקנו שבע"פ לא ישתעבדו נכסיו לגבות מלקוחות רק בשטר א"כ הוא שטר קניין על המשועבדים [ועיי' בקצה"ח] :

ב יש מי שאומר שמסירת השטר צריך להיות קודם הכתיבה שמקודם ימסור לו שטרו של שמעון ואח"כ יכתוב לו שטר אחר שיקנה שטרו של שמעון וכל שיעבודיו והטעם מפני שבשטר האחר שכותב בו השיעבוד אינו קונה גוף השטר הראשון ואף שכותב לו קני לך איהו ר"ל את השטר אך השטר כיון שהוא מטלטלין אינו נקנה בשטר דאין כותבין שטר על מטלטלין [ב"ק ע"ט:] ובע"כ דצריך לקנותו בהגבהה לידו וכיון שלא קנה אותו בכתיבת השטר האחר א"כ כשמוסרו לו אח"כ במה יקנה השיעבוד שבשטר הראשון ונמצא דלא קנה רק גוף הנייר ולא השיעבוד שבו והוה ככתיבה בלא מסירה אבל כשמוסר לו השטר מקודם כשכותב לו אח"כ השטר השני קונה השיעבוד שבשטר הראשון כיון שבידו הוא אמנם כל זה הוא רק כשכותב לו שטר אחר בפ"ע אבל אם כותב השטר האחר על השטר הראשון לא שייך דין זה דאחר כתיבתו על השטר הראשון קני לך איהו וכל שיעבודיה כשמוסרו לו קונה כאחת השטר עם השיעבוד ולכן אם השטר הראשון אינו מצוי אצלו אע"פ שהקנהו לו בקניין חליפין אינו חשוב כמסירה דחליפין אינו חשוב כמסירה כן כתבו רבותינו בעלי הש"ע ויראה לע"ד דאין כוונתם דשטר לא נקנה בחליפין דא"כ הו"ל לומר כן ואיזה לשון הוא שאינו חשוב כמסירה ועוד דלהדיא כתב רבינו הרמ"א בסעי' א' דשטר שכתוב בו שם המלוה ולכל מי שמוציאו נקנה בחליפין אלא דעיקר העניין כן הוא דוודאי כל שטר הוה ככל המטלטלין שנקנין בחליפין אלא דשטר זה שנכתב על שם אחר ועיקר השטר הוא השיעבוד על נכסי הלוה ואין להמלוה רק שיעבוד אבל אינם שלו שיוכל למוכרם ואיך משעבדם ע"י קניין חליפין דבר שאינו שלו דהרי אין יכול להקנותן ולא להקדישן [נמק"י בשם הר"ן] ונמצא דע"י קניין חליפין אין יכול להקנות לו רק הנייר ולא השיעבוד אבל כשנכתב בשטר גם לכל מי שמוציאו שפיר פסק דנקנה בחליפין דהא הלוה עצמו הוה כמו ששיעבד עצמו לזה והלוה ביכולתו לשעבד דהא נכסיו שלו וכן שטר מכירה ומתנה נקנין בחליפין דהא היא של המוכר לגמרי וזהו ג"כ דעת הרמב"ן שבטור סעי' ד' דכן משמע מלשונו אבל לא שהשטר אינו נקנה בחליפין וכן כוונת רב יהודאי גאון שכתב דאין אותיות נקנות בחליפין שהובא בתוס' [שם ע"ז.] דסתם אותיות הוא שט"ח שנכתב על שם אחר כמ"ש הרשב"ם שם ויש מרבותינו האחרונים שכתבו דשטרות אינם נקנים בחליפין [ש"ך ס"ק י' והגר"א] ולענ"ד נראה כמ"ש וזה שכתב רבינו הרמ"א בסי' ר"ג דשטרות אין נקנין בחליפין היינו שטרות הלואה שנכתב על שם אחר ולכן צוה לעיין בסי' זה ע"ש ויש מי שאומר דשטר שנכתב רק על שם המלוה [או על שם הקונה או על שם המקבל מתנה] דנשתנה קניינו מכל המטלטלים דבעי כתיבה ומסירה אינו נקנה בחליפין אבל בשטר שנכתב ולכל מי שמוציאו דלא בעי כתיבה ומסירה נקנה גם בחליפין ככל המטלטלין [או"ת ונה"מ] ואיני יודע איזה עניין הוא זה לזה ולפמ"ש אין דין זה רק בשטר הלואה הנכתב על שם המלוה משום דאין לו רק שיעבוד בעלמא בנכסי הלוה ואין ביכולתו למוכרם ולהקדישם ולכן אין בכחו להקנותם בחליפין אבל בשטרי מכר ומתנה יכול להקנותם בחליפין [וכן משמע מלשונו של רב האי גאון בס' מקח וממכר שהובא בש"ך שם ומלשון המרדכי פ"ט דב"ק ע"ש ומנמק"י בשם רבינו יונה פ"ה דב"ב שהבאנו] :

ג במקום דלא קנה הלוקח כשלא היתה כתיבה וטוען הלוקח שהמוכר יכתוב לו והמוכר חוזר בו בהמכירה יכול לחזור בו ואף מי שפרע אינו מקבל דאע"ג דבכל המטלטלין כשקיבל מעות מחוייב לקבל מי שפרע כשחוזר בו כמ"ש בסי' קצ"ח זהו משום דדבר תורה מעות קונות בכל המטלטלין אבל במכירת שטרות די"א דמן התורה אין להם קניין כלל ואף למי שסובר דיש להם קניין מן התורה היינו דווקא בכתיבה ומסירה אין עליו מי שפרע רק הוא בכלל מחוסרי אמנה [סמ"ע] ובעל נפש יחוש לזה ומ"מ אם המוכר קיבל עליו אחריות על נכסיו באם שיחזור בו או שהלוה לא יתרצה ליתן לו שיטעון לאו בע"ד דידי את שישלם לו כל שיווי השטר ושיעבד נכסיו לזה חייב המוכר לשלם כפי שיווי של שטר אף יותר ממה שנתן לו הלוקח אבל אם המוכר קיבל עליו אחריות שאף כשיעני הלוה ולא יהיה לו מה לשלם ישלם הוא הרי זה ריבית גמור ואסור לו לקבל יותר ממה שפרע הוא [נה"מ] דכיון דהלוה אין לו מה לשלם נמצא דכשמשלם לו המוכר יותר ממה שפרע הוא משלם לו בעד המעות שהיה אצלו וזהו ריבית גמור ובמקום שלא קנה הלוקח ע"פ הדין הווין מעותיו שנתן להמוכר הלואה אצלו וחייב המוכר באחריותן

ס"ך

[ס"ך] וחייב אף באחריות אונסין :

ד אפילו אם מסר לידו השטר הראשון וקנו עדים מידו שמכר לו כל השיעבוד שבו וכתבו העדים קניין זה בשטר ומסרו להלוקח אינו כלום דזה הכתב אינו אלא לראיה בעלמא אלא צריך לכתוב לו שטר מכר ויכתוב לו בהשטר קני לך איהו וכל שיעבודיה כמ"ש ובלא שטר מכר לא קנה וצריך למסור גם זה השטר לידו דכיון דשטר קניין הוא לא קנה עד שבא לידו ויכול למסור לו אף בלא עדים ובהשטר צריך לחתום או הוא עצמו או עדים וכשחתומים בו עדים צריכים לכתוב אנחנו עדים הח"מ מעידים שפלוני צוה לנו לכתוב שטר מכירה על שטר שיש לו מפלוני ואמר לנו לכתוב לו בשמו קני לך איהו וכל שיעבודיה :

ה וכל זה בשטר שכתוב בו שם המלוה אבל שטר שכתוב בו לכל מוכ"ז א"צ כתיבה רק מסירת השטר וכמ"ש בסי' נ' ואפילו שטר שכתוב בו שם המלוה אם כתוב בו ולכל מי שמוציאו ג"כ נקנה במסירה בלא כתיבה ויש מי שחולק בזה וס"ל דכיון דשם המלוה כתוב בו צריך כו"מ [ס"ך] והעיקר כדיעה ראשונה [תו"ת] רק לעניין מחילה שיתבאר שהמוכר יכול למחול בזה החוב לעניין זה דינו כשטר שכתוב בו רק שם המלוה בלבד [נס"מ] ועיי' בסעי' ב' :

ו בסוף סי' ס' נתבאר דכשהמלוה כותב שטרו על שם אחר והשטר בידו צריך הלוה לשלם להמלוה ולכן אף אם המלוה מכר זה השטר לאותו האחר צריך כתיבה ומסירה כמו אם היה נכתב על שם המלוה אבל אם המלוה אמר מתחלה לכתוב השטר על שם האחר וגם ליתן לו את השטר הוה השטר שלו וא"צ כתיבה ומסירה ואדרבא המלוה כאחר דמי :

ז זה שאמרנו דצריך במכירת שטרות כתיבה ומסירה צריך לרעת דהמסירה הוא שמוסר לו מיד ליד וצריך הלוקח להגביה השטר כמו כל מטלטלין דדבר שדרכו להגביה נקנה בהגבהה ג' טפחים או טפח כפי הדיעות שיתבארו בסי' קצ"ח ומה שדרכו במשיכה נקנה במשיכה כמ"ש שם ולכן אם היו הרבה שטרות שאין דרך להגביהם מפני גודל המשא צריך משיכה לרשותו ואע"ג דהקניין מזה השטר הוא משיכה או הגבהה מ"מ קראוהו חז"ל מסירה משום דבעינן מיד ליד ואף שלאו דווקא הוא מיד ליד והעיקר שצריך להגביה או למשוך בציוויו של המוכר מ"מ קראוהו מסירה דזהו ממש לשון מסירה דצריך שדעת אחרת יצוה לו להגביה או למשוך והיא כמסירה מיד ליד כיון שע"פ ציוויו עושה לפיכך הזוכה בשטר הפקר כגון שהמלוה הפקיר שטרו אין ביכולת לקנותו לשטר זה כיון דליכא דעת אחרת וגם כתיבה לא יוכל להיות על שטר שאין לו בעלים :

ח אין חילוק בשטר בין עדים חתומים עליו בין שהלוה בלבד כתבו וחתמו דבכולם צריך כתיבה ומסירה

וכן אין חילוק באיזו כתב ולשון שנכתב השטר וגם שטר העשוי בערכאות אם נכתב באופן שכשר בדינינו נקנה בכתיבה ומסירה אבל אם בדינינו לא נכתב כדין אינו אלא כמלוה ע"פ וכן השטר שצריך לכתוב על מכירת השטר יכול לכתוב בכל כתב ולשון שירצה רק שיכתוב בו את הלשונות המספיקות לקנות גוף הנייר והשיעבוד והרי הם כשטרות שנכתבו בכתב ולשון שלנו וכן מי שיש לו קנטראקט מאיזה אדון הנכסים על שכירות ארענדי או עסק הלואה או מכירה או איזה חכירה באופן שהחיוב הוא על האדון לקיים כל הנכתב שמה כפי נמוסי המדינה נקנה בכתיבה ומסירה ודווקא כשאין בהנוסחא סתירה לדין ישראל דבעינן שיהא כשר גם בדינינו ועיי' בסעי' ל"ג אבל אם אין חיוב על האדון לקיים כגון שעשה לו טובה ונתן לו רשות לגבות הכנסת כפר אחד וכיוצא בזה באופן שאם רצה האדון לחזור בו יוכל לחזור בו שטר כזה אינו נקנה אף בכתיבה ומסירה ויותר מזה דאפילו שותפים שנתן להם האדון רשות בכתב לגבות איזה הכנסה והשטר הוא ת"י אחד מהם וטוען שחבירו מחל לו חלקו אין טענתו טענה כלל דשטר כזה אינו נקנה כלל כיון שאין בו חיוב וממילא דגם מחילה לא מהני מידו אם כבר גבה אחד מהם ואומר שהשני מחל לו טענתו טענה דבממון מהני מחילה ודווקא כשאומר שמחל לו אחר שגבה אבל קודם לזה לא מהני מחילה בשטר כזה ואם השותף מכחישו שלא מחל לו נשבע ונפטר ובשטר שיש חיוב על האדון לקיים והוא ת"י אחד מהשותפים וטוען שחבירו מחל לו חלקו טענתו טענה דבשטר כזה מהני שימחול מי שאין השטר תחת ידו למי שהשטר תחת ידו אבל איפכא לא מהני [כ"ל ובס"ע סעי' ד' יש עס"ד שכתוב דשטר כזה אינו נקנה אלא בכו"מ ול"ל אפילו בכו"מן] :

ט שטרות של המלוכה היוצאים במדינה כמטבעות כסף וזהב יש להם כל דין מטבע ונקנים במסירה בלבד ואין נקנים בחליפין כדין מטבע כמו שיתבאר בסי' ר"ג אבל השטרות מהמלוכה שאינם יוצאים במדינה כמטבעות כגון מי שמשליש מעות בהמלוכה ונותנים לו שטר שהשליש כך וכך מעות ונותנים לו ריוח ידועה לשנה הנקרא לאמבארט אם זה השטר נכתב על שמו ומוכרו לאחר צריך כתיבה ומסירה ככל השטרות ואם נכתב לכל מוכ"ז נקנה במסירה בלבד וכן נקנה בחליפין כדין כל מטלטלין ונתבאר מזה דוויגרעסנע ביליעטין שבמדינתינו וכן הוויקופנייע ביליעטין נקנים במסירה או בחליפין והסעריעס שבמדינתינו במסירה וודאי דנקנים אך בחליפין יש להסתפק אם המה כמטבע היוצא במדינה אם לאו דאין הלוכם בשוק כמטבעות והחנוונים הגדולים נוטלים אותם כמטבע וכן יש להסתפק בהקופאנעס ויותר נראה שדינם כמטבע וכל מיני שטרות מהחבורות דינם

בשטרות

כשטרות ולא כמטבע ושטרות של בטחונות מאש וממים שנקרא סטראחאווקי וכתוב בו באם שתשרף הבית או תטבע הסחורה במים תשלם לו החבורה כך וכך וכן שטרי זכיות שנקרא לאטעריינע צעטלען נ"ל דאינם בגדר מכירה כלל שהרי הוא דבר שלא בא לעולם וספק אם יבואו בעולם ולכן אינם נקנים בקניין חליפין רק שטרי זכיות כשמוסר לו השטר הזה בתורת מכירה או מתנה קונה אותו את הנייר ככל מטלטלין וממילא כשיהיה איזה זכייה על הנומער הזה יגבנו כיון דהשטר בידו דכן הוא נמוס המדינה דמי שהנומער בידו גובה בו אבל בקניין חליפין שעיקר ההקנאה הוא על הזכיי' אין ממש בקניינו דלהקנות לו בחליפין את הנייר לא שייך כיון שאין בהנייר שוה פרוטה אבל שטרות של בעלי הבטחונות מאש וממים כיון ששם הבעלים כתוב עליו אינו מועיל שום קניין אמנם אם מוכר ביתו וסחורתו לאחר עם השטר בטוחות שיש על הבית הזה או הסחורה הזאת נראה דקנה ואינו דומה לעבד שמכרו רבו לקנם דהוה ספיקא דדינא אם קנה הקנם אם לאו כמ"ש הרמב"ם פכ"ג ממכירה דהתם לא מכר העבד רק להקנם אבל זה הרי מכר ביתו וסחורתו עם השיעבוד שיש עליהם וממה שיתבאר בס"ס רמ"א מוכח דיכול למכור הבית עם השיעבוד [כנלע"ד]:

י שטר משכונא שמשכן להמלוה קרקע ואוכל הפירות בנכייתא כמבואר ביו"ד סי' קע"ב י"א דאע"ג דעדיף משאר שטר שאין לו רק שיעבוד על הנכסים אבל במשכונא הרי הוא מוחזק בהקרקע מ"מ כיון שהלוה יכול לסלקו במעות הרי הוא ככל השטרות של הלואה וצריך כתיבה ומסירה וי"א דזהו וודאי דמסירה בלא כתיבה לא מהני דבמה קנה השיעבוד שבו כיון שאין השטר על שמו אבל בכתיבה בלא מסירה מהני כיון שהמוכר מוחזק בהקרקע וכתב לו קני לך שיעבודי שבידי לא דמי לשאר שיעבוד שיש לו על קרקע שביד חבירו ע"י שטר לפיכך אע"פ שלא מסר לו שטר המשכונא קנה ודווקא שהיא מוחזקת בידו אבל אם הקרקע של המשכונא היא ת"י הלוה הוה כשאר מלוה וצריך כתיבה ומסירה ומשכון של מטלטלין שת"י המלוה ויש לו שטר על הלוה א"צ לא כתיבה ולא מסירת השטר אלא כיון שמכר לו החוב ומסר לו המשכון קנה החוב במסירת המשכון ככל המטלטלין שנקנים במשיכה ובמשכונא של קרקע העיקר לדינא כדיעה השנייה [גס"מ] דמהני כתיבה בלא מסירה וזהו דעת הגאונים כמבואר בטור וש"ע סעי' ח' ומזה למדנו דהא דשטר מכר או מתנה אינו נקנה אלא בכתיבה ומסירה כמ"ש בסעי' א' היינו דמסירה בלא כתיבה לא קנה אבל כתיבה בלא מסירה שיכתוב לו קני לך קרקע זו שיש לי שטר מכירה מפלוני קנה דזהו שטר מכירה גמורה וא"צ למסור לו השטר של המוכר שמכרה לו וזה שהפוסקים כתבו דגם שטר מכר נקנה בכתיבה ומסירה זהו כשרצונו למכור לו ע"י השטר שיש לו מהמוכר שלו למסור לו את השטר בזה אינו מועיל עד שיכתוב לו ג"כ על השטר הזה או שטר בפ"ע קני לך וכו' [ועיין בסו"ע סעי' ח' וסעי' י"ד ודו"ק] ושטר עיסקא דהוי חציה מלוה וחציה פקדון אין יכול להקנות בכתיבה ומסירה רק חלק המלוה ולא של הפקדון [מסרי"ט] דבשטר פקדון ליכא לא שיעבוד ולא קניין ואינו רק לראיה בעלמא ובמה יכול לקנות השטר וזהו כשטר מכר שהוא רק לראיה שנתבאר בסעי' א' ואין ביכולת להקנות בשלימות רק באגב קרקע [גס"מ] דמקנה את המעות של המלוה והפקדון ואז גם אינו יכול למחול [סס]:

יא בסי' ר"ב יתבאר דמטלטלין נקנין אגב קרקע לפיכך המקנה לחבירו קרקע כל שהוא והקנה לו על גבו שט"ח הרי זה קנה השטר בכל מקום שהוא בלא כתיבה ומסירה והוא שיאמר לו בע"פ קני לך איהו וכל שיעבודא דאית ביה וי"א דשטרות אינם נקנים באגב ורבינו הרמ"א הכריע כדיעה ראשונה וי"א דקניין אגב הוא רק במקום מסירת השטר אבל כתיבת שטר דקני לך איהו וכל שיעבודיה צריך [ס"ך] וכן מסתבר וזה ששטר נקנה באג"ק דווקא שטר שכבר נכתב אבל שטר שעדיין לא נכתב אף דהשטר הוא מעשה ב"ד שהב"ד צריכים לכותבו ועומד להכתב מ"מ כיון שעדיין לא נכתב לא עדיף משארי מטלטלין שאינם נקנים כשלא באו עדיין לעולם:

יב הנותן או המוכר נכסיו לאחר והקנה לו כל מטלטליו אג"ק והיו לו גם שטרות אע"ג דהם בכלל נכסים מ"מ לא קנאם אם לא א"ל קני לך וכו' ולהי"א שבסעי' י"א אם לא כתב לו קני לך וכו' וכ"ז בשהקנה לו המטלטלין בלשון נכסים המטלטלים אבל אם הקנה לו רק בלשון מטלטלין לבד לא קנה השטרות כלל דשטרות אינם בכלל מטלטלין רק בכלל נכסים [נס"מ]:

יג כיון דאין שטר נקנה רק בכתיבה ומסירה ולא במסירה בלבד לפיכך הנותן קרקע במתנה לחבירו ע"פ שטר מתנה והחזיר להנותן את השטר לא חזרה לו מתנתו עד שיכתוב לו קני לך איהו וכו' וכן במכירה הדין כן וכן ראובן שיש לו שטרות מופקדים משמעון ונתנם לו שמעון במתנה לא קנה ראובן עד שיכתוב לו שמעון קני לך וכו' וכ"ש דלשון מחילה אינו מועיל דבבל חפץ לא מהני לשון מחילה כמו שיתבאר בסי' רמ"א:

יד האשה שהכניסה לבעלה שטרות בין שהכניסה לו בתורת צאן ברזל בין בנכסי מלוג א"צ כתיבה ומסירה דיד הבעל כיד האשה ולכן גם אינה יכולה למחול והבעל גובה החובות ואם הלוה טוען פרעתי ואין בשטר נאמנות צריכה לישבע ואם אין רצונה לישבע י"א דא"צ הלוה לפרוע לו [ח"מ וב"ש סי' ל"ה] וי"א דאין ביכולתו לחוב להבעל מפני עיכוב שבועתה וצריך לפרוע

לפרוע להבעל [נס"מ] וכן יש להורות ואם הב"ד מבינים לפי העניין שיש דברים בגו והלוה טוען אמת ואין ביכולה לברר א"צ לכוף את הלוה לפרוע בלי שבועת אשתו דקרוב הדבר שיש קנוניא בין הבעל ואשתו שלא תשבע ויטול מהמלוה שלא כדין [כ"ל] :

טו אמרו רבותינו ז"ל המוכר שט"ח לחבירו וחזר ומחלו מחול ואע"פ שהקניהו בכתיבה ומסירה או באגב קרקע מ"מ יכול המלוה למחול להלוה ואפילו כשמת המלוה יכול היורש שלו למחול והמלוה או היורש צריכים לשלם ללוקח כמו שיתבאר ואפילו יש נאמנות בשטר ואפילו הוא תוך זמנו ואפילו אם התנה המלוה עם הלוקח שלא ימחול לו מ"מ אם מחלו מחול דאין המלוה יכול להתנות תנאי שיבטל זכותו של הלוה [נס"מ] ואפילו כתב לו תחלה שפוסל כל עדים שיעידו על המחילה לאו כלום הוא [ב"י] דאינו נאמן לפסול עדים בדבר שיש בו זכות לאחר [כ"ל] והטעם בזה דאין מכירות שטרות ככל המכירות דיש מרבותינו שסוברים דמן התורה אין ביכולת למוכרם כלל כיון דלאו גופן ממון והמכירה אינו אלא מדרבנן ואפילו לרבותינו דס"ל דמכירתם מן התורה יש טעם נכון בזה דכל מלוה יש לו על הלוה שני שיעבודים האחת והוא העיקר שיעבוד הגוף שכיון שלוה ממנו נשתעבד גופו לפרוע לו והשנית שיעבוד נכסיו שהם ערבים בעד גופו כמו שאמרו חז"ל נכסי דאינש אינון ערבין ביה והנה המלוה כשמוכר שטרו לאחר אינו מוכר שיעבוד גופו של הלוה דהגוף לאו בר מכירה הוא ואינו מוכר אלא שיעבוד נכסיו אבל שיעבוד גופו נשאר אצלו וכשמוחל להלוה שיעבוד גופו ממילא דנפקעו שיעבוד הנכסים דהנכסים הם ערבים בעדו וכשהוא נפטר מהחוב ממילא דגם הערב נפטר ואפילו כשסילק עצמו מן החוב ההוא וריקן כל כחו בשטר לקונה שכתב בשטר המכר שמסולק הוא לגמרי מחוב זה עכ"ז אם מחלו מחול מפני טעם זה דשיעבוד הגוף נשאר אצלו וכמו שיכול למחול כמו כן יכול לעשות שובר להלוה והוא הודאה שנפרע וכן ביכולתו להאריך לו זמן הפרעון ומשלם להקונה כפי מה שישומו ההיזק בזה :

טז וכן י"א דאם כתב הלוה להמלוה בהשטר משתעבדנא לך ולכל דאתי מחמתך ומכרו שוב אינו יכול למחול דהא גם שיעבוד הגוף הוא להקונה שהלוה בעצמו השתעבד כן בשעת הלואה ודווקא שמכר למי שהיה נולד בשעת ההלואה דלמי שלא היה נולד בשעת מעשה אין השיעבוד חל דאינו חל למי שלא בא לעולם וכן אפילו בכה"ג שהיה בשעת הלואה בעינן כתיבה ומסירה דבעינן שיבא מכחו וצריך לכתוב לו קני לך וכו' [ס"ך] ויש חולקין בזה דאפילו בכל אלה יכול למחול כיון דהקונה בא מכחו וכשמחל נסתלק כחו וכח הקונה ושטר לכל מוכ"ז כשמכר וודאי דאינו יכול למחול כיון שכל המוציאו גובה בו :

יז ואיזה תקנה יעשה הלוקח שלא יהא ביכולת המוכר למחול יפיים להלוה שיעשה לו שטר על שמו ולא שיחליף השטר דא"כ יפסיד השיעבוד מן זמנו של שטר הראשון עד עתה דכעת א"א לכתוב שטר על זמן מוקדם אלא שיכתוב לו עוד שטר דכשימחלנו המלוה ישלם לו וממ"נ אם לא ימחול לא יוציא שטר זה ואם ימחול אז בהכרח יוציא זה השטר ויגבה מזמן השני [נס"מ] או הלוה יודה בפני עדים בהודאה גמורה שזוקף עליו במלוה להקונה דאז מסתלק מהמלוה מכל וכל אפילו משיעבוד הגוף :

יח כשמוחל המלוה להלוה את החוב אין ביכולת הלוה לכוף להלוקח שיחזיר לו שטרו [סמ"ע] וי"א דיכול לכופו [ש"ך] והוי ספיקא דדינא והממע"ה ואין יכול לכופו שיחזיר לו השטר [סס] ואם תפס השטר אין מוציאין ממנו ודיעה ראשונה היא דעת הרשב"א ז"ל ובטור אה"ע סי' כ"ח דפסק בקדושין בכה"ג דאם יש בהנייר שוה פרוטה מקודשת משמע ג"כ דס"ל כדיעה זו ובש"ע שם סעי' י"ג דפסק דהוה קדושי ספק זהו מפני דאין דעתה על הנייר בלבד [ע"ש בב"ש ס"ק ל"ז] ויש מי שאומר דגם לדיעה זו אם רוצה לשלם לו בעד שווי הנייר צריך להחזיר לו [נס"מ] ולא נ"ל כן דמרש"י כתובות פ"ו. ד"ה מגבי לא משמע כן ע"ש ויש מי שאומר דכשקנהו הקונה בפחות מהחוב הכתוב בהשטר יכול הלוה לומר אני אקניהו במקח הזה [מבי"ט] והלקו עליו גדולי האחרונים ולא מיבעיא דאם הלוה היה עני בעת הקנייה ונתעשר אח"כ אלא אפילו עומד במצב אחד ג"כ אינו יכול לומר כן [תו"ת] :

יט הא דמוכר שט"ח יכול למחול היינו כשהמוכר לא היה חייב איזה חוב להלוקח קודם המכירה או אף שחייב רק שיש לו במה לפרוע אבל אם היה חייב לו ואין לו במה לפרוע אינו יכול למחול דגם בלא המכירה משועבד לו מדר' נתן כמ"ש בסי' פ"ו ואין בידו למחול אבל אם לא היה חייב לו מקודם אף שעתה חייב לו בעד מה שקיבל ממנו במכירת שטר זה ואין לו במה לשלם מ"מ יכול למחול [ס"ך] דשיעבודא דר' נתן אינו שייך בזה דכשהלוה היה משועבד להמלוה אז לא היה חייב המלוה להלוקח ועתה כשחייב המלוה להלוקח אין הלוה משועבד להמלוה שנאמר להוציא מזה וליתן לזה ואע"ג דשיעבוד הגוף של הלוה נשאר אצל המלוה דמה"ט יכול למחול כמ"ש מ"מ אין זה כלום דבשיעבוד הגוף לא שייך לומר להוציא מזה וליתן לזה מיהו וודאי דכשאין להמוכר במה לשלם אין מוציאין השטר מהלוקח דלא גרע זה ממה שנתבאר בסעי' א' ואע"ג דשם כתבנו דכשלא היה רק מסירה מוציאין מהלוה להלוקח מדר' נתן היינו מפני שכיון שהלוקח לא קנה ונשאר שיעבוד נכסיו אצל המלוה שפיר שייך בזה שיעבודא דר"נ משא"כ הכא וכמ"ש [ע' סמ"ע ס"ק ס"ס] וכבר כתבנו

כתבנו בסעי׳ י״ד דאשה שמכנסת לבעלה שט״ח אינה יכולה למחול דידו כידה ואפילו מלוה ע״פ אינה יכולה למחול ואפילו נכסי מלוג ואפילו בלא כתיבה ומסירה דאין קניין לאשה בלא בעלה:

כ כבר בארנו בסעי׳ י״א דשטרות נקנין אג״ק וזהו כשהקנה לו השטר אבל הקנה לו החוב עצמו אג״ק אין כאן קניין כלל דהחוב אינו בעין שתקנה לו ודווקא מעות של פקדון יכול להקנות אג״ק דהם בעין ולא מעות הלואה ולכן כשמקנה לו השטר שהוא בעולם ממילא נקנה לו החוב שבשטר וי״א דגם החוב נקנה אג״ק וי״א עוד דאדרבא קניין זה עדיף מכתיבה ומסירה דאין יכול למחול אמנם העיקר לדינא כדיעה ראשונה וע׳ בסי׳ פ״ג:

כא בסי׳ קכ״ו יתבאר דחז״ל תקנו קניין דמעמד שלשתן ונקנה בדיבור בעלמא בין בפקדון ובין בחוב וכיון דשלשתם הלוה והמלוה והמקבל עומדים ביחד והמלוה אומר להלוה חוב שיש לי בידך תנהו לו קנה ואין אחד מהם יכול לחזור בו ושם יתבאר טעם תקנה זו וכמו דמועיל כתיבה ומסירה בשטרות כמו כן מועיל מעמ״ש ואדרבא אלימא יותר מכתיבה ומסירה דכשנתנו במעמ״ש שוב אינו יכול למחול להלוה והטעם דכיון דתקנת חכמים היתה לקנות בדיבור בעלמא אלמוה לתקנתא כאלו זקפו הלוה להקונה עליו במלוה שנסתלק הלוה מהמלוה גם משיעבוד הגוף ונחשבת להלוקח כמלוה בשטר דבזה לא שייך לחלק בין שיעבוד נכסים לשיעבוד הגוף כמו בסעי׳ ט״ו דמדינא גם שיעבוד נכסים אין ביכולת לקנות בדיבור בעלמא אלא דקונה ע״פ תקנת חכמים וכמו שתקנו לזה כן תקנו לזה [ע׳ ס״ך ולו״מ] ובסעי׳ ל״ד יתבאר עוד בזה:

כב המוכר שט״ח לחבירו ויש משכון בידו ומסרו ביד הלוקח שוב אינו יכול למחול ללוה מה שכנגד המשכון וה״ה אם היתה משכונת קרקע והלוקח החזיק בה אינו יכול עוד למחול ואף שיש מי שחולק בזה אמנם העיקר לדינא שאינו יכול למחול כשהלוקח מוחזק בהקרקע [עיי׳ כס״מ ס״ק ע״ח]:

כג כל הדינים שנתבארו במוכר שט״ח לחבירו נוהג ג״כ בנותן השט״ח במתנה וכל הדינים שנתבארו במחילה אין חילוק בין שמוחל כולו או מקצתו בין במכר בין במתנה לבד אם נתנו המלוה את השט״ח במתנת שכ״מ לאחר ומת שוב אין היורש יכול למחול וזהו מתקנת חכמים כדי שלא תטרוף דעת החולה כשידע שיורשו ביכולתו לבטל דבריו אבל השכ״מ עצמו יכול לחזור בו כמ״ש בסי׳ ר״ן בבל מתנות שכ״מ:

כד וזה שנתבאר דגם היורש יכול למחול להלוה מ״מ אינו יכול למחול לעצמו כיצד ראובן הלוה לבנו בשטר ומכרו לשמעון ומת ראובן לא יאמר הבן הואיל שאני יורש אמחול לעצמי ואף לשלם להלוקח איני מחוייב כשאר מוחל שיתבאר דשאר מוחל חייב מדינא דגרמי דחשיב כמזיק אבל אני אין כוונתי להזיק אלא לפטור א״ע דאדרבא דאפילו לאותו דיעה שיתבאר שא״צ לשלם כל החוב בשארי מוחלין הוא עצמו כשמוחל לנפשו צריך לשלם כל החוב בשלימות דאין סברא כלל שימחול לעצמו ולהפסיד בזה להלוקח וי״א דיכול למחול לעצמו וא״צ לשלם כלל להלוקח כיון שאין כוונתו להזיק וי״א דדינו שוה לשאר מוחל וכן נראה עיקר [ולדיעה זו נסתלקה רא״ית בס״ת מכתובות פ״ח: וע״ש בתוס׳ ד״ה לא ודו״ק]:

כה בסעי׳ ו׳ נתבאר דכשהמלוה כותב שטרו על שם אחר עכ״ז המלוה הוא בעל השטר ולכן גם לעניין מחילה אין האחר יכול למחול והמלוה הוא שיכול למחול כיון שהממון שלו ואפילו לא מחל לו בפירוש שטר זה רק שמחל לו כל מה שבידו או כל החובות שיש לו עליו או בלשון אחר שכלול מחילת כל הממון נמחל גם שטר זה אע״פ שכתוב על שם אחר ובס״ס ס׳ נתבאר עוד בזה ע״ש:

כו הלוקח שט״ח וחזר ומכרו להמלוה אינו יכול למחול דהא שיעבוד הגוף נשאר מקודם אצל המלוה ולא מכר לו רק שיעבוד נכסים ועתה כשמכרו להמלוה לא נשאר להלוקח שום שיעבוד ולכן אפילו מכרו הלוקח לאחר אין הלוקח הראשון יכול למחול להלוה ואפילו נמכר כמה פעמים מיד ליד המלוה יכול למחול ולא אחד מהקונים והמלוה צריך לשלם כשמחל למי שהפסידו כמו שיתבאר ולפ״ז הלוקח שחזר ומכרו להמלוה א״צ כתיבה רק מסירת השטר לבד כיון דשיעבוד הגוף של הלוה נשאר אצלו וכיון שהשטר נכתב על שמו א״צ יותר [ס״ך]:

כז כשהמוכר או יורשיו מוחלים להלוה צריכים לשלם להלוקח כל מה שכתוב בשטר מהיפה שבנכסיהם כדין כל מזיק שמשלם ממיטב וחיוב זה הוא מדינא דגרמי כמו שורף שטרו של חבירו שיתבאר בסי׳ שפ״ח שהרי גרם לו לאבד השטר והרי הוא כמו ששרפו ולכן אפילו מת המוחל חייבים יורשיו לשלם אמנם להפוסקים שם דס״ל דכל גרמי אינו מדינא אלא קנסא א״צ היורשים לשלם כמ״ש שם [ס״ך] ומיהו אף שצריך לשלם כל דמי השטר היינו מה שהשטר היה שוה בשעת המחילה למכירה דאם הלוה אמוד ובטוח נמכר כמעט בשלימות כהסכום שבשטר ואם הוא אינו אמוד או שהוא אלם וקשה להוציא ממנו נמכר הרבה בפחות ולפי שומא זו ישלם המוחל להקונה דהרי בכך הפסידו ובמכירת שט״ח אין חילוק בין שהיה הלוה ישראל או כותי ולכן אם מכר שט״ח של כותי ומחלו להכותי צריך לשלם לו גם הריבית כשהריבית מבואר בהשטר וזקפו על הקרן כגון שלוה ממנו מאה והריבית היה עשרה ונכתב בהשטר שלוה ממנו מאה ועשר אבל בלא זה אינו חייב לשלם הריבית דמניעת הריוח לא מקרי היזק [סס] ואף

שיש

שיש חולקין וס״ל דהמוחל א״צ לשלם להלוקח רק המעות שנתן לו מ״מ העיקר לדינא כמ״ש דחייב לשלם לו מה שהיה שוה בשעת המכירה :

כח כשנתגלה שהשטר הוא פרוע הוה מקח טעות וא״צ לשלם רק המעות שקבל מהלוקח ואם הלוה טוען על השטר שהוא מזוייף וא״א לקיימו או שהלוה הוא אלם ולא ציית דינא א״צ לשלם אפילו המעות שקבל דאין המלוה חייב בזה והלוקח ידע מזה ואף אם מחל להלוה פטור דלא הזיקו כלום במחילתו ואין חילוק בין כשהלוה ישראל או לאו ואין להקשות דשטר מזוייף הרי הוא מקח טעות ולמה לא יוכל הלוקח לחזור בו די״ל דזהו אם היה זיופו נתברר אבל הכא המוכר טוען שאינו מזוייף והלוקח ירד לזה ולא הטעהו ולכן אבד מעותיו [הו״ת] וכן כשהלוה הוא אלם לא דיינינן בזה דין אונאה לדיעה אחרונה שיתבאר בסעי׳ מ״ו דביותר ממחצה יש אונאה כיון שהלוקח ידע מזה [כ״ל] ואם הלוה טוען שהוא פרוע והמלוה מכחישו צריך המלוה לישבע ואם אינו רוצה לישבע צריך לשלם להלוקח כל דמי השטר [ס״ך] ואם המוכר מודה שהוא פרוע נאמן וצריך לשלם להלוקח הדמים שקבל ממנו [ע״ס ס״ק ק״י ול״ע] וכל הדינים במחילה שצריך לשלם במוכר שט״ח כמו כן הוא בנותן במתנה ומחל להלוה שצרים לשלם להמקבל מתנה ואין חילוק בין מתנה למכר רק לדין אחריות שיתבאר דלא שייך במתנה :

כט גם במוכר שט״ח אחריות ט״ם הוא כמו בהלואה שנתבאר בסי׳ ל״ט לפיכך אם בא בע״ח של מוכר וטרף חוב זה או שבא אחד והביא ראיה ששטר זה שלו הוא כגון ששמו כשם מלוה זה והעדים טעו מה שנתנו השטר לזה או שכתב על שם מלוה זה והמעות שלו הם או שהביא ראיה שהוא לקח מהמלוה שטר זה קודם קנייתו של לוקח זה וכן כל כיוצא בזה חוזר הלוקח וגובה מהמוכר כל מה שהיה שוה השטר למכירה וכן טורף הלוקח מלקוחות שקנו מהמוכר אחרי מכירת השטר להלוקח אבל אם הוציא הלוה שובר ששטר זה פרוע או שמחל לו המלוה קודם לכן הרי זה מקח טעות והמעות שנתן הלוקח צריך המוכר להחזיר לו ואין זה בגדר אחריות כלל דמכר דבר שאין על הלוה חוב כלל דכשאחד הביא ראיה ששטר זה שלו הוא או שלקח מהמלוה מקודם אע״ג דמכירתו אינה מכירה מ״מ השט״ח שעל הלוה הוי שטר גמור רק שאינו שייך למוכר זה שלא היה בידו כח למכרו והוה כאחריות שאחד מכר שדה גזולה אבל כשהוציא שובר נמצא שאין שם שטר על הלוה אין לך מקח טעות יותר מזה [כ״ל] :

ל אם היה הלוה עני בשעת מכירה בין שהלוקח ידע מזה ובין שלא ידע ה״ז בכלל אונאה ולפי מה שיתבאר בסעי׳ מ״ו אין לשטרות אונאה אמנם לדיעה שיתבאר שם דביותר מחציו יש אונאה יש לזה ג״כ דין אונאה אם אינו שוה אפילו חציו והקונה לא ידע מעניותו כל כך והמכר בטל וצריך להחזיר המעות שקבל אבל אם העני הלוה אחר המכירה אין ללוקח על המוכר כלום ואין זה בכלל אחריות ואפילו קבל עליו אחריות דמזליה גרם וכל המכירות כן הוא כמו אם לקח בית ונשרפה אח״כ האם נאמר שהמוכר יתחייב באחריותו כמו כן בעניין זה אם לא כשפירש בהאחריות שכשיעני הלוה ישלם לו דאז כל תנאי שבממון קיים וגם מ״ש בסעי׳ כ״ח כשאין ביכולת לקיים השטר או שהוא אלם ג״כ אינו באחריות דהא ע״מ כן ירד הלוקח אם לא שלא ידע הלוקח מזה כלל דאז הוה מקח טעות ומחזיר לו מעותיו :

לא ודווקא במכירה יש אחריות לגבות מלקוחות אבל כשמחל לו להלוה את החוב אינו גובה הלוקח מהלקוחות שלקחו ממנו אפילו אחר המחילה דהמוחל הוא מזיק וכמו שאם מכר לחבירו בית ואח״כ שרפה המוכר אינו גובה מלקוחות אלא מעמידו בדין וגובה ממנו הזיקו כמו כן הכא דאחריות אינו אלא כשמכר דבר שאינו שלו או שבעל חובו גבה ממנו בחובו אבל זה הוא מזיק ככל המזיקים ואפילו לאותה דיעה שיתבאר בסי׳ קי״ט דגם במזיק גובה מלקוחות מ״מ במחילה אינו גובה דבשארי מזיקים יש קול להנזק והיה להם להלקוחות ליזהר שלא לקנות מהמוכר אבל בטוחל אין קול והוה כמלוה ע״פ שאינו גובה מלקוחות אפילו אם ידעו מההלואה [כ״ל] :

לב אבל אם שיעבד עצמו בשעת המכירה וכתב לו בהשטר אם אחזור ואמחול חוב זה הריני משעבד עצמי ונכסיי לשלם דמי חוב זה להלוקח גובה מלקוחות אפילו קנו ממנו קודם המחילה דכיון דנשתעבד בשטר יש לזה קול והיה להם להלקוחות ליזהר שלא לקנות ממנו מחששא דמחילה [ס״ך] :

לג זה שנתבאר בסעי׳ ח׳ ששטר מכירה משטרות שנכתב בכל לשון או אם הוא עשוי בערכאות דבעינן שיהא כשר גם בדינינו זהו דווקא בישראל שמכר לישראל אבל בותי שמכר או נתן שט״ח לישראל בין שהלוה הוא ישראל או לא דיינינן ללוקח זה בדיניהם וכל זכות שהיה להכותי יש לו להישראל הלוקח ואם בדיניהם א״צ כתיבה ומסירה או שאינו יכול למחול להלוה דיינינן ליה ג״כ כן וכך אמרו חז״ל [ב״ב ל״ס:] ישראל הבא מחמת כותי הרי הוא ככותי לעניין זכיותיו אך אם הכותי הוא אלם ויש לחוש שיחזור ויתבע מן הלוה צריך הלוקח להעמיד לו ערבות שלא יגיע לו נזק מהמוכר [סס] וכן ישראל שמכר לכותי יש לו כל כח הישראל שמכרו לו ולא מיבעיא למאן דס״ל מכירות שטרות מדאורייתא אלא אפילו למאן דס״ל דהוה דרבנן כל דתקון רבנן כעין דאורייתא תקנו [סס] ואל תתמה למה לא תקנו קניין דמעמד שלשתן בכותי כמ״ש בסי׳

קב"ו שאני התם כיון דבדיניהם אין בזה שום קניין דדיבור בעלמא הוא לכן לא תקנו להכותי שיקנה עי"ז משא"כ מכירת שטרות דיש׳נם בדיניהם ואדרבא בדיניהם לא בעי כתיבה ומסירה שפיר הוי התקנה גם לכותי [כס"מ] :

לד כבר נתבאר בסעי׳ כ"א שיכול להקנות שט"ח במעמד שלשתן ולכן ראובן שהיה לו שט"ח על לוי וא"ל מנה בשטר יש לי בידך תנהו לשמעון העומד לפנינו קנה שמעון אע"פ שלא נתן לו ראובן עדיין את השטר ונשתעבדו לו הלוה והלקוחות שלו כמו שנשתעבדו לראובן ומ"מ אין ביכולת שמעון לכוף לראובן שיחזיר לו גם גוף השטר והטעם מפני שבהקנאת השיעבוד והחוב לא נקנה לו השטר שבידו רק החוב והשיעבוד נקנה לו ואין המלוה יכול למחול כמ"ש שם וגם אין הלוה נאמן לומר פרעתי לשמעון כדין מלוה ע"פ דדינו כמלוה בשטר אע"פ שאין השטר בידו אמנם אם יכפור הלוה לאמר שאינו חייב כלל לראובן או שיצטרך לגבות מלקוחות שלו כופין ב"ד את ראובן שיוציא השטר וידונו ע"פ השטר דכיון שזכותו של שמעון מונח אצל ראובן אין כובשין לשמעון זכותו דאפילו אם נמצא לו זכות אצל אדם אחר כופין אותו ג"כ להראות זכותו של זה ואם הלוה פרע לשמעון מוציאין ב"ד השטר מראובן ומחזירין אותו להלוה דאסור לו להשהות שטר פרוע :

לה וכמו שגוף השטר אינו נקנה בהקנאת השיעבוד והחוב כמו כן השיעבוד והחוב אינם נקנים בגוף השטר ולא עוד אלא אפילו אם המוכר חוזר בו מוציאין השטר ומחזירין אותו להמוכר כיצד ראובן שהפקיד שטרי חובות אצל שמעון וא"ל שטרות שהפקדתי בידך תנם ללוי זה והמעמד שלשתן היה מהמפקיד והנפקד ולמי שזיכוהו והלוים לא היו במעמד ההוא ונמצא שלא זכה בהחוב והשיעבוד רק בהשטרות ולכן כל זמן שראובן לא חזר בו יש לשמעון ליתנם ללוי ואם חזר בו יש לו להחזירם לו דכל זמן שלא קנה השיעבודים שבהשטרות לא קנה גם גוף השטרות לא במסירה ולא במעמ"ש ואם א"ל תנם לזה השטרות וגם כתב שטר להזוכה והקנה לו הם וכל השיעבודים שבהם ונמצא שהם קנוים לו בכתיבה ומסירה אע"ג שלא מסרם להזוכה אלא להנפקד מ"מ קנה הכל במעמ"ש ועל הנפקד למסור השטרי חובות והשטר שהקנה לו השיעבודים ליד הזוכה ויש חולקין וס"ל דשט"ח אינו נקנה כלל במעמ"ש דתקנה זו אינה אלא על דבר שגופו ממון ואע"ג דאם הקנה לו החוב שבשטר קנה מ"מ אם הקנה לו השטר לא קנה ולפמ"ש בסעי׳ ב׳ דשטר נקנה בחליפין ה"ה במעמ"ש [ע׳ ש"ך ס"ק ע׳] :

לו מי שהוציא שטר של אחר וטוען שאותו האחר מסר לו בכומ"ס ואבד ממנו שטר המכר או שטוען שהקנה לו אג"ק א"צ עדים נגד המלוה דהא אינו בא להוציא ממנו אבל צריך עדים נגד הלוה שבא להוציא ממנו שהלוה אומר לו הבא עדים שהמלוה כתב ומסר לך או הקנה לך אג"ק ואם אין הלוה טוען כן יכול לשלם לו ואין המלוה יכול לעכב רק יכול להשביעו שמכר לו [כ"ל] ואם הלוה טוען שפרע להמלוה ואומר ישבע לי המלוה שלא פרעתיו אם רצונו לישבע ישבע ואם אין רצונו אין אנו יכולים לכופו לכך כיון שאינו מודה בהמכירה ואפילו מודה המלוה שהלוה פרע לו וטוען נגד הקונה שלא מכר לו יש מי שאומר שא"צ שבועה דהמע"ה [סמ"ע ס"ק ל"ג] ויש חולקין בזה דוודאי שבועה צריך דלא גרע טענה זה מכל הטענות [ש"ך וט"ז] וכן נראה עיקר אף די"ל כיון דבא בטענת השטר שבידו והשטר אין בו ממש בלתי כתיבת שטר אחר אין זה טענה חשובה וגרועה מטענה שבע"פ שאין ריעותא בטענתו אבל בזה הריעותא לפנינו מ"מ כיון שעומד וצווח שהמלוה קבל ממנו מעות איך נפטרנו בלי שבועה ואם המלוה אומר להלוה אני לא מכרתי שטר זה ומידי נפל ומצאו זה ואתה עדיין לא פרעתני והלוה טוען פרעתיך ומידי נפל נשבע הלוה שכן הוא ונפטר משניהם ואע"ג דקיי"ל דבשטר נשבע המלוה ונוטל כשטוען הלוה פרעתיך כמ"ש בסי׳ פ"ב זהו כשהשטר בידו אבל בכאן שאין השטר ביד המלוה נשבע הלוה היסת ונפטר [סמ"ע] ואם זה שהוציא השטר מביא ראיה שהמלוה מכר לו בכומ"ס או אג"ק צריך הלוה לשלם לו ואם הלוה טוען פרעתי למלוה מוכרח המלוה לישבע כשהלוה טוען השבע לי ואם אינו טוען השבע לי משלם בלא שבועה וכשטוען השבע לי ואין המלוה רוצה לישבע משלם המלוה להלוקח כל דמי שווי השטר וכ"ש אם הודה המלוה שפרעו שצריך לשלם להלוקח ואם אין לו מה לשלם מפסיד הלוקח וכשמת המוכר והלוה טוען שפרע להמוכר נשבעים היורשים שבועת היורשים ונוטל הלוקח מהלוה ואם אין רצונם לישבע משלמין הם להלוקח כיון שיש ראיה שמכר לו ואם אין ראיה שמכר לו ומת המלוה אע"פ שרצון הלוה לפרוע לו מ"מ נשבע נגד היורשים שקנה מאביהם ואם אומר להיורשים תשבעו אתם שבועת היורשים שלא אמר לכם אביכם שמכר לי ותגבו אתם טענתו טענה כיון שהשטר יוצא מת"י [כ"ל] :

לז ויש חולקין על מה שכתבנו דא"צ עדים נגד המלוה וס"ל דגם נגד המלוה אינו נאמן בלא ראיה דאע"ג שאינו בא להוציא מידו מ"מ כיון שיש ריעותא מה שאין בידו שטר הקנאה אינו נאמן לומר שהיה בידו ונאבד ממנו ואף אם טוען שהקנה לו אג"ק או במעמ"ש אינו נאמן משום דיותר מצוי להקנות בכומ"ס וכן אינו נאמן לומר שנתנו לו במתנת שכ"מ [ש"ך] משום דאינו מצוי ואע"ג דיש לו מיגו דאי בעי הוה אמר לא היה בידי שטרך מעולם אמנם אין זה מיגו טוב דהרי צריך להראות השטר כדי להוציא מת"י הלוה [סמ"ע] ורבינו הרמ"א

הרמ"א הכריע כדיעה זו ואין להקשות למה לא יהיה נאמן כשטוען שהקנהו אג"ק או במעמ"ש או במתנת שב"מ דהרי הבעל דבר נאמן לטעון אף מילתא דלא שכיחא די"ל כיון דאין בתפיסתו ראיה על הקנייה דתפיסת השטר בלא איזה קניין לאו כלום הוא ועל הקניין אין לו שום ראיה לכן אינו נאמן [ע' בנס"מ ס"ק י"ט] ואינו נקרא מוחזק ע"י השטר ואף שמדברי רבינו הב"י בטאהע"ז סי' פ"ו נראה דנאמן כשטוען כך מ"מ גדולי האחרונים הכריעו כמ"ש ואם היה השטר ביד שליש אע"ג דנאמן השליש נגד המוכר לאמר שמכרו לאחר כיון שעשאו לשליש כמ"ש בסי' נ"ו מ"מ נגד הלוה אינו נאמן אם אינו רוצה לפרוע להלוקח דלא עדיף השליש מהלוקח עצמו כשהיה השטר בידו לא היה נאמן בלא כומ"ס כמו כן השליש אינו נאמן ולכן אם גם המלוה אינו מודה שמכר לו משלם הלוה להמלוה ויש מי שאומר דגם נגד המלוה אינו נאמן כיון שלא היה להשליש מיגו מעולם דאפילו אם היה מוסרו לאחר לאו כלום הוא בלא כומ"ס [סגר"ת] וזה שאמרנו דאינו נאמן נגד הלוה זהו להפוסקים דס"ל דלא אמרינן מחוייב שבועה ואינו יכול לישבע משלם כשלא היה לו לידע כמ"ש בסי' ע"ה דמניין לו להלוה לידע אם מכר המלוה אם לאו אבל להחולקים על זה הוה הלוה מחוייב לישבע נגד השליש ואינו יכול לישבע ומשלם אם לא שהשליש פסול לעדות [ס"ך]:

לח המוכר שט"ח לחבירו בכומ"ס או בשאר קניין המועיל ואומר הלוה פרעתי להמלוה אין משגיחין בו וכופין אותו לשלם להלוקח ואם טוען שהמלוה ישבע לו נשבע אם אין נאמנות בהשטר ואם אינו רוצה לישבע משלם הוא להלוקח כל שיוי השטר ואם מת הלוה צריכין המלוה והלוקח לישבע שלא פרע להם דאין גובין מיורשין בלא שבועה אם לא שהיה תוך זמנו כמ"ש בסי' ק"ח ואם גם המוכר מת נשבע הלוקח שהלוה לא פרע לו וגם שלא אמר לו המוכר כלום ושאינו יודע ששטר זה פרוע וגם יורשי המוכר נשבעים שלא פקד להם אביהם שקבל החוב וגובה הלוקח מיורשי הלוה ואם אינם רוצים לישבע גובה הלוקח מנכסי מורישם ואם לא ירשו מאביהם אינם מחוייבים לשלם משל עצמם דאף שגורמים להלוקח היזק במה שאין רוצים לישבע אין זה אלא גרמא בעלמא ואם טוען שפרע ליורשי המלוה ואינם רוצים לישבע משלמים מנכסי עצמם וכ"ז דווקא כשמת הלוה אחר המכירה אבל אם מת קודם המכירה ואח"כ מכרו המלוה ומת אין הלוקח גובה אפילו בשבועה דכיון שהלוה מת קודם שמכר לא היה יכול המלוה לגבות מיורשי הלוה בלא שבועה כדין הנפרע מנכסי יתומים ואין אדם יכול למכור לחבירו ממון שלא היה יכול לגבותו כ"א בשבועה ואיך תחול המכירה הרי עדיין אינו שלו כ"ז שלא נשבע דכשהמוכר חי נשבע וגובה הלוקח אע"פ שלקחו אחר שמת הלוה [ס"ך] אבל כשמת אין מי שישבע ובלא שבועה א"א לגבות מיורשי הלוה ונראה דיורשי המלוה ישלמו לו מה שנתן לאביהם אם הניח נכסים דהרי החוב שלו נשאר על אביהם אך ביכולתם להשביעו כמה נתן בעד השט"ח ואם לא קבל מאביהם כלום [נ"ל] וכ"ז כשאין נאמנות בשט"ח אבל כשיש נאמנות גובה הלוקח מיורשי הלוה אפילו כשמת הלוה קודם המכירה דהא המלוה לא היה צריך לישבע כשהנאמנות הוא גם נגד יורשי הלוה ושפיר הוה מכירתו מכירה גמורה וגם הלוקח גובה מהם בלא שביעה [נ"ל]:

לט המוכר שט"ח לחבירו בכומ"ס או בשאר קניין המועיל ובאים שניהם המוכר המלוה והלוקח לתבוע מהלוה ב"ד מצוים לו לפרוע להלוקח וכופין אותו על זה ואם על כל זה פרע להמלוה חוזרין וגובין מהמלוה להלוקח והלוקח יש לו על הלוה תרעומות על ששילם להמלוה אבל לגבות ממנו אין בכחינו והטעם דכיון דביד המוכר למחול להלוה א"כ כשפרעו הלא מחל לו המלוה וכשם שבמחילה גובין מהמלוה ולא מהלוה כמו כן בזה גובין ג"כ מהמלוה ואפילו נתנו ב"ד פס"ד שישלם להלוקח ועבר על זה אין מוציאים ממנו מטעם זה דוודאי גם במוחל כך דינו שיכול למחול אפילו כשיש ביד הלוקח פס"ד [ס"ך] ומיהו אם ידע הלוה שהמלוה מבזבז מעותיו או שהוא אלם ולא יהיה ביכולת הלוקח להוציא ממנו והוא אינו מתיירא ממנו כשלא ישלם לו ועכ"ז שילם ואבד הלוקח מעותיו חייב הלוה לשלם להלוקח מדיני דגרמי דזהו ממש כזורק מעות חבירו לים ואם לא ידע הלוה שהמלוה מבזבז או שהוא אלם פטור הלוה [כנלע"ד לפרש דברי הסמ"ע סעי' ע"ז] ואף שיש חולקים וס"ל שאם פרע הלוה להמלוה לא נפטר מהלוקח בכל עניין וחייב לשלם גם להלוקח מ"מ העיקר כמ"ש [סס] ואם כופין להלוקח להחזיר שטרו להלוה כששילם להמלוה הוה ספיקא דדינא ואין מוציאין מידו [סס] וכן נראה גם מעיקרא דדינא:

מ כבר בארנו דצריך במכירת שטר כתיבה ומסירה ובלא זה לא קנה הלוקח ואפילו א"ל להלוקח בע"פ קני לך איהו וכל שיעבודיה לא קנה ועכ"ז אם היה מסירה בלא כתיבה וא"ל בע"פ קני לך וכו' ופרע הלוה להלוקח אין להמלוה שום טענה עליהם דכמו שבמכירת דבר שלב"ל אין אדם יכול למכור ועכ"ז כשתפס [סס] כמו שיתבאר בסי' ר"ט כמו כן בזה כיון שהמלוה א"ל קני לך וכו' ואפילו לא היה מסירה כלל כיון שא"ל קני לך אין להמוכר טענה כשפרע להלוקח [סס] אבל בלא אמירת קני לך אפילו מסר לו השטר לאו כלום הוא ולא דמי לדבר שלב"ל דהתם עכ"פ א"ל קני לך הפירות שיגדלו אבל בכאן כשלא א"ל קני לך לאו כלום היא המסירה ואפילו תפס הלוקח מוציאין מידו וי"א דהלוה אינו נפטר מהמלוה רק אם המלוה ידע שפורע להלוקח

ושתק דאז אמרינן שמחל על זה אבל אם לא ידע מהפרעון מחוייב הלוה לשלם לו כשלא היה כתיבה ומסירה כדין ואינו דומה לדבר שלב"ל דהתם לא שייר באופני המכירה אלא שמדינא אינה מועלת מפני שלא בא לעולם ולכן אנן סהדי דכשתפס הלוקח תפס דגם להמוכר ניחא ליה דהרי עכ"פ מכר ועשה כל שביכולתו אבל הכא שייר באופני המכירה במה שהיה ביכולתו לעשות דהיינו כתיבת השטר ונאמר דבכוונה שייר כדי שלא לקיים המכירה ויאמר להלוה לא היה לך ליתן לו עד שיראך כתיבה ומסירה כדין ואף אם אמר לך שהיה לו שטר ואבד ממנו לא היה לך להאמינו ועוד דלא דמי לדבר שלב"ל דהתם הלוקח תפס מהמוכר בעצמו ואמרינן כיון דעכ"פ מכר לו כשתפס ממנו וודאי דניחא ליה משא"כ הכא דהלוה מסר לו וודאי דלא ניחא לו להמלוה דמה לו להלוקח להתערב בזה וכל זמן שלא הראה לו כתיבה ומסירה כדין לא היה לו לשלם לו [כנ"ל בטעמים] ואם עכ"ז פרע לו הלוה להלוקח חייב לשלם להמלוה ויתבע מהלוקח מה שנתן לו ואם אין לו במה לשלם פסק רבינו הרמ"א בסעי' י"ז דאין המוכר יכול להוציא מן הלוקח כלום הואיל ותפס עכ"ל ותמהו עליו דהא זה וודאי דהלוה יכול להוציא מהלוקח כיון דלא הוה מכירה כלל א"כ גם המלוה יכול להוציא מהלוקח מדר' נתן ולכן פסקו דוודאי כשאין הלוה יכול לשלם מוציא המלוה מהלוקח [ש"ך וט"ז] לדיעה זו ונראה דרבינו הרמ"א ס"ל כטעם השני שכתבנו לחלק בין זה לדבר שלב"ל ולכן א"ש דהלוה וודאי יכול להוציא מהלוקח משא"כ המלוה אין ביכולתו להוציא ממנו כיון שבעצמו מכר לו דמיא לדבר שלב"ל כמ"ש ושיכוף להלוה שיוציא מהלוקח אין ביכולתו דהלוה יאמר לו הנני מוסר כחי לך והוצא אתה בעצמך והוא אין ביכולתו מפני הטעם השני שכתבנו ולעניין דינא קשה להוציא ממון נגד הדיעה הראשונה ואף כשלא ידע המלוה מהפרעון [ט"ז] האמנם לפי מ"ש בסי' ר"ט סעי' ז' דגם בדבר שלב"ל דאין מוציאין זהו ג"כ דווקא כשידע המוכר מתפיסתו העיקר לדינא כהי"א :

מא כשלא היה כתיבה ומסירה והלוה בא לשלם להמלוה כדין יכול לכוף את המלוה שיוציא שטרו מיד הלוקח ובלא זה אין הלוה מחוייב לשלם לו אפילו כשרצון המלוה ליתן לו שובר דכל זמן שהשט"ח בעולם יכול הלוה לומר לא אשמור תמיד השובר כמ"ש בסי' נ"ד וזה שנתבאר בסעי' הקודם דאם סילק בלי ידיעת המלוה שצריך לשלם להמלוה היינו משום שהשטר מסתמא בידו הוא כיון שפרע להלוקח מסתמא קבל שטרו [סמ"ע] :

מב י"א דבמקום שאמרנו בסעי' מ' דאם פרע הלוה להלוקח אין להמלוה טענה עליו היינו אפילו לא פרעו ממש רק שזקפו עליו במלוה ועשה שטר על הלוקח כאלו לוה ממנו דינו כגבה דזקיפה הוי כפרעון בהרבה עניינים ולכן כ"מ שמועיל פרעון מועיל ג"כ זקיפה וכן עיקר לדינא [ס"ך] :

מג אם הלוקח הוא אחד מעידי השטר מ"מ יכול ליקח מהמלוה ואינו כנוגע בדבר שנחוש שמא חתם שקר כדי שיקנה אח"כ מהמלוה את השטר דהא העד השני לא היה חותם עמו בשקר ואין לומר דנמצא לפ"ז דכל השטר הבשירו ע"פ עד אחד דבאמת אין זה פסול מן הדין רק חששא בעלמא ודווקא כשחתום על השטר דהוה כנחקרה עדותו בב"ד או שהעיד כבר בב"ד אפילו בע"פ לא חשוב עתה בלקיחתו מהמלוה כנוגע בדבר אבל להעיד עתה על איזה פרט מהשטר במה שאינו מבואר בהשטר מפורש פסול מדינא דעתה פשיטא דהוא נוגע בדבר ושני עדים החתומים על השטר לא יקנו לכתחלה ביחד משום לזות שפתים ואם קנו קנו דשנים אינם חשודים שיחתמו שקר [ס"ך] ועכ"ז אם הלוה טוען שחתמו בשקר וכוונתם היה לקנותו אח"כ מהמלוה טענתו טענה ומחוייבים לברר שלוה ממנו [כנ"ל ומיושב קושית הש"ך בס"ק ע"א וזהו כוונת הטוש"ע בסעי' כ"א] :

מד וכן אם הלוה חתום על שטר המכירה של המלוה כשר השטר ואף דיכול להיות שנוגע בדבר דרצונו להיות בע"ח להלוקח ולא להמלוה מפני שהמלוה איש קשה וכיוצא בזה מ"מ כיון שהמלוה מודה שכתב ומסר לו קנה ולא נפסל השטר מפני נגיעה כזו ואם המלוה כופר ואומר שלא מכרו כלל והלוה חתם א"ע בשקר כדי להפטר ממנו טענתו טענה ולא דמי לסעי' הקודם דבשם בעת שהעד חתם א"ע על השטר לא היה נוגע כלל ולכן אף כשלקח אח"כ כיון שיש עוד אחד אין ביכולת לפוסלו אבל בכאן שבעת חתימתו הוא נוגע קצת שפיר יכול המלוה להכחישו וצריך לברר שמרצונו מכר המלוה להלוקח וצוה להם לחתום :

מה גר [בימים קדמונים] שהיה לו מלוה בשטר על ישראל ומכרו לישראל אחר בכתיבה ומסירה י"א דפקע שיעבודיה והלוה נפטר דכמו שהמלוה יכול למחול להלוה שיעבוד גופו ובזה נפקע ממילא גם שיעבוד נכסיו כמו שנתבאר כמו כן כשמת הגר יצא הלוה חפשי משיעבוד גופו של הגר וזכה הלוה בגופו בעצמו וממילא דנפקע גם שיעבוד נכסיו וי"א שכבר בחיי הגר נשתעבד הלוה להלוקח וכל זמן שהגר לא מחל לו שיעבודו קיים [ס"ך] דהלוה נעשה בשעת קבלת מעותיו מהמלוה כאומר לו משתעבדנא לך ולכל דאתי מחמתך כל זמן שלא תמחול לי ואינו דומה למשכון שיתבאר בסי' ער"ה דאין לו על המשכון רק שיעבוד בעלמא אבל הכא הרי קנה השטר בקניין גמור [סס] :

מו כתוב בתורה וכי תמכרו ממכר לעמיתך או קנה מיד עמיתך אל תונו איש את אחיו ויתבאר שיעור האונאה

האונאה בסי' רכ"ז וקבלו רבותינו ז"ל דשטרות אין להם אונאה דדווקא מכר שגופו ממון יש בו אונאה ולא שטרות שאין גופן ממון לפיכך אפילו מכר שטר ששוה אלף דינרים בדינר או להיפך ממכרו קיים ולא תקשה לך למאן דס"ל דמכירת שטר אינו מן התורה כלל איך מיעטתו מאונאה די"ל דהיינו כגון שמצא שטר לאחר יאוש ומכרו לבעליו ביוקר או שראובן לוה משמעון או קנה ממנו בלא שטר ונותן לו דמים ע"מ שיכתוב לו שטר ונתן לו בעד זה יותר משויו או פחות [תוס' ב"ב ע"ו: ד"ס קני] וי"א דביותר מחציה יש אונאה דזהו אינו בגדר אונאה אלא ביטול מקח וכיון שהוא פלוגתא דרבוותא הוה ספיקא דדינא ומי שתפס אין מוציאין מידו [רסד"ס] ויש מי שאומר דהעיקר לדינא כדיעה ראשונה [ס"ך] ושטרות שמוכרים אותם לנייר בעלמא הוי ככל הסחורות ויש להם אונאה וכן לכל מה שיתבאר לעניין שבועה ושמירה :

מז וכמו שמיעט הכתוב שטרות מאונאה כמו כן מיעטן משבועה דילפינן מכלל ופרט וכלל דכתיב על שור על חמור וגו' שתהא גופן ממון לפיכך אם טענו כך וכך שטרות מסרתי לך והודה במקצתן וכפר במקצתן או שעד אחד העיד כדברי התובע הרי זה פטור משבועת התורה אבל נשבעים עליהם שבועת היסת ואפילו בכופר בכל אם היתה שם טענת ברי וכן גילגול נשבעין עליהם אע"פ שהיא מן התורה כמו שיתבאר בסי' צ"ה ע"ש :

מח וכשם שהתורה פטרה בשטרות משבועת מודה מקצת ועד אחד כך הם פטורים משבועת השומרים דהך קרא דעל שור בשומרים כתיב וכיון שהוציאן התורה מדין שבועת השומרין כמו כן ממילא פטורין מכל דיני שומרים שבאותה פרשה ונתמעטו מכל דיני שמירה מאונס וגניבה ואבידה ואפילו מפשיעה כיון דגם דין פשיעה כתוב שמה לפיכך אם נתן לחבירו שטרות בשמירה בין שהיה ש"ש ובין שהיה ש"ח וכן אם השאיל לו שטרותיו ונגנבו או נאבדו ואפילו בפשיעה פטורים מלשלם ומ"מ שומר שכר מפסיד שכרו עד שישבע ששמר כראוי דאיך יטול שכר כשלא שמר כראוי וזה שפטורין מפשיעה אינו אלא מפשיעת שמירה שלא שמרן כראוי וע"י כך נגנבו או נאבדו אבל אם הזיק בידים כגון ששרפן או השליכן לאיבוד וכיוצא בזה מזיק בידים הוא וחייב ואם קנו מידו שיתחייב בכל דיני שמירה חייב וקניין לא מהני אלא אם קנה על חיוב תשלומין דשיעבד נכסיו בקניינו אבל אם קנה שיתחייב שר"א אין זה כלום דהוה קניין דברים [ס"ך] ויש מרבותינו דס"ל דבפשיעה חייבים השומרים תמיד דפשיעה הוה כמזיק והמוחזק יכול לומר קים לי כדיעה ראשונה ורבינו הרמ"א הכריע כדיעה ראשונה ואף שנאמר דהוה ספיקא דדינא אין להוציא מיד המוחזק ואם הבעה"ב הוציא מידו של שומר קרוב לומר דמהני תפיסתו וקשה להוציא מיד הבעה"ב וכן יש להורות [כנלע"ד כיון דסמ"ע מצריך לקיים דיעה האחרונה ורבים מרבותינו סוברים כדיעה ראשונה הוה ספק] :

מט זה שאמרנו דכשקנו מידו חייב בכל דיני שמירה כפי הקניין שעשה זהו דווקא בשקנו מידו אבל בדבור בעלמא שאמר הנני מתחייב א"ע בכל דיני שמירה אין זה כלום ואע"ג דבסי' רצ"א יתבאר דמתנה ש"ה להיות כשואל וחייב בדבור בלבד היינו משום דחיוב שמירה חל עליו מן התורה לכן מועיל דיבורו להוסיף בשמירתו אבל בשטרות שאין מן התורה בהם חיוב שמירה לא מהני דיבור וצריך קניין דווקא [סמ"ע] :

נ ולעניין חלוקת שטרות כגון אחין או שותפין שבאו לחלוק והיה להם שטרות ישומו ב"ד כל השטרות לפי שוויין לפי קירוב הזמן וריחוקו ולפי מצב הלוים ולפי אלמותם ויחלקו בגורל דחלוקה שייך בכל דבר ואם אינו אלא שט"ח אחד יחלקו בגוד או איגוד ובחלוקת אחין או שותפין לא בעינן כתיבה ומסירה ואינו יכול למחול [כס"מ] ובסי' קע"א יתבאר די"א דאין לשותפין דין דגוד או איגוד ואם אחר ששמו ב"ד וחלקו השטרות ביניהם נתקלקל שטרו של אחד מהם אין לו שום טענה דמזלו גרם ומ"מ מחמת חששא זו דשמא יתקלקל שטר של אחד מהם אין לבטל החלוקה מקודם בשביל זה ואחד יכול לכוף את חבירו לחלוק וגם חובות שבע"פ יכול אחד לכוף את חבידו לחלוק [סס] :

נא אמר אחד נכסיי לפלוני השטרות הם ג"כ בכלל נכסים ואם הוא שכ"מ שנקנה בדיבור בעלמא קונה גם השטרות אבל בריא שהקנה כל נכסיו לאחר אגב קרקע אע"ג דשטרות בכלל נכסים הם מ"מ לא קנה השטרות כיון שלא כתב לו קני לך הם וכל שיעבודם דאית בהם דלדיעה אחרונה שבארנו בסעי' י"א קניין אגב הוא רק במקום מסירה אבל כתיבה בעי ואף לדיעה ראשונה שבשם הא עכ"פ צריך שיאמר קני לך וכו' אבל שכ"מ א"צ אפילו לומר קני לך דכיון שאמר נכסיי לפלוני הוה כמי שאמר הן וכל שיעבודם ואף לדעת הרשב"א שיתבאר בסי' רנ"ג דצריך שיאמר תנו שטר זה וכל שיעבודיו ע"ש זהו כשפרט השטרות בפ"ע אבל כשכללן בכלל כל הנכסים לא צריך [ס"ך] וכ"ז כשאמר בלשון נכסי אבל אם אמר מטלטלין שלי לפלוני אין השטרות בכלל דבלשון בני אדם אינם בכלל מטלטלין ולכן בעל שסילק עצמו מנכסי אשתו בין אירוסין לנשואין דאז מהני הסילוק כמ"ש באהע"ז סימן צ"ב אם סילק עצמו מנכסיה גם שטרות בכלל ומסולק ג"כ משטר ירושה אם עשה לה אביה וכן משטר חצי זכר אם עשה אביה לה ולזרעה אבל כשסילק עצמו ממטלטלין שלה אין השטרות בכלל אמנם למנהגינו שמקדשין בשעת החופה אין נ"מ בדין זה דקודם ארוסין ואחר נשואין לא מהני לשון סילוק כמבואר שם :

נב המקדיש שט"ח להקדש או לעניים צריך כתיבה ומסירה כמו בהדיוט כמ"ש ביו"ד סי' רנ"ח ואם מחלו להלוה מחול כמו בהדיוט [שם בש"ך] וצריך לשלם להקדש או לעניים כפי שיוויו של שטר כמו בהדיוט ובסי' צ"ה יתבאר דהקדשות שבזמה"ז אין בהם דין הקדש ע"ש וי"א דא"צ כתיבה דווקא ודי כשיאמר יקנו העניים או ההקדש השטר הזה וכל שיעבודיו דאמירתו לגבוה כמסירה להדיוט וא"כ כשאמר קני הוה ככתב ומסר [ש"ך ס"ק ב' בשם סריטב"א] וס"ל לדיעה זו דזה שאמרו חז"ל אמירתו לגבוה כמסירה להדיוט נוהג גם בהקדשות ובצדקות שבזמה"ז וזהו דעת רב האי גאון בספר מקח וממכר שער נ"ו שכתב וז"ל ודע שהממכר מתקיים באמירה לבדה על דרך ידוע והוא שיאמר המוכר הרי זה החפץ קדוש ואטול דמיו כבר נתקיים המכר והרי החפץ קדוש באותה אמירה בלבד עכ"ל ואהקדשות שבזמה"ז קאי כמ"ש שם בראש השער וז"ל דין מכירת הקדש ואין בדעתי לדבר על המנחות וכו' לפי שאינו נוהג באלו הימים אבל דעתי למה שאנו צריכים עכשיו בזמה"ז כגון מכירת בהכ"נ והקדש הכנסת ומה שהוא לעניים עכ"ל וכ"כ הר"ן בפ"ק דקדושין ורבותינו בעלי הש"ע ביו"ד שם לא הביאו כלל דיעה זו מפני שהיה הדבר פשוט בעיניהם דבהקדשות שבזמה"ז לא אמרינן אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט כמ"ש רבינו הב"י בסי' קכ"ה ובי"ד שם בספרו הגדול ואלמלי ראו שכן כתב מפורש רב האי גאון בוודאי היו מביאים דעתו עכ"פ ואף לדיעה ראשונה מ"מ חייב מטעם נדר כמו שיתבאר בסי' רי"ב סעי' ט' ע"ש ונלע"ד דהוי ספיקא דדינא [וספיר הבית הש"ך דעת הריטב"א ודלא כמו שתמהו עליו הטו"ת וכס"מ וקצה"ח ונראה שגם הם לא ראו דברי הגאון] ומדברי הרי"ף בפ"ד דב"ק אין הכרע למעיין שם היטב ומ"ש שם המאור בדעת רב האי גאון בתשובה עניין אחר הוא בנודר ועיין במלחמות:

סימן סז [דיני שמיטה ופרוזבול ובו ט"ו סעיפים]:

א כתוב בתורה מקץ שבע שנים תעשה שמטה וזה דבר השמטה שמוט כל בעל משה ידו לא יגוש וגו' ומכפל הלשון מבואר דבשני שמיטות הכתוב מדבר אחת שמיטת קרקע ואחת שמיטת כספים ודרשו רבותינו ז"ל בזמן שאתה משמט קרקע אתה משמט כספים ובזמן שאי אתה משמט קרקע אי אתה משמט כספים [גיטין ל"ו.] ושמיטה אינה נוהגת בא"י לאחר החורבן מן התורה לפי פשטות הירושלמי [פ"ד דגיטין] ואפילו להרמב"ם ז"ל שפסק בפ"ד משמיטה דנוהג מן התורה בא"י גם בזמה"ז מ"מ יובל בוודאי אינו נוהג דעוד בזמן הבית משגלו שבט ראובן וגד בטלו היובלות [ערכין ל"ב.] שנאמר וקראתם דרור בארץ לכל יושביה וגו' ודרשינן בזמן שכל יושביה עליה דווקא והכתוב תלה שמיטת כספים ביובל דשמיטת קרקע הוא יובל דלשון שמיטת קרקע הוא מה שהיא משתמטת מהקונה וחוזרת להמוכר [רמב"ם שם פ"ט] והרמב"ם מפרש הירושלמי דקאי אשמיטת כספים ולא על חרישה וזריעה דשביעית [כמ"ש תוס' בגיטין שם] ובח"ל כ"ש דאינה נוהגת עתה ולכן בזמה"ז אין שמיטת כספים נוהגת מן התורה בשום מקום אך חכמים תקנו כדי שלא תשתכח תורת שמיטה מישראל ושמיטת כספים הוא חובת הגוף ולא חובת קרקע ולכן תקנו שתהא השמטת כספים נוהגת בזמה"ז בכל מקום אפילו בח"ל וכך נהגו רבותינו האמוראים גם בבבל וכן הוא הסכמת הפוסקים אבל ראינו שאף בדורות הראשונים לא היה העולם נזהרים בזה כמ"ש הרא"ש בתשובה וטרחו רבותינו למצא טעם בזה וכעין זה מצינו לעניין תרומות ומעשרות בח"ל שהיו נוהגים בזה ואח"כ בטלום [ירושלמי פ"ד דחלה] האמנם לעניין השמטת כספים מפורש בירושלמי [פ"י דשביעית] דנוהגת גם בח"ל ויש שכתבו דלא גזרו רק אמדינות הסמוכות לא"י כבבל ומצרים ולא בהרחוקות וכעין זה איתא בירושלמי לעניין תרומות ומעשרות ויש שכתבו דלא נהגו כן רק כל זמן שקידשו השמיטות בב"ד הסמוכין שבא"י ולא מזמן שבטלה הב"ד הסמוכים וכל אלו טעמים חלושים הם והירא את דבר ד' ינהוג בשמיטת כספים גם בזמה"ז ובכ"מ ובפרט שיש תקנה בעשיית פרוזבול כמו שיתבאר ובהרבה מקומות נזהרים בזה גם עתה ושנת השמיטה לפי חשבון הרמב"ם והגאונים וחכמי א"י היה בשנת תרל"ה לאלף הששי ויהיה אי"ה בשנת תרמ"ב הבע"ל ויה"ר שיבנה בהמ"ק בב"י אמן ונחזור למנות שמיטין ויובלות בתר"ם קרן התורה בב"א והמקיים תבא עליו ברכה ובסעי' י' יתבאר מה שנלע"ד טעם המקילין בזה וגם בסעי' ו' יתבאר עוד טעם בזה:

ב אין שביעית משמטת כספים אלא בסופה שנא' מקץ שבע שנים תעשה שמטה לפיכך הלוה את חבירו בשביעית עצמה גובה את חובו כל השנה בב"ד וכשתשקע החמה בער"ה של מוצאי שביעית אבד חובו ומיד אסור לו לתובעו [ובל"ז היה מותר לו לתובעו בס"ש אף שהוא ספק יו"ט דסד"ר לקולא]:

ג שביעית משמטת את המלוה בין מלוה בשטר בין בע"פ ואפילו יש בהשטר אחריות נכסים מפני שעדיין היא מחוסרת גוביינא וקרינן ביה לא יגוש אבל המלוה על המשכון בין שמשכנו בשעת הלואה בין שלא בשעת הלואתו ומשכנו ע"י ב"ד אינו משמט דכיון שיש משכון בידו לא קרינן ביה לא יגוש ואפילו צריך לקיים בהמשכון מצות השבת העבוט כמ"ש בסי' צ"ז מ"מ אינו משמט דמה שמחזיר להלוה המשכון הוה רק כשאלה והמשכון

הוא של המלוה ואם היה המשכון שוה פחות מהחוב אינו משמט מה שכנגד המשכון ויש מי שאומר שאף היתר על המשכון אינו משמט דע״י המשכון נחשב כמו שכל החוב בידו [לבוש] ואם המשכנתא היתה קרקע והמלוה אוכל פירותיה במקום שהמנהג שהלוה יכול לסלק את המלוה מהקרקע בכל עת שישלם לו שביעית משמטתה דעדיין היא ברשות הלוה וקרינן ביה לא יגוש ובמקום שאין יכול לסלקו עד סוף זמנו שקבע עמו אינו משמט דהיא כשלו וכן אם סיים לו שדה בהלואתו שהגביל לו שדה זה וא״ל משדה זו תגבה חובך אפילו אינה ממושכנת בידו לאכילת פירות אינו משמט דכגבוי דמי ועדיפא ממשכנתא וי״א דגם בזה דווקא כשאינו יכול לסלקו במעות דביכול לסלקו גם אפותיקי משמטת אלא דבזה קילא ממשכנתא דאם אינו יכול לסלקו אפילו יום אחד ומשם ואילך יכול לסלקו אינו משמט אבל במשכנתא בעינן שלא יהיה ביכולתו לסלקו עד הזמן שקבע [סמ״ע] וי״א דלדיעה זו גם במשכנתא אם אינו יכול לסלקו אף יום אחד מקרי אתרא דלא מסלקי ואינו משמט [ט״ז] וכן עיקר ובע״כ צ״ל כן דאל״כ באתרא דלא מסלקי אמאי אין שביעית משמטתו דהא בע״כ מיירי שבהגיע סוף שביעית עבר זמן הפרעון דאל״כ אפילו באתרא דמסלקי אינו משמט כששביעית הוא בתוך הזמן כמו שיתבאר בסעי׳ ו׳ וכיון דעבר זמן הפרעון הלא גם באתרא דלא מסלקי יסלקנו [כמק״י בפ״ס דב״מ בסס רסב״ה] אלא וודאי כיון דבזמן העבר לא היה יכול לסלקו מקרי אתרא דלא מסלקי אמנם לדיעה ראשונה י״ל דלעולם מיירי ששביעית כלה בתוך הזמן וזה שכתבנו דבאתרי דמסלקי שביעית משמטתו היינו באופן שגם המלוה יכול לכוף להלוה לפרוע לו בכל עת שירצה וקרינן ביה לא יגוש [סרמ״ע סס] :

ד מי שהיה שותף עם חבירו והיו שניהם מתעסקים בסחורות ושטרות ונשאר מעות ביד אחד מהשותפים אין שביעית משמטתו דשביעית אינה משמטת אלא הלואות ואפילו אם רק אחד מתעסק בהעסקים עכ״ז אם אין שם הלואה עליו מהשני אינו משמט [כ״ל] ומי שיש בידו עיסקא למחצית שכר שהם חצי מלוה וחצי פקדון משמטת החצי של המלוה וערב שפרע בשביל הלוה וקודם שגבה מהלוה הגיע סוף שביעית משמט דמיד שפרע בשבילו להמלוה נתחייב לו הלוה בתורת הלואה זה הסכום שפרע בעדו :

ה כל דבר ששביעית משמטת משמטת גם השבועה השייך לממון זה שנאמר וזה דבר השמטה ובאה הקבלה שאפילו הדיבור משמטת לפיכך שבועות הדיינים וכיוצא בה כיון שאם הודה היתה שביעית משמטתו משמטת גם השבועה וא״צ לישבע אח״כ אבל שבועות השומרים והשותפים וכיוצא בהם כיון שאם הודה לא היתה שביעית משמטתו לפי שהם פקדון ולא מלוה לפיכך אינה משמטת גם השבועה ומי שחייב לחבירו ונשבע לשלם לו כל דבר שהשביעית משמטת פטור ג״כ לשלם מכח השבועה דלא נשבע לשלם רק כשחייב ממון ואם היתה זמן השבועה אחר השמיטה אינה משמטת [סמ״ע] כמו בממון שיתבאר בסעי׳ הבא :

ו המלוה את חבירו וקבע לו זמן הפרעון אחר שביעית אינה משמטת דבשביעית לא קרינן ביה לא יגוש כיון שעדיין לא הגיע הזמן וכן המלוה לחבירו והתנה עמו שלא ישמט זה החוב בשביעית תנאו קיים דהאדם יכול לחייב א״ע בממון אף מה שלא חייבתו התורה וכל תנאי שבממון קיים ודווקא שאמר לשון זה שהוא מחייב א״ע אבל אם אמר ע״מ ששביעית לא תשמטנו דמשמע שדין שמיטה לא יחול עליו אינו כלום דהרי גזירת התורה תשמיטנו בע״כ ותנאו בטל אבל כשמתנה על עצמו הרי זה כעושה עליו חוב חדש ואם יש מנהג בעיר לכתוב כן בכל השטרות ע״מ שלא ישמיט הוא חוב זה כותבין כן ואינו משמט ואם בשטר אחד לא נמצא כתוב כן ה״ז משמט ואע״פ שלעניין שארי דברים אמרינן אע״פ שלא נכתב כמי שנכתב דמי כמ״ש בסי׳ מ״ב מ״מ בזה לא אמרינן כן מפני שיכול לומר שבכוונה לא כתב כן כדי לקיים מצות שביעית ויש שכתבו דלכן אין נוהגין בכמה מקומות בהשמטת שביעית דכיון שהמנהג אצל כולם לגבות אחר שביעית בלא פרוזבול הוה כאלו התנו כן מפורש ע״מ שלא ישמיט בשביעית וכל לוה ע״מ כן הוא לוה וכמי שנכתב בשטר דמי :

ז המוסר שטרותיו לב״ד ואמר להם אתם גבו לי חובותי אינו נשמט דלא קרינן ביה לא יגוש דהרי הוא לא יתבענו לפיכך כשתבעו וכפר והביא עדים וחייבוהו ב״ד וכתבו לו פס״ד הוה כגבוי ואינו משמט דכל מעשה ב״ד כגבוי דמי וכן אם הלוהו ותבעו וכפר ונשבע לו והגיע שביעית ועדיין לא הודה ולא באו עדים ולאחר שביעית הודה או באו עדים אינו משמט דבשעת השמיטה לא היה להמלוה עדיין חוב ידוע עליו ואח״כ כשהודה או שבאו עדים הוה כהלואה חדשה אבל אם הודה או באו עדים קודם שביעית וב״ד לא כתבו לו קודם השמיטה את הפס״ד הרי זו משמטת :

ח הקפת החנות שלקח סחורה בהקפה מחנווני או מסוחר אינה משמטת מפני שאין זה הלואה ואם זקף עליו במלוה משמטת וזקיפה מקרי מן העת שקבע לו זמן לפרעון דאז הוי כהלואה ואם הגיע הזמן קודם שביעית משמטת דקרינן ביה לא יגוש וי״א דזקיפה מקרי מיד שכתב בפנקסו כל החשבון ביחד דמאז הוי כהלואה ושכר שכיר אינו משמט ואם זקפו עליו במלוה משמטת וקנס של אונס ומפתה ומוציא שם רע אינם משמטין ואם זקפן עליו במלוה משמטים ומאימתי נזקפין משעת העמדה בדין דכיון דהם מעשי ב״ד אין זקיפתן אלא משעת

משעת העמדה בדין ולא דמי להקפת החנות ודווקא כשלא כתבו ב"ד פס"ד דאם כתבו פס"ד אינו משמט כמ"ש והמגרש את אשתו קודם שביעית אין כתובתה נשמטת דכתובה אינה הלואה ואם זקפה עליו במלוה דהיינו משעת העמדה בדין ולא כתבו פס"ד משמטת וכן אם פגמה כתובתה שקבלה קצת מהכתובה משמטת המותר דיצא משם חיוב כתובה ונעשית כהלואה ואם היה חייב לו בעד נזקין וחבלות אם עמד בדין קודם שמיטה ולא קיבל פס"ד משמט ואם לאו אינו משמט [כ"ל] וחובות שחייב להקדש בין קדשי מזבח בין קדשי בדק הבית חייב בכל עניין דהרי כתיב לא יגוש את רעהו והקדש אינו רעהו לפיכך יכול הגיזבר לתבוע ממנו תמיד וכן חייבי ערכין [כ"ל] והקדשות בה"כ או צדקה לעניים אע"פ שאין דינן כהקדש כמ"ש בסי' צ"ה מ"מ חייב לשלם גם אחר שביעית דאין כאן מי שינגשנו ולא קרינא ביה לא יגוש ועוד דכל אלו אינם הלואות ששביעית תשמטם ואפילו אם נדר צדקה לעני פלוני וזקפו עליו במלוה קודם שביעית יראה לי דחייב לשלם להעני דהא נדר הוא ובמה שזקפו עליו במלוה לא תפקע שביעית את נדרו וכן אם נדר ליתן מתנה לפלוני אף שהוא עשיר אין שביעית משמטתו אף שזקף עליו במלוה מפני נדרו שעשה [כנלע"ד]:

ט הבא מחמת כותי הרי הוא כמוהו ולכן מי שקנה שטר מן הכותי על חבירו אין שביעית משמטתו אבל אם זקפו עליו במלוה שעשה שטר עליו משמט וכן מי שערב לכותי בעד חבירו ופרע להכותי ולקח השטר ממנו ותבע את חבירו באותו שטר אין השביעית משמטתו אבל אם אינו תובעו בשטרו של הכותי משמטת אע"פ שפרע להכותי בשבילו וכן ישראל שהיה חייב לכותי מלוה בע"פ ולקח ישראל אחר החוב מהכותי משמטתו שביעית וכן ערבות בעד הלואה בע"פ [כ"ל] וישראל שלוה מישראל ונתן לו שטר בלשונם באופן שהערכאות גובין ממנו אז אף אם הוא שטר שכתוב בלה"ק אך הערכאות גובין ממנו גם בשטר כזה אם נתן השטר בהערכאות קודם השמיטה ע"פ ציווי ב"ד יכול לקבל ממנו גם אחר שביעית כיון דהוא בעצמו א"צ לגבות לא קרינן ביה לא יגוש אבל אחר השמיטה אסור לו לגבות ממנו אפילו ע"י ערכאות דמה לי אם נוגשו בעצמו אם נוגשו ע"י הערכאות כיון דכבר עברה שביעית הרי השמיטתו התורה [כנלע"ד]:

י בימי הלל הזקן ראו שנמנעו העם מלהלוות זה לזה מדאגתם שלא תשמטנו שביעית ועוברים על מה שכתוב בתורה השמר לך פן יהיה דבר עם לבבך בליעל לאמר קרבה שנת השבע וגו' עמד הלל וב"ד ותקנו פרוזבול והוא לשון תקנה ומהו עניינו שמוסר כל שטרותיו וכל חובותיו לב"ד בין מלוה בשטר בין מלוה בע"פ וכבר נתבאר דמוסר שטרותיו לב"ד מן התורה אינו משמט והתקנה היתה שאף אם לא ימסור שטרותיו ורק שהמלוה יאמר מוסרני לכם פלוני ופלוני ופלוני הדיינים שבמקום פלוני שכל חוב שיש לי שאגבנו כ"ז שארצה והדיינים כותבים במותב תלתא כחדא הוינא ואתא לקדמנא פלוני המלוה ואמר לפנינו מוסרני לכם וכו' וחותמים למטה פלוני דיין ופלוני דיין ופלוני דיין או שכותבים בלשון עדות שמעידים שכך אמר לפניהם וזהו ממש דין התורה דכיון שמוסר לב"ד החובות שוב א"צ המלוה לתבוע את הלוה ולא קרינא ביה לא יגוש ומעיקר התקנה היתה לעשותה בב"ד חשוב וכמ"ש הרמב"ם שאין כותבין פרוזבול אלא חכמים גדולים ביותר כב"ד של ר' אמי ור' אסי שהן ראוין להפקיע ממון בני אדם אבל שאר בתי דינין אין כותבין עכ"ל וכן כל ב"ד חשוב שבדור שבקיאים בדין ובעניין הפרוזבול ורבים המחום עליהם וי"א דבכל שלשה שהם ב"ד כותבין פרוזבול ויש להקל בזמה"ז דכל העניין אינו אלא מדרבנן והרבה הקילו חז"ל בזה עד שאמרו שת"ח שהלוו זל"ז ומסר המלוה דבריו לשלשה מהתלמידים ואמר מוסרני לכם וכו' א"צ לכתוב פרוזבול מפני שהם יודעים ששמטת כספים בזמה"ז הוא מדבריהם ונדחות בדברים בלבד דהוא א"צ לתבוע ואלו השלשה יתבעו מהלוה וי"א דכל אדם ג"כ יכול לומר דבריו בע"פ לפני ב"ד ואין הב"ד צריכין לכתוב פרוזבול ואין הפרש בין שהמלוה הוא בעירם של הדיינים או לא כי יכול לומר אפילו שלא בפניהם אני מוסר שטרותיי וחובותיי שבע"פ לב"ד שבעיר פלונית ואם הוא בדרך יכול לכתוב להדיינים שמוסר להם כל חובותיו ושטרותיו ולכן יש מי שכתב שהולך המלוה אצל שני עדים או שלשה ואומר הוו עלי סהדי וחזו דאנא מסרנא פרוזבול קמי ג' דיינים דאינון פלוני ופלוני ופלוני שבמקום פלונית ודי לו אם יחתמו בו אותם עדים ואי חתמו ביה דייני טפי מעלי וא"צ עדים וטעם עיקר התקנה הוא משום דאין כותבין פרוזבול אלא על לוה שיש לו קרקע או שאחר מזכה לו קרקע וכמו שיתבאר וכיון שיש לו קרקע גם הב"ד א"צ לגבות ממנו דקרקע כגבוי דמי ביד ב"ד ולא אצל המלוה דאין לו רשות לירד מעצמו וצריך לנוגשו לגבותה אבל אצל ב"ד הוא כגבוי בידם ונמצא ששום אחד מהמלוים או הב"ד אינם עוברים על לא יגוש ולפ"ז נלע"ד טעם נכון על מה שלא נהגו בהרבה מקומות גם במאות שנים מקודם בשמיטת כספים ולא חשו לכתוב פרוזבול דהנה שמיטת כספים בזמה"ז הוא מדרבנן כדי שלא תשתכח תורת שביעית וזהו מילתא דפשיטא דרבנן לא באו ע"פ תקנתם שתתעקר דבר מדברי תורה ח"ו רק בשמיטת כספים גופה מפני שהפקר ב"ד הפקר כמבואר בגמ' אבל אם ע"י זה התעקר מצוה מהמצות בוודאי לא תקנוה רבנן ואף שאמרו חז"ל דיש לפעמים כח בחכמים לעקור ד"ת בשב ואל תעשה כמו תקיעת שופר ונטילת לולב בשבת זהו מפני חששת איסור דאורייתא

דאורייתא שלא יבואו לטלטל ד' אמות ברה"ר כמבואר בש"ס אבל בכגון זה שלא תקנו רק לזכר בעלמא פשיטא אם יתעקר ע"י זה דבר מדברי תורה בטלוה לתקנתא ולכן הלל הזקן וב"ד כשראו שנמנעו מלהלות ועוברים על מה שכתוב בתורה השמר לך וגו' עמד ותקן פרוזבול ועיקר תקנת הפרוזבול היה כדי שיהיה כגבוי כמו שנתבאר וכ"ז היה טוב בזמן שיד דייני ישראל היתה תקיפה ואפילו בזמן הגמ' היה עדיין ראש גולה והדיינים מתמנים ממנו והיה להם כח מהמלוכה לגבות ולהעניש את המסרב נגדם אבל בעונותינו הרבים זה מאות מהשנים שאין לנו שום תוקף ועוז לעשות דבר א"כ ממילא אין תועלת במסירת החובות לדיינים כיון שאין להם כח לגבותם ובהכרח שהמלוה בעצמו יגבה ויעבור על לא יגוש ואין תועלת בהפרוזבול ועוד כיון שאין כותבין פרוזבול אלא על הקרקע וזה היה טוב בזמן הגמ' שעיקר מקום ישראל היה בבבל ובמדינות הסמוכות והיה להם קרקעות אבל אח"כ כאשר נתפזרנו בכל כנפות הארץ ונדחנו מדחי אל דחי ואין לנו קרקעות ממילא דאין על מה לכתוב פרוזבול ואם ננהוג עתה בשמיטת כספים פשיטא שלא ירצו להלות ויעברו על מה שכתוב בתורה השמר לך וגו' דבוודאי לא אבשר דרי יותר מדורו של הלל הזקן ולפ"ז וודאי דנדחית תקנתא דרבנן שהיא רק זכר לשביעית מפני לאו דאורייתא ופשיטא דבכי הא לא תקנו רבנן ובוודאי הוא למידת זכות על כלל ישראל ומ"מ הירא את דבר ד' יעשה פרוזבול כמו שנהגו בהרבה מקומות וכמ"ש בסעי' א' ע"ש וככה נוהגים בכל מדינת ליטא :

יא אין כותבים פרוזבול אלא על הקרקע כדי שיהיה כגבוי ביד ב"ד ואפילו קרקע כל שהוא סגי דאין אונאה לקרקעות ואפילו אין לו אלא עציץ נקוב מונח על יתידות באויר ויונק מן הארץ הוה כקרקע ואע"פ שאין מקום היתידות שלו ואפילו להלוה אין לו קרקע אך למי שחייב לו יש קרקע ג"כ מועיל משום דאותו הלוה משועבד להמלוים של מלוה שלו מדר' נתן או אם יש להערב קרקע או אם יש קרקע למי שחייב להערב ואפילו אין לזה ולזה ויש להמלוה או למי שחייב להמלוה מזכיהו ללוה ע"י אחר את הקרקע ואפילו שלא בפניו והטעם דאנן סהדי דניחא ליה להלוה בזכיית הקרקע ובכתיבת הפרוזבול כדי שימצא מי שילויהו דהא עיקר התקנה היתה מפני זה שלא לנעול דלת בפני לוין ומיהו אם הלוה לפנינו ואומר שאין רצונו לזכות בקרקע של אחרים אין מזכין לו בע"כ וכן אם היתה לו ללוה שדה ממושכנת ביד אחר כותבין עליה פרוזבול וכן אם השאילו מקום לתנור וכירים או השכירם לו כותבין פרוזבול וכן כותבין לאיש על נכסי אשתו ולאשה על נכסי בעלה וליתומים על נכסי האפטרופסין והקילו הרבה בזה מפני שבזמה"ז היא רק מדרבנן לזכר בעלמא לכן סגי בטעם כל דהוא כדי שלא לנעול דלת בפני לוין :

יב חמשה שלוו מאחד די לו בפרוזבול אחד דהוא מוסר כל חובותיו לב"ד ואם כולם לוו בשטר אחד אפילו אין קרקע רק לאחד מהם כותבין פרוזבול על כולם דכולם ערבים זל"ז כמו שיתבאר בסי' ע"ז וחמשה שהלוו לאחד כל מלוה צריך פרוזבול ויתומים קטנים שיש להם הלואה ביד אחרים א"צ פרוזבול דב"ד הם אביהם של יתומים וכל חובות שיש להם הן החובות שירשו מאביהם והן מה שלאחר מיתת אביהם כמסורין לב"ד דמי וכן מי שחייב לקופת הצדקה אינו משמט דהב"ד הם יד עניים ולבד הטעמים שבארנו בסעי' ח' אבל יתומים גדולים צריכין פרוזבול אלא דבזה עדיפי דאנן טענינן להו שמא היה לאביהם פרוזבול או שמא התנה עם הלוה שלא ישמיטנו וכל אדם אנן לא טענינן בעדו אבל אם טוען בעצמו פרוזבול היה לי ואבד נאמן ולא עוד אלא שהב"ד שואלין לו שמא היה לך פרוזבול ונאבד ואם אומר כן הדבר נאמן דכגון זה פתח פיך לאלם הוא ואם הב"ד לא אמרו לו כן ויצא מב"ד וחזר ואמר פרוזבול היה לי ואבד אם הוא קודם פס"ד נאמן ולאחר פס"ד אינו נאמן דכיון ששתק בשעת פס"ד נראה לעין שלא היה לו פרוזבול דאל"כ היה טוען ועתה ביציאתו מב"ד אגמרוהו לומר כן וכן כשאומר המלוה תנאי היה בינינו שלא ישמיטני או הקפת חנות היתה או משארי דברים שהשביעית אינה משמטתן נאמן במיגו דאי בעי אמר פרוזבול היה לי ואבד אבל בלא מיגו אינו נאמן וכ"ש שאין ב"ד שואלין לו דרק טענת פרוזבול שבידו הוא ובקל לעשות נאמן וב"ד שואלים לו משא"כ שארי טענות ואין להקשות למה נאמן במיגו הא הוי מיגו להוציא די"ל דבחזקה אלימתא כזו ככתיבת פרוזבול דאין הפסד ובקל לעשות נאמן במיגו זה אף להוציא [ע' בסגר"א ס"ק כ"ח ולפמ"ס מ"ס ומ"ל לסגמ"ר ודו"ק] :

יג לדעת הרמב"ם ז"ל יכול המלוה לתבוע חובו בב"ד כל שנה שביעית עד סופה ולכן כל זמן שהוא יכול לגבות החוב בב"ד כותבין פרוזבול לפיכך כותבין פרוזבלין עד סוף היום של ער"ה של שנה שמינית ופרוזבול המוקדם כשר דהפסיד לעצמו שלא מסר לב"ד את החובות שהלוה אחר זמן הפרוזבול והמאוחר פסול דאינו יכול למסור החובות לב"ד שעדיין לא הלוום ואם הוציא המלוה פרוזבול וטוען הלוה שהלואה זו היתה אח"כ והמלוה מכחישו המלוה נאמן דהא נאמן אפילו לומר פרוזבול היה לי ואבד אף שאין אנו יודעים זמנו ומכ"ש כשהפרוזבול לפנינו דנאמן :

יד המחזיר חוב שעברה עליו שביעית ואין להמלוה פרוזבול צריך המלוה לומר להלוה משמט אני וכבר נפטרת ממני אמר לו הלוה אעפ"כ רצוני שתקבל ממני יקבלם אך לא יאמר לו הלוה בחובי אני נותן לך אלא במתנה

במתנה אני נותן לך ואם הלוה החזיר המעות להמלוה ולא א"ל דברים אלו יסבב המלוה בדבורים עד שיאמר לו כן שבמתנה נותן לו ואם עכ"ז לא הועיל אסור לו למלוה לקבלם ויטול הלוה מעותיו וילך לו ואם אח"כ בא עוד הפעם ואומר לו דברים אלו מועיל ומקבל המלוה מעותיו [גמ'] וכשיצא הלוה ממנו עם המעות יכול המלוה להעמיד אנשים שיאמרו להלוה לך עוד הפעם ואמור לו רצוני שתקבל המעות ובמתנה אני נותנם לך [כ"מ בגמ' גיטין ל"ז:] :

טז שט"ח שעברה עליו שביעית ולא נעשה עליו פרוזבול והלוה אינו רוצה ליתנם במתנה מוציאין השט"ח מהמלוה ומוסרין להלוה והמוכר שט"ח לחבירו ועברה עליו שביעית אין הלוקח חוזר על המוכר דהרי פשע בעצמו במה שלא עשה פרוזבול ואם כבר כשמכרו עבר עליו שביעית טוענין ללוקח שהמוכר היה לו פרוזבול ואם הודה המוכר שלא היה לו פרוזבול אם יש לו נכסים נאמן והלוה נפטר והוא משלם להלוקח אבל אם אין לו נכסים אינו נאמן לחוב לאחרים בהודאתו ויש חולקים בזה דהרי נאמן במיגו דאי בעי מחיל ליה ואם אין לו מיגו דמחילה כגון שמכרו במעמד שלשתן דאינו יכול למחול כמ"ש בסי' הקודם גם אם יש לו נכסים אינו נאמן [ס"ך וסגר"א] דכיון שמכרו אינו נאמן בלא מיגו דכאחר דמי :

סימן סח [דיני שטרות העשויים בערכאות ובו ח' סעיפים] :

א [כל דיני ערכאות שבסי' זה הוא ממדינת ברבריא כמו שהיה בזמן הש"ס אבל ערכאות שלנו ממשלת אדונינו הקיר"ס וכן הערכאות שבכל מדינות אירופא דבריהם חזקים וקיימים דדינא דמלכותא דינא] שטר שכתוב בכל לשון ובכל כתב אם היה עשוי כתקון שטרי ישראל שאין יכולין להזדייף ולא להוסיף ולא לגרוע והיו עדיו ישראל ויודעים לקרותו ה"ז כשר ואינו יכול לומר פרעתי וגובה בו ממשועבדים ובסי' מ"ה נתבאר אם כשר בדיעבד כשלא ידעו לקרותו וסמכו על אחרים ע"ש :

ב שטרות שחתומים עליו כותים הדיוטים ולא נעשה בערכאות פסולים לגמרי והרי הם כחרס אבל שטרות שנעשו בערכאות אמרו חז"ל שכל השטרות הנעשים בערכאות כשירים חוץ משטרות שהם כגיטי נשים [גיטין י':] ויש בדין זה שני דיעות דעת הרמב"ם ודעת הרא"ש ז"ל :

ג דעת הרמב"ם ז"ל [פכ"ז ממלוה] דכל דבר שנעשה ונתקיים זולת השטר כגון מקח וממכר שהקניין הוא בכסף ושטר וחזקה והשטר הזה הוא לראיה בעלמא מועיל שטר הנעשה בערכאות ואף שאין עדים מישראל אינו נאמן לכפור בהשטר דערכאות לא מרעי נפשייהו להעיד שקר וה"ל כאלו נעשה בפני דייני ישראל אבל דבר שהקניין הוא ע"י שטר כגון שטר מתנה שהקנה בו שכתב לו שדי נתונה לך אינו מועיל דאע"ג דמהמנינן להו מ"מ אין מועיל מן התורה לקנות בשטר כזה [אם לא בדינא דמלכותא] וכן שטרי הודאות ומחילות ופשרות אינו מועיל דאולי לא נעשה כדין שההודאה לא היתה הודאה גמורה וכן המחילה והפשרה לא נעשו כדין התורה [ע"ז] אבל שטרי הלואות שכותבין הערכאות שבפניהם קבל המעות והשטר הוא לראיה בעלמא מועיל שטר זה רק שאינו גובה בו ממשועבדים ודווקא שהערכאות יכתבו שבפניהם קבל הלוה או המוכר המעות ויכתבו בשטר לפנינו נתן פלוני לפלוני כך וכך דמי המכר או ההלואה ושיחתום על זה דווקא השופט של הערכאות אבל בקבוצם של בעלי הערכאות בלא קיום השופט אינו כלום ועניין השטר לדיעה זו הוא שהשטר נעשה בפני כותים הדיוטים והם כותבין וחותמין והולכין אל הערכאות רק לקיים חתימתן וזהו דומה לקיום שטרות שלנו שהעדים כותבין וחותמין והולכים לב"ד לקיים ההתימות ולכן צריכים עידי ישראל להעיד על הכותים החתומים שהם נאמנים ולא משקרי ולא יטלו שוחד להעיד שקר וגם על הערכאות ועל השופט יעידו שאינם ידועים בקבלת שוחד ואז גובין מבני חורין ואם נחסר דבר מכל אלו הרי הם כחרס :

ד ולדעת הרא"ש ז"ל יש חילוק בד' דברים מכפי דעת הרמב"ם דמצרכינן שיעשה כל דבר בפני הערכאות היינו כתיבת השטר וחתימות העדים יכתבו ויחתמו בפני הערכאות אבל אם הביאו שטר כתוב וחתום לקיים אינו כלום ואין צריכים עדים שיעידו על החתומים ועל הערכאות שאין מקבלין שוחד דסתם ערכאות לא יעשו שקר וגם א"צ שיהיה כתוב בשטר שראו נתינת המעות דמסתמא נעשה כהוגן וגובה בשטר זה אפילו ממשועבדים דכל הדברים שנעשה בערכאות יש לזה קול והיה להם ללקוחות ליזהר ולפ"ז אפילו אין השופט חתום לקיים חתימות העדים אלא כיון שידוע שנעשה כל הדברים לפניהם או שהערכאות כתבו כן שנעשה הכל לפניהם לא מרעי נפשייהו לשקורי ואפילו יצא קול עליהם שמקבלים שוחד להטות משפט מ"מ לעדות שקר לא מרעי נפשייהו ואין חילוק בין חתום עליו עד אחד כותי או שנים כיון שנעשה בפני השופט אבל אם כתב רק הסופר הממונה מן השופט שלא בפני השופט אינו כלום מיהו במקום שיש דינא דמלכותא להכשיר שטר הנעשה ע"י סופר של השופט כשר :

ה וי"א עוד דשטרי הודאות כשר כשטרי הלואות וכן שטרי מחילות כשר בערכאות וכן מתנה הנקנית
בקניין

בקניין או בחזקה רק שהודה בערכאות באופן דכל השטר אינו אלא ראיה בעלמא כשר מה שנעשה לפניהם כ"כ רבינו הרמ"א ולפי מה שבארנו אין כאן מחלוקת דוודאי משום עצם השטר גם דיעה ראשונה מודה שכשר אלא דחיישינן שמא לא היתה ההודאה והמחילה כדין כמ"ש בסעי' ג' ולכן גם לדיעה זו פשיטא דאם יש לחוש לזה אין סברא כלל להכשיר ואם מוכח מלשון השטר שכדין נעשה וודאי דגם דיעה ראשונה מודה להכשיר [כ"ל] ולכן שכ"מ שעשה צוואה לפני ערכאות הצוואה קיימת וכמו שיתבאר בסי' רנ"ג דדברי שכ"מ ככתובין ומסורין דמי והשטר הוא רק לראיה בעלמא וספר שהערכאות כותבין בו ומקיימים כל דבר הוה כשטר שלהם דכיון שבשם מאושר ומקויים וביכולת לקבל משם העתק כנימוס וההעתק הוא ג"כ מקויים מהשופט וודאי דכל מה שנכתב שם נעשה כן :

ו כל זה אם אין משפט מחוק המלכות בזה אבל במקום שמחוק המלכות לכתוב כל הדברים בערכאות כל השטרות העשויות לפניהם כשירים ואפילו שטרי מתנות מכח דינא דמלכותא וב"ש כשמכבר יש מנהג במקום זה להכשיר שכשרים כל מיני שטרות שנעשו שמה ובסי' שס"ט יתבאר פרטי הדינים בזה וכל שטר שמכשירים מכח דינא דמלכותא אם לא נכתב כהוגן לפי דינא דמלכותא אע"פ שנכתב כהוגן לפי דינינו פסול דלא נכשיר אותם יותר מהם עצמם וכן להיפך אם פסול לפי דינינו וכשר לפי דיניהם שאין דין המלכים רק להכשיר השטרות שעולין בערכאות ולהאמין להשפטים והסופרים שלהם אבל לא בדרכי הקניינים שאף האומות עצמם מחולקים בדרכי הקניינים ולכן אם דרכי הקנייה אינו מועיל לפי דינינו אין קניינו קניין ויש חולקין גם בזה דכיון דלפי משפטם הקניין טוב קנה ובמקום שאין שם חוק המלוכה ידונו כפי מה שבארנו בסעי' הקודמים וכל שלא נעשה כדין אפילו הערכאות דנו כבר ע"פ אותו השטר והחזיקו הקונה במקחו אינו כלום וכן בכ"מ שפסול אפילו היתה המסירה של השטר לפני עידי ישראל אינו כלום [ע' סמ"ע ס"ק ט"ו] והרמב"ם ז"ל מכשיר בזה שכתב [סס] שטר שעדיו כותים שמסרו הלוה ליד המלוה או המוכר ליד הלוקח בפני שני עדים מישראל אע"פ שאינו עשוי בערכאות של כותים ואין בו כל הדברים שמנינו ה"ז גובה מבני חורין והוא שיהיו העדים שמסר בפניהם יודעים לקרותו וקראוהו כשנמסר בפניהם ויהיה כתקון שטר ישראל שאינו יכול להזדייף לא להוסיף ולא לגרוע ולמה לא יגבה בו מן המשועבדים מפני שאין לו קול עכ"ל וכן צריך שיוחזר מעניינו של שטר בשיטה אחרונה כמ"ש בסי' מ"ד [סמ"ע] ויש מי שאומר דזהו דווקא כששמות הכותים החתומים בו לעדים יהיה שמות מובהקין שאין דרך ישראל לקרא באותן שמות או במקום שאין ישראל רגילים לחתום בשטרות כלל [וסמעס ע"ס ס"ק ך']:

ז אם לא ידעו דייני ישראל לקרות שטר זה הנעשה בערכאות נותנים לשנים לקרותו זה שלא בפני זה ויקראו את השטר שנמצא כל אחד כמסיח לפי תומו וגובה בו מבני חורין ולדעת הרא"ש שבארנו בסעי' ד' גובה בו גם ממשעבדי :

ח שטר העשוי לפני כותים אפילו הדיוטים והלוה בעצמו חתום עליו אע"פ שאינו יודע לקרות חייב בכל מה שכתוב בו דהרי גמר בדעתו להתחייב כיון שחתם עצמו ובוודאי או שקראוהו לפניו והאמין לקורא ההוא או אפילו לא קראוהו לפניו מ"מ כיון שחתם א"ע הרי ברצונו נתחייב בכל מה שכתוב בו כמ"ש בסי' מ"ה ובסי' ס"א אם לא שמברר שהערימו בו שאמרו לו שנכתב בו כך וכך ולא נכתב כן ואינו נאמן בדבריו בזה בלי בירור עדים [כ"ל] ושטר העשוי בערכאות והלוה כופר בו נאמן השופט להעיד שהוא כתבו והלוה הוחזק כפרן על ידו [ע' בכס"מ ס"ס זס]:

סימן סט [דין הוציא עליו או על יורשיו כת"י מקויים או אינו מקויים וטענת פרעתי ומודה מקצת ובו י"א סעיפים]:

א מי שלוה מחבירו ולא עשה לו שטר בעדים אלא כתב בכתב ידו גובה מנכסים בני חורין ולא ממשועבדים לפי ששטר כזה אין לו קול והוה כמלוה ע"פ ואפילו כתב לו ח"י דלמטה תעיד עליו כמאה עדים אפ"ה לא הוה רק כשאר כת"י ואפילו נתקיים בב"ד שהוא כת"י אין לו אלא דין מלוה ע"פ ואינו גובה מן היורשים ולא מן הלקוחות ויתבאר עוד בסעי' ט' וכן אינו קודם לגבות נגד המלוה המאוחר דאין בזה דין קדימה ואינו גובה אלא מהלוה עצמו אם הודה שלא פרע אבל אם טוען פרעתי נאמן ונשבע היסת ונפטר ואין המלוה יכול לומר לו למה הנחת שטרך בידי דיאמר לו לא חששתי בזה להניחו בידך כיון שאינו שטר בעדים וי"א דאינו יכול לומר פרעתי על כת"י והעיקר לדינא כדיעה ראשונה [ס"ך] ואפילו תפס המלוה ואומר קים לי כדעת די"א אינו יכול לומר כן וכ"ש דהאידנא נתפשט המנהג שדנין דנאמן לומר פרעתי [סס] וכתב רבינו הרמ"א דאין לו לדיין אלא מה שעיניו רואות עכ"ל כגון שהדיין רואה איזה אומדנא שאם היה פורעו לא היה מניח השטר בידו אינו נאמן לומר פרעתי כגון שהיה ביכולת המלוה לגבות בשטר זה בערכאות ולכן

דבר

דבר פשוט שאם השטר הוא משטרי המלוכה כמו וועקסיל וכדומה אינו נאמן לומר פרעתי [תו"ת] אך ביכולתו ליתן שבועה להמלוה שישבע שלא פרעו וגם בזה אם הדיין רואה שהלוה מבקש עלילות להמלוה ליתן לו שבועה מפני שיודע שהמלוה לא ישבע אין מחייבין אותו שבועה רק ח"ס וכמ"ש בכל מיני שבועות בסי' ט"ו וכן בשטר לכל מוכ"ז נראה דאינו יכול לומר פרעתי שלא היה מניחו אצלו כיון שכל מי שימצאנו ביכולתו לתבוע ממנו כמ"ש בסי' נ' וגם בזה הוא לפי ראות עיני הדיין [כ"ל] ואם כתוב בשטר נאמנות וודאי דאינו יכול לומר פרעתי וגם המלוה א"צ לישבע ואם צריך קניין על הנאמנות יתבאר בסי' ע"א ואם הלוה מודה במקצת חייב לישבע שר"א ואם יש בו נאמנות שאינו יכול לכפור אין ההודאה מחייבו לשבועה דאורייתא אלא נשבע היסת [ס"ך] ודבר פשוט הוא דאף שנאמן לומר פרעתי על כת"י מ"מ נשבע היסת כמו שנתבאר ואם הלוה אומר לו השבע וטול מעותיך שיכול לומר לו כן אם לא שהדיין רואה שיש ערמה בדבר וכמ"ש:

ב אם כופר הלוה ואומר שאין זו חתימתו ומזוייף הוא צריך לקיימו בב"ד וכתב הטור בשם רב שרירא גאון דמקיימין אותה ע"פ עדים שיעידו בב"ד שהוא כתב ידו אבל אם קיימוהו משני שטרות או משתי כתובות לא כיון דקיום שטרות מדרבנן היכא דאיתמר איתמר היכא דלא איתמר לא איתמר והטור השיג עליו וכתב שאין לחלק בין קיום דהכא לשארי קיומים עכ"ל וי"א דדעת הגאון הוא דרק בקיום עדים הקילו חז"ל בכמה מיני קיומים כמ"ש בסי' מ"ו משום דמן התורה עדים החתומים על השטר כמי שנחקרה עדותן בב"ד ורבנן הוא דאצרכו קיום אבל חתימת הלוה עצמו צריך קיום מן התורה לפיכך צריך קיום גמור ע"פ העדאת עדים שהוא כת"י [ב"ח וס"ך] ולפי הטעמים שכתבנו שם אין לחלק בזה ולי נראה דדעת הגאון הוא דכשהבע"ד טוען מזוייף הוא צריך קיום מן התורה וכמ"ש שם די"א כן ע"ש וגדולי האחרונים הסכימו לסברא זו [ב"ש אה"ע סי' מ"ג ותו"ת בסי' מ"ו] ולפ"ז אם אין הלוה טוען מזוייף וגובין מיתומים כגון שהוא תוך זמנו מקיימים אותו כשארי קיומים [סס] וכשהעידו עדים על חתימתו הוחזק כפרן ומשלם ואינו נאמן לומר פרעתי אפילו לא כפר בההלואה רק שטוען שההלואה אמת והשטר שקר ג"כ הוחזק כפרן [נה"מ] ואם לא נתקיימה חתימתו וטוען שלא לוה כלל נשבע היסת ונפטר ואפילו יש בשטר נאמנות צריך קיום דמה מועיל הנאמנות כיון שטוען מזוייף הוא:

ג ואם טוען ואומר אמת חתימתי הוא אבל מעולם לא לויתי ממנו ונזכרתי שחתמתי שמי בסוף הנייר ושכחתי שביכולת לבא קלקול מזה ואפשר שמצא זה הנייר וכתב עליו שט"ח למעלה מחתימתי נאמן בשבועת היסת במיגו דאי בעי אמר פרעתי ולפ"ז אם הוא בתוך הזמן שאינו נאמן לומר פרעתי כמ"ש בסי' ע"ח אינו נאמן גם בטענה זו [כ"ל] וגם אינו נאמן בטענה זו אפילו אחר זמנו רק כשטוען טענת וודאי שלא לוה ממנו ולא חתם א"ע על הלואה זו אבל אם טוען טענת שמא כגון שאומר כמדומה לי שאיני זוכר כלל מהלואה זו ומסתמא לא לויתי ממנו ואולי יש איזה סיבה בחתימה זו חייב לשלם דאין ספיקו מוציא מידי וודאי חתימתו אך יכול להשביע להמלוה כפי ראות עיני ב"ד וכן נאמן לומר אמנה היתה ביני לבינו שהאמנתי לו שלא יתבע ממני ג"כ נאמן כשיש לו מיגו דפרעתי וכמ"ש אבל אינו נאמן לומר שהכין השטר ללות בו ונפל ממנו ומצאו זה דלנפילה כזו שהוא יאבדנו וזה המלוה עצמו ימצאנו לא חיישינן אפילו כשיש לו מיגו דפרעתי דהוה מילתא דלא שכיחא כלל ועוד דמסתמא מיד כשנכתב נמסר להמלוה דאין דרך לכתוב שט"ח על עצמו כשאין ההלואה מוכן ומזומן [ע' ס"ך ומס"מ] וכל טענות אלו אין טוענין ב"ד בעדו אא"כ טוען הוא בעצמו:

ד אין חילוק בכת"י בין שכתב בעצמו אני פלוני הבא על החתום או אני הח"מ מודה שאני חייב לפלוני מנה וחתם שמו למטה ובין שכל השטר כתוב בכתב ידי אחר והוא חתם א"ע למטה וכן אם כל השטר בשיטה אחת שבראש השיטה כתוב אני הה"מ חייב לפלוני מנה וחתם א"ע בסוף השיטה כשר [ס"ך] וכן אם לא חתם א"ע למטה כלל אלא כתב אני פב"פ חייב לפלוני או לכל מוכ"ז מנה אלא שבזה יש חילוק שכשחתם למטה אפילו כל השטר הוא מכת"י אחר הוה שטרא מעליא אבל כשחתם למעלה ולא למטה צריך שיהא כל השטר בכתב ידו ולא סגי במה שחתם שמו בראש הנייר מפני דאין אדם נזהר מלחתום שמו בראש הנייר וחיישינן שמא מצאו זה וכתב שטר תחתיו ובזה אפילו לא טען טענינן בעדו מפני שאין דרך שטר כן ולכן מצרכינן שיהא כל השטר בכתב ידו של הלוה ואם השטר נכתב בשיטה אחת וחת"י בשיטה שנייה או שהשטר וחת"י בשיטה אחת וכשר אפילו כשהשטר אינו מכתב ידו וטוען הלוה שהיה חתום בעד על שט"ח של אחר וזה התובע חתך כל השטר ובריוח שבין השטר לעד כתב שט"ח עליו טענתו טענה ונשבע היסת ונפטר אבל אנן לא טענינן ליה טענה זו:

ה כתב רבינו הב"י דאפילו לא כתב שמו כלל אלא שכתב אני חייב לפלוני כך וכך כיון שהוא כתב ידו חייב לפיכך הפתקות ששותפין מוציאין זה על זה הואיל שהוא כתב ידם אפילו אין בו שם כלל אלא שכתוב קבלתי ביום פלוני מעסק השותפות כך וכך גובין בו מבני חורין ואינו נאמן לומר להד"ם עכ"ל ויש חולקין בזה דוודאי שותפים מנהגן כן הוא אבל בשט"ח כיון שאין מנהג העולם כן איך נוציא ממון בזה והרי יכול לטעון שלטופס בעלמא כתבו ולא לשם שטר [ס"ך]

וכן

וכן הסכימו האחרונים ויראה לי דאם לא טען בעצמו טענה זו אנן לא טענינן ליה אלא הב"ד אומרים לו והלא כתב ידך הוא אם משיב שלטופס בעלמא כתבו נשבע היסה ופוטרין אותו ואם לא טען אומרים לו שצריך לשלם ויכול להשביע להתובע שמגיע לו כך וכך:

ו שטר בחת"י הלוה ועדים ג"כ חתומים בו אם אין העדים מעידים על גוף ההלואה אלא מעידים שזו היא חתימתו אין לו דין שטר בעדים אבל כשעדים מעידים על גוף המעשה שכותבים אנחנו מעידים שפלוני לוה מפלוני ובפנינו חתם הלוה א"ע יש לזה כל דין שטר ואינו נאמן לומר פרעתי וגובה ממשועבדים ואפילו כשכל השטר הוא לשון של הלוה שכתוב בו מודה אני הח"מ ולא לשון עדים מ"מ כיון שהעדים חתמו א"ע על גוף המעשה יש לזה כל דין מלוה בשטר בעדים:

ז כתב רבינו הב"י פנקס שחתמו עליו בעלי הדברים והחתימו עד אחד עמהם אינו נאמן לומר פרעתי כל זמן שהפנקס ביד חבירו עכ"ל ויש חולקין בזה דלפי הטעם שנתבאר בסעי' א' דכל שהשטר בלא עדים לא חשש להניחו בידו א"כ גם בפנקס זה לא חשש להניחו בידו כיון שאינו גובה בו ממשועבדים ודיעה ראשונה סוברת דהטעם מה שנאמן לומר פרעתי בשטר בכתב ידו הוא מפני שיכול לומר כיון שאין עדים על השטר שכחתי עליו וטעם זה לא שייך בפנקס תמידי אבל באמת עיקר הטעם הוא כמ"ש [ס"ך] אמנם העיקר התלוי לפי ראות עיני הדיינים ולפי המנהג דיש לפעמים ששותפים עושים פנקס לכתחלה לכתוב שם קבלות כל אחד ואחד וכיון שעשוי לכך מתחלה הוה ראיה גמורה וכן יש סוחרים והגונים שנותנים סחורה בהקפה ויש להם פנקס שמקבל הסחורה כותב בהפנקס בכת"י קבלתי כך וכך סחורה וכשמשלם מוחק מן הפנקס פנקס כזה וודאי דהוה ראיה גמורה וכיוצא בזה צריכים הדיינים להבין דרכי המסחור וערך הבע"ד לפי אמונתם ועשרם ותהיה אז ביכולתם להוציא הדין לאמיתו ואם אין ביכולת לברר זאת ע"פ הבנתם ישבע הנתבע היסת ויפטר:

ח זה שבארנו דהנתבע נאמן לומר פרעתי על כתב ידו היינו דווקא כשעבר הזמן מהפרעון לפי זמנו של שטר אבל אם עדיין הוא בתוך זמנו אינו נאמן לומר פרעתי ופרטי הדינים בזה יתבאר בסי' ע"ח דלפעמים אף בתוך זמנו נאמן לומר פרעתי כשיש לו מיגו ע"ש ומי שהוציא על חבירו חתימה בלבד בלי שום כתיבת שטר ואומר שנתן לו חתימתו והאמינו שלא יכתוב עליו יותר מכפי שילוה ממנו ואומר שלוה ממנו כך וכך הסכימו גדולי אחרונים שאין לגבות בחתימה חלקה ולאו כלום היא אם לא במקום שיש מנהג ויראה לי דבוועקסיל יכול לגבות בחתימה בלבד דבנייר בעלמא וודאי אין דרך העולם ליתן להמלוה לידו חתימה חלקה בלי כתיבה דיכול לכתוב כמה שירצה ולפעמים יארע שנותנים חתימה חלקה מניחים אותה ביד שליש וכשהשליש מוסרה לצד השני כותב עליו מלמעלה שמגיע על זה כך וכך מטעם זה שלא יכתוב התובע כמה שירצה אבל בוועקסיל שמדינא דמלכותא נרשם על כל וועקסיל כמה לגבות בו ולא יותר שוב אין חשש בזה שיכתוב כמה שירצו וכן מנהג הלוים שנותנים להמלוים וועקסיל בחתימה בלבד למען יוכל לכתוב עליו באיזה זמן שירצה כדי שלא יאבד תוקפו כפי הנימוס מהקיר"ה:

ט הוציא המלוה כת"י של הלוה על יורשיו אע"פ שמודים שהוא כת"י מורישם אנו טוענים בעדם שמא פרוע הוא ופטורים אף משבועת היורשים אבל נותנים איסור סתם במעמד היורשים אולי יודעים שמורישם לא פרע עדיין ילכדו באיסור אם לא ישלמו דעל הב"ד לטעון בעד יורשים כל מה שמורישם היה יכול לטעון וכן עיקר ודלא כיש חולקין ואומרים דהיורשים צריכים לישבע שאינם יודעים שמורישם עדיין חייב לו ומ"מ כתב רבינו הרמ"א שבדורות אחרונים נהגו להחמיר על היורשים שישבעו אם יש קצת רגלים לדבר ויש להסתפק אם חייב לו עכ"ל ולהפוסקים דס"ל דאינו נאמן לטעון על כת"י פרעתי כמ"ש בסעי' א' גם היורשים אין נאמנים וצריכים לשלם ואף דלא קיי"ל כפוסקים אלו כמ"ש שם מ"מ נ"מ במקום שהוא בעצמו לא היה יכול לומר פרעתי כמו וועקסיל כמ"ש שם גבי היורשים אין נאמנים וגם לפי מה שבארנו שם דתלוי בראיית עיני הדיין גם ביורשים הדין כן ואם לפי ראות עינו לא פרע הלוה עדיין צריך לחייב היורשים שישלמו וכן להיפך אם לפי ראות עינו כבר פרעו פוטר את היורשים:

י אם יש נאמנות בשטר אפילו נאמנות סתם ואינו מפורש בו שנותן לו נאמנות גם נגד יורשיו חייבים לשלם [ט"ז] וכן אם השטר עדיין בתוך זמנו אם היורשים מודים שזהו כת"י מורישם או שנתקיים בב"ד גובה מהם אבל אם אינם מודים שהוא כת"י מורישם וגם לא נתקיים חתימתו אע"פ שהוא תוך הזמן ויש בו נאמנות פטורים מלשלם אבל נותנים איסור במעמד היורשים אם שום אדם יודע שמורישם חייב חוב זה ולא פרעו ואם הודה המוריש בחליו הודאה גמורה שחייב לפלוני בשטר סכום כך וכך וצוה לשלם או שנמצא כתוב בפנקסו שהכת"י שלו שביד פלוני בלתי פרוע עדיין או שתבעו המלוה בחייו לב"ד וב"ד צוו לו לשלם וידוע שעדיין לא שילם אז אף אם לא נתקיים כת"י של הלוה חייבים היורשים לשלם [גדולי האחרונים כתבו בזה וכמ"ש כ"כ עיקר לדינא]:

יא אם ראובן הוציא פס"ד על יורשי שמעון שאביהם נתחייב לו שבועה בעסק תביעת ממון והם אומרים

שמא

שמא נשבע לך או פרע לך פטורים גם בלא שבועה ורק נותנים איסור במעמד היורשים שמא שמעו ממורישם שחייב ממון לזה ולא פרעו דחייבין לשלם ואפילו ידוע שלא נשבע ולא שילם ג"כ אין לו על היורשים רק הטלת האיסור שכתבנו כיון שלא היה חייב ממון בבירור אלא שבועה וביכולתם לומר דאלו היה חי עדיין היה נשבע שאינו חייב לזה [סמ"ע] ואם מורישם אמר בחייו שאין רצונו לישבע אלא לשלם ולא הודה על הממון שמגיע ממנו אלא שאמר שאינו רוצה לישבע אף באמת וטוב לו יותר לשלם ולא הספיק לשלם עד שמת אם היה עדיין ביכולתו לחזור ממה שאמר שישלם ולא ישבע אין היורשים חייבין לשלם אבל אם לא היה ביכולתו לחזור הרי נעשה חוב גמור עליו וחייבין היורשין לשלם ואימתי יכול לחזור נתבאר בסי' כ"ב :

סימן ע [דין מלוה בע"פ ואם אמר לו אל תפרעני אלא בעדים ובו י' סעיפים] :

א אין להלוות בלא עדים ואפילו לת"ח אא"כ הלוה על משכון והמלוה בשטר משובח יותר דאין ביכולת להיות הכחשות בסכום המעות וכל המלוה בלא עדים עובר משום לפני עור לא תתן מכשול דהלוה יכול לשכוח ולכפור וגורם קללה לעצמו שהבריות מקללים אותו ואומרים שתובע מחבירו חנם ומה שאין נזהרים עתה בזה ולוים זה מזה גמ"ח בלא עדים ובלא שטר משום דמכירין זא"ז ונאמנין זל"ז ויודע המלוה שלא ישכח ולא יכפור לו [נ"ל] :

ב המלוה את חבירו בעדים בלא קניין ובלא שטר א"צ לפורעו בעדים דווקא ונאמן בשבועת היסת לומר פרעתי לך ביני לבינך ודווקא לאחר הזמן שקבע אבל תוך זמנו אינו נאמן לומר פרעתי וכן אם קבל בק"ס לפני עדים בעת ההלואה אפילו לא כתבו העדים אז שטר כיון שהיה הקניין בפני עדים אינו נאמן לומר פרעתי דהא כל קניין עומד לכתיבה כמ"ש בסי' ל"ט וא"כ איך פרעו והרי היה לו לחוש שמא כתבו לו העדים שטר דהא כותבין אפילו לזמן מרובה כמ"ש שם ואם היה פורעו היה לו לקבל שובר ממנו עכ"פ ומדלא עשה כן וודאי שלא פרעו ואף שיש חולקין וס"ל דקניין אינו כשטר לעניין טענת פרעתי מ"מ כן עיקר לדינא [ס"ך] וכל מקום שנאמן לומר פרעתי נאמן ג"כ לומר שמחל לו אע"פ שמחילה היא טענה גרוע דאין דרך למחול מ"מ נאמן כשטוען כן במיגו דפרעתי ויתבאר בסי' פ"ב :

ג אמר הלוה פרעתיך בפני פלוני ופלוני אומרים ללוה שיביאם ויעידו דצריך לברר דבריו אם רק יש ביכולת לברר כגון שהם בעיר ואם לא באו אין חוששין לזה ונאמן ולא עוד אלא אפילו באו והכחישוהו ואמרו לא ידענו מזה מ"מ לא הוחזק כפרן ונאמן בשבועת היסת ומתרצינן דבריו דכיון שלא היה עליו חיוב לפרוע בפני עדים לא דקדק היטב בזה ונדמה לו שראו הפרעון ובאמת לא ראו ולכן אם אומר שהזמינם לעדים שיראו הפרעון והמה מכחישים ואומרים לא ידענו מזה הוחזק כפרן ומשלם ויש חולקין בזה וס"ל דוודאי כשיש טורח רב להביא העדים אין הב"ד מצוים אותו שיביאם אבל כשבאו והכחישוהו הוחזק כפרן אפילו כשלא הזמינם לעדים דאם באמת היה פורעו במעמד העדים לא ימלט שלא היו רואים הפרעון [ע' ס"ך ס"ק ו' ובסי' ע"ס] :

ד אמר המלוה להלוה בפני עדים אל תפרעני אלא בעדים בין שא"ל בשעת ההלואה ובין שא"ל אח"כ צריך לפורעו בעדים ואם אמר שפרעו שלא בעדים אינו נאמן והמלוה גובה ממנו בלא שבועה ואף אם אמר שכחתי על מה שאמרת לי לשלם לך בעדים אינו נאמן ואפילו לא קבל הלוה עליו בשעה שא"ל המלוה שלא יפרענו אלא בעדים וענה אותו אני אפרע לך שלא בעדים עכ"ז אינו נאמן לומר שפרעו שלא בעדים דאנן סהדי דלא היה פורעו אלא בעדים כדי להוציא עצמו מחשד כיון דהמלוה הזהיר לו כן ועבר לוה לאיש מלוה ולכן נאמן המלוה גם בלא שבועה [סמ"ע] וי"א דאם הלוה לא קיבל עליו א"צ לפורעו בעדים [ס"ך] וטוב לעשות בזה כפי ראות עיני הדיין לפי ערך המלוה והלוה אבל א"ל בינו לבינו אל תפרעני אלא בעדים ואח"כ אמר פרעתיך שלא בעדים נאמן הלוה בשבועה במיגו דאי בעי אמר לא אמרת לי מעולם והלוה יכול להיות שסמך על זה כיון שלא א"ל בפני עדים מסתמא אינו חושש בזה ואע"ג דגם כשא"ל בפני עדים יש לו ג"כ מיגו דאי בעי אמר פרעתיך בפני פלוני ופלוני והלכו להם למדה"י דנאמן כמו שיתבאר מ"מ אין זה מיגו טוב דירא לומר כן שמא יתפס בשקרו ועוד דהוה כמיגו במקום עדים דאנן סהדי שלא היה פורעו אלא בעדים כמ"ש :

ה טען הלוה ואמר פרעתיך בפני פלוני ופלוני והלכו להם למדה"י או מתו הרי זה נאמן שהרי אומר שקיים תנאו ונשבע היסת ונפטר אבל אם אומר פרעתיך בפני עדים סתם ולא פירש שמותם אינו נאמן דניכר שמשקר [סס] מיהו אם יש רגלים לדבר ששכח בפני מי שילם לו פטור [סס] וכן אם א"ל אל תפרעיני אלא בפני ת"ת או בפני רופאים וכיוצא בזה ולא פרט שמותם וא"ל כן עשיתי שפרעתיך בפניהם והם מתו או הלכו למדה"י הרי זה נאמן ונשבע היסת ונפטר דכיון דהמלוה לא פרט לו שמותם אין עליו לזכור מי ומי הם ודי ששמר לו תנאו :

ו א"ל אל תפרעני אלא בפני פלוני ופלוני וא"ל פרעתיך בפני אחרים אם באו אותם אחרים והעידו שפרע בפניהם

בפניהם פטור ולא אמרינן שזה שייחד עדיו היתה כוונתו לפסול אחרים זולתם דאין זה סברא כלל רק דכוונתו היתה שלא ידחה אותו הלוה לאמר פרעתיך בפני פלוני ופלוני שמתו או הלכו למדה"י דבזה וודאי דאינו נאמן אם אמר כן על אנשים אחרים אבל אם אמר פרעתיך בפני אותם שייחדת והמה מתו או הלכו למדה"י נאמן בשבועת היסת דמה היה לו לעשות והלא לפי דבריו קיים תנאו ולא עוד אלא אפילו אמר פרעתיך ביני לבינך אחר שמתו אלו האנשים שייחדת או הלכו למדה"י ג"כ נאמן כיון שלא היה באפשרי לקיים לו עתה תנאו [ע"ז] ואם מודה שלא פרעו עדיין אלא שאומר לא אפרעך עד שיבואו פלוני ופלוני שייחדת ואפרעך בפניהם אין שומעין לו אלא פורעו בב"ד וכותבין לו שפרעו בפניהם דתו ליכא חששא להלוה :

ז זה שבארנו דאף כשייחד לו עדים עכ"ז אם הביא עדים אחרים שפרעו בפניהם יצא זהו דווקא כשהעידו שפרעו מפורש על חוב זה אבל אם אמרו שנתן לו מעות סתם יכול המלוה לומר שעל חוב אחר קבלם כיון שיש ריעותא שפרעו שלא בפני אותם שייחד לו אבל כשלא ייחד לו עדים ופרעו בפני שנים אף כשנתן לו בפניהם סתם אינו נאמן לומר שעל חוב אחר קבלם ועיי' בסי' נ"ח פרטי דינים בזה :

ח א"ל אל תפרעני אלא בפני עדים או שא"ל בפני פלוני ופלוני ופרעו בינו לבינו והמלוה מודה בזה רק שהמעות נאבדו באונס מיד המלוה וטוען המלוה שבלבו היה בעת שקבל ממנו המעות שלא יהיו עתה בתורת פרעון אלא בתורת פקדון כיון שלא היה לפי תנאו אין בדבריו כלום מאחר שמודה שקבל ממנו ואנן סהדי דהלוה מסרם לו בפרעון והדברים שאומר שחשב בלבו אף אם האמת כן הוויין דברים שבלב ואינם דברים ולכן אף אם יש לו מיגו דאי בעי אמר לא קבלתי כלל מ"מ אין שייך מיגו בזה דהוי כמיגו במקום עדים ועוד דמיגו לא שייך אלא כדי שנאמין לו על טענתו והכא אנחנו מאמינים לו אלא שאין בטענתו ממש כמ"ש ולכן אם אומר שמפורש אמר להלוה שמקבלם בתורת פקדון והלוה נתרצה לזה כגון שאמר יהי כדבריך או אפילו שתק נאמן במיגו ונשבע ומקבל מעותיו אבל אם הלוה לא נתרצה לזה והמלוה אמר לפקדון אני נוטל והלוה אמר לפרעון אני נותן הדין עם הלוה [ע' בט"ז] :

ט מי שנמחק שטרו וכתבו לו ב"ד שטר אחר כמבואר בסי' מ"א דינו כמלוה בשטר ואינו נאמן לומר פרעתי ויש לו כל דין שטר גם לגבות מלקוחות ויש מי שאומר דה"ה אם תבע את חבירו בע"פ ונתחייב לו בדין ולא היה בידו מה לפרוע אז וכתבו לו הב"ד מעשה ב"ד ג"כ הוה כשטר ואינו נאמן לומר פרעתי וגובה מלקוחות ואפילו לאותה דיעה שבארנו בסי' ל"ט דנגד פס"ד נאמן לומר פרעתי מ"מ בכאן הוה כשטר בעדים דהתם כשנתנו לו פס"ד עומד ליפרע מיד ואין עליו שם שטר אבל בכאן הלא נתנו לו הפס"ד להיות בידו לראיה לאחר זמן כיון שאין לו עתה במה לפרוע הוה כשטר גמור [סמ"ע] :

י מי שמכר שדהו באונס ומסר מודעא קודם לכן באופן שהמכר בטל כמ"ש בסי' ר"ה המעות של האנס שביד המוכר יש להם רק דין מלוה ע"פ ונאמן לומר פרעתי ואינו טורף ממשעבדי כגון אם יצא השדה מת"י שבא בע"ח של המוכר וטרפו אינו טורף מלקוחות של המוכר אבל המוכר עצמו כשרוצה להוציא השדה מת"י אינו יכול אם לא יחזיר לו מעותיו וה"ה לכל שטר שלא ניתן ליכתב כגון שיש בו ריבית וכדומה אין להמעות רק דין מלוה בע"פ אבל מכר שדה גזולה קרוי ניתן ליכתב וטורף ממשעבדי ואינו נאמן לומר פרעתי [נס"מ] ויש מי שמסתפק אף בשטר שלא ניתן ליכתב אם נאמן לומר על המעות פרעתי [ס"ך] :

סימן עא [דיני נאמנות ובו כ"ו סעיפים] :

א התנה המלוה עם הלוה שיהא נאמן בכל עת שיאמר שלא פרעו נוטל המלוה בלא שבועה ואע"פ שהלוה טוען שפרעו ואפילו היא מלוה בע"פ ואפילו לא פירש שיהא נאמן בלא שבועה אלא נאמנות סתם דסתם נאמנות בלא שבועה משמע אם לא במקום שיש הוכחה שכוונתו היתה בשבועה דווקא [ח"ן בט"ז] ולכן אף במלוה בע"פ אין הלוה יכול לטעון זה שהאמנתיך הוא מפני שמן הדין היה עלי לישבע וליפטר האמנתיך שתשבע ותטול דסתם נאמנות היא בלא שבועה דעל אמונתו סמך ולא על שבועתו ואפילו נתחייב לו שבועה ממקום אחר אינו יכול לגלגל עליו שבועה זאת [חס"ע סי' ל"ח] וי"א דע"י גילגול יכול להשביעו [ח"מ וב"ס סס] ואפילו פטרו בפירוש משבועה יכול להשביעו ע"י גילגול דלא עדיף ממה שהתורה פטרה איזה דבר משבועה ועכ"ז בגילגול יכול להשביע כמבואר בסי' צ"ד ודיעה ראשונה ס"ל דאמדינן דעתו שכוונתו היתה לפטור משום שבועה ולכן לדיעה אחרונה צריך לכתוב בפירוש שפוטרו משבועה ומגילגול וגם לדיעה ראשונה יש תועלת בזה שכותב בפירוש דאם לא פירש אלא נאמנות סתם אזי אע"ג דמוכרח לשלם לו ע"פ תנאו מ"מ אחר ששילם לו יכול הלוה לתבוע אותו שלקח ממנו שני פעמים דמי חובו דזהו כתביעה חדשה ויהיה מוכרח המלוה לישבע היסת וליפטר אבל כשהתנה מפורש אז אפילו אח"כ אינו יכול להשביעו דכן הוא פירושו שפוטרו משבועה

תמיד

תמיד אמנם יש חולקים בזה וס"ל דאפילו כתב בפירוש אם לא כתב שיהא נאמן בלי שבועה לעולם יכול להשביעו אחר הפרעון וכן הסכימו גדולי אחרונים ואפילו כשנתן לו נאמנות כשני עדים יכול להשביעו היסת אח"כ אם לא כתב או לא אמר לעולם ויותר מהיסת אינו יכול להשביעו אפילו באו עדים להכחישו והוא אומר להד"ם כיון שהאמינו נגדם [ע' ס"ך ותו"ת] וכן עיקר לדינא ולכן בשטרי חוב ושטרי שיתפות ושארי מיני שטרות כשבעל השטר רוצה להפטר תמיד משבועה ידקדק לכתוב בו שפוטר אותו לעולם משבועה קלה וחמורה ומגילגול שבועה ואם רוצה גם להפטר מקב"ח יכתוב מפורש שפוטר אותו גם מקב"ח וכן אם כתב בשטר שנותן לו כל דין תורת נאמנות נפטר מכל מין שבועה וגילגול וקב"ח לעולם אפילו לא הזכירם בפירוש דזהו לשון כל דין תורת נאמנות כלומר כל מיני נאמנות שיכול להיות אבל מח"ם אמרו הגאונים שאינו יכול לפטור א"ע אפילו פטרו בפירוש מזה דכיון שאינו אומר לנוכח אלא מקלל סתם כל מי שגוזלו אינו יכול למחות בבעל דינו בשום אופן בעולם דאם לא גזלו לא חלה עליו הקללה ואם גזלו חלה עליו דנהי דנתן לו נאמנות אבל לא נתן לו רשות שיגזלנו כ"כ הטור בשם הגאונים ובסעי' ט' יתבאר עוד בזה :

ב בנאמנות בע"פ אינו נאמן נגד בעל דינו רק כשיש עדים על הנאמנות אבל אם אין כאן עדים והלוה אומר נתתי לו נאמנות אבל פרעתיו נאמן במיגו שהיה ביכולתו להכחיש הנאמנות ואפילו מודה שהאמין לו כשני עדים מ"מ כיון שאין עדים על זה נאמן במיגו שהפה שאסר הוא הפה שהתיר [כס"מ] כיון שהמיגו הוא בהנאמנות עצמו כמו שיתבאר בס"ד :

ג אין נאמנות מועיל רק נגד הבעל דבר כשמכחישו אבל אם הביא בעל דינו עדים המכחישים אינו נאמן דכשלא כתב בפירוש שנותן לו נאמנות בעדים אין הכוונה רק שמאמינו נגדו ולא נגד עדים ואם עד אחד מכחישו י"א דנאמן וא"צ שבועה להכחיש העד [סמ"ע] דלא עדיף העד מבע"ד עצמו וי"א דאינו נאמן נגד העד וצריך שבועה להכחישו [ס"ך] ויכול המוחזק לומר קים לי כדיעה זו [כס"מ] וכן מסתבר דהרי גם התורה האמינתו לעד יותר מלבעל דבר עצמו דהעד מחייב שבועה אף בכופר בכל והבע"ד אינו מחייב שבועה רק במודה מקצת ואם התנה עמו שיהא נאמן כשני עדים אז אע"פ שבאו עדים להכחישו ואומרים שהלוה פרעו אינם נאמנים וגובה ממנו בלא שבועה אפילו כשהוא אומר להד"ם [תו"ת דלא כס"ך] ואפילו באו מאה עדים להכחישו דתרי כמאה וממילא כשהאמינו כשנים האמינו גם כמאה ואין להקשות הן אמת שהאמינו כעדים אבל למה אנו אומרים שנאמן יותר מהם דאין משגיחין בהכחשתם אותו ליהוי כתרי ותרי ותיהוי עדות מוכחשת די"ל דוודאי כן הוא דכיון שהאמינו בכל מה שיאמר כשני עדים הוה כאלו א"ל אתה נאמן עלי ולא אחר ואיני מאמין לכל מי שיאמר שלא כדבריך דמי שאומר נאמנות כעדים פירושו הוא נאמנות בלי גבול רק מפני שע"פ התורה אין נאמנות יתירה משני עדים ולכן א"ל כשני עדים [נ"ל] ולפ"ז אם ירד בנאמנותו יותר מלשני עדים כגון שא"ל הרי אתה נאמן עלי כשלשה עדים אם ארבעה מכחישים אותו אינו נאמן נגדם דאם היה כוונתו לנאמנות בלתי גבול היה אומר כשני עדים דזהו שיעור עדים מן התורה ולפי שירד למניין יותר אמרינן שהאמינו רק נגד שלשה עדים ולא נגד ארבעה עדים וכשנתן לו נאמנות בעדים ויש עדים על זה שהאמינו כשני עדים או שכתוב כן בכת"י נאמן בעל הנאמנות תמיד אפילו יש להשכנגדו מיגו שהיה יכול לפטור א"ע בטענה אחרת או בעניין אחר אינו נאמן דכיון דנתן לו נאמנות כעדים לא אמרינן מיגו במקום עדים ואפילו בנאמנות סתם כשיש עדים על הנאמנות או שכתוב כן לא מהני שום מיגו להשכנגדו אם לא כשאין עדים ואין כתב על הנאמנות ויש לו מיגו להכחיש גוף הנאמנות בזה נאמן וכמ"ש בסעי' הקודם לפיכך מי שהאמין לחבירו אפילו נאמנות סתם שכשילונו יהא נאמן עליו ויש עדים על זה ואח"כ תובעו המלוה והלוה אומר לויתי ופרעתי אינו נאמן כיון שנתן לו נאמנות לכשילויהו ואף שיש לו מיגו שהיה יכול לומר לא הלויתני ועל זה לא נתן לו נאמנות מ"מ כיון שהודה שהלוהו לא אמרינן מיגו במקום נאמנות [ס"ך] והטעם דכיון דנתן לו נאמנות וזה לא יוכל לכפור הלא עכ"פ האמינו בכל מה שיאמר א"כ אם אמת היה שפרעו היה לו לקבל ממנו שובר והוה כעין מיגו במקום עדים משא"כ כשיש לו מיגו בגוף הנאמנות לא חשש לקבל שובר שסמך עצמו על מה שאין עדים על הנאמנות :

ד נאמנות מועיל אף בלא קניין ודווקא בשעת ההלואה או בשעת עשיית העסק בעת שהתקשרו בהשותפות או בעסק אחר דאז לא מצרכינן קניין דע"מ כן הלוהו או ירדו להעסק אבל לאחר כך לא מהני בלא קניין בין נאמנות סתם בין נאמנות כעדים דבמה נשתעבד בדיבור בעלמא ואף שיש חולקים בזה מ"מ כן עיקר לדינא [ס"ז] ולא דמי למה שנתבאר בסעי' ע' סעי' ד' דכשא"ל אל תפרעני אלא בעדים דמועיל גם אחר ההלואה דהתם כיון דעבד לוה לאיש מלוה יכול לגזור עליו במעותיו שיפרענו בעדים ואינו מאמין להלוה יותר מלעצמו אבל לגזור על הלוה שיאמין להמלוה יותר מלעצמו לא שייך בזה עבד לוה אם לא כשמשעבד עצמו לכך בשעת מעשה או ע"י קניין ואע"ג דבנאמנות סתם הוה כא"ל תפרעני בעדים דהא לא המניה רק נגד עצמו מ"מ יש חילוק דבשם לא אמר להלוה שיהיה הוא יותר נאמן מהלוה אלא שהלוה לא יהיה יותר נאמן ממנו

ממנו וממילא אם לא פרעו בעדים נשאר החוב כמקדם אבל כשאומר מפורש שאהיה נאמן יותר ממך במה ישתעבד בדיבור בעלמא [כ"ל וע' בתו"ת וכס"מ]:

ה כשנתן הלוה להמלוה נאמנות כשני עדים אין לו שום תקנה אלא או שישלם לו בב"ד או שיקבל שובר מהמלוה בח"י שקבל ממנו החוב שלוה ממנו ביום פלוני וסכום פלוני ואפילו אינו מבואר בהשובר שהוא על חוב פלוני ואפילו אין לו שובר אחד על כל הסכום אלא שיש לו פתקות מהמלוה שקבל ממנו כך וכך ביום פלוני וכך וכך ביום פלוני אינו נאמן המלוה לומר שעל חוב אחר הוא אפילו האמינו כשני עדים ובשטר ועודנו השטר בידו והטעם מפני שכת"י של המלוה מבטל הנאמנות דהן אמת דהאמין להמלוה אבל הרי המלוה עצמו מעיד שקבל ממנו וטענת חוב אחר אינה טענה כשאינו מברר החוב האחר כמ"ש בסי' נ"ח [ס"ך וט"ז] ואם המלוה אינו יכול לחתום א"ע אין להלוה תקנה רק שישלם בב"ד ויקבל שובר מהב"ד דנגד ב"ד אינו מועיל שום נאמנות ואפילו נתן לו נאמנות נגד ב"ד אינו כלום וראוי לנזיפה [כ"ל]:

ו שטר שיש בו נאמנות וכתוב בו זמן קבוע לפרעון הנאמנות בתקפו אע"פ שעבר הזמן ואף בסתם נאמנות הדין כן דסתם נאמנות משמע בכל זמן אם לא שמפורש בשטר שלא האמינו רק עד זמן פלוני ואין חילוק בזה בין נאמנות בשטר לנאמנות בע"פ [כ"ל]:

ז כלל גדול יש בנאמנות שאין הנאמנות אלא על הפרט שהאמינו ולא על פרט אחר הן בנאמנות סתם והן בנאמנות בעדים כגון שהאמינו כל זמן שיאמר המלוה שלא פרעו לא האמינו רק על פרעון ולא על מחילה ואם אמר הלוה שמחל לו צריך המלוה לישבע וכן בנאמנות בעדים אם באו עדים ואמרו שמחל לו אבד חובו ומוציאין השטר ממנו וי"א עוד דבנאמנות כעדים אפילו הודאה לא נכללה בפרעון כגון שהאמינו כשיאמר לא פרעתני כשני עדים אם באו עדים שפרעו אין נאמנים אבל כשאמרו בפנינו הודה המלוה להלוה שפרעו נאמנים משום דהודאה הוא עניין אחר אמנם רבים חולקים בזה דסוף סוף פרעון והודאה עניין אחד הוא וכן יש להורות [ס"ך] וכן אם כתב בשטר שיהא נאמן בכל ענייני השטר אינו נאמן רק בעניין השטר ממש כגון שזה אומר המנה שכתוב בשטר נתתי לך וזה אומר לא קבלתי או שטוען אמנה הוא וזה אומר לא כן נאמן המלוה אבל כשהלוה טוען פרעתי והמלוה אומר לא נפרעתי אין המלוה נאמן דבזה לא נתן לו נאמנות דאין זה מעניין השטר [סס] דפרעון הוא בכל שטר ובהכרח להיות בכל שטר וכן מי שקבל מעות בעיסקא והאמין לנותן עליו ועל יורשיו לומר שלא אירע הפסד ובכל אשר יאמר בעיקר הממון ואח"כ נפטר המקבל והניח ממון גם ביד אחר והנותן אומר שהוא מעסק השותפות ושהממון שלו וטוען שנאמן בזה מחמת שהאמינו המקבל עליו ועל יורשיו אינו נאמן בזה אפילו המקבל חי אינו נאמן בזה שזה לא נכלל בלשון הנאמנות שהאמינו שלא אירע הפסד אבל לכל מה שכתוב נאמנות מועיל כגון אם כתב לו שיהא נאמן כמה הוציא הוצאות מועיל כמו שמועיל לעיקר הקרן שכל תנאי שבממון קיים ומאלו הפרטים יש לדון ולהבין בכל העניינים וכן אם נתן לו נאמנות על פרעון נאמן בין שיאמר לא נפרעתי כלל ובין שיאמר נפרעתי מחצה ואם כתב נאמנות כללית כגון שכתוב בשטר שהמלוה יהיה נאמן על כל מה שיאמר או שכתוב בו וכל דין תורת נאמנות נתונה ממני לבעה"ש נאמן על הכל [כ"ל]:

ח שטר שכתוב בו שיהיה להמלוה נאמנות כל זמן שלא נכתב עליו שובר והביא עדים שפרעו נאמן הלוה בנאמנות סתם דלא הצריכו לשובר רק נגד עצמו ולא נגד עדים אבל בנאמנות כעדים אינו מועיל אלא שובר והשובר יכול להיות אפילו בנייר בפ"ע דזה שכתוב כל זמן שלא נכתב עליו שובר אין הכוונה על השטר דווקא אלא על החוב א"א"כ פירש מפורש שיהא כתוב על השטר ולא בנייר בפ"ע אזי כל תנאי שבממון קיים וגם עדים אינו מועיל בכה"ג כיון דפסל אפילו שובר ושובר הוא בע"כ או בעדים או בח"י המלוה וכיון דהתנה כן איך יועילו עדים ואמנם כל זה הוא כשאינו מבואר בהשובר שעל חוב זה קבלם דאז נאמן לומר שקבלם על חוב אחר כיון שאין השובר על השטר כפי שהתנה אבל אם בהשובר מבואר שקבלם על חוב זה וודאי דמועיל כיון שעכ"פ מודה שפרעו ואם זה השובר לא היה בחת"י המלוה רק בעדים אזי אם היתה נאמנות סתם מועיל השובר ובנאמנות כעדים אינו מועיל [ככ"ע בביאור דברי רבינו הרמ"א בסעי' ס' ועיין בס"ך ובכנה"ג ודו"ק]:

ט נתן לו נאמנות ופטרו משבועה אין קב"ח בכלל ויכול ליתן לו קב"ח אא"כ פטרו בפירוש גם מזה אבל נדר הוא בכלל שבועה וכשפטרו משבועה גם נדר בכלל וכן אם פטרו מנדר גם שבועה בכלל וכן ת"כ הוא בכלל שבועה דת"כ הוא ממש כשבועה ואע"ג דבנאמנות בעל לאשתו יש חילוק בין נדר לשבועה כמ"ש באהע"ז סי' צ"ו מ"מ בשארי אנשים אין חילוק וכבר נתבאר בסעי' א' דמן ח"ס אינו יכול לפטור א"ע אפילו כשפטרו בפירוש כיון שאין הקללה לנוכח ושלא בפניו ואף דאצלינו המנהג שאומרים זה בפני הבע"ד כמ"ש בסי' פ"ב מ"מ כאן שפטרו בפירוש אינו יכול לכופו שיהיה בפניו אלא מקלל סתם כל מי שמעותיו בידו ואינו מחזיר לו ואין הכוונה לקלל על העבר אלא על להבא כדי להחזיר לו את שלו ולא יאמר כל מי שגזלו דלאו אגזלן לחוד קאי הקללה אלא גם על מי שהגזלן מסר לו המעות אבל לנוכח שיאמר לו תהיה מקולל אם מעותי בידך ולא תחזור לי אין ביכולתו כיון

שפטרנ

שפטרו ואף בהדרת ראש שיאמר לו תהא ראשך בריא כמו שאתה אומר אמת אין ביכולתו לומר לנוכח והמנהג עתה שח"ס אומרים הב"ד ולא הבע"ד :

י אין נותנים פתקא דלטותא לקלל בציבור לכל מי שיבא לב"ד ויאמר כתבו לי פתקא דלטותא ותנו לי רשות לקלל בציבור לכל מי שמעותי בידו ואינו מחזיר לי דמן הספק אין ביכולתו לבייש רבים ולהטיל קללה עליהם אלא אומרים לו אם אתה תובע אדם ידוע הביאיהו לב"ד ואם לאו מסור דין לשמים בביתך על כל מי שגזלך וקלל אותו כרצונך אבל לא בציבור לבד הטלת איסור להגיד עדות נהגו ליתן כמ"ש בסי' ט"ז סעי' ה' אבל ליתומים שבאו בטענת אביהם או אפטרופוס ואמרו אין אנו יודעים אצל מי יש למורישינו מעותיו הם יוכלו לקלל בציבור ואם אחד רוצה לצאת מבהכ"נ בשעת מעשה יש לב"ד לומר לו למה אתה יוצא ואם עכ"ז לא רצה להתעכב ויוצא אין מונעין אותו דאפילו כשיצא חל הקללה עליו ואף כשיהיה במצולות ים ואפילו לא ענה אמן :

יא שטר שיוצא מת"י אחר ואותו האחר אינו יודע מה טיבו של שטר זה אפילו יש בו נאמנות אינו כלום ויוכל הלוה להשביע להמלוה שאינו פרוע ויטול מעותיו ואם לא ירצה לישבע מוציאין השטר ומוסרין להלוה וכן יכול המלוה להשביע להלוה שפרוע הוא ואם לא ירצה לישבע מחזירין השטר למלוה בלא שבועה ואם זה מטיל השבועה על זה וזע"ז יעשו פשרה ביניהם ואם אינם מתרצים בפשרה יונח השטר עד שיבא אליהו או יתברר ענינו ע"פ עדים ובסי' ס"ה נתבאר עוד מזה :

יב שטר שיש בו נאמנות ונמצא המלוה כפרן בדבר אחד אפילו שלא בעניין שטר זה רק אם נתברר שקרותו ע"פ עדים אבד כל הנאמנות וצריך לישבע ודינו כמו שאין בו נאמנות דעניין הנאמנות אינו שהאמינו אף אם יאמר שקר אלא האמינו שאיש אמת הוא ולא ישקר ועתה כיון שנתברר באיזה דבר שהוחזק כפרן איתרע נאמנותו וכן אם נעשה חשוד לאיזה עבירה אבד נאמנותו [נה"מ] ודווקא כשנתחדש שקרותו אח"כ אבל אם זה המלוה הוחזק כבר לכפרן או חשוד לעבירה ועכ"ז נתן לו נאמנות סבר וקבל ונאמן בכל מה שאומר אם עדים אין מכחישין אותו בנאמנות סתם ובנאמנות כעדים אפילו כשמכחישים אותו דבע"כ הנאמנות שנתן לו אין כוונתו שמאמין לו שיאמר אמת כיון שהוחזק כפרן אלא בע"כ דהלוה קיבל עליו בכל מה שיאמר המלוה אף כשיאמר שקר [ס"ך] והוה כקבלת קרוב או פסול לעדות ואם הלוה אומר שלא ידע שהמלוה הוחזק כפרן ישבע שלא ידע ואז אבד המלוה נאמנותו ודווקא כשהמלוה טוען ברי שהלוה ידע מכפרנותו אבל בטוען שמא ידעת מקבל הלוה בקב"ח שלא ידע ואובד המלוה נאמנותו [נ"ל] :

יג שטר שיש בו נאמנות וטוען הלוה כי שלא מדעתו כתבו הנאמנות אם מנהג המקום שכולם כותבים נאמנות אין משגיחין בדבריו וכותבין גם שלא מדעתו דכל המקבל קניין לכתוב שטר אמנהג המקום הוא כמ"ש בסי' ס"א ואם אין מנהג קבוע שמה רק שהרבה כותבין כן בלא המלכת הבעלים לשופרא דשטרא אם אין העדים כאן אינו נאמן כיון שכתוב וקנינא מיניה על כל הא דכתוב ומפורש לעיל אין ביכולתו לבטל ואם העדים בכאן ואומרים שכן הוא שלא כתבו זה ע"פ ציווי הלוה רק מפני שראו שבשארי שטרות יש הרבה שכותבין כך אין סומכין על הנאמנות אף שכתוב בו וקנינא וכו' ואין זה חוזר ומגיד כיון שהאמת כן הוא שהרבה כותבים כן בלא המלכת הלוה ועוד שיכולים לומר על שארי הדברים שבשטר חתמו [סמ"ע] ואפילו אם יש מנהג קבוע לכתוב כן בכל השטרות אם נתברר שהלוה לא ידע מהמנהג אינו מחוייב לקיימו כשכתבו שלא מדעתו [ס"ך] וכ"ז הוא כשהשטר אינו חתום בח"י הלוה אבל כשהוא בעצמו חתום עליו אפילו אם לא ידע הרי התחייב א"ע כמ"ש בסי' מ"ה וס"א וס"ח [נ"ל] וכן אם כתוב בפירוש וקנינא מיניה על כל הא דכתוב ומפורש לעיל ובעניין הנאמנות מפורש ורצה לומר שמפורש היה התנאי בדבר הנאמנות שוב אין העדים נאמנים לומר שכתבו שלא מדעתו או בטעות כתבוה דכיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד ולפיכך מנהג טוב לכתוב בשטרות קניין על הנאמנות מפורש ושוב אין לערער על זה וגם אין הלוה נאמן לומר שהיה לאחר ההלואה ובלא קניין דמסתמא היתה בשעת ההלואה או ע"י קניין אא"כ ידוע שלא היה כן דאז בטל הנאמנות כמ"ש בסעי' ד' [סמ"ע ס"ק כ"ט וס"ך] :

יד אין הנאמנות מועיל רק בעוד שהלוה חי ובא לגבות ממנו דאז א"צ המלוה לישבע אבל אם מת הלוה וצריך לגבות מיורשיו אינו מועיל הנאמנות דהב"ד טוענין בשביל היורשים שמא מורישם פרע לו ומה שהאמינו מפני שידע שלא יעיז פניו נגדו לתבוע שני פעמים אבל נגד יורשיו יוכל להיות שיעיז ולכן נאמנות שלו אינו מועיל ליורשיו אא"כ פירש שמאמינו גם נגד יורשיו וכן אם כתב תהא נאמן עלי ועל באי כחי גם יורשיו בכלל אבל אם כתב עלי ועל הבאים ברשותי אין היורשים בכלל [ס"ך] דבלשון באי כחו נכללו היורשים דהרי הם באים מכחו אבל בלשון ברשותי אינם נכללין דהם ברשות עצמן כשמת אלא שמכחו באים :

טו כשנתן לו נאמנות על באי כחו נאמן נגדם אפילו כשהיורשים אומרים אנחנו פרענו לו לאחר מיתת מורישינו אין נאמנים [סס] ולעניין כתובה אם מהני הנאמנות נגד היורשים נתבאר באהע"ז סי' צ"ח ובמלוה ולוה מהני הנאמנות אפילו לאותה דיעה שבשם דבכתובה לא מהני נגד יורשים [תו"ח] :

טז אף כשהאמין למלוה נגדו ונגד יורשיו מ"מ נגד יורשי המלוה לא מהני ולכן כשמת המלוה בחיי לוה או אחר מיתת הלוה אין יורשי המלוה גובים ממנו או מיורשיו בלא שבועת היורשים שישבעו שבועה שלא פקדנו אבא ששטר זה פרוע והטעם דהן אמת דהאמין להמלוה אבל כשמת יכול לומר דבאמת אלו היה אביהם חי היה מודה לו שנפרעו ואם כתוב בשטר נאמנות מפורש שפוטר אותו והבאים מכחו ממנו ומבאי כחו גובים יורשי המלוה בלא שבועה או שכתב שנותן נאמנות לבעה"ש ולבאי כחו או ליורשיו דכל תנאי שבממון קיים :

יז אם הנאמנות לא היה רק נגדו ולא נגד יורשיו ומת הלוה בחיי המלוה ואח"כ מת המלוה אין גובין יורשיו כלל דכיון שהמלוה לא היה יכול לגבות מיורשי הלוה בלא שבועה אין אדם מוריש לבניו ממון שצריך לישבע וטעם דין זה ופרטיו יתבאר בסי' ק"ח בס"ד :

יח אין נאמנות מועיל לגבי לקוחות שלקחו מהלוה וכן לגבי מקבלי מתנה שלו [נס"מ] אפילו התנה בפירוש שיגבה מלקוחות בלא שבועה משום דחיישינן לקנוניא [סמ"ע] ויש חולקים בזה דכיון דהנאמנות קדמה ללקוחות והאמינו בפירוש נגדם דא"צ לישבע ולכן אם תפס המלוה מלקוחות ואינו רוצה לישבע אין יכולים הלקוחות להוציא מידו שיכול המלוה לומר קים לי כדיעה זו [ש"ך] ואם יש שני מלוים מוקדם ומאוחר ואין לשניהם ממה לגבות רק לאחד לא יגבה המוקדם עד שישבע להמאוחר שלא נפרע מהלוה ופרטי הדינים בזה יתבאר בסי' קי"א בס"ד :

יט כשב"ד פורעין להמלוה שלא בפני הלוה ע"פ אופן שיתבאר בסי' ק"ו לא מהני נאמנות שהאמינו על עצמו דהב"ד יכולים לומר לו דשמא לא האמין לך רק כשתגבה בפניו דהיה בטוח שלא תעיז פניו נגדו לגבות שני פעמים אבל שלא בפניו לא ועוד דשמא יש לו שובר ממך ואם כתב לו תהא נאמן עלי ועל באי כחי א"צ לישבע דהב"ד הלא מכחו באים אבל כשכתב ועל הבאים ברשותי צריך לישבע דהב"ד אינם באים ברשותו ובע"כ באים להגבות חובו [כ"ל] :

כ כל נאמנות שבארנו זהו שהלוה האמין להמלוה אבל נאמנות שהאמין המלוה להלוה שכשיאמר שפרעו יהא נאמן יש בזה דינים אחרים והיינו דאם היא מלוה בשטר לא נפטר הלוה בלא שבועה אא"כ פירש שיהא נאמן בלא שבועה מפני שהמלוה יכול לומר לא האמנתיך אלא כנגד השטר שבלא הנאמנות הייתי נשבע ונוטל האמנתיך שתשבע ותפטר כדין תביעה בע"פ שהנתבע נשבע היסת ונפטר ואע"פ שנתבאר בסעי' א' בנאמנות הלוה למלוה דהמלוה נאמן בלא שבועה אף בתביעה בע"פ ולא אמרינן שהלוה יאמר לו לא האמנתיך רק שתשבע ותטול משום דסתם נאמנות משמע בלא שבועה כמ"ש שם ולמה לא אמרינן כן גם בנאמנות המלוה להלוה בשטר אמנם באמת לא דמי דכבר בארנו בסעי' ב' דכל מקום שיש מיגו בגוף הנאמנות אמרינן מיגו והכא הלא יש להמלוה מיגו בגוף הנאמנות דהשטר בידו הוא והיה יכול להטמין השטר ולתבוע אותו בע"פ והיה הלוה חייב לישבע היסת ולכן נאמן ג"כ לומר שהאמינו באופן זה שישבע דווקא ולכן אם יש כתב ביד הלוה מהמלוה שנותן לו נאמנות א"צ הלוה לישבע [נס"מ ס"ק ח'] ובמלוה בע"פ בכל אופן א"צ הלוה לישבע דאל"כ מאי מועיל הנאמנות דהרי גם בלא נאמנותו לא היה צריך הלוה רק לישבע וליפטר ואפילו אין עדים על הנאמנות כיון שהודה המלוה שהאמינו פשיטא שכוונתו היתה בלא שבועה ואף שיש לו מיגו לכפור הנאמנות דהוה כמיגו במקום עדים דאנן סהדי שכך האמינו דאל"כ מה הועיל לו בנאמנותו [כ"ל] :

כא ועוד יש חילוק דבנאמנות הלוה להמלוה בארנו דאין מועיל הנאמנות סתם רק ללוה ולא ליורשיו ובנאמנות המלוה להלוה מועיל סתם נאמנות גם לגבי יורשי המלוה שנאמן הלוה לומר פרעתי למורישכם ואם היא מלוה בשטר ישבע כמ"ש בסעי' הקודם והטעם נ"ל דבשלמא בשם אמרינן להמלוה השבע וטול ואיזה היזק יש לך ואנן חיישינן שמא לא האמינך רק נגד עצמו אבל בכאן איך נאמר להלוה פרע להיורשים ובמלוה בע"פ השבע והפטר ואם אין רצונך לישבע תשלם והרי הוא צועק ככרוכיא שלמתי לו ולא חששתי לקבל השטר או ליקח שובר שסמכתי על הנאמנות ואיך נחייבנו לשלם שני פעמים לפי דברו והרי אינו בא להוציא [סמ"ז והנס"מ כלחקו בזס ע"ס] :

כב כשהאמין המלוה להלוה שהוא יהיה נאמן על השטר לומר פרעתי נאמן אפילו תוך הזמן ואם הלוה אומר שעל שטר זה פרע מקצתו והמלוה אומר שלא נפרע כלום משלם המקצת שהודה ונשבע היסת על השאר דהנאמנות פטרו משד"א דמודה מקצת ואין חילוק בזה בין מודה מקצת לכופר הכל דעל הכל נשבע היסת ואם פירש שיהא נאמן בלא שבועה אינו נשבע כלל אפילו במודה מקצת דפטור שבועה משמע אפילו מהיסת [כ"כ] :

כג אין המלוה יכול לגבות בשטר זה מלקוחות ומקבלי מתנה אפילו אמר הלוה לא פרעתי אין נאמנים דחיישינן לקנוניא דכיון דנתן להלוה נאמנות איתרע שטרא וטוענין בעד הלקוחות ומקבלי מתנה שמא פרעו :

כד אם מת הלוה ובא המלוה לגבות מיורשי הלוה י"א שאפילו תוך הזמן אינו יכול לגבות מהם דהב"ד טוענים בעדם שמא מורישם פרע לך דכללא בידינו דכל מה שהיה יכול לטעון בעצמו טוענין בעד יורשיו ואין על היורשים רק ח"ם שאינם יודעים דאביהם לא פרע אבל

אבל שבועת היורשים א"צ לישבע דאין היורש נשבע להפטר אלא ליטול וע' מ"ש בסי' ס"ט סעי' ט' וי"א דאפילו אחר הזמן חייבין היורשים לשלם במלוה בשטר דהן אמת דטענינן ליורשים זהו דווקא במה שמורישם היה נאמן מצד עצם הענין אבל הכא לא היה נאמן אלא מפני שהמלוה האמינו ויכול המלוה לומר לאביכם האמנתי ולא לכם ואני אומר שאביכם מעולם לא אמר שפרע לי. אמנם אם הביאו עדים שאביהם אמר לפניהם שהשטר הוא פרוע פטורים אפילו מח"ם כיון שיש עדים ואף שיכול לומר לא האמנתיו אלא כשיאמר בפני משום דלא יעיז נגדי לשקר עכ"ז להוציא ממון מפני זה אין ביכולת וכמ"ש בסעי' כ"א ועוד דאב לבניו לא ישקר [סמ"ע] :

כה שטר שכתוב בו נתחייב פלוני לפלוני ופלוני או שכתוב בו לפלוני או לפלוני וכתוב בו נאמנות למי שיוציא את השטר ואין ידוע שהחוב הוא של שותפות ואחד מהם הוציא השטר ותובע כל החוב באמרו שהחוב הוא כולו שלו ומה שכתוב בהשטר גם שם פלוני היה לו איזה טעם בזה והלוה אומר פרעתי לפלוני האחר והאחר מודה לו עכ"ז מחוייב לשלם למי שהוציא השטר כיון שנתן לו נאמנות ולאו כל כמיניה לומר שפרע להאחר דאף אם האמת כן יתבע ממנו ומה היה לו לשלם אחרי שהשטר אין בידו וצריך לשלם למוציא השטר כל החוב אבל אם ידוע בעדים שהם שותפים בהחוב או שהם מודים ששותפים הם ואותו האחר מודה שפרע לו כל החוב אזי אם יש נכסים לאותו האחר יורדים ב"ד לנכסיו ופורעין לחבירו חלקו ואם אין נכסים להמודה צריך הלוה לשלם למוציא השטר חלקו כיון שהשטר בידו וחלק האחר א"צ לשלם לו אע"פ שנתן לו הנאמנות כיון שעכ"פ שותפים המה הלא בדין צריך לשלם לכל אחד חלקו כמו שיתבאר בסי' ע"ז ואף אם המוציא אומר שקנה מהאחר הלקו אינו נאמן בזה דהנאמנות אינו רק על דבר שאינו ידוע אבל בדבר שידוע לא מהני הנאמנות ואינו נאמן ומה שהשטר בידו אין ראיה שעתה כל החוב שלו דידוע ששותפים לא קפדי אהדדי [כס"מ] ואם אין נאמנות בהשטר א"צ לשלם לאחד בלתי חבירו כמ"ש שם ואם בדיעבד שילם לאחד מהם כולו אם שילם למוציא השטר אין האחר יכול לתבוע ממנו אפילו בידוע שהם שותפים בהחוב כיון ששילם למוציא השטר והרי האחר האמין לו השטר לכן בדיעבד תשלומיו תשלומין אבל אם שילם להאחר ובא אח"כ זה בהשטר ותובע הכל המחצה שלו וודאי דחייב לשלם אם אין נכסים להאחר או שאינו מודה שקבל כולו אבל המחצה של האחר אינו חייב לשלם לו אפילו אם אין ידוע בבירור שהם שותפים דכיון שכתובים שניהם בהשטר ואין נאמנות למוציא השטר יכול הלוה לומר ששותפים המה ושילם לו חלקו [כ"ל] :

כו ראובן היה לו שטר על שמעון ומת ראובן קודם שהגיע זמן הפרעון ותבעו היורשים את שמעון וטען שמעון שכבר פרע לראובן בחייו ומראה לב"ד כתב פרעון ועדים חתומים בו ותובע מהיורשים שיחזירו לו השטר ויורשי ראובן צועקים שהשטר הוא שקר והעדים שקרנים הם ומראים אמתלאות מוכיחות שכן הוא כדבריהם יעשו ב"ד דרישה וחקירה הדק היטב כדין מרומה ואם יראה להם שערמה ומרמה עשה הלוה והעדים בהכתב פרעון אע"פ שע"פ דין אין להם במה לפסול העדים מ"מ כיון שיש ראיות מוכיחות שערמה הוא יעשו כמ"ש בסי' ט"ו ע"ש אבל אם אחר החקירה והדרישה יראה להם שהעדות אמת ויכול להיות כדבריהם חייבים היורשים להחזיר השטר להלוה אע"פ שהוא תוך זמנו ואין דרך לפרוע תוך הזמן מ"מ אינו מן הנמנעות והעיקר הגדול בזה שהב"ד יהיו יראי אלקים ומשכילים בענייני העולם ויוציאו הדבר לאמתו כמ"ש שם ואף אם הכתב פרעון הוא לאחר זמן פרעון אם היורשים צועקים ששקר הוא יעשו ג"כ דרישה וחקירה כמ"ש שם וכלל גדול אמרו חז"ל שאין לו לדיין אלא מה שעיניו רואות ובלבד שתהיה כוונתו לשמים ואז אלקים נצב וגו' ויושיע להוציא הדבר לאמתו :

סימן עב [דין המלוה על המשכון והרבה דיני משכונות ובו ע"ב סעיפים] :

א המלוה לחבירו על משכון צריך המלוה ליזהר שלא ישתמש בו בהמשכון דהוא כמו ריבית וגזל הוא ואם השתמש בו והמשכון עשוי להשכיר וליטול שכר לא חשדינן ליה בגזלן וחייב לשלם להלוה שכירות בעד זה ואף אם אומר שכוונתו היתה לגזול אינו נאמן [כ"ל] ואם אינו עשוי להשכיר א"צ לשלם לו כלום והעבירה שעשה ישא עונו ולהרמב"ם אם בא המלוה לצאת י"ש ישלם לו שכר [ס"ך] ודווקא שלא התנה עם הלוה בשעת ההלואה אבל אם התנה עמו שישתמש בו וינכה לו מעט מחובו בעד תשמישו כפי שהושוו ביניהם מותר להשתמש בו אבל בלא ניכוי מהחוב אסור אפילו ברצון הלוה מפני שזהו ריבית ואין חילוק בזה בין ספרים לשארי חפיצים ולא אמרינן כיון דלימוד תורה היא המצוה היותר גדולה רשאי ללמוד אף בספרים שהושכנו ואם למד בהספרים או השתמש בשאר משכון באיסור לבד העבירה שעבר נקרא שולח יד בפקדון ואם נאנס המשכון מידו חייב באחריותו ואם יש עדים שהשתמש בהם נעשה פסול לשבועה ואם הלוה אומר שנפחתו מרמיהן ישבע הלוה כמה נפחתו וינכה לו מחובו או שהב"ד ישומו כמה נפחתו וי"א דבספרים כיון שסבור שמצוה עושה בזה אינו נפסל לשבועה וכמ"ש בסי' ל"ד לענין עדות שאינו נפסל בכה"ג וטוב שישלם להלוה דבר

דבר מה בעד תשמישו אף שלא התנו בתחלה ואסור ליקח ספר מחבירו שלא מדעתו דהוה כגזלן יבד בטלית ותפילין באקראי מותר ליטול שלא מדעת הבעלים דוודאי ניחא ליה לאינש לעשות מצוה קלה כזו בממוניה כמ"ש בא"ח סי' י"ד וכן עתה שהספרים נדפסים ומצויים נ"ל שיכול ליטול ללמוד בו שעה קלה שלא מדעתו ולא גרע מטלית ותפילין אם לא שיודע שהבעלים מקפידים בזה ולשאול ספר מאשת הבעלים נראה דמותר דוודאי אין אדם מקפיד על אשתו בזה כמו שאילת כל כלי בית :

ב אם הלוה לעני על מרא וקרדום וכיוצא בזה ששכרו מרובה לפי ערך פחיתתו יכול להשכירו שלא מדעת הלוה ולנכות לו דמי השכירות בחובו דמסתמא ניחא ליה להלוה והוה כמשיב אבידה ודווקא לאחרים יכול להשכיר אבל לא לעצמו שלא יחשדו אותו שמשתמש בלא ניכוי ואם התנה עמו בתחלה מותר אפילו לעצמו ובניכוי כי מי שיודע שהוא משכון בידו מסתמא יודע ג"כ שהתנה עמו :

ג המלוה את חבירו על המשכון בין שהלוהו מעות בין שהלוהו פירות בין שלקח ממנו המשכון בשעת הלואה בין שמשכנו לאחר ההלואה ע"פ ב"ד כמ"ש בסי' צ"ז חייב המלוה לשמור את המשכון דכיון דבידו הוא עליו לשומרו דמי ישמרנו אם לא הוא ודינו כשומר שכר שאם יגנב או יאבד יתחייב לשלם ובאונס כשיאבד פטור כדין ש"ש וכן אם היה המשכון בעד הקפת סחורה או בעד שכירות דינו כש"ש לפיכך אם אבד המשכון או נגנב וכ"ש כשנאבד בפשיעתו חייב המלוה ואם היה שוה המשכון כדי החוב אין לאחד על חבירו כלום ואם החוב יתר על המשכון משלם הלוה היתרון ואין חילוק בין אם פירש בעת שקבל המשכון שאינו מקבלו אלא כדי שווי בין שקבלו סתם ולא אמרינן כיון שקבלו סתם קבלו על כל החוב אבל אם פירש שמקבלו על כל החוב אזי אף אם המשכון הרבה פחות מהחוב כשאבד המשכון אבד כל חובו ואם קבל שני חפצים ופירש שמקבלם בעד כל החוב אם נאבד אחד מהם אבד חצי חובו כששניהם שוים ואם אחד שוה יותר כגון שהלוהו עשרה דינרים ונתן לו שני חפצים האחד שוה ארבעה והשני שוה שני דינרין אם לא קבלם בעד כל החוב ונאבד אחד מהם מפסיד כפי שויו של החפץ ואם קבלם בעד כל החוב מפסיד כפי שווי החפץ שנאבד והמותר ארבעה דינרים מפסיד שני דינרים על כל אחד [כס"מ] דבהמותר אין חילוק בשיוויים כיון ששניהם אינם שוים כל החוב והוא קבלם בעד כל החוב סובל החפץ הקטן את ההפסד מהמותר כפי הגדול ואם דמי המשכון יתירים על החוב נותן המלוה את המותר להלוה ואם נאנס המשכון כגון שנלקח בליסטים מזויין או נשרף באונס וכיוצא בזה בשארי אונסים אם יש עדים שנאנס פטור המלוה ואפילו עד אחד פטור דהעד אחד המסייעו פוטרו משבועה כמ"ש בסי' ע"ה [כ"ל] והלוה חייב לשלם לו כל חובו ואם אין עדים ישבע המלוה שד"א שנאנס והלוה משלם לו כל חובו ואפילו אם פירש שמקבל עליו אחריות אין אחריות אונסים בכלל אם לא שפירש אחריות אונסים וכ"ז כשאין הלוה טוען ברי שלא נאנס אבל אם טוען ברי שלא נאנס נשבע הלוה היסת ונפטר ואע"ג דבשבועת שומרים אין חילוק אם המפקיד מכחיש את השומר אם לאו שאני התם שהשומר בא לפטור עצמו לכן נשבע ונפטר אבל בכאן שהמלוה נשבע ליטול מהלוה לכן כשטוען הלוה ברי הוה כאיני יודע אם נתחייבתי לך שיתבאר בסי' ע"ה דנשבע ונפטר ועוד דבכאן אינו נפטר הלוה בשבועה אלא כשיש לו מיגו דפרעתיך אבל כשאין לו מיגו כגון שהיא מלוה בשטר או שיש עדים שלא פרעו באמת אין הלוה נאמן וישבע המלוה ויטול ולא שייך בזה לומר דהוה כאיני יודע אם נתחייבתי לך דהרי השטר או העדים מעידים שחייב לו והוא בא לפטור עצמו בטענת המשכון והתורה האמינה לכל שומר בשבועה וכיון שנשבע נפטר משמירתו והחוב הוא בתקפו ועל החוב אין לו מיגו [ככלע"ד ועי' בלו"ת וגה"מ] :

ד ויש מרבותינו הראשונים שחולקים ואומרים דבמקום שאין להמלוה טובה מעסק כגון המשכון בהלואות גמ"ח אין עליו רק דין שומר חנם אף במשכנו שלא בשעת הלואתו [כס"מ] לעניין זה שכשנגנב או נאבד אינו משלם מה שהמשכון שוה יתר על החוב אבל חובו אבד דבזה הוי כאלו פירש שאם יגנב או יאבד יפסיד חובו אבל כשנאבד באונס חייב הלוה לשלם לו וכמ"ש אמנם כשמקבל טובה מהעסק כגון הקפת סחורה ושכירות והלואת עיסקא הוה שומר שכר גמור וכן אם עשה את המשכון לאפותיקי מפורש שבאם לא ישלם לו עד זמן פלוני נשאר המשכון להמלוה ג"כ הוה ש"ש אפילו בהלואת גמ"ח [סס] דהוה קצת כשלו ומ"מ באונס חייב הלוה לשלם לו [כ"ל] :

ה ולפי דיעה זו אם נגנב או נאבד מקצת המשכון גובה חובו מהנשאר וא"צ לשלם בעד מקצתו שנאבד דעל היתר מחובו אינו רק ש"ח אמנם אם הנשאר אינו מספיק להחוב הוה הפסידו של המלוה דכנגד חובו הוה ש"ש ואם המשכון הוא קרקע אפילו כשכתוב בהשטר לשון מכירה מ"מ כיון דהמנהג להחזירה כשמחזיר לו המעות לא הוה רק כמשכון ולכן אם המשכנתא היתה בית והשכין לו הבית עם הקרקע שהבית נבנה עליה ונשרפה הבית שלא בפשיעתו של המלוה גובה חובו מהקרקע ואם המשכנתא היתה הבית בלא הקרקע אבד מעותיו ודווקא כשהשריפה לא היתה באונס גמור אלא כעין גניבה ואבידה אבל אם נשרפה באונס גמור גובה חובו מהלוה כמ"ש דאין שום חילוק בין משכנתא דקרקע למטלטלי [סס] :

ו וביון שיש מחלוקת בזה אם דינו כש"ש או כש"ח

בתב

כתב רבינו הרמ"א דהוה ספיקא דדינא ומספיקא לא מפקינן ממונא ואפילו תפיסה לא מהני והלוה שבא לגבות מהמלוה את היתר על חובו ידו על התחתונה ואין על המלוה רק להביא ראיה או שישבע שנגנבה או נאבדה שלא בפשיעתו ופטור מהיתר על חובו אבל בפשיעה חייב לשלם וכן אם לקח המשכון שלא בשעת הלואה שלא ברשות ב"ד ושלא ברצון הלוה הוה כגזלן וחייב אפילו באונסים [וכן סכריעו סתומים וגס"מ דלא מהני תפיסס] :

ז המלוה על המשכון והפקידו ביד אחר חייב המלוה כמו שהמשכון בידו ולא עוד אלא אפילו אם חזר המלוה והפקידו אצל הלוה בתורת פקדון ונגנב או נאבד חייב המלוה דהלוה אינו רק ש"ח והמלוה הוא ש"ש לדיעה ראשונה וגם לדיעה אחרונה עכ"פ כנגד חובו הוה ש"ש ויש חולקין בזה דכיון שהמשכון הוא ביד הלוה אין על המלוה שום חיוב עוד וכשנגנב או נאבד מיד הלוה חייב לשלם להמלוה כל חובו וגם לדיעה ראשונה אינו אלא כשקבל עליו הלוה בשעה שהמלוה הפקידו אצלו שלא ישתמש בו או כשהמשכון לא היה שוה יותר מחובו שאז אף בלא קבלה אסור לו להשתמש בו שלא יפסיד להמלוה מדמי חובו אבל אם ביכולת הלוה להשתמש בו פשיטא דחייב בשמירתו וכשנאבד חייב לשלם החוב בשלימות להמלוה [ע' תו"ת] ואסור להמלוה לקבל שכר מהלוה בעד זה שמחזיר לו משכונו דהוה ריבית [קלס"ח] ואפילו במשכנו שלא בשעת הלואתו ע"י ב"ד אסור [גס"מ] :

ח אין לאדם להשכין בגדי אשתו ותכשיטיה שהכניסה לו בלי רשותה ומ"מ אם הבעל הביא בגדי אשתו למשכנם מותר להלות לו דמסתמא עשה ברשיונה אבל בגדים ותכשיטין שעשה לה הבעל רשאי למשכנם גם בלא דעתה [ס"ך] ואם הבעל משכן בגדיה שהכניסה לו ואח"כ תפסה האשה אותם המשכנות מהמלוה וטוענת שהבעל השכינם שלא מדעתה נאמנת בשבועה [סמ"ע] אבל לתפוס חפץ אחר מהמלוה אין ביכולתה ואם תפסה ויש לה מיגו לומר לא תפסתי או החזרתיו נאמנת ג"כ בשבועה לומר שהשכינם שלא מדעתה ומחזיר לה המלוה בגדיה והיא מחזרת מה שתפסה [כ"ל] :

ט מעשה היה בראובן שלוה מעות משמעון על בגדי אשתו וחזר שמעון והשאילן לראובן על ימי הרגל ומת ראובן ברגל ואשת ראובן מפני איזה פחד שפחדה מסרה כל חפצי בעלה ליד שמעון ואח"כ החזיר לה שמעון הכל חוץ מאותן הבגדים של המשכנות וטענה האשה שהיא תפסה הבגדים לכתובתה והפקידה ביד שמעון רק מפני הפחד ופסקו שהדין עם שמעון דכיון שהיו אצלו במשכון והשאילם רק על הרגל אין יכולים לעכבן לא היא ולא היורשים דברשותו הם דכל משכון הוא ברשות המלוה כל זמן שלא החזירו להלוה בתורת חזרה גמורה :

י ראובן שנתן לשמעון חפץ למשכנו אצל איזה מלוה ושמעון נתן משכון אחר להמלוה ועיכב חפצו של ראובן בידו נעשה עליו שומר כאלו הלוהו עליו דהרי לוה לו משכון על משכונו ומה לי אם הלוה לו מעות או הלוה לו משכון ואין חילוק אם לוה מישראל אם מכותי [סמ"ע] :

יא המלוה על המשכון ונתן לו הלוה רשות להשתמש בו בניכוי קצת מהחוב אם היה בשעת ההלואה דינו כש"ש דנוטל שכר שימוש בעד הלואתו אבל אם ההלואה היתה סתם ואח"כ נתן לו רשות להשתמש בו דינו כשואל וחייב אף באונסים דכיון שבעת ההלואה לא היה תנאי זה נמצא דאח"כ כשנתן לו רשות הוה המלוה כשואל שכל הנאתו שלו והניכוי המועט אינו נחשב להלוה כהנאה דאין זה רק מפני שלא יהיה ריבית כמ"ש בריש הסי' אבל בשעת ההלואה כשנתן לו רשות אינו דומה לשואל דשואל כל הנאתו שלו ובכאן הרי שניהם נהנים זה מזה ולכן דינו כש"ש [ס"ך וט"ז] וכ"ז דווקא כשהמלוה נתרצה בפירוש על השימוש אבל אם הלוה אמר אני נותן לך רשות להשתמש בו והמלוה שתק יש ספק אם השתיקה הוה כקבלה אם לאו ולכן בשעת ההלואה יש ספק אם דינו כש"ח או כש"ש לדיעה שבסעי' ד' ושלא בשעת הלואה יש ספק אם דינו כשואל אם לאו וכיון שיש ספק הממע"ה [נ"ל וע' בגס"מ] :

יב מי שנתמשכן ע"י נאמני הקהל על חלקו המגיע מהמס להמושל ונגנב או נאבד המשכון אין להקהל ולא להנאמן דין ש"ש והטעם מפני שפורעי המס אינם חייבים זל"ז כלום שנחשבם כאלו ממשכנים מפני חוב עצמם דכל יחיד חייב בחלקו והקהל והנאמן הועמדו להיות נאמנים ואפטרופסים על כל יחיד ויחיד שיפרע חלקו ואפילו אם הקהל כבר פרעו חלקם של אותם שנתמשכנו וא"כ כשגובים לוקחים המעות לעצמם מ"מ אין גבייתם כגביית חוב עצמם אלא שהם הלוו על המס ועתה גובין ומתפרעין מהם וכן אם נאבד אצלם המעות שגבו ממקצת אנשים במקום שאין להם רשות להשתמש בהמעות אין ההפסד עליהם אלא על מי שגבו מהם וצריכים ליתן מעות אחרים ודווקא שהנאמן אינו נוטל שכירות מהקהל וכן כל המתעסקים אינם נהנים מהקהל כלום אבל כשנוטלים שכירות או יש להם איזה טובת הנאה דינם כש"ש [כ"ל] וכן אם נאבדו המעות או המשכנות בפשיעתם חייבים הקהל או הנאמן דנהי דהם שומרי חנם הא גם ש"ח חייב בפשיעה ואם יש להם רשות להשתמש בהמעות דינם כשואל וחייבים גם באונסים וכן גבאי צדקה שנטלו משכון אין דינם רק כש"ח וכן שליש שהושלש בידו חפץ אין דינו אלא כש"ח [גס"מ] ואם הגבאים או השליש נוטלים שכירות יש להם דין ש"ש וכל אלו הדינים הם במקום שאין מנהג בזה

אבל

אבל במקום שיש מנהג הולכין אחר המנהג בין להקל בין להחמיר :

יג המלוה על המשכון ומת המלוה גם בנו דינו כאביו דכיון דהבן תופס ג"כ המשכון בשביל החוב עליו לשמור המשכון ואם הבן לא ידע כלל מהמשכון אין עליו דין שמירה כלל [נ"ל] וכן בן קטן פטור מכל דאין דין שמירה לקטן [כס"מ] ואם נאבד על הלוה לשלם כל החוב ואם צוה האב לבנו שימסור המשכון בחנם ואח"כ נאבד המשכון אין דין היתום רק כש"ח [ס"ך] דהרי אינו תופסו בעד מעותיו :

יד המלוה על המשכון ובשעת קבלת המשכון אמר המלוה איני מקבל אחריותו עלי אינו אפילו ש"ח ופטור גם מפשיעה דלשון אחריות משמע גם על פשיעה ואינו חייב אלא אם הזיק בידים :

טו מעשה היה בכותי אחד שמשכן סייף יקר אצל שמעון וראובן שאל משמעון הסייף ולא הגיד לו שמעון שהוא סייף יקר ונאבד הסייף ממנו ותובע שמעון מראובן ממון רב כמו שהכותי תובע ממנו ופסקו שא"צ ראובן לשלם לשמעון רק דמי סייף פשוט כסתם סייף הנמכר דכיון שלא הגיד לו שהוא סייף יקר והוא לא שברו או איבדו בידים רק שפשע בשמירתו לכן אינו חייב רק כפי השמירה שקיבל עליו וכ"ש אם הכותי מעליל על שמעון לתבוע יותר משויו שאין ראובן חייב לשלם כל כך אפילו שברו בידים דלא מפני שהכותי מעביר הדרך על שמעון נחייב לראובן יותר משויו אבל כדי שויו חייב לשלם כשהזיקו בידים אפילו כשהיה סבור שהוא סייף פשוט דמה היה לו להזיק בידים :

טז וכן יש להורות בכל משכון או פקדון שחייב המלוה או הנפקד לשלם והלוה או המפקיד מברר שזה החפץ היה שוה הרבה יותר מסתם חפץ כזה אם לא הגיד לו שהוא חפץ יקר א"צ לשלם לו רק כמו סתם חפץ שכמוהו ואם הזיקו בידים צריך לשלם כל דמי שויו ויותר משויו א"צ לשלם אפילו היה החפץ של אחר והאחר מעליל עליו ומוכרח הלוה או המפקיד לשלם להאחר כרצונו עכ"ז הוא א"צ לשלם רק כפי שויו ובשואל חפץ של כותי מישראל חבירו שבסעי' הקודם אם הודיעו המשאיל שהוא של הכותי הכריעו גדולי האחרונים שהשואל חייב בכל מה שהכותי מעליל עליו דהוא כמו ערב להכותי בעד המשאיל ויראה לי דזהו רק בשואל שכל הנאה שלו אבל במשכון ובמפקיד אף שהודיע הלוה או המפקיד שהחפץ הוא של כותי ונאבד באופן שחייב הנפקד או המלוה לשלם אינו חייב במה שהכותי מעליל עליו יותר מכפי שויו ואפילו יש להמלוה הנאה בההלואה כמו בעיסקא מ"מ אין כל ההנאה שלו כבשואל דהרי היא הנאת שניהם כשוכר וש"ש :

יז כשהמלוה חייב לשלם כגון בגניבה ואבידה לדיעה שבסעי' ג' או בפשיעה לכל הדיעות או במקום שקיבל טובה עכ"ז אם הלוה אינו מאמינו שנגנבה או נאבדה יכול להשביע להמלוה שבועה חמורה בנק"ח שאין המשכון ברשותו ושבועה זו תקנת חכמים היא [רפ"ג דב"מ] והחמירו בשבועה זו יותר מבהיסת וצריך נק"ח משום דחיישינן שמא עיניו נתן בהחפץ לעכבו לעצמו ולשלם בעדו אא"כ יש עדים שנגנבה או נאבדה או שחפץ כזה מצוי בשוק לקנותה באותן הדמים שהמלוה משלם ואז משלם ואינו נשבע ודווקא כשאין על הלוה שום שבועה כגון שאין הכחשה ביניהם בשויי המשכון או שיש עדים כמה היה שוה אבל כשיש הכחשה ביניהם והלוה צריך לישבע כמה היה שוה כמו שיתבאר בין ששבועתו היא ליטול ובין שהיא לפטור בין ששבועתו היא מפני עיקר הדין ובין שהשבועה היתה על המלוה והיפך עליו כמו שיתבארו פרטים אלו אזי לא ינצל המלוה לעולם משבועה שאינו ברשותו אפילו כשהלוה מאמין לו שאינו ברשותו ודבר זה תקנת חכמים היא [סס] מפני דחיישינן שמא כשישבע הלוה יוציא אח"כ המלוה את המשכון ויברר שהלוה נשבע לשקר ונמצא ש"ש מתחלל ח"ו ולכן צריך המלוה לישבע מקודם שאינו ברשותו ואח"כ ישבע הלוה השבועה שהוא חייב בה ולכן אם המלוה אין רצונו לישבע אין לו תקנה אם לא שיפטור גם את הלוה משבועה שהוא חייב בה ורק שיקבל בקב"ח ואז פטור גם הוא משבועה [ס"ך] ועכ"ז ח"ס יכול הלוה לרטיל על כל מי שהמשכון ברשותו ואינו מגלה וצריך לרעת שבכל מקום שנבאר בסי' זה שהלוה צריך לישבע בדבר המשכון אם המלוה אין רצונו לוותר לו שבועתו חייב המלוה לישבע מקודם שאין המשכון ברשותו :

יח כשהמשכון נגנב או נאבד ובאופן שהמלוה חייב לשלם ויש הכחשה ביניהם בשויי המשכון שהמלוה אומר סלע שהוא ד' דינרים הלויתיך עליו ולא היה שוה רק שקל שהוא שני דינרים ומגיע לי שני דינרים והלוה אומר סלע הלויתני וסלע היה שוה הרי המלוה נשבע מקודם שאינו ברשותו כמ"ש ואח"כ נשבע הלוה היסת שהיה שוה סלע ונפטר כדין כל הנשבעין שנשבעין ונפטרין בהיסת כשאינו מודה במקצת :

יט אמר המלוה סלע הלויתיך עליו ושקל היה שוה והלוה אומר סלע הלויתני ושלשה דינרים היה שוה ומודה שמגיע לו דינר ישבע תחלה המלוה שאינו ברשותו ואח"כ ישבע הלוה שד"א שהרי הודה במקצתו וישלם הדינר שהודה ואם אומר היכך הדינר נשבע היסת כמו שיתבאר בסי' ע"ה דכל מודה מקצת שמניח לפני התובע מקצתו שהודה נפטר משד"א ונשבע רק היסת :

כ אמר המלוה סלע הלויתיך עליו ושקל היה שוה והלוה אומר איני יודע שויו ישבע המלוה שאינו ברשותו וכולל בשבועתו שלא היה שוה אלא שקל וישלם

וישלם לו הלוה את השקל ולמה נאמן המלוה לישבע וליטול והלא רוב שבועות הם לישבע וליפטר מפני שהמלוה א"צ לישבע על זה כלל וצריך ליטול בלא שבועה דכיון שהלוה מודה שהוא חייב לו ואינו יודע אם פרעו במשכון זה אם לאו וקיי"ל שכל מי שאומר יודע אני שאני חייב לך ואיני יודע אם פרעתיך חייב לשלם בלי שבועת שכנגדו רק בכאן שיש על המלוה שבועה שאינו ברשותו מגלגל עליו גם שבועה זו ולכן אם מאמין להמלוה שנאבד או שיש עדים נוטל ממנו השקל בלא שבועה ורק הלוה יוכל להטיל ח"ם על מי שנוטל ממונו שלא כדין :

כא כשהלוה תובע היתרון מהמלוה ובמקום שחייב כמו שנתבאר ואומר סלע הלויתני עליו ושתים היה שוה והמלוה אומר שלא היה שוה אלא סלע אם הלוה מאמינו שנאבד או שיש עדים נשבע המלוה היסת שלא היה שוה אלא סלע ונפטר ואם צריך לישבע שאינו ברשותו ושבועה זו היא שבועה חמורה כמ"ש מגלגל הלוה עליו בשבועה זו גם שלא היה שוה יותר מסלע ואם המלוה מודה במקצת כגון שאומר שהיה שוה חמשה דינרים ישבע שד"א שלא היה שוה יותר מחמשה דינרים ובשבועה זו ישבע שאינו ברשותו אם אינו מאמינו ואין לו עדים ומשלם לו הדינר שהודה ואם א"ל המלוה הילך הדינר או שא"ל שמכבר מגיע לו ממנו דינר ואינו מודה במקצת אם הלוה מאמינו שנאבד נשבע היסת שלא היה שוה יותר ונפטר ואם צריך לישבע שאינו ברשותו מגלגל עליו בשבועה חמורה זו גם שלא היה שוה יותר :

כב אמר הלוה סלע הלויתני עליו ושתים היה שוה והמלוה אומר איני יודע כמה היה שוה אם יש עדים שנאבד או שמאמינו נשבע המלוה היסת שאינו יודע שהיה שוה יותר מדמי החוב ונפטר ואינו דומה לאינו יודע של הלוה שבסעי' ך' שמשלם דבשם הוה כאומר איני יודע אם פרעתיך אבל בכאן אינו מודה המלוה כלל שחייב לו [סמ"ע] ואם אינו מאמינו ואין עדים ישבע המלוה שבועה חמורה שאינו ברשותו ובשבועה זו יכלול ג"כ שאינו יודע שהיה שוה יותר מהחוב ואע"ג דקיי"ל כשהנתבע טוען שמא על הגילגול אין מגלגלים כמו שיתבאר בסי' צ"ד מ"מ כיון דהיסת מחוייב לישבע גם בלא גילגול ושבועה חמורה זו אינה ג"כ שד"א אלא שבועת המשנה ולא רחוקה היא מהיסת לפיכך כולל זה ג"כ בשבועה זו [ומיושב קושית הלבוש והס"ך ס"ק מ"ז] ולמה לא דיינינן בזה דין דמתוך שאינו יכול לישבע משלם דדין זה לא אמרינן בשבועה דרבנן [סמ"ע] כמ"ש בסי' ע"ה ולכן אם המלוה אומר שיודע שהיה שוה יותר מהחוב רק אינו יודע כמה ונמצא שחייב שד"א דהרי הודה במקצת ומסתמא יש עכ"פ שוה פרוטה במקצת זה שהודה דאל"כ לא היה לו לומר ששוה יותר לפיכך דינו שהוא מחוייב שבועה ואינו יכול לישבע ומשלם לו סלעו המלוה אינו יכול רק להטיל ח"ם על מי שטוען שקר אמנם זה שכתבנו דדיינינן בזה דין זה דאינו יכול לישבע ומשלם זה הוא דעת הרמב"ם ורבותיו אבל יש מרבותינו שחולקים עליו וס"ל דדין זה אינו אלא במקום דה"ל לדעת בבירור כגון שתובע ממנו מנה והנתבע משיב חמשין ידענא שאני חייב לך וחמשין לא ידענא דריע טענתו דלמה אינו יודע כמה לוה ממנו דיינינן בזה מתוך שאיל"מ אבל במשכון מאין יש לו להמלות לדעת בבירור כמה היה שוה לכן אינו משלם ונשבע שאינו יודע שהיה שוה יותר מהחוב וגם מטעם אחר חולקים עליו דהא לא הודה סכום ידוע כמו שיתבאר בסי' פ"ח וי"א דגם זה מקרי סכום ידוע כיון שהמשכון אינו לפנינו ואין ביכולת הלוה לתבוע ממנו מחמת הודאתו יותר מפרוטה ושפיר הוה כהודה בסכום ידוע דהיינו פרוטה [ס"ך] וגם יכול להיות שהמלוה יודע כמה היה שוה שפיר יש לדון בזה דין דמתוך שאינו יכול לישבע משלם [סס] דדווקא כשהתובע יודע בבירור שאין ביכולת הנתבע לידע לא דיינינן דין זה אבל במקום שהתובע אינו יודע אם הנתבע יודע אם לאו שפיר יש לדון דין זה ועוד יתבאר בזה בסי' ע"ה בס"ד :

כג אם שניהם תובעים זא"ז כגון שהלוה אומר סלע הלויתני עליו ושתים היה שוה והמלוה אומר סלע הלויתיך ושקל היה שוה נשבע המלוה שאינו ברשותו וכולל בשבועתו שלא היה שוה יותר מסלע והלוה נשבע היסת שלא היה שוה פחות מסלע ואם הלוה מאמינו שנאבד או שיש עדים גם המלוה לא ישבע אלא היסת שלא היה שוה יותר מסלע ואע"פ שבארנו בסעי' י"ז דכשהלוה צריך לישבע לא ימלט המלוה משבועה שאינו ברשותו אף כשהלוה מאמינו מחששא דשמא יוציא המלוה את הפקדון לברר שהלוה נשבע לשקר אמנם בכאן ליכא חששא זו דהרי המלוה עכ"פ צריך לישבע היסת על שויו ואם היה המשכון תחת ידו לא היה נשבע בוודאי ונראה להדיא שאינו בידו ותו ליכא חששא זו שכתבנו ולפ"ז צריכים הב"ד לראות גם בכאן שהמלוה ישבע מקודם דאם ישבע הלוה מקודם חיישינן שאח"כ לא ישבע המלוה ויוציא המשכון ויברר שנשבע לשקר והטור והש"ע בסעי' י"ב שהקדימו בדין זה שבועת הלוה לאו דווקא הוא [סמ"ע וב"ח וס"ך] ועוד אפשר לומר דבכאן לא חיישינן כלל לחששא זו דהא לא הלוה נשבע כטענתו שהיה שוה שתי סלעים ולא המלוה נשבע שהיה שוה רק שקל והטעם הוא דכיון ששניהם תובעים זא"ז לא הוי שבועתם רק לישבע ולפטור אחד מחבירו לפיכך כיון דזה לא נוטל כטענתו וזה לא נוטל כטענתו הוה שבועה זו כדין שנים אוחזין בטלית שכל אחד נשבע שאין לו בה פחות מחציה כמו שיתבאר בסי' קל"ח ואין נשבעים על כולו כיון שאין נוטלים רק לחצאין ולמה ישבעו על מה שאין נוטלין ולמה יסתרו שבועתם זל"ז

זל"ז שתהא נראה השבועת שקר ממ"נ מאחד מהם והכא נמי כן הוא וכיון דהלוה אינו נשבע כטענתו רק קרוב לטענת המלוה לא חיישינן לחששא דשמא יוציאו אח"כ ולפ"ז יכול גם הלוה לישבע תחלה ודברי הטור והש"ע מדוקדקים [כנלע"ד דקשה לומר על בה"ת וסמ"ע דלאו דווקא נקטי] :

כד כששניהם מודים זה לזה שהלוה אומר סלע הלויתני עליו וסלע היה שוה ורצונו לפדות המשכון והמלוה מודה שכן הוא אלא שאומר שנאבד אם אין לו עדים ואינו מאמינו ואין המשכון דבר שהוא מצוי לקנות בשוק ישבע המלוה שאינו ברשותו ויצא זה בזה ואבד המלוה חובו דנגד חובו לכל הדיעות הוי כש"ש כמו שבארנו ודע דבכ"מ שאמרנו שיש עדים כמה היה שוה ה"ה עד אחד דכיון שיש עד המסייע למלוה הרי פוטרו משבועה כמ"ש [כ"ל] :

כה אם הלוה תובעו ביתרון שהמשכון היה שוה יותר מהחוב ויש עדים בזה או המלוה מודה בזה אלא שאומר שנאבד באונס ותובע מהלוה חובו אם אין הלוה מכחישו בברי שלא נאנס ישבע המלוה שאינו ברשותו ושלא שלח בה יד ושנאבד באונס וגובה חובו מהלוה ולמה מוציא המלוה בשבועה הרי רוב שבועות הם רק לפטור א"ע ולא ליטול זולת במקום שתקנו חכמים מפני שאין הלוה יודע בברי כיצד נאבד והוה ליה כהלויתני ואיני יודע אם פרעתיך דחייב לשלם בלא שבועה כמ"ש ולכן אם טוען ברי שלא נאנסה נשבע הלוה היסת ונפטר [סמ"ע וש"ך] אף כשאין להלוה מיגו לכפור החוב כמו שיתבאר בסעי' נ"ה וכן לדיעה שכתבנו בסעי' ד' דדינו כש"ח על היתר מהחוב ובארנו דאין להוציא ממון נגד דיעה זו אם היו עדים שנגנב המשכון ושהיה שוה יותר על חובו רק שאינם יודעים אם היתה הגניבה בפשיעתו אם לאו והלוה טוען ברי שבפשיעתו נגנבה או שטוען שמא בפשיעתו נגנבה ותובע המותר והמלוה אומר שלא היה פושע ופטור מהמותר נשבע המלוה שד"א ככל שומר חנם שלא פשע בה ושלא שלח בה יד ושאינו ברשותו כמ"ש בסי' רצ"ה ולמה נאמן המלוה בשבועה אף כשהלוה טוען ברי מפני ששבועתו זאת היא לפטור עצמו ודינו ככל שומר שהאמינתו התורה בשבועה ואפילו אין עדים שהיה שוה יותר רק המלוה מודה בזה עכ"ז לא נפטר המלוה משבועת השומרים ואינו נאמן בהיסת במיגו דאי בעי הוה אמר שלא היה שוה יותר ולא היה נשבע רק היסת דמיגו בשבועת שומרים לא אמרינן דכל שומר יש לו מיגו דלהד"ם אלא שגזירת התורה היא שישבע או משום דמיגו לאיפטורי משבועה לא אמרינן או משום דהוי מיגו דהעזה כמו שיתבאר בסי' פ"ב [תו"ת] :

כו אם לא נאבד המשכון אלא שהלוה טוען שנפחתו דמיו וטוען שברי לו שנפחתה מחמת רקבון או אכלוהו עכברים או עש אם המלוה טוען שלא נפחת נשבע היסת ונפטר וכן אם המלוה טוען אמת הדבר שנפחת אבל לא בפשיעתי שאני שמרתיו כראוי במקום שמשתמר מעכברים ורקבון וניערתיו כראוי והפחת הוא כאונס נשבע ג"כ היסת שכדבריו כן הוא ונפטר ויש ששאלו בזה דלמה לא יתחייב בשבועת השומרים ואיזה הפרש יש בין נאבד כולו לנאבד מקצתו דהיינו שנתקלקל החפץ [ש"ך] ויש שרצה לומר דשבועת השומרים אינה אלא כשטוען המפקיד שמא ולא כשטוען ברי ואין זה סברא כלל [תו"ת ונה"מ] ויש שרצה לומר משום דיש לו מיגו דאי בעי אמר לא נתקלקל כלל וגם זה א"א לומר דבשבועת שומרים לא אמרינן מיגו כמ"ש בסעי' הקודם [ש"ך] ונלע"ד דהטעם הוא דשבועת השומרים לא חייבה תורה אלא במקום שההיזק ניכר לכל כמו שכתוב ומת או נשבר או נשבה אבל קילקול החפץ הרי החפץ בשלימותו אלא שאומר שנתקלקל ואין בזה שבועת השומרים ועוד ראיה לזה מהפסוק מדכתיב ומת או נשבר או נשבה אין רואה שבועת ד' תהיה וגו' ודרשינן דכשיש רואה לא מהני שבועתו וצריך להביא עדים כמו שיתבאר בסי' ש"ה וממילא מבואר דהשבועה אינו שייך רק במקום שדרך הרואים לדעת כמיתה ושבירה ושביה אבל קצת קילקול בעצם החפץ אין דרך לדעת זולת הבעלים שיש לו בה טב"ע גמור ועוד דעל שבועת שומרים חייבה התורה שלש שבועות שלא פשע בה ושלא שלח בה יד ושאינה ברשותו ואם גם על קילקול חפץ יש שבועה נמצא שיש עוד שבועה שלא נתקלקל החפץ בפשיעתו ושבועה זו לא חייבה התורה כלל ואם תאמר דבאמת זהו דווקא אינו אלא כשהודה השומר שבביתו נתקלקל אלא שאומר שאנוס היה ובזה הלא נשבע שבועה שלא פשעתי א"א לומר כן דאדרבא כל שבועת שומרים אינו אלא כשהשומר מכחישו לחיובו ואיך נאמר ששבועה זו יהיה תלוי דווקא בהודאתו ורק בעיקר הפקדון תלוי בהודאתו ולא בחיובו [ואולי זהו פי' הסמ"ע בס"ק ע"ע בתירוצו הסוי ע"ס] ויש מתרצים דעיקר שבועת השומרים היא שאינו ברשותו ואגב זה נשבע שלא פשע ושלא שלח בה יד כמו שיתבאר בסי' רצ"ד ולכן בכאן שהפקדון הוא בשלימות ולא שייכה שבועה שאינה ברשותו אין בזה כל שבועות שומרים [תו"ת ומ"ל] אבל אין לומר דלכן לא שייך בזה שבועת השומרים משום דשבועת השומרים אינו אלא לפטור א"ע ובכאן יכול להיות שהמלוה יוציא ממנו ממון אם בעת אינו שוה דמי חובו כמו שיש מי שרצה לתרץ כן דבאמת מוכח מכמה מקומות דגם בכה"ג יש שבועת שומרים דבאמת אין זו שבועה להוציא דשבועה זו היא כדי לפטור א"ע מהחפץ והחוב נשאר ממילא כבתחלה [כנלע"ד] :

כז ואם מודה המלוה שלא הניח אותו במקום המשתמר או שלא ניערו כראוי חייב לשלם הפחת דפושע הוא ואם הלוה אומר שנפחת הרבה והמלוה אומר

שנפחת

שנפחת מעט אם הלוה מודה שגם מקודם לא היה שוה אלא כדי החוב והמלוה אומר שמתחלה לא היה שוה ג"כ כדי החוב כגון שלוה ממנו ד' דינרים ועתה שוה המשכון עשרה והלוה אומר שהיה שוה ך' מקודם והמלוה אומר שלא היה שוה רק ט"ו ואין לו לשלם רק חמשה דינרים ואומר המלוה אם אתרצה לעכב המשכון לעצמי תן לי חמשה דינרים שהיה מקודם חסר להחוב ואם לא אתרצה לעכבו תן לי ט"ו דינרים דהלוה אינו יכול לכוף להמלוה שיקבל המשכון אף כשנתקלקל אצלו [ס"ך] נשבע הלוה היסת ואינו חייב שד"א כדין מודה מקצת משום דהמשכון הרי הוא ביד המלוה והמשכון הוא הילך ואין בו דין מודה מקצת וי"א דחייב שד"א דהמשכון לאו הילך הוא כיון דעומד להפדות [סס] ואם אין לו במה לשלם זולת המשכון וודאי דהוי כהילך גם לדיעה זו ואינו נשבע אלא היסת [גס"מ] אבל המלוה א"צ לישבע כלל דאף לדברי הלוה אינו מגיע לו מהמלוה כיון שלא היה שוה רק כדי חובו ולכן ישבע הלוה ככל הנשבעים שנשבעים ונפטרים :

כח ואם הלוה תובע מהמלוה כגון שטוען שהיה שוה שלשים והחוב הוא עשרים ועתה שוה ט"ו ושואל ממנו עשרה ושיעכב המשכון לעצמו כי אין רצונו לקבלו עם הקילקול והמלוה אומר שלא היה שוה אלא כ"ה ואין לו ליתן להלוה רק חמשה כשרצונו לעכבו לעצמו ואם אין רצונו לעכבו תובע ממנו עשרה נשבע המלוה בנק"ח [ס"ך] שלא נפחת אלא עשרה ויכול להחזיר לו המשכון ומנכה לו עשרה מחובו. והלוה משלם לו עשרה ואם רצונו לעכבו לעצמו משלם להלוה חמשה וגובה חובו מהמשכון שהוא נאמן בשבועה עד כדי דמיו ואע"ג דהמלוה מודה במקצת מ"מ אינו חייב בשבועת התורה כיון דהמשכון עדיין שוה יותר מכדי הודאתו והמשכון הוא של הלוה והוה ליה הילך [סמ"ע] וכ"ש שאם אפילו אחר שנפחת שוה כדי החוב ומחולקים בהפחת או שאומר המלוה אינו יודע כמה נפחת שנשבע המלוה שבועה בנק"ת [סס וס"ך] ואין לומר כיון שמודה שנפחת ואינו יודע כמה הו"ל מחוייב שבועה ואינו יכול לישבע ומשלם לדעת הרמב"ם שבארנו בסעי' כ"ב דכיון שיש לו בידו כנגדו דמי הלואותו הו"ל הילך דיכול המלוה לומר להלוה כל מה שידוע לך שנפחת תנכה לי מחובך [סס] :

כט ליה שאמר למלוה פרעתיך על המשכון כך וכך והמלוה אומר לא פרעתני או פרעתני פחות ממה שאתה אומר נשבע המלוה ונוטל כפי מה שאומר דכיון שהמשכון הוא ביד המלוה הרי בא הלוה להוציא ממנו ואין אומרים כיון שאין להמלוה על המשכון רק שיעבוד בעלמא הוה כאלו הוא התובע וישבע הלוה היסת ויפטר מסכום שאומר כמו בטענת ספק שיתבאר בסעי' זה דכיון שהמלוה מוחזק בו בהמשכון וטוען טענת ברי אין בנו כח להוציא מידו ודינו כמלוה בשטר שנשבע ונוטל [גס"מ ס"ק ל"ס] ואף שיש חולקים ואומרים דהמלוה לא נקרא מוחזק אף בטענת ברי אין הלכה כן [ס"ך ס"ק ק"ט] ודווקא כשעדים יודעים שהלוהו על המשכון ויתבאר בסעי' מ"ה ואם המלוה אומר אמת שפרעתני אבל איני יודע כמה נאמן הלוה וא"צ אף לישבע רק מטיל עליו ח"ס [ס"ך] מפני הטעם שכתבנו דהמלוה אין לו על המשכון רק שיעבוד בעלמא והוה כאלו הוא התובע ואין אדם מוציא מחבירו ולא משביעו בטענת ספק ואפילו כשהמלוה יכול לומר על המשכון לקוח הוא בידי ע"פ הפרטים שיתבארו בסי' זה מ"מ נאמן הלוה בלא שבועה דטענת ספק לאו כלום הוא במי שבא להוציא אבל בטענת ברי נאמן המלוה בשבועה עד כדי דמיו אם עדים יודעים מההלואה אבל אם עדים אינם יודעים ואין להמלוה מיגו דלקוח הוא בידו נשבע הלוה היסת ומשלם כמו שאומר :

ל אם עד אחד מעיד שלא כדברי הלוה אם המלוה אינו יודע נשבע הלוה נגד העד ונוטל המשכון כמו שאומר ונשבע בנק"ח כדין הנשבעים ונוטלין שיתבאר בסי' פ"ט ואינו נשבע שד"א נגד העד דשבועה דאורייתא אינו רק לישבע ולפטור ואם רצון המלוה להשביעו שד"א יחזיר לו המשכון ואז יהיה ביכולתו להשביעו שד"א להכחיש העד [סס] ואם המלוה טוען ברי והעד מעיד כדבריו אם בלא העד היה המלוה נשבע ונוטל נוטל עתה בלא שבועה כדין עד המסייע שפוטר משבועה כמ"ש בסי' ע"ה ואם בלא העד לא היה נשבע ונוטל כגון שעדים אין יודעים מההלואה והוא אינו יכול לטעון לקוח הוא בידי נשבע הלוה כמו שנתבאר ואם העד מעיד כדברי הלוה נוטל הלוה בלא שבועה בכל גווני :

לא ומעשה היה בראובן שלוה משמעון שבעה דינרים על משכון ואח"כ א"ל ראובן פרעתיך פעם אחד שני דינרין ופעם שני שני דינרין ופעם שלישית דינר ואני חייב לך עוד שני דינרין והשיב שמעון איני זוכר אלא מהדינר לבד והשאר ספק אצלי ופסק הרמב"ן ז"ל דהדין עם ראובן מפני שגוף המשכון שלו ונמצא כשהוא תובע משכונו שמעון משיבו איני יודע אם יש לי עליו שום דבר ממה שאומר ראובן שפרעו וכיון שכן אין שמעון יכול לתבוע מספק בנכסי ראובן ופטור ראובן אפילו משבועה ואין לשמעון עליו רק ח"ס ואם יש עד אחד דינו כבסעי' הקודם :

לב המלוה את חבירו על טבעת שיש בו אבן טוב ונאבד ונמצא טבעת אחר בעיר ושניהם מודים שזה הטבעת שוה לזה שנאבד וזהו ידוע שהטבעת שבעיר שוה יותר מהחוב הדבר פשוט שנלך אחר שומת הבקיאים וכפי שישומו יתרון טבעת זה על דמי החוב צריך המלוה לשלם כשנאבד בפשיעתו אבל אם טוען הלוה דשלו

היה

היה שוה יותר והמלוה טוען שלא היה שוה אלא כזה הרי המלוה מודה מקצת ונותן לו מה שהוא מודה ונשבע שד"א על השאר ואם המלוה אומר שאינו יודע אם הנאבד היה שוה יותר אם לאו והלוה טוען שהיה שוה יותר הוה ליה המלוה מחוייב לישבע ואינו יכול ומשלם ומ"מ צריכים ב"ד לאיים על הלוה שלא ישקר לשום את הנאבד יותר משויו:

לג אם המלוה והלוה מחולקים בעיקר ההלואה שהמלוה אומר שהלוהו סלע והלוה אומר שלא הלוהו אלא שקל אם הוא בעניין שהמלוה היה יכול להחזיק בהמשכון ולטעון לקוח הוא בידי או החזרתי לך או להד"מ כפי שיתבאר לפנינו אזי נאמן המלוה לומר שהלוה עליו עד כדי דמיו בשבועה בנק"ח ואע"ג דאלו טען טענות אלו היה די בהיסת מ"מ צריך שבועה בנק"ח דמיגו לאיפטורי משבועה לא אמרינן ועוד דכיון דהמלוה אינו טוען על גוף המשכון שהוא שלו אלא דרצונו לגבות חובו ממנו אין לו לגבות בלא שבועה בנק"ח ולא עדיפא הודאתו מהעדאת עדים שאם היו מעידים שזה החפץ הוא במשכון ת"י ואינם יודעים בכמה לא היה המלוה נוטל בלא שבועה בנק"ח כמו שיתבאר ויותר מזה דאפילו הלוה טוען שמא חייב המלוה לישבע שבועה זו דזהו תקנת הגאונים שאין לאדם ליטול חפץ שהוא מודה שאינו שלו מפני טענת איזה חוב בלא שבועה חמורה בנק"ח [ס"ך] וי"א דבטענת שמא א"צ לישבע [הו"ת] ודווקא בתפיסת חפץ צריך שבועה בנק"ח אבל תפס מעות א"צ אלא שבועת היסת דבמעות הוה כאלו אמר על חפץ לקוח הוא בידי דלא היה חייב לישבע רק היסת משום שאינו מודה כלל שהחפץ הוא עתה של הלוה וכן במעות אף שמודה שמעכבם מפני החוב מ"מ אין חילוק בין מעות אלו לאלו והוה כשלו ממש ואינו חייב לישבע רק היסת:

לד כתב אחד מגדולי הראשונים דמה שתקנו הגאונים דהמלוה צריך לישבע בנק"ח על המשכון אינו אלא דווקא כשהמלוה דוחק את הלוה שיפרע לו עתה ובאם לאו ימכור המשכון ויגבה חובו אבל אם המלוה אינו מכריח את הלוה שיפרענו עתה ואומר שיהיה המשכון ת"י עד שיפרענו אינו נשבע אלא היסת דכיון דאינו גובה עתה מהמשכון ורק מחזיקו לשיעבודו והרי באמת משועבד הוא לו ולעניין שיעבוד הוה כשלו ממש [ר"ן פ"ז דשבועות] וכן עיקר אם כי אחד מגדולי האחרונים מפקפק בזה [ע' בש"ך ס"ק ע"ח]:

לה אפילו מת הלוה תחלה ואח"כ מת המלוה נפרעים יורשי המלוה מהמשכון כמו מורישם ואין אומרים כיון שמורישם היה חייב שבועה אין אדם מוריש ממון שהוא מחוייב לישבע כמ"ש בסי' ק"ח דכיון שהמה מוחזקים בהמשכון המה כיד מורישם ואף שהם אין ביכולתם לישבע שבועת מורישם ישבעו שבועת היורשים שלא פקד להם מורישם שיחזירו המשכון בכך וכך וגובין מהמשכון עד כדי דמיו:

לו זה שאמרנו שכשיש לו מיגו נאמן עד כדי דמיו אין חילוק בין שהלוה אומר שמגיע לו פחות או שכופר בכל ואומר שאין זה משכון אלא פקדון הוא הרי המלוה נפרע מהמשכון עד כדי שוויו של החפץ ואם אין בו כדי תביעתו כגון שתובע סלע ואינו שוה אלא שקל אם אין הלוה מודה יותר מהשקל או שכופר בכל נוטל המלוה מהמשכון השקל בשבועה כמ"ש ועל השאר נשבע הלוה היסת ונפטר אבל אם הלוה מודה על יותר משקל נשבע שד"א כדין מודה מקצת ומשלם היתר שהודה על שיווי המשכון:

לז כיון שהמלוה יש לו מיגו על המשכון לומר לקוח או החזרתי או להד"ם נאמן בכדי שויו אפילו אם היה המשכון מחפצים שאסרה התורה למשכנם כגון שהיה בגד אלמנה או כלים שעושים בהם אוכל נפש ולא אמרינן כיון שמחוייב להחזירם אין לו מיגו אלא כיון שאין עדים והיה יכול לכפור יכול לטעון עד כדי דמיו דממ"נ אם אנו חושדין אותו לגזלן מה לו אם יש עליו עוד איסור ואם אנו אומרים כיון שיש איסור ומוכרח להחזירם מפני שאינו רוצה לעבור עבירה א"כ בוודאי אומר אמת ולא יגזול אותו וכ"ש במקום שיש תקנה שלא יעכב אחד את חפץ חבירו הבא לידו דרך שאלה או פקדון או מלמד בהספרים שלומד עם הנערים ותופסם בשביל חוב אחר שלא מחמת שכר לימודו דמחמת שכר לימוד יכול לעכב הספר כמ"ש ביו"ד ס"ס של"ד שלא אבד מיגו שלו מטעם שבארנו:

לח כשהמלוה טוען על המשכון שמגיע לו ראוי לב"ר שיאמרו לו שיברר דבריו באיזה אופן מגיע לו מיהו אין זה מעכב ויכול לישבע סתם שמגיע לו כנגד שיווי זה החפץ אבל הוא בעצמו צריך לידע בבירור שבעל החפץ חייב לו כגון שיש לו מלוה או פקדון ביד בעל החפץ וברור אצלו שלא נאנס משכנגדו וכיוצא בזה אבל כשיש ספק בידו אם חייב לו אם לאו הרי זה שבועת שקר כשישבע וכן אינו יכול להחזיק חפצו של חבירו רק אם חבירו חייב לו ממון אבל על שאר מין תביעה כגון שתובע שיתן לו איזה פטור או כיוצא בזה משארי ענייני תביעות שאינם של ממון ובעד שחייב לו שבועה הנוגע לממון נראה דיכול לעכב וכל מי שיוכל לטעון על חפצו של חבירו המונח ת"י אין לו זכות בו רק משעת העמדה בדין ולאחר השומא ולא משעת התפיסה ולכן אם נתייקר החפץ קודם השומא ברשות מרא קמא אייקר:

לט וכל זה הוא בעניין שיש להמלוה מיגו שיכול לטעון לקוח או החזרתי לך או להד"ם אבל במקום שאין יכול לטעון נשבע הלוה היסת שלא הלוהו אלא שקל ופורע לו השקל ונוטל משכונו דאם יטול המשכון מקודם יתחייב שד"א כדין מודה במקצת ואם טוען שלא

הלוהו

הלוהו כלל ופקדון הוא בידו יכול לישבע גם אחר שנטל החפץ [ע' ס"ך ס"ק פ"ב וצ"ע] כמו שהדין בכל מטלטלים שחבירו תפוס בהם כמו שיתבאר בסי' קל"ג ונבאר מתי יש לו מיגו להמלוה ומתי אין לו :

מ אם לא ראו עדים עתה בידו החפץ יש לו מיגו דהחזרתי לך ואפילו יש עדים שבא לידו בתורת שאלה ואם ראו עדים עתה בידו ואינו יכול לומר החזרתיו אם אין עדים שבא לידו בתורת שאלה יכול לומר לקוח הוא בידי אא"כ הם כלים שעשויים להשאיל ולהשכיר וכ"ש אם לא ראו עתה בידו ואין עדים שבא לידו שיכול לומר להד"ם נמצא דבכל דבר יש לו מיגו זולת אם יש עדים שבא לידו בתורת שאלה ועתה ראו עדים את החפץ בידו אז אין לו מיגו ואפילו אין עדים שבא לידו בתורת שאלה אם הם מדברים שעשויים להשאיל ולהשכיר אינו יכול לומר לקוח הוא בידי ולפ"ז בלא ראו בידו יש לו תמיד מיגו אפילו בדברים העשויים להשאיל ולהשכיר דהא יש לו מיגו דהחזרתי לך ובראו אם הם דברים שעשוים להשאיל ולהשכיר או שיש עדים שבא לידו בתורת שאלה אז אין לו שום מיגו :

מא ומה המה דברים העשוים להשאיל ולהשכיר להרמב"ם הוא דווקא כלים שתחלת עשייתם הם להשאיל ולהשכיר ולא שישתמש בו בעל הכלי לעצמו כמו יורות גדולים שמבשלים בם בבתי משתאות ומי שעושה משתה שואל או שוכר כלי זו וכן כל כיוצא בזה לפי מנהג המדינה [פ"ח מטוען] ונמצא דלדבריו כל הכלים שאדם משתמש לעצמו אין נקראים עשוים להשאיל ולהשכיר אבל הרי"ף ור"ת ז"ל מפרשים דמה שאמרו חז"ל עשויים להשאיל ולהשכיר פירושו שדרך בעה"ב להשאיל ולהשכיר לחבירו והם רוב הכלים לבד כלים שמקפידים עליהם מפני חשיבותם או שלא יתקלקלו דכלים אלו אין משאילים ומשכירים ולפ"ז רוב כלים עשוים להשאיל ולהשכיר רק דבזה צריכים לראות אם זה שהחפץ בידו רגיל ויוצא ונכנס אצל בעל החפץ וגם שיהיה בעל החפץ רגיל להשאיל כליו וזה תלוי באהבת האיש ושנאתו ולפי מנהג המקום ולפי ראות עיני הדיין לפי ערך התובע והנתבע ורוב מרבותינו תפסו כדיעה אחרונה וכ"מ מתשו' הרשב"א שהובא בב"י וכן יש להורות :

מב ומה מקרי ראה לאו דווקא שראו העדים החפץ בידו בשעה שתבעו לב"ד אלא אפילו ראו קודם לכן בידו וטען אז שהן מכורין לו או טענה אחרת שאין ראוי להחזיר לפי אותה טענה דמעתה אין לו מיגו שהיה יכול לומר החזרתים דאנן סהדי שלפי הדברים שדיבר להעדים בוודאי לא החזירם ודווקא בדברים העשוים להשאיל ולהשכיר אבל בדברים שאין עשוין להשאיל ולהשכיר אע"פ שראו העדים מתחלה מ"מ הרי בשעת ראייתם טען מכורים המה לו וא"כ בשטוען עתה כך וכך יש לי עליו נאמן עד כדי דמיהם במיגו שהיה עומד בטענת מכירה הקודמת [ס"ך] וכ"ש אם בשעה שראום בידו לא אמר שמכורים המה לו דיכול לומר שאח"כ החזירם אפילו בדברים העשוים להשאיל ולהשכיר ולא מהני רק אם ראו בידו בשעה שתבעו לב"ד דאז אפילו בדברים שאין עשוים להשאיל ולהשכיר אבד מיגו שלו כמ"ש בסעי' מ' וכן אם הדבר מפורסם שכלים אלו הם בידו אע"פ שאין לפנינו עדים שראום עתה בידו אינו יכול לומר לקוחים הם בידי אפילו בכלים שאינם עשוים להשאיל ולהשכיר שהרי אין כאן מיגו דהחזרתים דמתירא לומר שקר על דבר שידוע לרבים וכן אם יש עדים שראום עתה בידו אפילו הם עדים פסולים כמו נשים וקטנים ופסולי עדות מ"מ אבד מיגו שלו דמתירא לומר שקר מפני אלו המכחישים אותו [כ"ל] ובזה האופן כשראום עתה בידו אפילו אמר בעת שראו שחייב לו כך וכך כמו שטוען עתה בב"ד אינו נאמן כיון שעתה אין לו מיגו כפי פרטי דינים שבארנו בסעי' מ' והיינו או שהם דברים העשוים להשאיל ולהשכיר או שיש עדים שבאו לידו בתורת שאלה וזה שכתבנו דבראה אין לו מיגו היינו דלא יכול לטעון לקוח במיגו דהחזרתים אבל אם עכ"פ טוען החזרתים נאמן [ס"ך ס"ק ל"ב] אם לא שמפורסם גם עתה שעדיין לא החזיר [כ"ל] :

מג ויש לשאול בזה שאלה גדולה דלפמ"ש דבדברים העשויים להשאיל ולהשכיר וראו בידו אינו נאמן א"כ אין ביכולת לקנות מחבירו דבר העשוי להשאיל ולהשכיר דאחר זמן יתבענו בב"ד ע"פ עידי ראיה ויאמר שלי הם והתשובה בזה דוודאי אם בעת שראו החפץ בידו ואמר לקוחים הם בידי ואח"כ בב"ד אמר ג"כ לקוחים הם בידי נאמן וזה שאמרנו שאינו נאמן היינו אם טען ששל חבירו הם אלא שמגיע לו על זה כך וכך בזה אינו נאמן ולכן כשממשכן אדם לחבירו דברים העשוים להשאיל ולהשכיר יקבל ממנו שט"ח ויכתוב בו שמשכן אצלו חפץ פלוני או ימשכננו בפני עדים אבל במכירה אין לומר שימכור בפני עדים או בשטר דידוע דאין דרך למכור מטלטלים בשטר או בעדים ועוד דיהיה נצרך לשמור שטרו לעולם ואם ימכור בפני עדים מה יעשה אם ימותו או ילכו למדה"י [כ"ל וע' בס"ך ס"ק נ"ח] :

מד ראה לא מקרי אלא כשראו קודם שבאו לב"ד והיינו בשעת התביעה או קודם לכן כמ"ש בסעי' מ"ב אבל מה שראו החפץ אחרי ביאתם לב"ד ונפל ביניהם טענות לא מקרי ראה דהכל הולך אחר זמן עת ביאתם לב"ד דאם היה לו אז מיגו נאמן עד כדי דמיו דכל מיגות כן הוא ואפילו הראה הכלים בב"ד לא אבד מיגו שלו דדווקא כשראו מקודם אז לא היה לו מיגו בעת ביאתם לב"ד ואף שמקודם היה לו מיגו מיגו למפרע לא אמרינן כמ"ש בכללי מיגו בסי' פ"ב אבל כשהיה לו מיגו

מיגו בעת ביאתם לב"ד לא שייך לומר שיאבד המיגו אפילו נמשך הקטטות והפס"ד ימים רבים :

מה אם יש עדים שבא לידו בתורת משכון ואינם יודעים בכמה י"א דהלוה נשבע היסת ומשלם כפי מה שאומר כיון שאין להמלוה מיגו דלקוח הוא בידי וי"א דהמלוה נשבע ונוטל דדווקא כשהמלוה והלוה עצמם מחולקים בעיקר ההלואה ואם היה הלוה טוען שאולים הם בידך היה נאמן בשבועה כשאין להמלוה מיגו דלקוח שם אמרינן דהלוה נשבע היסת אבל כשעדים יודעים שבמשכון בא לידו ואין הלוה יכול לומר שאולים הם בידך נקרא המלוה מוחזק ונשבע בנק"ח כדין הבא ליטול ונוטל כמו שאומר עד שיווי המשכון [וכ"מ מרמב"ם פי"ג ממלוה הל' ג' וכ"כ הסמ"ע בס"ק ק"ט ודלא כמל"מ שם] וכן הדין בפרעון כמ"ש בסעי' כ"ט וכלל זה יהא בידך דאם עדים אינם יודעים כלל אם לוה ממנו על המשכון אזי במקום שאין לו מיגו להמלוה לומר לקוח הוא בידי נשבע הלוה היסת בין כשמחולקים בפרעון בין בעיקר ההלואה כמה הלוה לו אבל כשעדים יודעים שבא לידו בתורת משכון אזי אף אם אין להמלוה מיגו דלקוח מ"מ הא גם הלוה אינו יכול לומר שאולים הם בידך ונקרא המלוה מוחזק ונשבע בנק"ח ונוטל כפי מה שאומר [וכ"כ הגה"מ בביאוריו ס"ק ל"ס ולף שמסע"ז בסי' ע"ס סעי' י"ד לא נראה כן] :

מו ואם יש עד אחד שבא לידו בתורת משכון ואינו יודע בכמה תלוי בשני דיעות הקודמות דלדיעה ראשונה שבשני עדים נשבע הלוה ולא המלוה א"כ בעד אחד ה"ל המלוה מחוייב שבועה ואינו יכול לישבע דכל מקום ששנים מחייבים ממון אחד מחייבו שבועה להכחישו ובכאן השבועה אינו להכחישו כיון דהעד אינו יודע כמה וממילא דנאמן הלוה בשבועה ולדיעה אחרונה דגם בשני עדים המלוה נשבע ונוטל וודאי דבעד אחד ג"כ לכל הפחות לא עדיף משני עדים ונשבע המלוה בנק"ח ונוטל כמה שאומר [ס"ך וט"ז] ואם העד אינו יודע כלל מההלואה רק שראה החפץ בידו קודם שבאו לב"ד הוה המלוה מחוייב שבועה ואינו יכול והפסיד דהא כששנים ראו החפץ אינו נאמן כמו שנתבאר וממילא דבאחד צריך לישבע להכחישו ובכאן אינו מכחישו שלא ראה החפץ בידו אלא שטוען טענה אחרת שממושכן בידו בכך וכך וממילא דאינו יכול לישבע ומפסיד כמו שיתבאר בסי' ע"ה ונשבע הלוה היסת :

מז כתב רבינו הב"י בסעי' כ"ג ראובן שלוה משמעון עשרה דינרים על משכון והיה עד אחד בדבר שידע המשכון והחוב אבל לא ידע כמה היה החוב ושמעון אומר שעשרים דינרים הלוה לו אם הוציא שמעון המשכון לפני ב"ד או בפני עדים קודם שנפלה הכחשה ביניהם הדין עם ראובן דכיון שיש כאן עד אחד מחייבו שבועה והרי הוא מודה לדברי העד ואינו יכול לישבע הילכך מחזיר המשכון ויביא ראיה על המעות ויטול וישבע ראובן היסת [אם שמעון לא הביא ראיה] על העשרה שהוא כופר בהם אבל אם קודם שהוציא שמעון המשכון בב"ד נפל מחלוקת ביניהם שמעון נאמן ונשבע בנק"ח ונוטל עכ"ל וזהו לדיעה ראשונה שנתבאר ולדיעה אחרונה אף אם הוציא שמעון המשכון מקודם ואין לו מיגו מ"מ כיון דהעד יודע שלוה על המשכון אף שאינו יודע כמה נשבע המלוה בנק"ח ונוטל עשרים וכן הלכה [ס"ך] וזה שכתב רבינו הב"י מחזיר המשכון וכו' וישבע ראובן היסת וכו' לאו דווקא הוא דתחלה נשבע היסת ואח"כ מקבל המשכון דאל"כ הרי יתחייב ראובן שד"א כדין מודה מקצת וכמ"ש בסעי' ל"ט [ע' ט"ך ס"ק ק"י] :

מח המוחזק במשכון שלא בעדים שאמרנו כיון שיש לו מיגו דלקוח יכול לטעון עליו עד כדי דמיו אם המשכון אינו שוה לפי שומת הבקיאים אלא חצי שתובע ממנו ואומר המלוה אני אטלנו בחובי ובעיני שוה כדי כל חובי והלוה אומר הן אני אומר שאיני חייב לו כלום ומ"מ כיון דהדין עמו שישבע ויטול יחזיר לי החפץ ואני אשלם לו כפי השומא הדין עם בעל החפץ דאע"ג שיש להמלוה מיגו דלקוח והיה החפץ נשאר אצלו מ"מ אין לנו להאמינו מפני המיגו יותר משאומר בעצמו שמשכן הוא בידו ואיך נחזיקיהו בחפצו של זה בע"כ של בעל החפץ ולכן נותן לו כפי השומא ונוטל החפץ ויש חולקין וס"ל דהדין הוא עם המלוה דיכול לומר הן אמת שהחפץ שלו אבל אני רצוני לעכבו בעד כל חובי שאני נאמן מדינא ואם רצונו בהחפץ ישלם לי כל חובי וכיון דספיקא דדינא הוא אין הלוה יכול להוציא מיד המלוה שמוחזק בהמשכון ואם אח"כ תפס הלוה את החפץ אפילו תפסו בעדים באופן שאין לו מיגו דלא תפסתי מ"מ יכול להחזיק החפץ ולשלם לו כפי השומא כיון שהוא עתה מוחזק [ס"ך] ואפילו כשמעכב המלוה החפץ לעצמו צריך לישבע בנק"ח ולא די לו בהיסת ואע"ג דכשמחזיק החפץ לעצמו אינו מוציא מעות מחבירו שיהא דינו כנשבע ונוטל שצריך שבועה בנק"ח ובהחפץ הרי הוא מוחזק מ"מ כיון דאין טענתו על גוף החפץ רק על מעות שלוה ממנו אלא שנשאר אצלו מפני שמוחזק בו ואינו שוה כדי חובו נקרא מוציא [שם] :

מט בכל הכלים והחפיצים המטלטלין כשיש לו מיגו דלקוח נאמן עד כדי דמיו כמ"ש לבד בבעלי חיים שהולכים בעצמם מבית לבית כמו עבדים ושפחות ובהמות וחיות ועופות שבאלו אין חזקה מועלת אף כשטוען לקוח הוא בידי כמו שיתבאר בסי' קל"ה ותמיד הם בהוקת מרא קמא כיון שהולכים אנה ואנה ולכן כשמביא עדים שהן שלו מקודם נוטלין אותם מהמחזיק ונותנים לו ומשביעין אותו היסת שלא מכרן ולא משכנם אצלו משום דאין תפיסתן תפיסה ועבד קטן שאינו יכול

להלך

להלך ברגליו ובהמות המסורות לרועה שאין הולכים בשום מקום שלא ברשות דינם כשארי מטלטלין אבל חזקת שלש שנים מהני בבעלי חיים ויתבאר שם וכל התופס חפץ מחבירו וטוען שיש לו עליו עד כדי דמיו מעסק משא ומתן שביניהם צריך לברר האיך נתחייב לו משום דיש רמאים ואולי מתוך דבריו יתברר רמאותו או שטועה בעצמו שסבור שמגיע לו כפי חשבונו ואולי אינו מגיע לו :

נ כל זה שבארנו שכשיש לו מיגו דלקוח יכול לתפוס חפצו של חבירו היינו דווקא כשתופסו מצד טענות שיש לו על זה שנתן בידו החפץ הזה אבל אם יש לו טענה על אחר ומכח זה תופס זה החפץ באמרו שחפץ זה הוא של אותו פלוני שיש לו טענה עליו ואינו של זה שנתנו בידו יש בזה דינים אחרים כמ"ש בסי' נ"ח ע"ש וכן אם הפקיד חפץ אצל חבירו וא"ל שחפץ זה הוא של פלוני והנפקד תופסו מכח אותו פלוני ויש לו מיגו דלקוח יכול אותו פלוני לתבוע את המפקיד והמפקיד יתבע להנפקד וממילא כיון שהמפקיד צריך לשלם לאותו פלוני שוב אין ביכולת הנפקד לעכבו כמ"ש שם :

נא וכן מה שיכול לטעון על החפץ כשיש לו מיגו היינו בין שהחפץ הוא ת"י ובין שהוא ת"י אחר כגון ראובן שהפקיד חפץ אצל שמעון והביא לוי עדים שהוא הפקיד חפץ זה אצל ראובן ועכשיו ראוהו עדים אצל שמעון דה"ל עדים וראה נוטלין החפץ משמעון ומחזירין ללוי ואין ראובן נאמן לומר חזרתי ולקחתיו ממנו ומ"מ אם שמעון הלוה לראובן עליו מעות חייב לוי להחזיר המעות לשמעון ולקבל החפץ מפני תקנת השוק דמה חטא שמעון בזה כיון שלא ידע שהחפץ הוא של לוי ויתבאר עוד מזה בסי' קל"ג וסי' שנ"ז ואם אין עדים שהחפץ הוא של לוי אבל שמעון בעצמו מודה שיודע שהחפץ הוא של לוי ושהפקידו ביד ראובן חייב שמעון להחזירו ללוי אע"פ שהלוה לראובן עליו דפשע בעצמו שהלוה לו על חפץ של אחר ואף אם א"ל שלוי נתן לו רשות ללות עליו לא היה לו להאמינו והיה לו לשאול מלוי אם נותן לו רשיון להלות על חפץ זה לראובן [נ"ל] ואם שמעון אינו יודע רק שהחפץ היה בזמן הקודם של לוי אבל עתה בשעה שהפקיד ראובן אצלו אינו יודע אם לקחו ראובן מלוי אם לאו אזי אם היה שמעון נאמן נגד ראובן כגון דליכא עדים וראה טענינן אנן בעד שמעון דאולי לקחו ראובן מלוי שהרי ראובן היה יכול לטעון לקוח הוא בידי או החזרתיו ללוי ולמה יגרע שמעון שלא נטעון בעדו טענה זו שהיה ראובן יכול לטעון [ס"ך] ולכן צריך לוי להחזיר לשמעון מעותיו עד כדי דמי החפץ ושמעון נשבע בנק"ח כמה הלוה עליו ונוטל מלוי וכ"ש אם באמת ראובן טוען כן שלקחו מלוי שהדין כן וכן אם שמעון טוען שיודע שראובן לקחו מלוי דנאמן בשבועה כיון שיש לו מיגו שהיה יכול לומר שהוא לקחו מלוי והיה נאמן כיון שאין עדים כיצד בא לידו או שלא ראו עתה בידו וה"ה אם שמעון טוען שיודע בבירור שלוי נתן רשות לראובן ללות עליו [נ"ל] ואם שמעון אינו יודע אם לקחה ראובן מלוי או שנתן לו רשות ללות עליו וראובן מודה בעצמו שלא לקחה מלוי ושלא ברשיונו לוה עליו אם שמעון ידע אז שהוא של לוי אף אם ראובן א"ל שלוי נתן לו רשות לא היה לו להאמינו ויחזירנו ללוי ויתבע מעותיו מראובן אבל אם לא ידע שהוא של לוי והלוה עליו משלם לו לוי מפני תקנת השוק אפילו איכא עדים וראה וכמ"ש [נ"ל] וכלל זה יהא בידך דכשלוי צריך להחזיר המעות לשמעון חייב ראובן להחזיר לו המעות איך שהוא [נס"מ] ואין מקבלין ממנו שום טענה כיון שע"פ הדין נפסד לוי ע"י זה חייב להחזיר לו הפסידו :

נב אם המלוה והלוה חלוקים במשכון שהלוה אומר שהניח אצלו משכון על החוב והמלוה אומר שהלוה לו בלא משכון אם לדברי הלוה היה שוה המשכון יתר מהחוב שניהם נשבעים הלוה ישבע היסת שהמלוה תופס משלו והמלוה נשבע היסת שלא הניח משכון בידו ואם הלוה אין רצונו לישבע ישלם ואם המלוה אין רצונו לישבע ישלם להלוה מה שהמשכון יתר על החוב לדברי הלוה ואם גם הלוה מודה שהיה פחות מהחוב ישבע הלוה שד"א כדין מודה מקצת ואם אומר שהיה כפי החוב ישבע היסת ויראה לי דכשהלוה אומר שהיה רק כנגד החוב או פחות ישבע הלוה לבדו ולמה ישבע המלוה ומה ירויח בזה אם לא שהלוה מהפכה עליו שישבע ויטול ואין לומר דהמלוה מוכרח לישבע מפני חששא שכתבנו בריש הסי' דשמא יוציא המלוה את החפץ ויברר שהלוה נשבע לשקר דהתם שנשבע על שויו שייך חששא זו אבל בכאן לא ישבע באמת על שויו כיון שיש ביניהם הכחשה בעיקר המשכון דיו שישבע שהניח אצלו משכ׳ ולמה לנו להביאם לידי שבועות שאחד מהם ישבע וודאי לשקר ואף דבמקום שיש הכרח לא חיישינן לזה כשאומר שהיה שוה יתר מכפי החוב וכשלא ישבע המלוה יצטרך לשלם להלוה היתרון אבל במקום שהמלוה לא יתן גם אחר שבועת הלוה לבדו וגם כשישבע לא יטול כיון שגם הלוה נשבע למה ישבע לבטלה [נ"ל] :

נג וכן נשבעים שניהם תמיד בכל אופן שאחד תובע מחבירו וחבירו ממנו כגון שהמלוה אומר סלע הלויתיך עליו וג' דינרים היה שוה ומגיע לי ממך דינר ובעל החפץ אומר לא לויתי ממך כלל אלא מכרתי לך החפץ בשלשה דינרים ועדיין לא שלמת לי ותובע ממנו השלשה דינרים שניהם נשבעים לפטור א"ע המלוה נשבע שמשכון הוא בידו אבל לא ישבע שמגיע לו עוד דינר כיון שלא יתן לו למה ישבע עליו [ס"ך] ובעל החפץ נשבע שמכרו לו אבל לא ישבע שמגיע לו שלשה דינרים כיון שלא יתן לו למה ישבע עליהם והחפץ נשאר ביד המלוה ואם

רצו להפך זה על זה והיינו שרק אחד ישבע יכולים לעשות כן כגון שבעל החפץ אומר להמלוה השבע אתה לבדך שמשכנתיו אצלך בסלע ואשלם לך דינר או שהמלוה יאמר לו השבע אתה שמכרת לי בג' דינרים ולא שילמתי לך ואז אשלם לך ואם מחולקים בהשבועה שכל אחד מטילה על חבירו ממתינים עד שיתרצה אחד מהם ואם לא נתרצו שניהם נשבעים ואם אחד נשבע והשני עדיין לא נשבע יכול לומר לא אשבע ואשלם לך כפי שבועתך אא"כ יכריחו זא"ז שישבעו שניהם כאחד [כ"ל]:

נד מי שיש בידו משכון ודוחק את הלוה לפדותו וא"ל הלוה יהא שלך בעד חובך לא קנה דדחויי קא מדחי ליה אא"כ קבל בק"ם ואע"ג דלגוף המשכון שיקנה א"צ לק"ם כיון שברשותו הוא וכשא"ל יהא שלך קנה לו רשותו מ"מ בכאן לא קנה בלא קניין דאינו אומר לו רק ברחייה בעלמא מפני שדוחקו לפרוע לו והוה כעין אסמכתא ויש חולקין בזה דלפי מה שיתבאר בסי' של"ו בפועל כה"ג דלא יכול לחזור בו וה"נ כן [ס"ך] אמנם דיש לחלק דפועל כיון שאליו הוא נושא את נפשו וודאי דבאמת הקנה לו משא"כ בבע"ח דוחק אינו אומר רק לדחויי בעלמא [הו"ת] ויותר דמי דין זה למה שיתבאר בסי' קס"ו בנפל עציו ואבניו לרשותו של חבירו אף שאמר לו הגיעך יכול לחזור בו כל זמן שלא הוציא הוצאות ע"ש ולכן רבותינו בעלי הש"ע אף שבסי' של"ו סתמו דאינו יכול לחזור בו מ"מ כתבו בסי' זה סעי' כ"ו ובסי' ע"ג סעי' י"ז דהלוה יכול לחזור בו [וסכ"י בסוף ב"מ לסיפך קאמר דלס בפועל חוזר כ"ס במסכון אבל לסיפך אין רלים וכ"כ סתומים ומהכ"י עלמו מוכח סס מסוף דברין כן ע"ס ודו"ק] ומיהו אם מכר המלוה את המשכון בפני הלוה ולא מיחה בו מכירתו מכירה דזהו סימן גמור שגמר בלבו להקנותו באמת דאל"כ לא היה שותק בעת המכירה [הו"ת] ויראה לי דאם קנה בק"ם קנה המלוה מיד אע"פ שעסוקין באותו עניין ויתבאר בסי' קצ"ה דיכול לחזור בו מ"מ הכא דאין הק"ם על עצם הקניין כמ"ש אלא לראיה שמקניהו בלבב שלם אינו יכול לחזור בו אף כשעסוקין באותו עניין דהא עיקר קניינו הוא מפני שמונח ברשותו:

נה כבר נתבאר בסעי' כ"ה דכשהמלוה אומר שהמשכון נאבד באונס והלוה מכחישו בברי שלא נאנס נשבע הלוה היסת ונפטר אפילו כשאין לו מיגו להלוה כגון שיש שט"ח או שא"ל בפני עדים אל תפרעיני אלא בעדים והטעם דכיון שידוע שנתן לו משכון וטוען ברי שנאבד בפשיעה א"א לחייבו דהממע"ה [הו"ת ס"ק ט"ו] דלא כיש מי שחולק בזה אבל כשטוען שמא נשבע המלוה בנק"ח שנאבד באונס והלוה משלם לו וכמו כן הדין אם המלוה טוען שנאבדה באונס והלוה טוען בברי שהמלוה מכר המשכון נשבע הלוה היסת ונפטר ואם טוען שמא נשבע המלוה בנק"ח שנאבדה באונס והלוה משלם לו:

נו ראובן משכן חפץ ביד שמעון והלך שמעון ומשכנו ללוי או נתן לו במתנה מה שהיה לו על המשכון ואומר לוי שהמשכון נאנס מידו וראובן תובעו מיד שמעון ואומר כי סלע היה שוה ולא לוה עליו רק שקל ותובע ממנו שקל ואומר שאולי נאבד מלוי בפשיעה ושמעון אומר שלא היה שוה רק ג' דינרים ואינו חייב לו אלא דינר נמצא ששמעון מודה במקצת וישבע שד"א שלא היה שוה רק ג' דינרים גם יש עליו שבועה שאינו ברשותו ושנאבד באונס ושבועה זו א"א לו לישבע כיון שלאו מידו נאבד ולוי אין יכול לפוטרו בשבועתו כי ראובן יכול לומר אין לוי נאמן אצלי ולכן ה"ל שמעון על שבועה זו מחוייב לישבע ואינו יכול ומשלם הדינר השלישי אבל על הדינר הרביעי יוכל לישבע שלא היה שוה אלא ג' ונפטר [ס"ך וט"ז] ואין אומרים כיון דשבועה שנאנסה אינו יכול לישבע לא ישבע גם שבועה זו דאין זה סברא כלל וכן הדין אם נפחת המשכון ומחולקים בשיעור פחיתתו ומודה שמעון שנפחת ואינו יודע אם היה באונס ופטור אם לאו וחייב הו"ל בשבועה זו מחוייב לישבע ואינו יכול ומשלם הפחת שמודה ועל מה שכופר ישבע המלוה שלא נפחת רק כפי שאומר והמלוה יכול להטיל ח"ס על מי שמשביעו חנם ובכל שבועות כן הוא כמ"ש בסי' פ"ז ובדין הראשון אם יש עדים שנאנס מיד לוי או שראובן מאמינו ללוי נפטר שמעון וראובן צריך לשלם לו כל החוב [ט"ז] וראובן אינו יכול לומר אולי אם היה אצלך המשכון לא היה נאנס דכיון דאירע אונס מה לי בבית זה או בבית זה [סמ"ע] ואם יש סברא לפי העניין לאמר שאם היה ביד שמעון לא היה אירע האונס וודאי דפטור ראובן ושמעון צריך לשלם המותר על החוב [כ"ל] וכן אם דרכו של ראובן להפקיד חפציו ביד לוי ישבע לוי שאינו ברשותו ושנאנס ממנו ונפטר שמעון אם זה האונס היה אירע גם אצלו ואין ראובן יכול לומר אינו נאמן אצלי כיון שראובן מפקיד ג"כ אצלו [ס"ך והו"ת] ואפשר דאף אם האונס לא היה אירע אצל שמעון פטור כיון שדרכו של ראובן להפקיד אצל לוי הוה יד לוי כיד שמעון וברשות הפקיד אצלו [וכ"מ מלבוכס] ומ"מ נ"ל דחייב בכה"ג דבזה לא דמי משכון לפקדון וצ"ע לדינא ואם לוי פשע בו ואין לו לשלם חייב שמעון לשלם לראובן ואע"ג שראובן רגיל להפקיד אצלו ואפילו לאותה דיעה שבסי' רצ"א דכשמוסר לאשתו ובניו אינו חייב בפשיעתם התם שאני דכל המפקיד יודע שהנפקד ימסור לאשתו ובניו אבל באיש אחר אף שנאמן הוא אצלו מ"מ מה היה לו להפקיד אצלו [סמ"ע וט"ז] וכל אלו הדינים שנתבארו זהו בין ראובן לשמעון אבל בין שמעון ללוי אם שמעון לוה ממנו יקוב הדין ביניהם ככל לוה ומלוה [כ"ל] וזה שבארנו שראובן יכול לומר לוי אינו נאמן אצלי זהו דווקא כשהיה עדיין בתוך הזמן אבל לאחר הזמן יש להמלוה רשות למשכנו ביד אחר ויהיה האחר לכל הדינים במקומו [כ"ל]:

נז ראובן תובע משמעון המשכון שהשכין בידו והשיב שמעון בנך בא ולקח ממני המשכון ואמר שאתה שלחת אותו ונתתיו לו וראובן אומר שלא שלחו ולא בא לידו שמעון פושע הוא שמסרו ליד בנו אפילו הוא גדול שהממשכן או משאיל או מפקיד אצל חבירו צריך להחזירו לידו דווקא או שישמע מפיו למי מצוה למוסרו ורק לאשתו יש לו רשות להחזיר אם היא נושאת ונותנת בתוך הבית ושולטת בנכסי בעלה דאז ידה כידו [ס"ך] ואפילו שבועה אין ביכולת שמעון להטיל על ראובן אא"כ טוען שמעון ברי שראובן שלחו או קיבל מידו של בנו דאז נשבע ראובן היסת ושמעון משלם לו דמי משכונו אחר ניכוי חובו אם לא קיבל דמי החוב מיד בנו של ראובן [כ"ל] :

נח ראובן היה לו מעות ביד שמעון ובקש לוי מראובן שילוום לו על משכון וקבל ראובן המשכון ונתן לו כתב לשמעון שיתן המעות ללוי ונתנם לו ונאבד המשכון ביד ראובן הדבר פשוט שיש לראובן כל דין מלוה על המשכון דאיזה הפרש יש בין שלקח המעות מידו או מיד אחר מיהו אין לו דין שומר שכר נגד החוב לדיעה אחרונה שבריש הסימן ונגד כל המשכון לדיעה ראשונה שבשם אלא משעה שקבל לוי המעות מיד שמעון ואם נאבד המשכון קודם לכן שלא בפשיעה פטור ראובן מדמי המשכון ואם אח"כ קבל המעות משמעון חייב לשלם לו וראובן ישבע שבועת השומרים כדין שומר חנם אם אין עדים על האבידה שלא נאבד בפשיעה וגם אינו מאמינו וגם יכלול בשבועתו שנאבד קודם שבאו המעות ליד לוי ולוי יחזיר לו מעותיו שלוה ואם ידוע שראובן בעצמו אינו יודע מתי נאבד הממע"ה ואם לוי לא קיבל עדיין המעות ישבע ראובן כשומר חנם ופטור ואם קיבל המעות אין מוציאין מידו והטעם שקודם קבלת המעות אין עליו דין ש"ש לפי שעיקר הטעם מה שיש למלוה על המשכון דין ש"ש מפני שחייב לשמור המשכון ולנערו בכל עת שהבגד צריך לזה וכשיבא עני לבקש ממנו צדקה בעת הזאת הוא פטור מליתן לו לפי שעוסק במצוה פטור מן המצוה וזהו רק לאחר שקבל המעות אבל קודם לזה אינו אלא כפקדון בעלמא ששומרו בחנם ואין על השומר לנערו ויבא בעל החפץ וינערו אם צריך [טור סעי' ל"ד] :

נט מעשה בראובן שמשכן ספרים אצל שמעון ושמעון הוצרך למעות והשכינם אצל לוי ולוי ידע שהם של ראובן וכשבא ראובן לפדותם מצאם שנתקלקלו ביד לוי ואמר לוי אמת הדבר שנפחתו אצלי כי למדתי בהם מפני ששמעון נתן לי רשות ולנכות לו מעט מהחוב ואתה לאו בע"ד דידי את כי לא מידך לקחתים ופסק הרא"ש ז"ל דכיון שידע שאינם של שמעון לא היה לו להשתמש בהם בלא רשותו של ראובן ולכן חייב לשלם לראובן כל מה שנפחתו הספרי' ע"י לימודו וי"א דאפילו אם ראובן נתן רשות לשמעון ללמוד בהם מ"מ חייב לוי לשלם מפני שיכול לומר לשמעון נתתי רשות מפני שאני יודע שאינו מקלקל בלימודו ולך לא נתתי רשות [לבוש] וייש חולקין בזה דאע"ג דלא היה לו ללוי ללמוד בהם בלי רשותו של ראובן מ"מ לא מקרי פושע בזה לא הוא ולא שמעון כיון שעכ"פ נתן רשות [ס"ך] ואם לא ידע לוי שהם של ראובן לא פשע כלל כיון ששמעון נתן לו רשות והוא סבר שהם של שמעון וחייב שמעון לשלם הפחת לדיעה ראשונה אף כשנתן לו לשמעון רשות ללמוד בהם ולדיעה אחרונה כשלא נתן לו רשות ומ"מ אף כשידע לוי שהם של ראובן הברירה ביד ראובן לגבות ממי שירצה מלוי או משמעון כדין הגוזל ומאכיל לאחר דגובה הנגזל ממי שירצה כמו שיתבאר בסי' שס"א [טור] :

ס יורש שהוציא שט"ח על ראובן שמורישו הלוה לו כך וכך מעות וראובן הניח משכון ביד מורישו אפילו אם בהשטר אינו מבואר שיש משכון רק היורש מודה שהיה משכון [ס"ך] וטוען היורש שלא מצא המשכון ואולי נאנס מיד מורישו ותובע המעות השטר בטל ואין היורש נאמן במיגו שהיה ביכולתו להכחיש המשכון דלא שייך כאן מיגו כיון דאין היורש טוען טענת ברי שנאנס ולא דמי לכל השטרות שהיורש נשבע שבועת היורשין כשהלוה טוען שפרע למורישו ונוטל מהלוה דהתם החוב וודאי והפרעון ספק אבל בכאן הפרעון וודאי כיון שהיה משכון והחוב הוא ספק אם המשכון נאבד באונס אם לאו ואם היורש טוען ברי שבאונס נאבד נשבע היורש שנאנס וגובה חובו כמו המלוה עצמו אם היה טוען כן כמ"ש בסעי' כ"ה ודווקא שאין הלוה מכחישו בברי כמ"ש שם ואם היורש טוען שהחזיר לו המשכון והלוה מכחישו נשבע הלוה היסת ונפטר ואין לומר דהיורש נאמן במיגו דנאנסו דהא גם בנאנסו אם הלוה מכחישו נשבע ונפטר כמ"ש שם אמנם כשאין המשכון מבואר בהשטר י"ל דהיורש נאמן במיגו שהיה אומר שלא היה משכון כלל אמנם יש מי שאומר דטענת חזרה היא טענה גרוע דאיך יחזיר לו המשכון בלא דמים והוה כמיגו במקום עדים ולכן נשבע הלוה היסת ונפטר [כס"מ] :

סא ראובן הניח משכון ביד שמעון ומת שמעון והניח בנים קטנים ובא ראובן לפדותו מיד יורשי שמעון ואומר ראובן שהוא ממושכן ביד אביהם בחמשים זהובים והיתומים אומרים שאביהם אמר שממושכן במאה זהובים החמשים שמודה יתן מיד להיתומים והחמשים האחרים יניח ביד שליש עד שיגדלו היתומים וישבעו שבועת היורשים אם טוען ראובן שישבעו ודווקא אם הם פקחים ומבינים עניין אבל אם הם קטנים ביותר לא ישבעו אף כשיגדלו דלא שייך שישבעו שבועה שלא פקדנו אבא דלקטנים ביותר לא שייך שיצוום ואע"ג דבסי' ק"ח יתבאר דכל יתום קטן שהגדיל א"צ לישבע שבועה זו מ"מ אם הם קטנים שהגיעו לכלל דעת והמה

פקחים

פקחים ישבעו דאפשר שאביהם צוה להם [נ"ה] ולכן אם הם לאו בני דעת מוכרח לשלם להם מאה זהובים ואם יש אפטרופוס שמינה אביהם צריך לישבע שמגיע על המשכון מאה כמ"ש שם אבל כשלא מינה אביהם אפטרופוס רק הקרובים עוסקים בצרכי היתומים אין על הקרובים לישבע אף שעוסקים על פי ב"ד ודווקא כשהקטנים טוענים ברי אבל אם הם אינם יודעים בכמה ממושכן אנן לא טענינן בעדם שאולי הוא ממושכן ביותר דהמלוה על המשכון אין לו עליו רק שיעבוד בעלמא ואין מוציאין מארם בטענת ספק [ס"ך] והלוה ישבע היסת שאינו מגיע אלא נ' ודווקא כשרוצים לגבות מהמשכון אבל אם רוצים רק להחזיק במשכון והלוה מבקש להחזיר לו משכונו אזי אפילו אם אינם יודעים בכמה הוא ממושכן טוענין בעדם אולי מגיע יותר דלעניין שיעבוד המה מוחזקים וטוענים בעדם אפילו בטענת ספק [נס"מ] ואם היתומים גדולים וטוענין ברי שמגיע מאה נשבעין שבועת היורשין ונוטלין ואם אין רצונם לישבע ישבע הלוה היסת ומשלם חמשים [נ"ל] בד"א כשהמשכון הוא מדברים שאין עשוין להשאיל ולהשכיר אבל כשהוא מדברים העשוין להשאיל ולהשכיר וראו החפץ בידם שאין להם מיגו דהחזרתיו אינו משלם אלא חמשים ואפילו אם המשכון שוה יותר דהוא נאמן במיגו שהיה אומר שהשאילו דדברים העשוים להשאיל ולהשכיר וראו עדים החפץ מוציאין אפילו מהיתומים אבל אם עדים לא ראו החפץ בידם אזי אם טוענים ברי שמגיע עליו מאה אין מכריחין את היתומים להראות החפץ ואם טוענים שמא מגיע עליו יותר ויש להלוה עדים שמכירים את החפץ בטב"ע כשיראוהו והלוה נותן סימן בו והב"ד רואים שזה הסימן הוא מכוון עם סימן החפץ שנמצא אצלם מצוים להיתומים שיוציאו את החפץ והעדים יראו אותו ואם יכירוהו בטב"ע נאמן הלוה בשבועה ואם אינו נותן סימן אין מכריחין את היתומים להוציאו ולהראותו וכ"ש כשאין לו עדים המכירים את החפץ בטב"ע רק מכוונים איזה סימן לא סמכינן על זה להוציאו מחזקת היתומים ונאמנים עד כדי דמי החפץ דסימן בחפץ לאו כלום הוא להוציאו מחזקתו רק טב"ע וכן בכל הסימן שבארנו דראה אין לו מיגו היינו שראו והכירו בטב"ע חפץ זה וכ"ש אם שמו כתוב על החפץ דעדיף מטב"ע אם הוא רק עשוי להשאיל ולהשכיר [תו"ת ונס"מ] וכל זה הוא כשהמשכון שוה מאה אבל אם אינו שוה כל כך אין על הלוה בכל עניין אלא לשלם כדי דמיו ועל השאר ישבע היסת כשטוענין היתומים ברי ואם טוענים שמא אינו נשבע כלל:

סב משכונו של ישראל ביד גר [בימים קדמונים] ומת הגר ואין לו יורשים באופן שיתבאר בסי' ער"ה שנכסיו הפקר וכל המחזיק בו זכה בו ובא אחד והחזיק במשכון מוציאין אותו מידו ומחזירין את המשכון לבעליו שכיון שמת פקע שיעבודיה ואין חילוק בין משכנו בשעת הלואתו לשלא בשעת הלואתו דתמיד אין להמלוה בו רק שיעבוד בעלמא [תו"ת]:

סג וכן הדין אם יש לו שטר משכונא על קרקע של ישראל והקרקע מוחזקת בידו ומת ובא ישראל אחר והחזיק בה לא עשה כלום דמיד שמת פקע שיעבודיה וברשות בעלים הראשונים עומדת אפילו כשהיתה משכנתא לזמן ובאתרא דלא מסלקי עד הזמן דהוה בתוך זמן זה כמכר ומת בתוך הזמן מ"מ עומדת ברשות בעלים הראשונים [נ"ה] דעכ"ז אין להמלוה רק שיעבוד:

סד מצרי שהלוה לישראל על המשכון ונפל ממנו ומצאו ישראל אחר חייב להשיבו להלוה לפי שגוף המשכון הוא שלו ולא היה להמלוה עליו אלא שיעבוד וכיון שנפל ממנו פקע שיעבודיה ואפילו כשהמוצא אומר רצוני לקדש ש"ש יכול לומר לו תקדש בשלך ולא בשל אחרים אבל מעות שהלוה להמצרי ונפל ממנו ומצאו אחר אינו מחוייב להחזיר להמלוה דמעות להוצאה ניתנה וכבר יצאו מרשותו של מלוה וי"א דגם במשכון הוא דווקא כששוה יותר מחובו דבזה עדיין הוא של הלוה אבל אם הוחלט המשכון ביד המלוה כגון שעלה עליו ריבית עד שאינו שוה כפי הקרן והריבית הרי הוא לגמרי שלא של הלוה וזכה בו המוצאו [סמ"ע] וכן להיפך במעות אם עדיין לא יצא מרשותו של לוה חייב להחזירם לו [ס"ך] כגון ששלחו בשליחות לפרוע להמצרי כמ"ש בסי' קפ"ג ע"ש [ודברי רבינו הב"י בסעי' ל"ח תמוהים וכתב התומים דס"ל דקודם תשמיש לא קנה וזהו כוונת הגר"א בס"ק קס"ע וזהו יותר חידוש ולע"ד נראה דמיירי שעדיין לא קיבל המשכון מהלוה ולא היה דעתו להקנותו עד קבלת המשכון ודו"ק]:

סה משכונם של אלו שנתבארו ביד ישראל ומתו ובא אחר והחזיק בו בעל המשכון קונה כנגד מעותיו שהיה הלוה חייב לו והמחזיק קנה השאר בד"א כשהיה המשכון בחצר שאינה משתמרת וגם המלוה לא היה בחצירו בשעת מיתת הלוה דלכן לא נקנה לו כל המשכון בקניין חצר אבל כשהיה בחצר המשתמרת או שהמלוה היה בחצירו קנה לו חצירו כל המשכון כמו שיתבאר בסי' רס"ח:

סו משכונו של מצרי ביד ישראל וא"ל להלוה תן לי מעותי והשיבו המצרי לך ומשכנו אצל ישראל אחר או המלוה בעצמו משכנם אצל ישראל אחר וקיבל מזה הישראל המעות שהלוה חייב לו ומת המלוה והמשכון שוה יותר מהחוב זכה השני בכל המשכון דכיון שקיבל מעותיו מהשני אין להראשון שייכות עוד ונסתלק מהמשכון [ס"ך וט"ז] וכן הדין במשכונו של גר [בימים קדמונים] ואין לו יורשים אבל אם הראשון לא הספיק למוסרו להאחר בציווי של הלוה עד שמת הלוה זכה הראשון במה שבידו וא"צ ליתן להאחר כלום דהא לא משך ולא לקח ממנו מעות אלא שהלוה צוה למסור לו המשכון

המשכון וכיון שלא הספיק למסור לו עד שמת הלוה במה קנה השני ובמה שנתבאר אין חילוק בין הלוה בריבית או לא [ס"ך] ואם היה הלוה חייב לישראל אחר יתבאר בסי' פ"ו אם יכול לגבות ממשכון שיש לישראל מלוה זה ע"ש [ע' סמ"ע ס"ק קט"ז] :

סז כתב רבינו הב"י בסעי' מ"א משכונו של מצרי ביד ראובן והפקידו ראובן ביד שמעון ומת המצרי יש להסתפק אם זכה שמעון במה שהמשכון יותר מהחוב עכ"ל ומקורו מהמרדכי [פ"ג דב"ב וסגסמ"י פ"ב מזכי' אות י'] והספק הוא אם נאמר דאין לראובן רק שיעבוד כדי חובו ומשלם לו שמעון חובו והשאר שלו או דילמא כיון דמכח ראובן קאתי הכל לראובן כן מבואר שם ורבים מרבותינו האחרונים תמהו בזה דמאי ספק יש בכאן דהרי אינו של ראובן רק נשתעבד לו ופשיטא שזכה שמעון בהמותר [וס"ט ב"ק פ"ס סי' ך'] והרי אפילו היה המשכון בחצירו של ראובן ביכולת אחר להחזיק המותר על המשכון כמ"ש בסעי' ס"ה וכ"ש כשהוא ברשותו של האחר [ס"ך ס"ק קס"ג וסגר"א ס"ק קע"ו] ויש שרצה לתרץ דמטעם הפקעת הלואתו אפשר לומר דזכה ראובן [תו"ת] וא"א לומר כן כלל [כס"מ] ויש שרצה לתרץ דמיירי בהלואת ריבית ויכול ראובן לומר דבכל זמן שאין הלוה פודיהו אחשוב עליו ריבית עד שיעלה חובי יותר משויו [סס] וזה יותר תמוה דא"כ הדין שנתבאר בסעי' ס"ה אינו אלא בהלואת גמ"ח וא"א לומר כן ועוד דהא ביארו טעם הספק משום דשמעון בא מכח ראובן כמ"ש ולבד שהסברא אינה מחוורת כלל ולענ"ד נראה הדבר פשוט דשמעון שקבל הפקדון מיד ראובן ונתנו במקום המשתמר הוה כאלו הקנה מקום זה לראובן ולכן אף שרשותו של שמעון זכה בחפץ זה מ"מ הלא המקום שהחפץ מונח בו הוא של ראובן ואם ירצה שמעון לזכות בו מצד רשותו הרי הוא בא מכחו של ראובן שמסר לו המקום שיונח בו פקדונו ובסעי' ס"ה אף שמונח ברשות המלוה מ"מ הרי מונח במקום שאינו משתמר ואינו עומד בצדו דאין כאן קניין כלל כמ"ש שם אבל הכא מונח במקום המשתמר והמקום אף שהוא של הנפקד הרי הקנהו להמפקיד כמ"ש בסי' רמ"א סעי' ב' ע"ש :

סח מעשה בראובן ולוי שהיו שותפים והיה ביד ראובן משכנות של שמעון ומת שמעון ותבעו יורשיו את המשכנות וראובן טוען אני תופס אותם מפני שלוי שותפי אמר לי ששמעון חייב לו מדמי השותפות ולוי רוצה לישבע שכן הוא ואומרים מאחר שהם שותפים הוה תפיסת ראובן כתפיסת לוי וידו כידי בעסק השותפות ויכול לוי לישבע כאלו הוא היה תפוס בהם ופסק הרא"ש ז"ל שאין לוי יכול לישבע על זה דוודאי אם ראובן בעצמו היה טוען ששמעון חייב לו היה נאמן במיגו דלהד"ם או החזרתים אבל כיון דראובן בעצמו אינו יודע אם אמת הדבר וביד לוי אינם המשכנות אין כאן מיגו כי שמא ראובן לא היה רוצה לשקר ולומר להד"ם או החזרתים אבל אם גם ראובן יודע שמגיע משמעון להשותפות וטוען כן וודאי שיכול להתפיסם [עס"ך ס"ק קנ"ח] וכן הדין כשאחד נתן פקדון לראובן ושמעון וכשתבע מהם פקדונו השיב ראובן כך וכך הוצאתי הוצאות ע"פ מכתבך וכן שמעון טוען שהוציא הוצאות בפ"ע לבד הוצאות של ראובן וג"כ ע"פ מכתבו והמכתבים אינם אצלם אם שניהם יודעים מהוצאות של שניהם נאמן גם זה שאין הפקדון בידו ואם אינם יודעים זה מזה אינו נאמן רק מי שהפקדון בידו והאחר אינו נאמן מפני מיגו של זה והעיקר תלוי אם זה שהפקדון בידו יודע מהוצאות השני וכל זה הוא כשיש מיגו עכ"פ אבל כשאין מיגו כגון שיש עדים שנמסר לפניהם ועידי ראיה וודאי דאינו נאמן אפילו מי שהמשכון בידו כמ"ש כמה פעמים בסי' זה :

סט המחזיק בקרקע חבירו ואוכל פירותיה וטוען כי במשכונא ירד בו ושהיה לו שטר ממאה דינרים שהלוה על זה ועכשיו נאבד השטר ממנו ובעל הקרקע טוען שלא היה רק המשים אם לא החזיק בה המלוה שני חזקה הלוה נאמן דקרקע בחזקת בעליה עומדת ואין נאמן לומר לקוחה היא בידו כבמטלטלין וישבע הלוה שד"א ואין זה כנשבע על הקרקע שיתבאר בסי' צ"ה דאין נשבעין עליהן שד"א דכיון שהקרקע בחזקת הלוה ושניהם מודים שמשכנתא היא הוה תביעתו ככל תביעת ממון והוי מודה במקצת וחייב שד"א אבל אם החזיק בה המלוה שני חזקה נאמן בהיסת ואע"ג דבשאר משכון צריך המלוה לישבע שבועה חמורה בנק"ח מתקנת הגאונים כמ"ש בסעי' ל"ג מ"מ כיון דשבועה דאורייתא אין כאן מפני שהחזיק שני חזקה ואין נשבעין שד"א על קרקעות לכן גם הגאונים לא תקנו בזה שלא תקנו רק במטלטלין [ס"ך] ולכן די בהיסת ונוטל מאה מן הקרקע שאוכל בנכייתא כמו שהתנה מסתמא [כס"מ] וי"א דתקנת הגאונים היא גם בקרקע [רא"בד] :

ע המלוה את חבירו על המשכון ופרעו וא"ל תן לי משכוני א"ל המלוה לך עתה ובא למחר ואחזירנו לך ונגנב המשכון אם נגנב קודם הזמן שקבע לו לבא וליטלו חייב המלוה לאותה דיעה שבריש הסי' דהוה ש"ש דאף שקבל המעות מ"מ כיון שעדיין לא החזירו להלוה עליו לשמרו כמקודם ואם נגנב אחר הזמן שקבע לו פטור דמאז אינו אלא כש"ח דאינו אלא פקדון בידו ככל הפקדונות אבל שומר חנם מיהא הוי ואינו יכול לומר אין רצוני להיות שומר כלל והיה לך ליטלו דכיון דלא מסר לו בעת הפרעון בהכרח עליו להיות עכ"פ ש"ח ולהתחייב בפשיעה [כ"ל מדברי הטוש"ע סעי' מ"ג בסגסס] לפיכך אם יש עדים ללוה שבא בזמן שקבע לו ולא נתנו לו חייב בגניבה ואם אין עדים ישבע המלוה היסת שלא בא בזמן שקבע לו ופטור ואע"ג שאח"כ בא הלוה ובקש המשכון והעיכוב היה מצד המלוה מ"מ אחר

הזמן הזה אינו אלא ש"ח כיון שכבר קיבל מעותיו ולא בא ליטלו בזמנו שקבע לו [סמ"ע] ולפי מה שבארנו בריש הסי' דהוה ספיקא דדינא ואין המלוה ש"ש רק כנגד מעותיו וכיון דכבר קיבל המעות ממילא דגם בתוך הזמן שקבע אין דינו אלא כש"ח אין נ"מ כלל בדין זה ודבר פשוט הוא שאם המלוה נתן לו המשכון ולא רצה לקבלו ואמר יונח אצלך עד שאקבלו אין המלוה אפילו ש"ח אם לא שענה לו בפירוש יונח אצלי עד שתקבלו וע' בסי' רצ"א סעי' ד' מה שכתבנו שם [כ"ל]:

עא ראובן שהיה לו משכון ביד עובד כוכבים המלוה בריבית ושמעון הוצרך למעות ובקש מראובן שיתן לו רשות ללות מאותו המלוה על משכון שלו ונתן לו רשות ולוה עליו ואח"כ נשרף המשכון ביד המלוה פטור שמעון מלשלם לראובן דמי המשכון כפי המעות שלוה דהא גם בלא הלואתו היה ראובן מפסידו כולו כיון דנשרף ואף שע"י זה מרויח שמעון מ"מ מה לו לראובן בזה כיון דהוא לא ע"י זה הפסיד וזהו אם בדיניהם אין המלוה משלם היותר מהחוב כשנשרף המשכון אבל אם בדיניהם משלם פשיטא ששמעון משלם לראובן דהרי מפסיד על ידו ועדיף אפילו מגרמי [כ"ל] וכ"ז הוא מדינא אבל מ"מ ראוי לב"ד להשתדל לעשות פשרה אף שע"פ הדין אין שמעון מחוייב לשלם כשאינו מפסיד על ידו מ"מ כיון דהוא הרויח ע"י משכונו של ראובן צריך לפצותו לפנים משורת הדין וכעין זה כתב הר"מ אלשיך בתשו' וכן בכל העניינים הרבים שנתבארו בסי' זה שיש בהם שבועות רבות שמהראוי להשתדל ולמצא פשר ומצוה לבצוע ובפרט במקום שבועה:

עב אין יכול הלוה לומר להמלוה קח לך המשכון בעד חובך ומחוייב לשלם לו מעות אע"פ שלוה ממנו בלא שטר ואין חילוק בזה בין שהמשכון שוה כדי החוב או פחות מזה או יתר מהחוב דהרי מעות הלוה לו והמשכון הוא רק לבטוחות בעלמא אא"כ אין להלוה מעות אז בהכרח לו לקבל המשכון אם הוא שוה כדי חובו ואם לאו ישלים לו משארי מטלטלין כמו שיתבאר בסי' ק"א ע"ש:

סימן עג [כמה זמן סתם הלואה וכמה פרטי דיני הלואה ובו כ"ז סעיפים]:

א המלוה את חבירו סתם ולא קבע לו זמן לפרעון אם יש מנהג בעיר כמה נמשכת סתם הלואה הולכין אחר המנהג ואם אין מנהג בעיר יש לו זמן שלשים יום שאינו יכול לתובעו קודם שלשים יום בין במלוה בשטר בין במלוה בע"פ בין במשכון בין שלא במשכון ורק לעניין חזקה אין אדם פורע תוך זמנו לא אמרינן זה בסתם הלואה כמו שיתבאר בסי' ע"ח ואם התנה המלוה בשעת הלואה שיתבענו כל זמן שירצה יש לו רשות לתובעו אפילו ביום ההלואה וכן במכר חפץ ולא קבע זמן לפרעון הדמים יש לו זמן שלשים יום אבל שאלת חפץ סתם יכול לתבוע לאלתר דדווקא הלואה שניתנה להוצאה וכן במכירה שצריך להביא מעות נצרך לזה זמן אבל שאילת חפץ שמחזירו בעין מה צריך זמן לזה ואף שיש מרבותינו דס"ל דגם סתם שאלה שלשים יום [ר"ת והעיטור ברפכ"ג דשבת כמ"ש התוס' והר"ן שם] מ"מ כל הראשונים לא ס"ל כן [וכ"מ לשדיא מחגיגה כ"ב:] ואפילו שאל מחבירו דבר שאינו חוזר בעין כמו יין ושמן אם אמר השאילני לא הוה הזמן שלשים יום ואם אמר הלויני הוה הזמן שלשים יום [כ"מ משבת שם לפירש"י ורא"ש ור"ן ע"ש] ובשאלה אף שיכול לתובעו לאלתר מ"מ צריך להניחו לתשמיש לכל הפחות פעם אחד [או"ת] וע' בסי' שמ"א [ע' ירושלמי רפ"ג דמע"ש]:

ב המלוה לחבירו יכול לבקש מהלוה שיכתוב לו ו שטר ואם אינו רוצה צריך להחזיר לו מעותיו מיד כי מסתמא היתה דעת המלוה כן בעת שהלוהו ואפילו הלוה לו סתם ויראה לי שאין יכול לכופו שיכתוב לו שטר בעדים רק שטר בחת"י חלוה דכיון דלוה ממנו בע"פ לא יוכל לכופו לעשותה מלוה בשטר שיוכל לגבות מלקוחות [ועמ"ש בסי' ל"ט סעי' ס' ואולי זהו כוונת הסמ"ע וכ"מ מרא"ש שכתבו מפה"כ ע"ש וע' במגיה שם ולפמ"ש לא פליגי כלל וכ"מ מלבוש וכ"כ באו"ת ודו"ק]:

ג המלוה את חבירו וקבע לו זמן יותר משלשים יום אע"פ שלא קנו מיד המלוה אינו יכול לתובעו קודם הזמן בין במלוה בע"פ בין בשטר בין במשכון בין שלא במשכון ואפילו קבע לו הזמן אחר ההלואה אין המלוה יכול לחזור בו דזהו כמחילה שמחל לו המעות על זמן הזה ומחילה א"צ קניין כמ"ש בסי' רמ"א [ס"ך] ואפילו מת המלוה אין ביכולת היורשים לתבוע קודם הזמן ואפילו מת הלוה אין יכולים לא המלוה ולא יורשיו לתבוע מהם קודם הזמן אם יורשיו אמודים כמוהו ואף אם אינם אמודים אם רוצים ליתן בטוחות טובים או להעמיד ערב בטוח על ההלואה אין יכולים לכופם לפרוע קודם הזמן אבל בלא זה יכולים לכופם לפרוע קודם דטענת המלוה נכונה שמתירא שלא יהיה לו ממה לגבות ואף שיש מהגדולים שמפקפקים בזה מ"מ כן עיקר לדינא [או"ת] ואף הלוה עצמו אם מאבד נכסיו או מתמוטטים יכול לתובעו קודם זמנו כיון שנשתנה מצבו מבעת ההלואה [כ"ל] וע' בסעי' ט"ו:

ד טען המלוה ואמר שהיום הוא סוף הזמן שקבע או לשלשים יום בסתם הלואה והלוה אומר עד עשרה ימים מהיום נשבע הלוה היסת דאין חילוק בשבועה בין

בין הכחשת סכום ממון להכחשת הזמן ולכן אם יש עד אחד שמעיד כהמלוה נשבע הלוה שד"א להכחיש העד ואם העד מעיד כדבריו הוה עד מסייע ופוטרו משבועה לגמרי ואם יש ביניהם גם הכחשה בגוף הממון שהמלוה אומר מאה הלויתיך והיום הוא הזמן והלוה אומר חמשים והזמן הוא לאחר עשרה ימים ישבע הלוה מיד שד"א כדין מודה מקצת ויכלול בו גם השבועה מהזמן ואם המלוה מודה בדבר הזמן להלוה אינו יכול לכופו לישבע על החמשים מיד אלא ישבע כשיגיע הזמן [תו"ת דלה כס"ך] וכן הדין כשהמלוה אומר שהזמן הוא לאחר חמשה ימים והלוה אומר לאחר עשרה ימים אינו יכול לכוף את הלוה שישבע מיד אלא אומרים לו המתן חמשה ימים ואז תשביענו היסת שנשאר לו עוד חמשה ימים וכלל גדול הוא דעד שלא הגיע הזמן אינו יכול להשביעו דאולי יודה עד הזמן [סמ"ע] :

ה בד"א שהשבועה היא על הלוה במלוה בע"פ בלא משכון אבל במלוה בשטר או במשכון וטען המלוה שלא קבע לו זמן או שהיום הוא הזמן ישבע המלוה היסת ויגבה חובו מיד ואע"פ שבסי' הקודם נתבאר כמה פעמים ששבועת המלוה על המשכון היא בנק"ח מ"מ לעניין הזמן די בהיסת [תו"ת] וכן בכאן אינו נשבע אלא כשאומר היום הוא הזמן אבל כשאומר בעוד חמשה ימים אין מניחין אותו לישבע עד הזמן שאומר דשמא עד הזמן יודה להלוה [ג"ל] :

ו לוה שנתפשר עם נושיו שישלם להם כשירחיב ד' את גבולו ואח"כ נתעשר מעט ותובעים אותו והוא אומר שלא כיון על מצב כזה אם בפי הבריות נקרא שהרחיב ד' את גבולו אין בדבריו כלום ויותר מזה צריכים הב"ד להבין לפי ערך האיש ומסחרו מה נקרא אצלו הרחבת גבול [גו"ב] וכן כשמת והניח נכסים ליורשיו צריכים יורשיו לשלם אף אם אולי כשהיה חי לא היה נקרא אצלו לפי ערכו הרחבת גבול אך כשמת ויש ממה לשלם וודאי דנתחייבו הנכסים בעת מיתתו ולא להניח ליורשיו דזהו הרחבת גבול כשהוא א"צ נכסיו לפרנסתו [ג"ל] :

ז הנשבע שלא לפרוע חובותיו הוי שבועת שוא וחייב מלקות כשהיה בהמ"ק קיים ואין השבועה חלה עליו דנשבע לבטל את המצוה לא חלה השבועה כמ"ש ביו"ד סי' רל"ט ואפילו אם בשעה שנשבע לא היה חייב לשום אדם והיה אפשר לומר דהשבועה חלה דלא הוי נשבע לבטל את המצוה דכוונתו שלא ילוה [תו"ת] דאינו כן דא"כ היה לו לישבע שלא ללות אבל לשון זה הוי ביטול מצוה דאל"כ בנשבע שלא לעשות ציצית תחול השבועה מפני שאפשר לו שלא להביא עצמו לידי חיוב שלא ישא בגד מארבע כנפות [קלס"ח] והנשבע שלא יברך בהמ"ז תחול השבועה מפני שאפשר לו שלא יאכל לחם והנשבע שלא להשיב גזילה תחול מפני שאפשר לו שלא לגזול אלא וודאי דגם בכה"ג מקרי לבטל את המצוה וגם אין לומר שתחול בכולל כיון דחל על עובד כוכבים חלה גם על ישראל [סס] דהא להרע לאחרים גם בכולל אינו חל כמ"ש שם בסי' רל"ו אבל אם נשבע שלא למכור נכסיו אם בשעה שנשבע לא היה עליו שום חוב ואח"כ לוה ואין לו מעות לשלם חלה השבועה דהא כשנשבע לא היתה לבטל המצוה ואם בשעה שנשבע היו עליו חובות לא חלה השבועה אף שהיה לו מעות אז דכיון דהוא בע"ח משועבדים כל נכסיו מן התורה לבע"ח ומחוייב לשלם בכל אשר יש לו ואיך תחול שבועתו על נכסי אחרים אבל כשלא היה בע"ח בשעת שבועה אפילו נשבע שלא למכור נכסיו לפרוע חוב ג"כ חלה השבועה דהא ביכולתו לשלם במעות אם ילוה וממילא דחלה השבועה ועוד דוודאי כוונתו היה שלא ימכור נכסוו אפילו לפרעון חוב וכ"ש שלא לפרעון הוב וא"כ חלה השבועה בכולל ומעשה בא לפני הרא"ש ז"ל בראובן שנשבע שלא למכיר משלו לפרוע שום חוב ואח"כ נשבע לפרוע לשמעון לזמן פלוני וכשהגיע הזמן טוען אין לי מעות וכבר נשבעתי שלא למכור משלי לפרוע שום חוב ופסק הרא"ש ז"ל דאם חובו של שמעון קדמה לשבועה שלא למכור לא חלה השבועה ומכין אותו אם אינו רוצה לפרוע ואם השבועה קדמה לחובו של שמעון וחלה השבועה הראשונה נמצאת שבועה שנייה שבועת שוא כיון שנשבע שיפרע לזמן פלוני ומחוייב לקיים שבועתו ולמכור אף נכסיו ולשלם ואין ביכולתו מפני שבועה הראשוגה ולכן מכין אותו ואם מתוך אימת המלקות יתחרט וימצא פתח לשבועה ראשונה יתירוה לו וימכור ויקיים שבועה שנייה נעב"ל ומה שהצריך פתח אע"פ שדי בחרטה כמ"ש ביו"ד סי' רכ"ח אולי רצה להחמיר עליו או דס"ל דבשבועה לא סני בחרטה [סהמרונים נתקשו בדבריו ולפמ"ש דבריו ברורים ודו"ק] :

ח הנשבע לחבירו שיפרענו המגיע לו קודם שיעבור זמן פלוני אע"פ שלא תבעו בתוך הזמן ולא עבר על השבועה דהשבועה לא חלה רק כשיתבענו המלוה מ"מ השבועה במקומה עומדת שאם יתבענו אפילו אחר הזמן מחוייב תיכף ומיד לשלם לו ואם לאו עובר על שבועתו דכמו המלוה לזמן ועבר הזמן מחוייב לשלם אחר הזמן כמו כן לעניין שבועה ולכן צריך הלוה ליזהר שבעת הזמן יהיו המעות מוכנים בידו שאם יתבענו יפרענו מיד דאם יאחר יעבור על שבועתו וביו"ד סי' רכ"ח וסי' רל"ב נתבארו דינים הרבה כאלו ותביעה מקרי אף כשתבעו קודם הזמן שיפרע לו בזמנו וכשלא שילם בזמנו עבר על שבועתו וגם אם תבעו ע"פ מכתב הוה תביעה [תו"ת] :

ט מי שהיה חייב מנה לחבירו ונשבע לפרעו לזמן פלוני וזה המלוה היה חייב לאחר מנה ותפס שר העיר מזה הלוה מנה בעד האחר אנוס הוא וא"צ לפרוע

לפרוע למלוה שלו ו'אומדנא גדולה היא שלא נשבע על אופן זה ולכן אע"פ שאונס ממון לא מקרי אונס לעניין שבועה מ"מ כיון דוודאי לא נשבע על אופן זה פטור [ס"ך] וכן אם הב"ד יודעים שמזה המלוה מגיע לאחר מנה ואין למלוה ממה לפרוע מוציאין מלוה זה ונותנים לזה מדינא דר' נתן במ"ש בסי' פ"ו ואין משגיחין על שבועתו וגם הוא אינו עובר על השבועה כיון דאנוס הוא מצד דין תורה ולא ע"ד כן נשבע [נ"ל]:

י מי שהיה חייב מנה לחבירו ונשבע לפרעו ליום פלוני בחודש ואירע אותו יום בשבת חייב לפרעו קודם אותו יום ואם לא פרעו קודם צריך ליתן בשבת משכון וישומו אותו דזהו דבר מצוה שמותר בשבת כמ"ש בא"ח סי' ש"ו ובלא שומא אינו פרעון ולא יצא ידי שבועתו [סמ"ע] ואפשר דא"צ שומא אלא להקנות לו בגוף החפץ כפי שיעור החוב [ב"ח] ויתננו לו בתורת פרעון וכל זה דווקא כשתבעו קודם השבת או אפילו תבעו בשבת דהגם דהתובע עשה איסור לתבוע ממון בשבת מ"מ כיון שעכ"פ תבעו עובר על השבועה ומחוייב ליתן משכון כמ"ש אבל אם לא תבעו אינו עובר כמ"ש בסעי' הקודם [ומתורץ קושית סט"ז וע' בהו"ת] ואם נשבע לשלם לו מעות אין בזה תקנה רק שיקניהו החדר שמונח שם המעות ויקנה המעות בתורת הצר [הו"ת] אבל איסור מוקצה לא התירו לו לטלטל מעות בשבת אע"פ שע"י זה יעבור על שבועתו ואף אם יטלטלם ע"י עכו"ם דהוה שבות דשבות במקום מצוה מ"מ הרי להמלוה אסור לקבלם [נ"ל]:

יא מי שנשבע לשלם לחבירו ומדינא לא היה חייב לו אם ידע שמן הדין פטור ועכ"ז נשבע חייב לקיים שבועתו ואם אומר שטעה מפני שהיה סבור שחייב מדינא פטור מלשלם דכל שפטור מדין פרעון פטור גם מהשבועה והיא שבועת שגגה ויותר מזה אפילו נשבע לפרוע לזמן פלוני ובתוך הזמן מחל לו המלוה א"צ לשלם מטעם זה דכל שפטור מצד הפרעון פטור גם מצד השבועה דדווקא כשידע שהוא פטור מצד הדין ונשבע הרי קיבל עליו והוי כנשבע ליתן מתנה דחייב לקיים שבועתו וכן אם נשבע לפרוע לזמן פלוני ובתוך כך עברה שמיטה פטור גם מצד השבועה אם נוהגים במקום זה שמיטת כספים והמלוה לא כתב פרוזבול והוא לא נזכר בעת שבועתו על השמיטה דאם נזכר אז ועכ"ז נשבע חייב לקיים שבועתו [נ"ל] וכן מי שנשבע ליתן מתנה לחתנו והמתנה לא היתה עליו חיוב קודם השבועה ואח"כ הרגיל חתנו קטטה עם בתו אם יש לחוש שאם יתן לו המתנה ירגיל יותר קטטות פטור מליתן לו דאומדנא גדולה היא דאדעתא דהכי לא נשבע וכן אפילו הבטיחו מתנה מקודם אם מצד דין תורה בלא השבועה לא היה חייב ליתן לו מפני הקטטה אזי פטור גם מצד השבועה וכמ"ש [עס"ך ס"ק כ"ח]:

יב הנשבע לחבירו לפרעו ביום פלוני והגיע הזמן והמלוה איננו בעיר פטור עד שיבא המלוה או שלוחו דהא אפילו השתוא בעיר אם לא תבעו פטור כמ"ש בסעי' ח' אך אפילו אם תבעו כשהיה בפה קודם זמנו או תבעו ע"פ מכתב מ"מ אינו מחוייב להוליך לו המעות למקום אחר ולאחר אינו יכול ליתן לא לבנו ולא לאשתו אם אינה עוסקת בעסקי בעלה אבל כשהיא עוסקת מחוייב ליתן לה וידה כידו [ס"ך] ולכן יזהר הלוה שיהיו המעות מוכנים בידו שמא יבא ויתבעם ויעבור על שבועתו וכמ"ש שם וזה שאמרנו שא"צ להוליך לו המעות היינו דווקא שנשתנה דירתו של המלוה עתה ממה שהיה בעת השבועה או אפילו לא נשתנה אלא שאינו בעירו שהיה שם בעת השבועה שנסע למסחרו וכה"ג אבל אם הוא בעיר שהיה בעת השבועה אפילו דירתו היא שלא במקום הלוה צריך להוליך אחריו את המעות כי וודאי כשנשבע היתה דעתו שיוליך לו המעות למקום שדר שם דאל"כ היה לו לפרש בעת השבועה שהמלוה יבא למקומו ואפילו אם יש ספק בזה ספק איסורא לחומרא ואפילו דירתו עתה במקום אחר רק שהמרחק מהלוה שוה למקום הראשון ואין שום קפידא בין דרך זו לדרך זו חייב להוליך מעותיו למקום שהמלוה דר עתה ואפילו אם זכר שם המקום הראשון בעת שבועתו דזה אינו אלא סימן בעלמא מפני שאז היה דר שמה אמנם כשיש הפרש בין שני הדרכים אינו מחוייב להוליך לשם [הו"ת]:

יג הנשבע לפרוע ביום פלוני יכול לפרוע אפילו בסוף היום וכן הנשבע לפרוע בחנוכה יכול לפרוע אפילו ברגע אחרונה של יום האחרון וכה"ג בכל הזמנים ואם נשבע לפרוע בר"ח והיה שני ימים ר"ח צריך לפרוע ביום הראשון של ר"ח והטעם משום דיום ראשון שייך לחודש שעבר ויום השני שייך לחודש הבא ובלשון בני אדם שניהם נקראו ר"ח ויש ספק לאיזה מהם נתכוין כיון שאינם מחודש אחד וספק איסורא לחומרא כן פסק הרשב"א ז"ל ואע"ג דכיון שבלשון בני אדם שניהם נקראו ר"ח וא"כ כשאמר לשון ר"ח הם כיום אחד וביכולתו לפרוע גם ברגע אחרונה של יום השני ופשיטא כשהזכיר שם החודש כגון שאמר בר"ח אדר דהעיקר מניינו של אדר הוא מיום השני די"ל דאדרבא כיון שהימים חלוקים שהראשון שייך להעבר והשני ללהבא אינם מעניין אחד אף שבלשון בני אדם שוין הן בלשון מ"מ אולי זה האיש היתה כוונתו לאחד מהם [ע' בהו"ת ובס"ך וט"ז יו"ד ס"ס רכ"ח] ואם נשבע לפרוע באדר והשנה מעוברת צריך לפרוע באדר ראשון מפני חומר שבועה ועמ"ש בס"ס מ"ג וביו"ד סי' ר"ך:

יד אם נשבע בכתב יש מחלוקת אם הוה שבועה אם לאו משום דכתיב בשבועה לבטא בשפתים משמע דדווקא דיבור הוה שבועה ואין ספק דיש להחמיר בחומר עון שבועה ועוד דבממון או בכל השיעבודים שאדם מחייב

מחייב או משעבד א"ע לחבירו אם מתחייב עצמו בכתב חייב כמו אם היה מתחייב א"ע בפיו ואדרבא המתחייב בכתב חיובו אלים יותר דא"צ לומר אתם עדי ואינו יכול לומר משטה אני בך א"כ גם שבועתו בכתב לעניין ממון מהני והרי אף בגט אשה דעת הרמב"ם ז"ל בפ"ב מגירושין דמהני בכתב וכן תקיעת כף דינו כשבועה וצריך לקיים אבל אם לא נשבע בעצמו אלא שלח שליח שישבע או יתן ת"כ בעדו נראה דאינו מועיל דבקבלת איסור על עצמו לא שייך לומר שלוחו של אדם כמותו ואע"ג דאם עשה שליח להקדיש קרבן הוי קדוש [תמורה י'.] וממילא דמעל בו וחייב משום שחוטי חוץ זהו מפני שאמירה לגבוה כמסירה להדיוט וכשם שאם שלוחו נתן מתנה לחבירו מתנתו קיימת כמו כן באמירה לגבוה וזה שאמרנו שיש להחמיר בשבועה בכתב זהו דווקא כשכתב הנני נשבע או אני מקבל עלי בשבועה אבל כשכתב שנשבע והיינו שמודה בכתבו שכבר נשבע ולא ששבע בעת בכתבו יכול לומר לא נשבעתי כשנותן אמתלא לדבריו למה כתב כן [סמ"ע ותו"ת] ואם היה אנוס בשבועתו ה"ז שבועת אונסים ונתבאר ביו"ד סי' רל"ב ואע"ג דאונס ממון לא מקרי אונס גבי שבועה מ"מ אנן סהדי דאדעתא דהכי לא נשבע [תו"ת] ומי שקבל על עצמו בשבועה לשלם עשרה זהובים לפלוני ביום פלוני ואם לא יפרע יתן לצדקה עשרה זהובים ולא שילם כל העשרה בשלימות בזמן שקבע מחוייב לשלם הקנס לצדקה [ט"ז] ובצדקה ליכא משום אסמכתא כמ"ש ביו"ד סי' רנ"ח ולקמן סי' ר"ז:

טו מי שיש לו שטר על חבירו לזמן ובא בתוך הזמן לב"ד ואמר מצאתי מנכסי פלוני ואני ירא שאם יבואו לידו יבריחם ממני ולא אמצא מקום לגבות חובי אם רואה הדיין אמתלא לדבריו שיכול להיות שלא יהיה לו ממה לגבות חובו כשיגיע הזמן מצוה על הדיין לעקל המעות עד שיגיע זמנו של שטר וכן הדין בלוה לזמן ובתוך הזמן רואה המלוה או הערב שהלוה מבזבז נכסיו ואין לו קרקע או שהלוה רוצה לילך למדה"י ותובע המלוה או הערב את שלו או שיתן לו ערב טוב שומעין לו כי אינו בדין שימתין עד הזמן ויפסיד מעותיו וה"ה בכ"מ שנראה לב"ד לעקל מעות הנתבע הרשות בידם ודבר זה תלוי בראיית עיני הדיין וא"א לבאר כל הפרטים בכתב וכתב רבינו הרמ"א דמזה נשתרבב המנהג לעקל אע"פ שאין בו צורך כל כך ואם ב"ד שולחין לראובן שיעכב מעות שמעון שבידו אם אומר שמעון שחושש שיגיע לו הפסד מזה שיעקל מעותיו של שמעון אינו מחוייב לקבל העיקול וכן דווקא כשרואים שהלוה רוצה לעשות עולה יש לב"ד לעקל אבל אם הוא איש ישר רק שעסקיו עומדים להתמוטט ולא יהיה לו במה לשלם אין לב"ד לעשות עיקול קודם זמן הפרעון [ס"ך ותו"ת] אבל אחר הזמן יכולים לעקל דהא מוציאים מזה ונותנים לזה כמו שיתבאר בסי' פ"ו וכ"ש שמחוייבים לעקל וגם זה שמעותיו של הלוה או סחורתו בידו אינו יכול להדחות א"ע מן העיקול אם לא שמראה הפסד ברור שאז אינו מחוייב להפסיד בשביל חבירו [נ"ל] מיהו המלוה עצמו כשרואה נכסי לוה מתמוטטים יראה לי דיכול לתובעו גם קודם זמנו דאינו בדין שימתין עד זמנו ויפסיד כמ"ש בסעי' ג' ואם התביעה נוגע ליתומים צריכים ב"ד להתאמץ הרבה לעקל בעדם שלא יפסידו וכן המנהג:

טז אם התובע אינו דר בעיר הנתבע ילך התובע למקום הנתבע כמ"ש בסי' י"ד ואם מעותיו של הנתבע נמצאים בעירו של התובע אם נראה לב"ד שהנתבע ציית דין בעירו לא יעכבו לו מעותיו הנמצאים פה או סחורתו אלא ילך למקומו ויתבענו לדין אבל אם הב"ד שבעיר התובע חוששין שמא לא יציית דין זה הנתבע בעירו מעקלין מעותיו או סחורתו שבכאן וכשנראה לב"ד לעקלן צריכים להודיע להנתבע כמ"ש בסי' ק"ו אבל אם היתה דירתו של הנתבע בכאן ויצא לדור בעיר אחרת והניח ממונו בכאן יכול התובע לכופו לדון כאן שלא יהא כל לוה מחבירו עוקר דירתו וילך למקום אחר ולכן מעקלין מעותיו ומודיעין לו ופשוט שמי שאינו רוצה לילך לדין שמעקלין מה שביכולת:

יז הקונה שדה או בית מחבירו ויצאו עליה עוררין ובא הקונה לב"ד ואומר חושש אני שמא תצא השדה ממני ותאבד ממוני ולא אמצא מקום לגבותם ולכן רצוני שהמוכר יקנה בעד מעותי קרקע כדי שאטרוף אותה אם יטרפו ממני מה שקניתי שומעין לו אפילו אם המוכר אינו מבזבז נכסיו מ"מ כיון שיש ריעותא לפנינו מהעירעור שיצא והמוכר אינו עשיר צריכים לחשוש למעותיו ואם המוכר עשיר ואיש ישר אין מזדקקין לו להלוקח בטענה זו:

יח לאחר שעבר הזמן שקבע לו או לאחר ל' יום בסתם הלואה אם הלוה סתם על משכון יכול למוכרו ע"פ ב"ד בשומא כמו שיתבאר רק אם הלוה בעיר יודיעוהו ב"ד שאם לא יפרע מיד יתנו רשות למכור המשכון ואם אינו בעיר אין ב"ד נזקקין לזה וגם אין אומרים להמלוה המתן עד שיבא הלוה ויטעון דהא בלא"ה יכול המלוה לומר לקות הוא בידי ומ"מ עצה טובה שימכור המשכון בעדים שאח"כ לא יאמר הלוה שלקח בעדו יותר מהשומא [ס"ך] ואם המשכון כלה והולך יכול למוכרו בב"ד בשומא אפילו תוך ל' יום בין שהלוה בכאן בין שאינו בכאן ואע"פ שהמשכון אינו שוה יותר מהחוב ואין הפסד ללוה עתה מה שיתקלקל מ"מ הלא יש לנו לחוש לפסידא דמלוה וגם על הלוה ישאר חוב מה שיחסר לסכום החוב אם הקילקול של המשכון הוא באונס ולא בפשיעתו של המלוה:

יט אין חילוק בין משכון קרקע למטלטלים ואף בקרקע כשעבר הזמן מוכרים רק בקרקע שאוכל פירות י"א כיון שאין להמלוה היזק ימתין עד שנה וגם במטלטלים י"א שצריך המלוה להמתין מלמכור עד שיעבור שלשים יום מהתביעה בין בסתם הלואה בין כשקבע זמן והסברא נותנת כן דהא אלו בקש הלוה זמן לשלם היו ב"ד נותנים לו זמן שלשים יום ולמה יגרע כשיש לו משכון שהמלוה בטוח בחובו וכבר פשט המנהג כן להמתין שלשים יום אחר התביעה ומיהו א"צ לתובעו בב"ד דווקא ודי אפילו כשתבעו בפני עדים ואפילו

בתבעו

בתבעו בינו לבין עצמו אם הלוה מודה שתבעו די שימתין אח"כ שלשים יום וימכרנו ע"פ שומת ב"ד אבל כשלא תבע כלל את הלוה אינו רשאי למוכרו אם לא שהלוה אינו בכאן מודיע לב"ד ודיו וכן מי שנתן משכון לצדקה ליד הגבאי או לשארי צרכי העיר ביכולת למכור המשכון כדין יחיד שהלוה על המשכון :

כ כתב רבינו הרמ"א די"א דבמקום שהמנהג שהמלוה לכותי על משכון לא יוכל למוכרו פחות משנה דנין ג"כ בישראל שהלוה לחבירו על המשכון דאזלינן בזה אחר המנהג עכ"ל ואף דמדינא יכול למוכרו אחר ל' יום ואיך נלך אחרי מנהג זה מ"מ כיון דסתם מלוה מלוה לפי המנהג והוה כאלו התנה כן [תו"ת] אמנם אם המנהג כן רק במשכון שנוטל ריבית המלוה בלא ריבית אינו מחויב להמתין יותר משלשים יום אם לא בהלואת ריוח ע"פ היתר עיסקא [לבוש] אכן אם המנהג להמתין שנה אף בהלואת גמ"ח אם הוא רק מנהג קבוע צריך גם בישראל הלוה לנהוג כן וכן אם המנהג למכור אחר שנה אף בלא תביעה מהלוה יעשה גם בישראל כן [ס"ך] וכשהמתין שנה ותובעו א"צ להמתין אחר התביעה שלשים יום [ט"ז] אלא מוכרו מיד ע"פ שומת ב"ד :

כא כשמוכר המשכון לא ימכרנו אלא ע"פ ב"ד ואפילו ב"ד של ג' הדיוטות דכיון דהמלוה קונה המשכון רק דצריך שומא לכן די בהדיוטות אבל פקדון שנתקלקל ומוכרו צריך ב"ד שהם כשרים לדיני ממונות [תו"ת] והם ישומו כמה הוא שוה למכור בשוק וימכרנו באותה שומא ששמו הבקיאים ולא בפחות ואם מכר ביתר מזו השומא שייך המותר להלוה ולכן נותנין לו עצה שימכור בעדים כדי שלא יאמר הלוה שנמכר ביותר מהשומא ואם מכר שלא בשומת השמאין השלשה לא עשה כלום והמכר בטל אע"פ שלא טעה ואם הוא בעניין שא"א להחזיר המכר כיון שמכר שלא בשומת בקיאים אע"פ שהודיע להלוה חייב לפרוע כמו שהיה שוה בשעת המכירה אם יש עדים שיודעים כמה שהיה שוה בשעת המכירה ואם יאמרו שהיה שוה יותר מחובו יפרע לו המותר ואם אין עדים והמלוה אומר שלא היה שוה יותר מחובו או שהיה שוה כך וכך יותר מחובו ישבע היסת שהוא כדבריו ואם אומר שיודע שהיה שוה יותר ואינו יודע כמה ה"ל מחוייב שבועה ואינו יכול לישבע ומשלם ונוטל הלוה בלא שבועה [סס] ואם אומר איני יודע אם היה שוה יותר אם לאו או שאינו רוצה לישבע ישבע הלוה היסת כמה היה שוה ויפרע לו המלוה כמה שהוא אומר שהיה שוה יתר על חובו וה"ה אם המלוה אומר שהלוה צוהו למוכרו בסך הזה והלוה כופר נשבע המלוה וכשמכר המשכון בלי שומת ב"ד אע"ג דאיסורא קעביד וכגזלן הוא מ"מ אינו נפסל לא לעדות ולא לשבועה דלסתם אנשים לא נראה להם שיש בזה איסור [רבינו ב"י] וכמ"ש בסי' ל"ד לעניין עדות דכל שלא נראה להם איסור אין נפסלין לעדות :

כב המוכר משכון שבידו ע"פ ב"ד אינו רשאי לעכב המשכון לעצמו בדמי השומא משום חשדא שלא יאמרו שהוא לקחו בזול ואע"פ שיש מי שאומר דכשמכרו ע"פ ב"ד מומחים יכול לעכב לעצמו אבל יש מי שחולק על זה [ס"ך] וכן דעת הרבה מהפוסקים [תו"ת] ואם התנה המלוה בשעת ההלואה שע"מ כן מלויהו שלא יהא צריך שומת ב"ד אלא שהוא עצמו ישומו או שאומר לו המלוה שומת החפץ בשעת ההלואה ושאם לא ישלם לו בזמן שקבע יהיה ביכולתו לעכבו לעצמו והלוה נתרצה בכך כל תנאי שבממון קיים רק יזהר המלוה שלא ישומו בפחות משויו כשיעכבנו לעצמו דזה אפילו ברצון הלוה אסור והוא ריבית גמור ואף למכור לאחרים יזהר למוכרו בשויו כמה שנותנין בשוק דאל"כ אף אם הלוה קיבל עליו הוה כאסמכתא ודמי למה שיתבאר בסעי' הבא [כ"ל] :

כג כתב רבינו הב"י בסעי' י"ז המלוה את חבירו על המשכון ע"מ שאם לא יפדנו לזמן פלוני שיגבה כדי חובו מהמשכון והמותר יהיה מתנה מעכשיו הוה אסמכתא ואם התנה עמו שאם לא יפדנו בזמן פלוני יהיה מוחלט הוה נמי אסמכתא ואם א"ל קני מעכשיו אם לא אפדנו עד זמן פלוני יש מי שאומר דלא הוה אסמכתא ושאם הלוה טוען לא יצא מפי קני מעכשיו נאמן המלוה בשבועה עכ"ל והנה בזה שכתב דכשאמר המותר קני מעכשיו הוה אסמכתא הסכימו האחרונים משום דזהו כמו קנס והוה אסמכתא גמורה [ס"ך] ועוד דזהו ריבית גמור כיון שאינו אומר שיהיה במכירה אלא שיגבה החוב והמותר מתנה אין לך ריבית גדולה מזו [כ"ל] אך במה שכתב שכשהתנה שאם לא יפדנו בזמן פלוני יהיה מוחלט הוה ג"כ אסמכתא חולקים עליו דמשכון של מטלטלים כיון שהוא ביד המלוה אין בו אסמכתא אפילו בלא מעכשיו והוה כמכירה וע"מ כן הלוה לו שאם לא יפדנו יקנה המשכון ובתוספתא [ב"מ פ"א] תניא המלוה לחבירו על המשכון וא"ל אם לא אתן לך מכאן עד יום פלוני אין לי בידך כלום הגיע הזמן ולא נתן הגיעו משכון בין רע בין יפה עכ"ל התוספתא ומקור הדין שבש"ע הוא מהטור בשם הרא"ש ורבו מהר"מ מר"ב כמ"ש הב"י בספרו הגדול בסי' ר"ז ע"ש ולכן נ"ל דוודאי אם המשכון אינו שוה הרבה יותר מחובו והיינו שלפעמים כשהמוכר דחוק למעות מוכרו במקח כזה וודאי דלית ביה אסמכתא וכן משמע מלשון התוספתא דרק בכה"ג מיירי מדקתני בין רע בין יפה ורע וודאי אין הכוונה ששוה הרבה פחות מההלואה דכי המלוה שוטה הוא אלא וודאי דשוה בערך ההלואה אלא שאיננו מקח טוב אמנם לפעמים כשהאדם צריך להחפץ משלם מקח כזה וממילא דמאי דתני בין יפה ג"כ הכוונה כעין זה אבל כשהמשכון שוה הרבה יותר מהחוב הוה אסמכתא דהא עיקרא דאסמכתא הוא כשגזים ועביד מילתא יתירתא כמו שיתבאר בסי' ר"ז ולכן בלא מעכשיו וב"ד חשוב לא מהני כמ"ש שם וא"כ בלא מעכשיו אע"ג דהמלוה הוא ביד המשכון מ"מ וודאי הלוה לא נתכוין רק לאסמכתא אא"כ אמר מעכשיו דאז מכירה גמורה היא וא"ש דברי רבותינו :

כד מי שיש בידו משכון מחבירו וכשהגיע הזמן א"ל הלוה צא ומוכרו והלך ומכרו ואח"כ בא הלוה לבטל המכר ואמר שלא כיון אלא לדחותו אין בדבריו כלום

כלום והמכר קיים דהלוה כשאמר לו צא ומוכרו עשאו שלוחו ושליחות א"צ קניין כמ"ש בסי' קפ"ב וכיון שעשה שליחותו ומכר המכר קיים וכל זמן שלא מכרו יכול הלוה לחזור בו משליחותו ואם מכר המלוה לאחר שמיחה בו אין מכירתו כלום וכן אם דוחקו המלוה לפרוע וא"ל הלוה המשכון יהא שלך יכול לחזור בו וכמ"ש בסי' ע"ב:

כה אמר המלוה ללוה אין נותנין בעד המשכון אלא ד' זהובים וא"ל תנהו בעד מקח זה ונזדמן לו להמלוה דרך רחוקה והוליך עמו המשכון ומכרו בשם בשלשים אע"ג דבמקומם לא היה באמת שוה רק ד' מ"מ אין יכול המלוה לומר העשרה שייך לי מפני שנסעתי לדרך רחוקה שבשם הוא ביוקר אלא שייך הכל להלוה ורק הוצאה יתירה שהיה לו מפני המשכון יחשוב על הלוה ולא יותר כיון דבלא"ה היה לו דרך לשם ואם בעת שא"ל הלוה תנהו בעד מקח זה א"ל המלוה אעכבנו לעצמי והסכים לו הלוה שייך המשכון להמלוה ואם הרויח בו לעצמו הרויח ואם בעת שא"ל הלוה תנהו בעד מקח זה לא א"ל המלוה אעכבנו לעצמי אלא שמעצמו עיכבו לעצמו במעות אלו יש להסתפק אם אח"כ הרויח בו למי שייך הריוח דלכאורה י"ל דשייך להמלוה דכיון דהרשהו למכור בעד מקח זה מה לו להלוה אם מכרו לאחרים או לעצמו או אפשר דיכול הלוה לומר לא הרשיתי רק למכור לאחרים ולא לעצמך וטוב לעשות פשרה ביניהם:

כו לוה הבא לפדות משכונו מיד המלוה וא"ל הלא כבר מחלת לי אין בדברי המלוה כלום דמחילה לא שייך אלא בחוב ממון שמגיע דהממון אינו בעין רק מוטל על הלוה חיוב לשלם בזה שייך לשון מחילה שמוחל לו החיוב אבל בדבר שהוא בעין כמו משכון או פקדון חפץ או מעות מה שייך על זה לשון מחילה ולא מהני רק לשון מתנה ויתבאר עוד בסי' רמ"א ובפקדון מעות ויש לו רשות להשתמש בהם י"א דדינו כהלואה אף שעדיין הוא בעין [ש"ך וט"ז] וי"א דכל זמן שהוא בעין אינו כהלואה ולא מהני לשון מחילה [סמ"ע] וכן הסכימו גדולי האחרונים [תו"ת וח"ל] וכן עיקר:

כז לוה שבא לפדות משכונו מהמלוה וא"ל המלוה הלא הזהרתיך לפדותו כשהגיע הזמן ואמרת לי לך ומשכנו והבנתי שדעתך לומר למשכנו בריבית אצל כותי וכן עשיתי ותפרע הקרן והריבית ותקבל משכונך אין בדברי המלוה כלום ואף אם לדעתו כיון הלוה כן דברים שבלב הם והיה לו לשואלו מפורש ולכן אין על הלוה לסבול הריבית ואם א"ל מפורש לך והלוה מכותי בריבית צריך הלוה לשלם הקרן והריבית ויזהר המלוה שיאמר להמלוה בריבית שעיקר סמיכתו יהיה על המשכון ולא עליו דאל"כ הוה ריבית ביניהם כמבואר ביו"ד סי' קס"ח ע"ש:

סימן עד [באיזה מקום ניתנה מלוה לפרוע וסדר הפרעון ובו ח' סעיפים]:

א הלואה ניתנה לתבוע בכל מקום אפילו שלא במקום ההלואה רק אם פגע המלוה בהלוה באיזו מקום לזמן הפרעון ויש לו להלוה מעות ולא יגיע לו נזק במסחרו אם ישלם לו בכאן חייב לשלם לו אבל אם יגיע לו נזק במסחרו א"צ לשלם לו במעותיו שבכאן ונותנין לו זמן ב"ד שלשים יום [כס"מ] ואפילו הלוהו בישוב יכול לתובעו במדבר כשהגיע זמנו אם יש להלוה בכאן מעותיו וגם יש לו כדי סיפוקו עד שיגיע לישוב ולא יגיע לו נזק במסחרו אבל כשאין בידו מעות שלא במקום ההלואה אינו יכול המלוה לכופו שישלח אחרי המעות לכאן [ס"ך] ויכול הלוה לומר לו בא למקומי שהלויתני ואפרע לך ואם המלוה טוען ברי לי שביכולתו לשלם פה כי יש לו די סיפוקו ולא יגיע לו נזק במסחרו והלוה טוען שאין ביכולתו לשלם פה ישבע הלוה היסת ואם המלוה אינו טוען ברי מקבל הלוה בח"ס אבל הלוה אינו יכול לכוף את המלוה לקבל חובו במדבר כשהלוהו בישוב ומיהו בישוב יכול לכופו לקבל אפילו שלא במקום הלואתו ואפילו שלא במקום דירת המלוה והלוה ואפילו יש כמה מדבריות קודם שיגיע למקומו כיון שיש שיירות וזמן הפרעון הגיע יכול לכופו לקבל דכשיש שיירות לא מקרי מקום סכנה שניחוש לגזילה ואם הלוהו במדבר יכול לכופו לקבל גם במדבר ואפילו הלוהו בישוב וא"ל הלוה רצוני לצאת למדבר וא"ל המלוה גם אני רצוני לצאת במדבר הוה כאלו הלוהו במדבר וצריך לקבלם במדבר:

ב פקדון אין דינו כהלואה ויתבאר בסי' רצ"ג אבל דמי שכירות וגניבה וגזילה או דמי מקח דינם כהלואה:

ג קבע המלוה להלוה זמן ורוצה לפרוע לו בתוך הזמן והמלוה אינו רוצה לקבלם יכול הלוה לכופו לקבל דקביעות זמן הוא לטובתו של לוה בד"א כשאין שם שום חששא במה שאינו רוצה לקבלם אבל אם יש שום חשש שמפני זה אינו רוצה לקבל חובו כגון שעתה עומד היזק בחילוף מטבע או מסים וכיוצא בזה אין יכול לכופו לקבל קודם הזמן אבל משהגיע הזמן יכול לכופו לקבל ואע"ג דבמדבר אינו יכול לכופו לקבל כשהלוהו בישוב כמ"ש בסעי' א' דבשם התקלה לפנינו בשעת פרעון אבל בזה אינו אלא חששא מה שעתיד להיות ואין לו להלוה להשגיח בזה מה שיהיה [סמ"ע] ואפילו הלוה לזמן מפני חשש שינוי מטבעות באופן שהזמן היה לטובת המלוה ועבר החשש ועתה רוצה הלוה לפורעו תוך זמנו יכול לכופו לקבל [ש"ך] אבל כל זמן שלא עבר החשש אינו מחוייב לקבל ואותם המלויים בעיסקא ונתפשר בעד השבועה ליתן לו בכל שנה כך וכך ורוצה לסלק תוך זמנו אע"פ שמהעיסקא יכול לחזור כדין פועל כמ"ש ביו"ד סי' קע"ז מ"מ מחוייב ליתן לו הריוח מכל משך הזמן שקיבל העיסקא ממנו או ישבע כמה הרויח ויתן לו מחציתו בניכוי שכר עמלו כדין עיסקא [כס"מ]:

ד חוב במשכנתא של קרקע שהמלוה אוכל פירות ובאתרא דלא מסלקי עד שיגיע הזמן אינו יכול לכופו לקבל קודם הזמן אא"כ מניח לו הפירות לאכלם עד הזמן אבל באתרא דמסלקי יכול לסלקו תוך זמנו:

ה לוה שאמר למלוה טול מעותיך כי הגיע הזמן והמלוה לא רצה לקבלם והמעות צרורים ומונחים ביד הלוה ונגנבו או נאנסו חייב הלוה לשלם וכ"ש אם עדיין לא הגיע הזמן אבל בפקדון כה"ג פטור הנפקד והטעם דגבי הלואה אלו היה מתרמי להלוה איזה עסק היה נוטל המעות כיון שלא רצה המלוה לקבלם לכן הם ברשותו כמקדם משא"כ בפקדון כשהגיע הזמן למסור לו הפקדון אבל בתוך הזמן בפקדון אינו יכול להחזיר להמפקיד בע"כ [ס"ך] דבפקדון הזמן הוא לטובת המפקיד ולפעמים גם בהלואה פטור הלוה מאונסים כגון אם המלוה לא רצה לקבלם וא"ל הלוה הנה מעותיך צרורים בביתי בא וטול דאז אין לו להשתמש בהמעות פטור מאונסין כמו שיתבאר בסי' ק"ך [סס] :

ו המלוה את חבירו לזמן ובא הלוה לפרוע תוך הזמן מעט מעט י"א שאין המלוה יכול לעכב ולומר תן לי כל חובי בפעם אחד דגם מעט מעט נקרא פרעון אלא שיש למלוה תרעומת עליו באמרו כי כשהיה מקבל כל מעותיו בפעם אחת היה עושה בהם עסק ועכשיו מוציאם לאחדים ומ"מ הלוה יכול לכופו כיון שהוא בתוך הזמן ונתבאר בסעי' ג' דגם בתוך הזמן יכול הלוה לכוף למלוה לקבל חובו וממילא שיכול לכופו לקבל והוא אינו מוכרח עדיין לשלם כל החוב ודווקא כשהלוה נותן אמתלא נכונה שאין ביכולתו לפרוע בפעם אחת דאל"כ איך ביכולתו לצער להמלוה [כ"ל] ומיהו אם משכן לו משכון אחד או שני משכנות בין קרקע בין מטלטלין אינו יכול לכופו שיחזיר לו חצי משכנות בחצי החוב שיתן לו עתה שיכול המלוה לאמר רצוני להיות לי משכון טוב עד גמר הסילוק ואם הגיע הזמן אינו מחוייב לקבל מעט מעט ויש חולקין על כל זה וס"ל דאפילו בתוך הזמן אינו יכול לכופו לקבל מעט מעט דנהי דכשקיבל הוי תשלומין אבל לכתחילה יש ביכולת המלוה שלא לקבל [ס"ך] וכן נראה עיקר לדינא וכ"ש כשיש שטר שצריך לשלם כל השטר בשלימו' בפעם אחת [תו"ת] ואפי' שטר בחת"י שלא בעדי' :

ז המלוה את חבירו על משכון מטלטלים או קרקע ששוים יותר מחובו ובא הלוה ואמר שיקח מהמשכנות כדי חובו ויחזיר לו המותר אין בדבריו כלום שיכול המלוה לומר לו אין רצוני לקנות ואיני רוצה לטרוח במכירתן ועליך מוטל זה וכן אם אין המשכנות שוים יותר מהחוב אינו יכול לכופו שיטלם בחובו ויחזיר לו שטרו ואף במלוה בע"פ אינו יכול לכופו לקבל המשכון דלשם משכון קבלו ולא לשם פרעון ואפילו הגיע זמן הפרעון ואפילו אין לו דבר אחר זולת המשכון ומיהו אם המלוה דוחקו לשלם ואין לו במה לשלם מוכרח המלוה לקבל המשכון דאפילו אם לא היה לו משכון יכול לומר טול שוה כסף בחובך דאין הלוה מחוייב למכור חפציו וליתן לו מזומן כשאין לו אבל כשהמלוה אומר לו איני דוחקך לשלם עתה ואמתין עד שיהיה לך מעות הדין עם המלוה בין במלוה בשטר בין בע"פ בין במשכון קרקע בין מטלטלין ויהיה המשכון ביד המלוה עד שיהיה לו מעות :

ח כתבו רבותינו בעלי הש"ע המלוה את חבירו על המטבע ונפסל אם יכול להוציאו במדינה אחרת ויש לו דרך לאותה מדינה וכ"ש כשסוחרי אותה מדינה מצויים כאן [ס"ך] נותן לו ממטבע שהלוהו ואומר לו לך והוציאם במקום פלוני ואם אין לו דרך לשם או שיש לו דרך לשם והמלכיות מקפידות שמחפשין על מי שמוליך מטבע הנפסל נותן לו ממטבע היוצא באותה שעה וכן בכתובה וכ"ז כשהתנה ליתן לו מעות אבל אם לא התנה כלום נותן לו ממטבע שהלוהו בכל עניין ואם התנה ליתן לו מעות היוצאים בהוצאה חייב ליתן לו מעות היוצאים בכל עניין עכ"ל ואין הכוונה מה שכתבו ונפסל שאין המטבע שוה עתה כלום דא"כ אפילו לא התנה למה ישלם בחספא בעלמא אלא העניין כן הוא דמיירי במטבע של כסף או זהב שגם עתה יש לה אותו שיווי כמקדם רק המלך העביר אותה מפני ששינה צורת המטבע וגזר שבמדינה זו לא תלך כמטבע אלא כחתיכת כסף או זהב וממילא דנפחת מעט מהמקח ולכן אם הלוהו מעות ולא דיבר עמו במה ישלם יוכל לשלם לו אף במטבע שנפסלה וכשהתנה שישלם לו מטבע או מעות או שמכר לו סחורה שישלם לו כך וכך מעות צריך שישלם לו מטבע היוצא במדינה אחרת כשיש לו דרך לשם דאז מקרי אצלו מטבע ואם אין לו דרך לשם או מלכיות מקפידות אין זה מטבע בכאן לכן צריך לשלם לו במטבע היוצא כעת בכאן ואם התנה ליתן לו מעות היוצאים בהוצאה חייב תמיד ליתן לו מעות היוצאים בכאן ולכן בזמנינו כשלוה מעות סי"ג והוא שט"ח של המדינה אם פסלה המלכות הוה כחספא בעלמא וצריך לשלם תמיד ממעות סי"ג החדשים ואפילו במטבעות כסף אם אינן שוות המעות רק שהמושל צוה שתלך בכך וכך ואח"כ פסלה צריך ליתן לו תמיד מהחדשות אבל כשהמטבע שוה מעותיה רק המושל פסלה מפני שינוי הצורה אז הדין כמ"ש בש"ע שהבאנו ואם המטבע הולכת כמקדם רק שהוזלה או הוקרה מפני איזה סיבה כמו שמצוי בזמנינו משלם אותה כפי מה שלוה ואינו מחשב מה שהוזלה או הוקרה אפילו במעות סי"ג כיון שהולכת כמטבע וכן אם היה הדינר זהב כ"ה דינרים והעמידו המושל על ד' נותן לו מטבע שהלוה בכל עניין [כס"מ] וכן אם לוה אקציעס הנהוגים עתה במדינות שאין עומדים תמיד על מקח אחד והוזלו או הוקרו משלם לו אותם שלוה ואם נפסלו לגמרי כגון שהחבורה פשטו את הרגל צריך לשלם לו במעות כפי המקח שעמדו בשעת ההלואה ואם עשה עמו מקח בשעת הלואה אז אפילו רק הוזלו או הוקרו משלם לו כפי המקח שעשה עמו ואם במדינה זו הולכת המטבע כמקדם אך בחוץ למדינה אינה יוצאת כמקדם אין להשגיח בזה ואם המלכות הוסיפה על המטבע או פיחתה נתבאר ביו"ד סי' קס"ה וכל זה במקום שאין דינא דמלכותא בעניין זה אבל במקום שיש דינא דמלכותא כיצד ישלמו כשנשתנית המטבע הולכים אחריו כי דינא דמלכותא דינא כמו שיתבאר בסי' שס"ט בס"ד :

בס"ד סליק הלכות הלואה

סימן עה [דיני טוען ונטען ובירורי הטענות וטענת ברי ושמא ומחוייב שבועה ואינו יכול לישבע ובו ל"ה סעיפים] :

א התובע את חבירו בב"ד ואומר לו מנה לי בידך הב"ד אומרים לו ברר דבריך ממה חייב לך מהלואה או מפקדון או הזיקך דהרי אפילו לעדים מצוים לברר דבריהם וכ"ש בבע"ד עצמו ושמא טועה הוא בתביעתו וסובר שחייב לו ובאמת אינו חייב לו ויאמרו לו הב"ד טועה אתה בתביעתך וכן הנתבע כשמשיב איני חייב לך אומרים לו ב"ד לברר תשובתו דשמא טועה וסובר שאינו חייב לו ובאמת חייב לו כגון שנתן להתובע מתנה כנגד החוב וסובר שבזה נפטר מחובו או שמסר החוב לא ליד המלוה עצמו ולא בא ליד המלוה וסבור שנפטר בזה או שהתובע מחל לו החוב ובאופן שע"פ הדין לא מהני כאן לשון מחילה וכיוצא בזה ואפילו היה התובע או הנתבע חכם גדול ובקי בדין מ"מ אומרים לו לברר דבריו ומה יפסיד בזה ואם הוא חכם יודע שאין אדם רואה חובה לעצמו ואם התובע אינו רוצה לברר דבריו אם נראה לב"ד שיש רמאות בזה אין נזקקין לו ואם הנתבע אינו רוצה לברר דבריו ונראה לב"ד שיש רמאות בזה יפסיד ומצוין לו לשלם אמנם אם הב"ד רואים שאין ערמה ומרמה בזה אלא שאין ביכולת התובע או הנתבע לברר הדברים אין חשש בכל זה דכל עיקר הטעם של הבירור הוא כדי להוציא הדין לאמתו מפני שיש כמה רמאים וכיון דמבינים שבזה ליכא רמאות לא הפסיד אחד מהם ואם הב"ד מסופקים אם יש רמאות בזה אם לאו לא יפסקו להנתבע שבועת היסת להכחיש טענות התובע משום דשבועת היסת היא תקנת חז"ל ולא תקנו רק בטענה מבוררת אם הנתבע רוצה שהתובע יברר [ס"ך] :

ב אסור לטעון שקר כדי לעוות הדין או כדי לעכבו ואע"פ שהוא זכאי כגון מי שהיה נושה בחבירו מנה לא יטעננו מאתים כדי שיודה במנה ויתחייב שבועה ויגלגל עליו טענה אחרת שלא היה יכול לחייבו שבועה על טענה זו בלא גילגול וכן בנתבע כשיודע שחייב להתובע מנה ותבעו מאתים לא יאמר אכפור לו בב"ד הכל כדי שלא אתחייב לו שבועת התורה וביני לבינו אודה לו על המנה וכן שלשה שתובעים מאחד לא יהא אחד התובע ושנים עדים ובכל זה וכיוצא בזה אע"פ שאינו רוצה לגזול נאמר על זה מדבר שקר תרחק [שבועות ל"א] :

ג מעשה בשמעון שהוציא שטר על ראובן שחייב לו מנה וטען ראובן שהוא פרוע והביא ראיה ששמעון נשבע לגבאי המס שיכתוב לו מזכרת מכל נכסיו שיש לו ולא כתב זה החוב בהמזכרת ופסק הרשב"א ז"ל שהדין עם שמעון ואין ראיה ממה שלא כתבו בהמזכרת דשמא שכח על זה [צ"ו] ומזה יש ללמוד דאין לוקחין ראיה מדברים כאלה אם לא שהראיה ברורה אבל כל שיש לתלות באיזה תלייה אפילו בשכחה תלינן וכן אם אדם דיבר דברים בפני ב"ד שיש לדייק מדבריו מה שהוא לחובתו לא דייקינן לחובתו אם לא אמרו בפירוש ותלינן שדיבר דרך שטות [ד"מ ב'] ויש להתיישב הרבה בעניינים כאלו ויש להדיין לדון בזה כפי הבנתו [נ"ל] :

ד התובע לחבירו מנה וחבירו כופר בכל חייב לישבע שבועת היסת ושבועה זו מדרבנן היא דמן התורה אינו חייב שבועה רק במודה מקצת שיודה בפרוטה לפחות ודבר זה שהתורה פטרה בכופר הכל וחייבה במודה במקצת אין בזה טעם וגזירת התורה היא [תוס' ריש ב"מ] וכמו שפטרה התורה משבועה בקרקעות ועבדים ושטרות והקדישות כמו שיתבאר בסי' צ"ה ואין בזה טעם דמה לי אם תובע מטלטלין אם תובע קרקעות אלא היא חוקה וגזירה כמו כן נמי במודה מקצת וכופר בכל ויש נ"מ בין שבועת היסת לשבועת התורה כמ"ש בסי' פ"ז ולכן אין לתמוה דאיך חייבו חכמים שבועה במה שהתורה פטרה דוודאי כן הוא דלא חייבוהו בשבועה חמורה כשל תורה ולמה תקנו חכמים כן מפני תקון העולם דאל"כ כשאחד ילוה מעות מחבירו יכפור לו ותהיה נעילת דלת בפני הלוין ואף שיש תקנה לזה שילוה בשטר מ"מ מה נעשה לשארי ענייני משא ומתן שבעולם ולא היה המסחור מתקיים אם נפטור את הכופר בכל משבועה וזהו עיקר טעם לכל השבועות שהקנו חז"ל וגם אל יקשה בעיניך דאיך חייבה התורה שבועה למודה מקצת הא יש לו מיגו דאי בעי הוה כופר בכל דאין זה מיגו טוב דאין אדם יכול להעיז כל כך בפני חבירו לכפור הכל במה שחבירו יודע בשקרו ומוטב לו יותר להודות במקצת מלכפור הכל ועוד די"א דלא אמרינן מיגו לאיפטורי משבועה כמ"ש בדיני מיגו בסי' פ"ב וכן אין להקשות איזה תועלת היא בהשבועה ואיך נותנין שבועה למי שחשוד לגזול נאמר כמו שחשוד אממון חשוד נמי אשבועה דמה לי לאו דלא תגזול או לאו דשבועת שקר והגם שיש אנשים שיריאים יותר משבועת שקר מגזילת ממון מ"מ איך נסמוך על זה וליתן לכתחלה שבועה למי שחשוד על ממון דהאמת הוא דוודאי אם האיש הלזה הוא גזלן ברור אין נותנים לו שבועה כמ"ש בסי' צ"ב אבל במודה מקצת או בכופר הכל תלינן שאין כוונתו לגזול את חבירו אלא שעתה אין לו במה לשלם ומשמיט א"ע מהתובע שלא יגוש אותו וכשיהיה לו מעות ישלם לו ולכן הטילו עליו

שבועה

שבועה כדי שיודה וע' בסעי' י"ב:

ה אם עד אחד העיד כדברי התובע חייב הנתבע לישבע שד"א להכחיש העד דכתיב לא יקום עד אחד באיש לכל עון ולכל חטאת ובאה הקבלה דלעון וחטאת אינו קם אבל קם הוא לשבועה ואם העד העיד כדברי הנתבע פוטרו מלישבע בין משד"א במודה מקצת ובין מהיסת בכופר בכל וק"ו הוא דהא כח המוחזק גדול מכח שאינו מוחזק וכיון דהתובע שאינו מוחזק אם העד העיד כדבריו מחייב את הנתבע לשבועה כ"ש כשהנתבע המוחזק העד מסייע לו שפוטרו משבועה המוטלת עליו ואף שיש חולקין בזה מ"מ כן עיקר לדינא ועוד יתבאר בזה בסי' פ"ז ואם התובע הביא עד המעיד כדבריו והנתבע הביא עד שמעיד כדבריו חזר הדין כמו שאין עדים כלל ונשבע הנתבע אם שד"א במודה מקצת אם היסת בכופר בכל:

ו זה שאמרנו דבמודה מקצת חייב לישבע שד"א זהו דווקא שאינו מחזיר לו בעת המקצת שהודה אבל אם מחזיר לו מיד המקצת שהודה וא"ל הילך זה שהודיתי הרי הוא בהשאר כופר בכל ואינו נשבע אלא היסת ועוד יתבאר בזה בסי' פ"ז ע"ש:

ז וזה שאמרנו דמודה מקצת חייב שד"א זהו דווקא כשתבעו התובע אבל אם לא תבעו והוא בעצמו אומר מנה היה לאביך בידי ונתתי לו חמשים או מנה היה לך בידי ופרעתיך חמשים פטור אפילו מהיסת דהרי הוא כמשיב אבידה כיון שלא תבעו אדם אפילו אם התובע אומר הזכרתני עתה מחוב זה ולא פרעת לי או לאבי כלום אינו נשבע אפילו היסת כיון שמודה שלולי שהזכירו לא היה זוכר הוה כמשיב אבידה אבל אם התובע משיבו ידעתי מחוב זה ובדעתי היה לתבוע אותך חייב לישבע היסת וי"א עוד דאם נראה שהנתבע עשה בהערמה במה שהודה קודם שתבעו חייב אפבשד"א ודבר זה תלוי בהבנת הדיין וכ"ז במודה מקצת אבל אם אומר מנה היה לאביך או לך בידי ופרעתי כל המנה אם התובע משיב איני זוכר מזה כלום פשיטא שפטור מכל שבועה וגם מקב"ח אבל אם משיבו הזכרתני עתה ונזכרתי כי לא פרעת לי או לאבי כלל או לא פרעת בשלימות חייב לישבע היסת דאין כאן משיב אבידה כיון שלא הודה לו בכלום [נ"ל] ואפשר דאפילו אם משיבו אני איני זוכר כלל אם הגיע לי או לאבי ממך מעות אמנם זאת ידעתי בבירור שלא נתת לי או לאבי מעות מעולם ג"כ צריך לישבע אע"פ שאינו תובעו בברי דכיון דלדבריו לוה ופרע ועל הפרעון מכחישו בברי הוה כתובעו בברי [וכ"מ מגיטין כ"ח.] וע' בסעי' מ"ו וכ"ג שיש חולקין בזה:

ח כשם שמודה מקצת הטענה חייב לישבע שד"א כמו כן אם כפר בכל ועדים מעידים על מקצת הטענה ועל השאר אינם יודעים חייב ג"כ לישבע שד"א על השאר דא"א שהודאת פיו תהא גדולה מהעדאת עדים והרי בכמה דברים מחייבים העדים את האדם מה שהוא בעצמו כשהודה אינו מתחייב בהם כמו בקנסות דמודה בקנס פטור והעדים מחייבים אותו וכן במיתות ב"ד [רס"י מכות ה'. ותוס' זבחים ע"ח.] וכן להשים עצמו רשע אינו נאמן ודווקא כשהעידו על הלואה בע"פ ובלא קניין אבל אם העידו על שטר או על קניין דהוא כשטר אין מחייבין אותו שד"א והטעם דלפי מה שנתבאר בסעי' ו' דבהילך לא חייבה התורה שבועה ממילא דאין כאן שד"א דכל שטר הוי כהילך כיון שאינו יכול לכפור ואפילו אין לו קרקע שנאמר דהוה כגבוי מ"מ על הסכום שבשטר אינו בגדר כפירה כלל נמצא דעיקר התביעה והכפירה הוא על מה שאינו מבואר בשטר ובזה הוא כופר בכל ויש חולקין ואומרים דכשאין לו קרקע כיון שהוא כפר בו והעדים גילו הדבר הרי זה כפירה והודאה במקצת ע"פ השטר כבכל חיוב מקצת שע"פ עדים אבל כשיש לו קרקע וודאי דהוה כהילך דהרי ב"ד יורדים להקרקע ומשלמים להמלוה ועיקר הכפירה הוא על השאר וכן יש להורות [ס"ך]:

ט זה שאמרנו דכשהעידו עדים על מקצת חייב שד"א זהו דווקא בהלואה אבל אם תבעו פקדון שהפקיד בידו חפצים שוה מנה או מעות צרורים וחתומים באופן שאסור לו להשתמש בהם כמו שיתבאר בסי' רצ"ב והוא כופר בו ועדים מעידים שראו בידו מקצת חפצים או מקצת מעות אלו בעת שכפר הוחזק כפרן ואין נותנים לו שבועה כמ"ש בסעי' ד' דעיקר מה שסמכה התורה אשבועה משום דתלינן שאינו רוצה לגזולו ומשמיט א"ע עד שיהיה לו מעות וישלם לו ואפילו ראו בידו מעות בעת שכפר תלינן שמא היו של אחרים או מוכרחים היו לו לאיזה עסק אבל בפקדון שאסור לו להשתמש בו וראוהו העדים מקצתו והוא כופר בו וודאי דכוונתו לגזול וכיון דחשוד אגזילה חשוד גם אשבועה ודינו כמו שיתבאר בסי' צ"ב שהחשוד על השבועה נשבע שכנגדו ונוטל ואין אומרים כיון שהוחזק כפרן ישלם בלא שבועת שכנגדו דבאמת על מה שהוחזק כפרן והיינו על המקצת שהעידו העדים משלם בלא שבועת שכנגדו והשבועה היא על מה שלא העידו ועל זה לא הוחזק כפרן ודינו כחשוד ודווקא שראו העדים בעת הכפירה את מקצת הפקדון אבל אם לא ראו אע"פ שמעידים שנתן לו פקדון ולא החזיר לו לא הוחזק כפרן דתלינן שנאבד אצלו ואין לו עתה במה לשלם או שחושב שימצאנו ומשמיט עתה א"ע ואין כוונתו לגזול כמו שאמרנו בהלואה:

י וכשם שעדים מחייבים להנתבע שד"א על עדותם במקצת התביעה כמו כן אם כפר הכל ובאו לב"ד ומתוך הטענות הכירו הב"ד שחייב במקצת תביעה הוה כמודה מקצת וחייב לישבע על השאר שד"א ולא עדיפי עדים מב"ד ואין חילוק בין כשהב"ד רואים שע"פ חשבון של הנתבע עצמו הוא חייב לו מקצת הטענה ובין שהדין

מחייב

מחייב אותו כגון שהנתבע אומר ששילם לו כל החוב שביום פלוני שילם לו כך וכך וביום פלוני כך וכך ומחשב לו ג"כ מה שהיה התובע ערב לו בעד אחד והב"ד רואים שבעד הערבות אינו יכול לנכות לו כגון שהיה ערב לאחר מתן מעות וכן אם מחשב לו מה ששילם ריבית בעד התובע וב"ד רואים שע"פ דין א"צ לשלם לו את הריבית או כגון שאומר איני יודע אם פרעתיך שחייב לשלם כמו שיתבאר וכן כל כה"ג חייב לישבע שד"א אבל אם נתחייב במקצת מפני שאינו נאמן בדבריו ע"פ דין לא מקרי הודאה במקצת כיון דלדבריו אינו חייב לו כלום אלא שאין הב"ד מאמינים לו כמו בדין דמתוך שאינו יכול לישבע משלם וכיוצא בזה וכן דווקא כשעל השאר אינו מבורר לב"ד אם חייב לו אם לאו אבל כשנתברר לב"ד מתוך טענותיהם שמקצת חייב והשאר אינו חייב לו לא שייך שבועה כלל דכשם שהם כעדים על מקצתו שחייב כמו כן הם כעדים על השאר שאינו חייב לו [ע' בקלס"ת וכס"מ]:

יא אין חילוק בכופר הכל בין שמכחישו שמעולם לא היה חייב לו או שאומר שהיה חייב לו ופרעו או שאומר שיש להתובע כנגד תביעתו חפציו שנתן לו בפקדון והתובע אומר להד"ם או שאומר הנתבע מחלת לי החוב או נתת לי במתנה וכיוצא בזה כיון שעכ"פ לדברי הנתבע אינו מגיע ממנו כלום להתובע הוה כופר בכל ופטור משד"א ונשבע היסת ואפילו כששני עדים מעידים שהלוהו ואין יודעים אם פרעו אם לאו נאמן בהיסת לומר יש לי בידך כנגד החוב או מחלת לי או נתת לי במתנה וכה"ג ואם טוען טענת פקדון כמ"ש והתובע אומר אמת היה לך פקדון בידי אבל הפקדון נאנס מידי צריך התובע לישבע שבועת השומרים שנאנסה וכשנשבע הוה הנתבע ממילא כמודה מקצת כפי מה שנתבאר בסעי' הקודם דכל מקום שחייב מדינא במקצת הוה כמודה מקצת וחייב לישבע שד"א:

יב אין חילוק במודה מקצת וכופר בכל בין שהיתה התביעה מהלואה בין מפקדון בין מגניבה וגזילה או משותפות ושליחות בכל אלו אם כופר הכל אינו נשבע שד"א וכשמודה מקצת חייב לישבע שד"א וכן בכל אלו כשיש עד אחד שמעיד כדברי התובע אף שהנתבע הוא כופר בכל צריך לישבע שד"א להכחיש את העד ואין להקשות לפמ"ש בסעי' ד' דעיקר טעם השבועה הוא משום אישתמוטי קא משתמיט ואין רצונו לגזול ובלא זה אין נותנין לו שבועה א"כ בגניבה וגזילה במודה מקצת איך נותנין לו שבועה די"ל דגם בזה אמרינן דאולי יש לו על התובע איזה ספק תביעת ממון ולכן גזלו או גנבו עד שיעיין בחשבונותיו וכשיראה שאין מגיע לו יחזיר לו ולכן הטילו עליו שבועה [סמ"ע] והגם שדבר זה רחוק מאד לתלות בו מ"מ כיון שלהרבה בני אדם חמירא להו איסור שבועה מאיסור גזילה לכן אף דעל זה לבד לא נוכל לסמוך וליתן שבועה לגזלן ברור מ"מ כל מה שנוכל לתלות אף באופן רחוק לומר שלע"ע אינו חשוד אממון תלינן מטעם זה וכ"ש דעד אחד אינו יכול לפסול אדם משבועה אבל כשיש שני עדים שגנב או גזל וודאי דפסול הוא לשבועה ודינו כחשוד שבסי' צ"ב דבשני עדים לא תלינן החששות רחוקות שתלינו בהודאת עצמו שיש לזה עוד טעם דאין אדם משים עצמו רשע או ע"פ עד אחד דאין ביכולתו לפוסלו אבל ע"פ שני עדים הוא פסול עד שיחזור בתשובה [כ"ל]:

יג כל מה שנתבאר עד עתה הוא כשהנתבע משיב להתובע טענת ברי שכופר בכל או מודה מקצתו אבל כשהנתבע משיבו בטענת שמא אם משיבו איני יודע כלל אם הלויתני או אם הפקדת בידי וכן בכל מיני תביעות כשמשיבו איני יודע אם אני חייב לך ישבע היסת שאינו יודע ופטור ואף שהתובע טוען ברי והנתבע משיבו שמא לא אמרינן ברי ושמא ברי עדיף להוציא ממון כמו שיתבאר בסי' רכ"ג ואפילו אם טען תחלה טענת ברי אין לך בידי כלום וכשחייבוהו לישבע היסת חזר וטען שמא מ"מ אין זה חזרה דמה לי שישבע היסת שאינו חייב לו או אינו יודע שחייב לו אבל אם אמר מקודם פרעתיך וחייבוהו לישבע היסת וחזר ואמר איני יודע אם הלויתני משלם דכיון שאמר מקודם פרעתיך הרי הודה שלוה עכ"פ וכשחזר וטען איני יודע שהלויתני הוה כאומר יודע אני שהלויתני ואיני יודע אם פרעתיך דחייב לשלם כמו שיתבאר [כ"ל] וכ"ז הוא מדינא שאין הב"ד יכולים לחייבו יותר משבועה כשאומר איני יודע אם הלויתני אבל הנתבע בעצמו אם רוצה לצאת ידי שמים אינו יוצא בשבועה ומחוייב לשלם כיון שזה תובעו בברי ואצלו הוה ספק חייב לשלם בבא לצאת י"ש וכן אם התובע תפס ממנו שלא בעדים א"צ להחזיר לו דנאמן במיגו דאי בעי אמר לא תפסתי אבל כשתפס בעדים דאין לו מיגו צריך להחזיר לו [גס"מ] וע' מ"ש בסוף סי' זה:

יד ואם הנתבע משיב להתובע יודע אני שהלויתני ואיני יודע אם פרעתיך חייב לשלם מדינא כיון דהחיוב וודאי אצלו והפרעון ספק אין ספק פרעון מוציא מידי וודאי חיוב ובזה אמרינן ברי ושמא ברי עדיף ובפרט שהשמא היא טענה גרוע דאיך אינו יודע אם פרעו אם לאו ואפילו כשהספק פרעון הוא קודם החיוב כגון שאומר יודע אני שהלויתני בסיון וספק אצלי אם לא לוית ממני מקודם זה באייר ג"כ חייב לשלם מדינא כיון שעכ"פ החיוב וודאי והפרעון ספק [סס] והיא טענה גרוע ואף שבועה אינו יכול להטיל על התובע דאין מטילין שבועה בטענת ספק רק ביכולתו להטיל ח"ס על כל מי שנוטל ממנו ממון שלא כדין ועכ"ז אם חזר הנתבע ואמר נזכרתי שפרעתיך נאמן בשבועה ואין זה סתירה

סתירה לטענה ראשונה דדרך העולם ששוכחין וחוזרין ונזכרין והוא לא אמר מקודם שבוודאי לא פרעו אלא שאינו זוכר ועכשיו הלא נזכר וכן בב"מ שנתחייב מחמת שאינו יודע כמו שיתבאר לעניין מחוייב לישבע ואינו יכול מצד שאומר איני יודע יכול אח"כ לומר נזכרתי אבל אם חזר בו ואמר איני יודע אם הלויתני אינו נאמן כיון שמקודם אמר יודע אני שהלויתני רק על הפרעון היה אצלו ספק הרי הודה שלוה ואינו יכול לחזור וע' מ"ש בס"ם זה :

טו ודווקא כשתבעו אדם אבל בלא תביעה אלא שמעצמו אומר לחבירו יודע אני שהלויתני ואיני יודע אם פרעתיך או הפקדת אצלי או גזלתיך או גנבתי ממך ואיני יודע אם החזרתי לך פטור בדיני אדם אף משבועה כיון שאין כאן תובע אבל אם בא לצאת י"ש חייב לשלם דבידי שמים אין נ"מ אם הלה תובעו אם לאו כיון שהחוב אצלו וודאי והפרעון ספק אצלו ובדיני אדם פטור אפילו אם התובע משיבו איני יודע אם הלויתיך אבל זה ברור אצלי שלא פרעתני מ"מ פטור מלשלם רק דצריך לישבע היסת [ס"ך] ואם התובע משיבו יודע אני מזה ובדעתי היה לתבוע אותך או אפילו אמר אתה הזכרתני עתה ונזכרתי שלוית ממני ולא פרעת לי חייב לשלם כיון שעכ"פ יש כאן טענת ברי ושמא ומודה שלוה וודאי וטענת שמא שלו גרוע מאד דאיך אינו יודע אם פרעו אם לאו ולכן כל מקום שמודה הנתבע על החוב ועל הפרעון טוען שמא והתובע תובעו בטענת ברי אפילו קדמה טענת הנתבע לטענת התובע ברי ושמא ברי עדיף בבה"ג [עכס"מ סק"ז] וכיון שכל עיקר שחייב לשלם מפני שהשמא שלו הוי טענה גרוע כמו שנתבאר לפיכך אם לפי העניין לא הו"ל למידע אם פרעו אם לאו ונמצא דטענת שמא שלו הוי טענה טובה אינו חייב לשלם אפילו כשהתובע תבעו מקודם ונפטר בהיסת שאינו יודע דבשמא טוב לא אמרינן ברי ושמא ברי עדיף אפילו באיני יודע אם פרעתיך ובאיני יודע אם הלויתני אם לא תבעו אדם פטור אפילו מלצאת י"ש כיון שיש ספק אצלו על החיוב ואין אדם תובעו קרוב הדבר שאינו חייב דאין תובע שוכח מליתבע חובו וכן אם ראובן אומר לשמעון חייב אני לך מנה ושמעון משיבו אין אתה חייב לי כלום פטור ראובן אף שיודע בבירור שחייב לו ואפילו לצאת י"ש פטור [ב"ח] דהוה כאלו מחל לו ומחילה א"צ קניין ולכן אפילו אם שמעון אומר אח"כ נזכרתי ודקדקתי בחשבון ומגיע לי ממך אינו נאמן דהיה לו לדקדק מקודם דע"פ רוב למי שמגיע מעות מדקדק היטב ואינו שוכח ולכן תלינן שגם מקודם ידע אלא שמחל לו ועתה רוצה לחזור בו ולכן אם ראובן יודע בשמעון שאינו משקר וקרוב שכן הוא ששכח ואח"כ נזכר חייב בבא לצאת י"ש וכן אם הב"ד מבינים לפי העניין שמתחלה לא ידע שמעון מחוב זה מחייבין את ראובן מדינא לשלם כמו שיש בעלי עסקים גדולים או עשירים גדולים שביכולתם לשכוח על איזה חוב אם אומרים אח"כ שנזכרו חייב לשלם ולא אמרינן שמחל לו וכן בדבר שאין מחילה מועיל כמו בפקדון חפצים וכה"ג כמו שיתבאר בסי' רמ"א אם ברור לראובן שחייב לו חייב לשלם מדינא [כ"ל] :

טז כבר נתבאר בכמה פעמים שבכל מקום ששני עדים מחייבים ממון עד אחד מחייב שבועה מן התורה שישבע שד"א להכחיש העד וכן נתבאר שבכל מקום שמחוייב שבועה מן התורה ואינו יכול לישבע שבועה שחייבתו התורה צריך לשלם והטעם דכיון שהתורה חייבתו בשבועה זו לפטור א"ע אם אין ביכולתו לישבע ולפטור א"ע בע"כ שישלם ולכן אם התובע אומר מנה לי בידך ועד אחד מעיד כדבריו אם הנתבע מכחישו להעד ואומר שלא לוה ממנו נשבע שד"א להכחיש העד אבל אם אומר איני יודע חייב לשלם ואין חילוק בין כשאומר איני יודע אם הלויתני בין כשאומר איני יודע אם פרעתיך כיון שאינו יכול לישבע משלם ואע"ג דאין העד מעיד שלא פרעו מ"מ אינו נאמן במיגו שהיה אומר שפרעו כיון דעתה טוען איני יודע והתורה לא חייבתו לישבע שאינו יודע והשבועה שחייבתו התורה אינו יכול לישבע ה"ל מחוייב שבועה ואינו יכול לישבע ומשלם ודווקא שהעד מעיד שהלוהו בוודאי אבל אם העיד שראה שמנה לו מעות ואינו יודע אם היתה הלואה או עניין אחר אינו כלום [ס"ך] כיון שאינו מעיד כדברי התובע ממש וכן אם העד העיד כדברי התובע ממש שהלוהו והנתבע משיב לויתי ופרעתי אם העד אינו מכחיש את הפרעון וודאי דהנתבע נאמן בשבועת היסת דהא אפילו כששני עדים מעידים על הלואה יכול לומר פרעתי דקיי"ל המלוה את חבירו בעדים א"צ לפורעו בעדים וכן אפילו אם אינו אומר פרעתי אלא שטוען יש לי בידך כנגד החוב או שטוען מחלת לי או נתת לי במתנה נאמן בהיסת במיגו דפרעתי דכיון שאינו חייב שד"א ע"פ העד אמרינן מיגו אבל אם העד מכחיש הפרעון כגון שאומר שלא זזה ידו מידו ויודע שלא פרעו או שאומר שהוא עדיין תוך זמנו וחזקה אין אדם פורע תוך זמנו אם הנתבע מכחישו ואומר פרעתי נשבע שד"א להכחיש העד דמה לי אם מכחיש להעד בעיקר ההלואה או שמכחישו בפרעון אבל אם אינו אומר פרעתי אלא שטוען יש לי בידך כנגד החוב או מחלת לי או נתת לי במתנה אינו נאמן וחייב לשלם ואף שיש לו מיגו דפרעתי מ"מ כיון דעל פרעתי היה מחוייב שבועה להכחיש העד ובטענות אלו אין בזה שד"א כיון שהעד אינו מכחישם וטענות אלו אינם אלא במיגו דפרעתי לא אמרינן מיגו ואינו יכול לישבע ומשלם דכל זמן שלא נשבע להכחיש העד עומד העד במקום שני עדים וכשם שאם היו שני עדים מעידים שלא פרעו לא היה נאמן בטענות אלו דאין כאן מיגו דמיגו במקום עדים לא אמרינן ודין זה ממש הוא בעד אחד כל זמן שלא נשבע להכחישו ולכן

דנין

דנין בזה מתוך שאינו יכול לישבע משלם וכן אם הנתבע טען מתחלה להד"ם והביא התובע עד אחד שלוה ממנו וחזר הנתבע ואמר לויתי ופרעתי דנין בזה ג"כ דין מחוייב שבועה ואי"ל ומשלם והטעם ג"כ מטעם שנתבאר דכמו אם היו שני עדים על ההלואה היה צריך לשלם מפני שהוחזק כפרן דכל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי כמו כן בעד אחד כשאינו נשבע להכחישו כמו בטענה זו שעל ההלואה חזר והודה ועל הפרעון אין העד מכחישו דינו בזה כשני עדים והוחזק כפרן וחייב לשלם ויש חולקים בזה וס"ל דכיון דבשני עדים לא היה חיובו רק משום דהוחזק כפרן וע"פ עד אחד א"א להחזיקו בכפרן אין דנין בזה דין דמתוך שאינו יכול לישבע משלם ורבותינו בעלי הש"ע קבעו להלכה כדיעה ראשונה וכן כשתובעו שחטף ממנו חפץ והביא עד אחד שמעיד כדבריו והנתבע משיב אמת שחטפתי אבל החפץ שלי הוא דנין בזה ג"כ דין מחוייב שבועה ואי"ל ומשלם והטעם משום דאין אדם נאמן לחטוף חפץ מיד חבירו ולומר שלי הוא [רסב"ס ב"ב ל"ד.] ואלו היה טוען לא חטפתי היה נשבע להכחיש העד ועכשיו שמודה בזה להעד וטוען טענת שלי הוא ובזה אין העד מכחישו וא"א לו לישבע שבועה זו וכל זמן שאינו נשבע להכחישו דינו כשני עדים וכשם דאם שני עדים העידו על חטיפת החפץ היה חייב לשלם כמו כן בעד אחד כ"ז שלא נשבע להכחישו ודווקא שהעד ראה עתה את החפץ בידו אבל אם לא ראה הא יש להנתבע מיגו דההחזרתי לך דאפילו בשני עדים היה יכול לומר החזרתי לך דהגוזל את חבירו בעדים א"צ להחזירו בעדים וכיון שיש לו מיגו דההחזרתי נאמן ג"כ לומר שהיה שלו אבל כשהעד ראה החפץ אין לו מיגו דהא היה חייב שבועה להכחישו [ס"ך] ועיי' בסעי' הבא :

יז זה שבארנו בחטף כלי מידו ויש עד אחד דה"ל מחוייב שבועה ומשלם זהו דווקא כשהעד מעיד שחטף מידו ואינו ידוע להעד מפני מה חטף אבל אם העד מעיד שחטף מידו בתורת משכון וידוע להעד שבעל החפץ חייב מעות להחוטף רק שאינו זוכר כמה הלוה עליו נאמן זה החוטף בשבועה כמה הלוה עליו ולא אמרינן דה"ל מחוייב שבועה ואי"ל ומשלם כיון שבא לידו כדין ואע"ג דחז"ל לא האמינו למלוה לישבע על המשכון אלא במיגו דלקוח או החזרתיו כמ"ש בסי' ע"ב סעי' מ' וכאן אין יכול לטעון החזרתי כיון שראהו עתה בידו כמ"ש בסעי' הקודם ומיגו דלקוח ג"כ אין לו דאינו רוצה להעיז פניו נגד העד שיודע שבתורת משכון באת לידו מ"מ נאמן בשבועה כמה הלוהו עליו משום דהוא נקרא מוחזק דקיי"ל בע"ח קונה משכון וכיון שהוא המוחזק נשבע ונפטר ככל הנשבעין שהמוחזק נשבע לפטור א"ע ויש חולקין וס"ל דבמשכון לא נקרא מוחזק ובעל החפץ נקרא מוחזק ולכן נשבע בעל החפץ כמה לוה ממנו ומשלם לו ונוטל משכונו וכבר בארנו שני דיעות אלו שם סעי' מ"ה לעניין שני עדים בכה"ג דאין חילוק בזה בין עד אחד לשני עדים ומדברינו שם נתבאר דהדעת יותר נוטה לדיעה ראשונה דהמלוה נקרא מוחזק והוא נשבע ונוטל ע"ש :

יח כמו שהדין לעניין עד אחו' שכשמחוייב שבועה ואינו יכול לישבע משלם כמו כן בשבועת מודה מקצת כגון שהתובע תובעו מנה והנתבע משיבו חמשין ידענא שמגיע לך וחמשין לא ידענא מתוך שאינו יכול לישבע משלם והתובע א"צ לישבע רק הלוה יכול להטיל ח"ם על כל מי שנוטל ממונו שלא כדין וכן הדין בשבועת שומרים והטעם כמ"ש לעניין עד אחד אבל אם השיבו חמשים לויתי ממך ופרעתיך וחמשים האחרים איני יודע נשבע היסת שפרעו החמשים ומיותר אינו יודע ונפטר דכיון שעל החמשים שהודה אומר פרעתי הוה על השאר כופר בכל וכן אם אמר בלשון זה איני יודע שאני חייב לך רק חמשים נשבע ונפטר שזהו ממש מודה מקצת שלשון זה אינו כהודאה שיש לו ספק על השאר אלא שברי לו שאינו מגיע לו רק חמשים :

יט בכל אלו שבארנו שמתוך שאינו יכול לישבע משלם עכ"ז אחר שפרעו יכול זה הנתבע להשביע להתובע היסת אם נטל ממנו ממונו כדין כמו שיתבאר בסי' פ"ב לעניין שטר וכן בכל מקום שהנתבע משלם יכול אח"כ להשביע להתובע על מה שנטל ממנו לבד בחמשין לא ידענא שבסעי' הקודם אינו יכול להשביעו גם אחרי כן כיון שהוא טוען לא ידענא ואין משביעין על טענת ספק [ס"ך] :

כ לא אמרינן מחוייב שבועה ואיל"מ אלא בשבועה דאורייתא דכיון דהתורה חייבתו שבועה הוא מוכרח או לישבע או לשלם וכיון שאינו יכול לישבע משלם אבל בשבועה דרבנן כגון במודה מקצת כשא"ל היקך או בקרקעות ועבדים ושטרות שאין נשבעין עליהן מן התורה או כשאין ההודאה ממין הטענה או בדליכא כפירת שתי כסף או שאין התביעה דבר שבמידה ובמשקל או כגון בדבר שאפילו שנים לא היו מחייבין להנתבע ממון בלא שבועת התובע כמו שיתבאר בסי' פ"ט גבי שכיר וכה"ג אין דנין בכל אלו דין זה דאע"ג דחכמים הטילו עליו שבועה מ"מ לא החמירו בה כל כך שנאמר מתוך שאינו יכול לישבע משלם אלא נשבע שאינו יודע ופטור או מהפך השבועה על שכנגדו דבשבועה דאורייתא אין מהפכין ובדרבנן מהפכין כמו שיתבאר בסי' פ"ז :

כא י"א דבגילגול שבועה אין דנין דין דמתוך שאינו יכול לישבע משלם אע"ג דגילגול שבועה הוי מן התורה כמ"ש בסי' צ"ד מ"מ אין דנין בגילגול דין זה ובין שאינו יכול לישבע על עיקר התביעה וצריך לשלם כגון שתבעו מנה והשיבו חמשין ידענא וחמשין לא ידענא והתובע גילגל עליו טענות אחרות אף דבעיקר הטענה צריך לשלם מ"מ אינו מחוייב לשלם גם טענות הגילגולים

ולא

ולא עוד אלא אפילו שד"א אין לו עליו על הגילגולים רק שבועת היסת מפני שהתורה לא חייבה שבועה על הגילגול אלא כשצריך לישבע על עיקר התביעה אבל כשעל עיקר התביעה חייב לשלם אין התשלומין מושכין הגילגול אלא הגילגול הוא כתביעה בפ"ע דהתורה לא אמרה רק ששבועה גוררת הגילגול ולא תשלומין גוררת ולכן על הגילגול ישבע היסת או מהפכה על שכנגדו כדין היסת וכן אם על עיקר התביעה יכול לישבע וע"ל הגילגולים אינו יכול לישבע כגון שעל עיקר התביעה הודה במקצת וכפר בהשאר שחייב שד"א ועל הגילגולים טען איני יודע אין דנין בזה דין זה רק ישבע על הגילגולים שאינו יודע ופטור ואיזה שבועה חייב לישבע על הגילגולים אם התובע טוען ברי שהנתבע יודע והנתבע טוען שאינו יודע חייב לישבע שד"א שאינו יודע מכחו של גילגול שבועה ואם אין התובע טוען ברי שהנתבע יודע אינו יכול לגלגל מן התורה טענת שמא כמו שיתבאר שם ונשבע היסת אמנם אם גם עיקר השבועה היא על טענת שמא כמו בשבועת שומרין אז יכול לגלגל עליו שד"א שבועת איני יודע גם בטענת שמא [גס"מ] ויש חולקין על הדין האחרון וס"ל דכיון שנתחייב שד"א על עיקר התביעה והוא טוען על הגילגולים איני יודע דנין על הגילגולים דין זה דמתוך שאיל"מ דכיון שנתחייב שד"א ממילא גוררת אחריו גם הגילגולים מן התורה וחייבתו התורה שבועה וכיון שאינו יכול לישבע משלם ועל עיקר התביעה ישבע שד"א ונפטר ואין כח הגילגול גדול כל כך שישלם גם על עיקר התביעה במה שאינו יכול לישבע על הגילגולים ועוד דבתביעה עצמה היה פטור בכה"ג מפני שאין תשלומין גוררין כמו שבארנו ולא תהא כח הגילגול גדול מתביעה עיקרית דבדין הראשון גם דיעה זו מודה דכשמשלם על עיקר התביעה אינה מושכת הגילגול אחריה :

כב אמרו רבותינו ז"ל דדין זה דמתוך שאינו יכול לישבע משלם אין דנין רק בהנתבע עצמו ולא ביורשיו כגון שתובע ליורש ואומר מנה לאביך בידי והיורש משיבו חמשין ידענא וחמשין לא ידענא אם מגיע לך מאבי אם לאו או שמשיב אין אני יודע כלל שמגיע לך ועדים מעידים שמחמשין יודעין שמגיע לו ומהשאר אינם יודעים או שהיורש אומר ידעתי שלוה ממך מנה ואיני יודע אם פרע לך אם לאו פטור אפילו משבועת היורשים ואינו משלם רק מה שהודה או העידו עדים והטעם כתבו רבותינו הראשונים דעיקר דין זה שמתוך שאינו יכול לישבע משלם הוא מפני שמצד הסברא חייבתו התורה לשלם דנראה שטענתו שקר דאיך אינו יודע אם מגיע ממנו אם לאו וכל זה הוא בעסקי עצמו אבל בעסקי אביו דלא ה"ל למידע למה ישלם ומה חטא בזה שאינו יודע ולפ"ז גם בעסקי עצמו אם בעניין זה לא היה לו לדעת אין דנין בו דין זה והרבה דינים יתבאר בח"מ בהלכות אשר לפנינו שאף שיש בזה דין זה דמתוך שאיל"מ מ"מ כיון דלא ה"ל למידע אין דנין בו דין זה ויש מרבותינו ומכללם הרמב"ם והרמב"ן חולקים על טעם זה וס"ל דמעיקר דין התורה כן הוא דכיון שהתורה חייבתו שבועה או ישבע או ישלם אף במקום דלא הו"ל למידע וזה שהיורש פטור הוא משום דלאו בע"ד דידיה הוא וטענינן בעדם דשמא אם היה מורישו קיים היה מכחישו להתובע [עש"ך סי' ע"ב ס"ק כ"ח] ולמה פטור גם משבועת היורשים והיא שבועה שלא פקדני אבא שמגיע לפלוני כך וכך מפני שאין היורש נשבע שבועת היורשין רק כשבא ליטול רק ביכולת התובע להטיל ח"ם על כל מי שיודע שאביו של זה חייב לו ואין היורש משלם חובו ואם התובע טוען ברי שמורישך צוה לך לשלם מהוייב היורש לישבע היסת להכחישו כבכל הטענות וכן אם היורש מודה בחמשים וכופר בחמשים ה"ז כשאר מודה מקצת וחייב לישבע שד"א כיון שטוען ברי דאין חילוק בינו לבין יורש שלו אלא בטענת איני יודע ולכן אם היורש פקח ויודע שמורישו אינו חייב לו רק חמשים יטעון על השאר שאינו יודע ויפטור משבועה ואפילו לדעת הרמב"ם והרמב"ן שנתבאר אם התובע בעצמו יודע שהנתבע אינו יודע על השאר אין דנין בזה דין דמתוך שאיל"מ [סס] :

כג כל טענת ספק אין משביעין עליה כלל כיצד א"ל כמדומה לי שיש לי אצלך מנה או שאומר מנה שהלויתי לך כמדומה לי שלא פרעתני פטור אף משבועת היסת ואפילו לצאת י"ש אינו מהוייב כשהוא טוען ברי והתובע שמא ואם התובע אומר כמדומה לי שאתה חייב לי מנה והלה אומר פרעתיך ואומר התובע את זה ברי לי שלא פרעתני י"א שחייב לישבע היסת [מבי"ט] וי"א שפטור [ש"ך] ונראה כדיעה ראשונה כמ"ש בסעי' ז' ואף שיש לו מיגו דאי בעי אמר איני חייב לך הא מיגו לאיפטורי משבועה ס"ל להרבה פוסקים דלא אמרינן ואינו דומה למה שיתבאר בסי' פ"ח לעניין שטר דפטור אפילו מהיסת דשאני התם שהשטר מסייע להנתבע והוה כמשיב אבידה [ע"ש בסמ"ע ס"ק כ"ז] :

כד וכן אם אומר אדם לחבירו נתחייבת לי מנה מפני שהודית לי שלקחת משלי אבל ההודאה לא היתה בעדים אין זה טענת ברי כיון שאין התובע תובעו אלא ע"פ הודאת פיו של הנתבע וההודאה היתה שלא בעדים או אפילו בעדים אלא שלא אמר אתם עידי אינו כלום אם זה מכחישו ואומר להד"ם או משטה הייתי בך פטור אפילו משבועת היסת אבל אם א"ל אתה הודית בפני עדים שאתה חייב לי מנה ואמרתי לעדים אתם עידי או אתה אמרת אתם עדים והעדים אינם כאן הרי זה טענת ברי ויכול להשביעו היסת שלא אמר אחד מהם אתם עדים והטעם דכיון שלדברי התובע הודה לו בהודאה גמורה אע"ג שבעצמו אינו יודע אם חייב לו דכמו

שאם

שאם היו עדים לפנינו והיו מעידים כן היינו מחייבים אותו גם אם התובע בעצמו אינו יודע כמו כן כשהתובע טוען כן שהודה לפני עדים בהודאה גמורה הוה טענת ברי ומשביעו היסת ואם הנתבע רוצה מהפך השבועה על התובע שישבע שהודה לו באתם עדים ויטול ופרטי דיני הודאה יתבאר בסי' פ"א ולכל הדיעות שיתבאר שם הכלל הוא אם לפי טענתו הודה באופן שאלו העדים העידו כן היה חייב לשלם צריך עתה לישבע ואם אלו העידו עדים לא היה צריך לשלם גם בכאן א"צ לישבע:

כה ואע"ג שאין משביעין על טענת ספק מ"מ אם לפי ראות עיני הב"ד יש רגלים לדבר משביעין אפילו בטענת ספק כגון שהיה שמעון בבית ראובן ומצא ראובן תיבתו פרוצה וניטל ממנה מעות או חפצים והוא חושד לשמעון יותר מכל האנשים שהיו שם יכול להשביעו שלא גנב וכן אם נפל שום דבר ממנו ולא היה שם רק אדם אחד יכול להשביעו היסת שלא מצא את החפץ וכיוצא בזה בשארי דברים ובזה אין הנתבע יכול להפוך השבועה על התובע כיון שאין התובע טוען ברי איך יוכל לישבע ואין לו עליו אלא ח"ם שחושדו ותלוי זה בראיית עיני הדיינים לפי העניין וכמ"ש בסי' ט"ו דביכולת הדיין להשביע אף במקום שאין שם חיוב שבועה כדי לברר האמת [ס"ך] ואף שבכה"ג משביעים על טענת ספק מ"מ תפיסה לא מהני בזה שיתפוס התובע מהנתבע אפילו בלא עדים [ס"ך וט"ז]:

כו י"א דלפעמים אין משביעין אפילו בטענת ברי כגון שהתובע תובע דבר שאינו מצוי ולפי ראות עיני הב"ד אין התביעה אמת כמעשה שהיה באחד שמכר קרקע לחבירו בשטר ובתוך ג' שנים טען המוכר חזרת ומכרת לי ושטר אין בידו מהלוקח והלוקח מוחזק בקרקע וגם השטר מכר עדיין בידו ופסקו שא"צ חבירו לישבע אפילו היסת דנראה לכל שאינו אמת דאם היה אמת כמו שאומר היה מקבל ממנו שטרו או היה מקבל מהלוקח שטר אחר [ט"ז] וכה"ג בכל העניינים שהב"ד מבינים שטענה זו רחוקה ממנהגו של עולם אין נותנין שבועה ודי בח"ם וכבר בארנו בסי' ט"ו שאם הב"ד מבינים לפי טענת התובע שרצונו רק להטיל שבועה על הנתבע מפני שיודע שהנתבע לא ישבע ויפצה אותו בעד השבועה אין לב"ד לפסוק לו שבועה ומאד מאד צריכים הדיינים ליזהר בזה:

כז טענו שניהם ספק כגון שטענו הלויתיך ואיני יודע כמה וזה משיבו אמת שהלויתני וגם אני איני יודע כמה אין הנתבע נשבע אפילו היסת ומשלם לו מה שברור לו שחייב לו ויוצא בו אף ידי שמים וי"א שכיון שזוכר שלוה אינו יוצא י"ש עד שיתפשר עם התובע כמה שיתפשרו ובין כך ובין כך יכול המלוה להטיל ח"ם על כל מי שיודע שהוא חייב לו ואינו פורעו וכל זה הוא בספק הלואה כמה היתה אבל אם ההלואה ידוע לשניהם כמה היתה ועל הפרעון יש ספק אצל שניהם אם ההלואה היא בשטר חייב מדינא לשלם הסכום היותר גדול עד שיוצא הספק מלבם ואם היא מלוה בע"פ חייב רק אם בא לצאת י"ש [ס"ך] והטעם דבשטר החוב הוא ברור ואם היה פורעו לא היה מניח שטרו ת"י המלוה ולכן אף שיש ספק גם אצל המלוה מ"מ מחוייב לשלם דהמלוה יכול לתובעו בכח השטר הנמצא אצלו אף שהפרעון ספק אצלו משא"כ במלוה בע"פ ומ"מ חייב לצאת י"ש דזהו דומה לאיני יודע אם פרעתיך דמחוייב לשלם כשהמלוה טוען ברי ולכן בשמא חייב עכ"פ לצאת י"ש וכמה פעמים נתבאר דשטר בחת"י הלוה ולא בעדים דינו כמלוה בע"פ וע' בסי' ס"ט:

כח זה שאמרנו שכששניהם טוענין ספק בההלואה א"צ אפילו לישבע זהו דווקא כשהתובע אינו יודע כלל על בירור אף על שתי כסף ופרוטה והנתבע אינו מודה בבירור על פרוטה שזהו שיעור תביעה והודאה מן התורה במודה מקצת לעניין שבועה כמו שיתבאר בסי' פ"ח אבל אם התובע טענו איני יודע כמה הלויתיך אבל זה אני יודע בבירור שהלויתיך שתי כסף ופרוטה וכ"ש יותר והלה אומר אמת הלויתני ואיני יודע כמה אבל זה ידעתי בבירור שפרוטה לויתי ממך ה"ל מחוייב שבועה מן התורה ואינו יכול לישבע ומשלם ואף כשאינו מודה מפורש בפרוטה יש לב"ד לחקור ולדרוש ממנו דהגם שאינו יודע הסכום יודע לכל הפחות בפרוטה וכשיודה בפרוטה הוי הודאה במקצת ואינו יכול לישבע ומשלם ודווקא פרוטה אבל אם הודה יותר מפרוטה והתובע יודע על שתי כסף ופרוטה שוב אין כאן שד"א משום דנחסר מכפירת שתי כסף כמ"ש שם ונשבע רק היסת וכן כשהודה פחות מפרוטה נשבע רק היסת אף כשהתובע תובע הרבה ונפטר מדיני אדם אבל בדיני שמים חייב כיון שהתובע אומר ברי והוא אומר שמא וי"א עוד שאפילו אינו מודה בפירוש על פרוטה כיון שאומר שידעתי שדבר מה מגיע לו ה"ל כהודאה בפרוטה שהיא הפחות שבמטבעות ומתוך שאיל"מ ולא אמרינן דאולי הודאתו יותר מפרוטה וליכא כפירת שתי כסף ואין כאן שד"א כשתבעו בבירור שתי כסף ופרוטה דאין לנו לתלות ההודאה שהודה יותר מן ההכרח [סס] וכמה ישלם לו אם תובעו בברי שתי כסף ופרוטה משלם לו שתי כסף ופרוטה ואם תובעו בברי מנה משלם לו מנה הכל כפי התביעה הברורה ובלבד שיהיה התובע אמוד על מה שתובעו בבירור ואם הוא אמוד על מחצה משלם לו מחצה ולא אמרינן כיון שאינו אמוד על כל התביעה הוחזק כפרן דמ"מ בזה שהוא אמוד ה"ל הנתבע מחוייב שבועה ואי"ל ומשלם [סס] דהוחזק כפרן לא הוה אלא כשהוחזק ע"פ עדים ולא ע"פ אומדנא וכן בכל תביעות שאדם תובע במה שאינו אמוד לא דיינינן בזה דין דמתוך שאינו יכול לישבע ומשלם ורק בשבועה יכול לחייב אף

במה

במה שאינו אמוד ולא נחתינן לדקדק בזה כיון שא"צ לשלם ממון וגם בזה אם הב"ד רואים שרצונו רק להטיל עליו שבועה כדי שיפצנו בעד השבועה אין נותנין לו שבועה כמ"ש בסי' זה ובסי' ט"ו :

כט יורשי המלוה כשטוענים טענת ספק שאומרים כמדומה לנו שיש לאבינו בידך מנה בין שתובעים את הלוה עצמו בין שתובעים ליורשיו אין להם עליו או על יורשיו שום שבועה אלא ח"ס אבל אם טענו ברי שיש לאבינו מנה בידך אם הודה מקצת נשבע שד"א ואם כופר בכל נשבע היסת וגם יורשי הלוה כשהודו במקצת חייבים שד"א והיסת בכופר בכל כשנשארו נכסים מן הלוה דכבר בארנו דבטענת ברי אין חילוק בין הלוה ליורשיו וכן כשאומרים להיורש אתה יודע בבירור שאביך חייב לי מנה צריך לישבע היסת [סס] דזהו ככל הטענות ואם היורש משיבו חמשין ידענא וחמשין לא ידענא נשבע שד"א כדין מודה מקצת ואין דנין ביורש דין דמתוך שאינו יכול לישבע משלם כמו שיתבאר :

ל האומר לחבירו אמר לי אבא שיש לו בידך מנה והלה אומר אין לו בידי אלא חמשים י"א שפטור אף משבועת היסת כיון דהיורש בעצמו אינו יודע מהחוב ה"ל כמשיב אבידה וכן אף אם לא הודה בכלום אין משביעין אותו היסת שזהו טענת שמא [ס"ך להרמב"ס ושארי פוסקים] וי"א שחייב לישבע במודה מקצת שד"א ובכופר הכל היסת דכשהיורש בא בצוואת מורישו ה"ל כטענת ברי מטענת עצמו וי"א דבין במודה מקצת ובין בכופר הכל אינו נשבע אלא היסת ואם יש רגלים לדבר שלפי ראות עיני הב"ד מגיע למורישו אפילו לדיעה ראשונה משביעין אותו דלא גרע מאחר כמו שיתבאר בסעי' ל"ב :

לא וכן כשאומר מצאתי כתוב בפנקסו של מורישי שאתה חייב לו מנה וברור לי שהוא כתב ידו תלוי בהדיעות שנתבארו בסעי' הקודם ואם הביא הפנקס לב"ד ועדים מכירים חת"י המת או כתבו הוה כטענת ברי ואפילו לדיעה ראשונה נשבע הנתבע היסת [כ"ל] וכן אם הביא היורש עדים ששמעו ממורישו קודם מיתו אפילו עד אחד משביעו ג"כ וכשהודה מקצת אפשר דגם שד"א יכול להשביעו אבל עכ"פ היסת וודאי דמשביעו דאין זה כמשיב אבידה דאינו יכול להעיז כשיש עדים או כתבו מוכיח ואין זה טענת שמא [כ"ל] :

לב התובע את חבירו ע"פ עד כגון שאומר פלוני אמר לי שנטלת משלי מנה והוא כופר והביא את העד משביעו שד"א להכחיש העד כאלו טענו טענת ברי דכיון דאלו היו שני עדים מעידים כן היה משלם ממילא דע"פ אחד חייב שד"א ודווקא בשהעד לפנינו ומעיד כן אבל אם אין העד לפנינו לא מקרי טענת ברי מה שאומר ששמע מפי העד ואפילו בשאומר ששמע מפי שנים אין משביעין על זה כשאינם לפנינו דהיא טענת ספק וי"א דאם אומר שהוגד לו מפי איש נאמן אפילו קרוב שלו משביעין היסת כשיש רגלים לדבר לפי ראות עיני הב"ד [ס"ך] וכתב רבינו הרמ"א דכן יש להורות ודווקא שאותו שאומר מפיו אינו נוגע בעדות זו אבל אם נוגע בעדות כגון ראובן ששלח מעות ביד שמעון שימסור ללוי ואומר שמעון שמסרם ללוי ולוי מכחישו אין להאמין לשמעון שיהא ביכולת ראובן להשביע ללוי ע"פ שמעון כיון ששמעון נוגע בעדות שהרי צריך לישבע נגד ראובן ומיהו שמעון עצמו פשיטא דיכול להשביע ללוי כיון שטוענו ברי שמסר לו וכה"ג בשארי עניינים צריכין הב"ד להבין בכאלה :

לג ודווקא בכה"ג בהולכת מעות שיש לחשוד שהשליח לקחם לעצמו וכן בשארי עניינים שיש לחשוד את זה שעל פיו רוצה ליתן שבועה אבל בעניינים שאין בהם חשד על זה יכול התובע להשביעו להנתבע על פיו של זה אפילו הוא קרוב כשרק טוען ברי והוא שלוחו של התובע לעניין זה דשלוחו של אדם כמותו ומעשה היה באחד ששידך בנו ולאחר זמן אמר לאבי הכלה כך וכך התנית לפני ואמר אבי הכלה להד"מ ולאו בע"ד דידי את וכשבנך חתנך יתבעיני אדם מה לעשות ובא חתנו ותבעו א"ל חותנו כלום שמעת שהתניתי לך כך וכך א"ל חתנו כך אמר לי אבא ועל אופן זה קדשתי בתך וענה לו חותנו כיון שאין אביך כשר להעיד לך ואתה אינך טוען טענת ברי ואין לך עלי אפילו שבועת היסת ופסק רבינו תם ז"ל דהדין עם החתן דבכל התורה שלוחו של אדם כמותו ויכול להשביעו ע"פ טענת ברי של אביו כאלו הוא בעצמו היה טוענו ברי וכן יכול הבן לכתוב הרשאה לאביו והוא ישביע את אבי הכלה וכן אם היה אבי החתן מוחזק ואבי הכלה בא להוציא ממנו אם כותב הבן לאביו הרשאה יוכל אבי החתן לישבע שכך היה תנאי ביניהם וייפטור ומזה יש ללמוד לכל העניינים [ט"ך ומהרש"ל] וכתבו גדולי האחרונים דהרשאה בשארי עניינים לא מהני כשיתן לקרוב אם אצלו הוא טענת ספק אף שהקרוב יודע העניין בבירור אא"כ מקנה לו העסק ונעשית שלו כגון שמוכר לו את השטר וכה"ג ואז נעשה הקרוב בע"ד של הנתבע אבל בהרשאה בעלמא שקרובו יהיה כהוא עצמו ולא היה שלוחו בעסק זה אין ביכולתו כשיש נ"מ בינו לבין קרובו כמו שאצלו הוי טענת ספק ואצל קרובו טענת ברי אינו יכול להשביעו על פיו וכן כשקרובו מוחזק והוא אינו מוחזק לא מקרי מוחזק ע"פ קרובו וכה"ג בכל העניינים [תו"ת וטו"ז וכס"מ דלא כס"ך] ומיהו אם לפי ראות עיני ב"ד יש רגלים לדבר כבר נתבאר שביכולתם להשביע גם בטענת ספק כללו של דבר הגם שיכול אדם ליתן הרשאה לחבירו ועומד במקומו דשלוחו של אדם כמותו זהו דווקא בשאין נ"מ בין טענת עצמו לטענת מורשה שלו אבל כשיש נ"מ כגון שאצלו ספק

ואצל

ואצל המורשה הוא וודאי והמורשה אינו כשר לעדות שהוא קרוב או שהוא אינו מוחזק והמורשה הוא מוחזק אינו מועיל שום הרשאה שיעמוד במקומו ושיועיל ברי או חזקתו של המורשה להמרשה אא"כ מקנה לו העסק לגמרי אם ביכולת להקנותו מדינא או אם היה מקודם שלוחו בעסק זה אבל באופן אחר לא מהני :

לד האומר לחבירו מנה לי בידך והלה אומר אין לך בידי כלום או פרעתיך ואמר התובע השבע לי היסת והשיב הנתבע הלא יש לך שטר עלי והשטר פרוע הוא ואתה רוצה להשביעיני תחלה ואח"כ תוציא השטר הפרוע ותגבה בו כי על שטר אינו מועיל שבועתי לכן אין רצוני לישבע עד שתוציא השטר מידך הדין עם הנתבע ויראה לי דאפילו רק שטר בחת"י הלוה דיהא נאמן לומר פרעתי מ"מ יכול לעכב השבועה עד שיוציא השטר מתח"י כיון שנפטר בשבועתו למה יעכב השטר תח"י ומצוים לו הב"ד להביא השטר לב"ד ואחר השבועה קורעין אותו ואם התובע אומר לא היה לי שטר מעולם או היה לי ונאבד אומרים להתובע בטל כל שטר שיש לך עליו קודם לזמן הזה והיינו שתכתוב שובר שעד היום הזה אינו מגיע לך מהנתבע הזה מאומה ואח"כ תשביעהו ואם אין רצונך בזה אין ביכולתך להשביע עתה והטל עליו ח"ם וצא ובקש שטר זה שהנתבע אומר ואם תמצאנו תגבה בו כשהוא שטר בעדים ואם לא תמצאנו תבטל כל שטר ותשביעהו וזהו דווקא כשהנתבע טוען שיש בידו שטר דאז יכול לעכב שבועתו אבל אם טוען מדבר שגם להתובע אינו ידוע עתה כגון שאומר אולי אחר שבועתי יבואו עדים ויעידו כדברי התובע ואצטרך לשלם ולכן לא אשבע עד שהתובע יבטל כל עדים שיעידו בעניין זה ויפסלם אין טענתו טענה כיון שעתה אין התובע יודע מהם ואם באמת יבואו עדים אחר שבועתו בוודאי ישלם והרי השבועה מגיע לו עתה מדינא אמנם אם הנתבע פורט לו אנשים פלוני ופלוני שישאלום קודם השבועה מפני שמדומה לו שיודעים מעניין זה ואולי יעידו כדבריי או כדברי התובע ולא אצטרך לישבע ואם אין רצונך בזה תבטל עדותם טענתו טענה [ס"ך] ואם הוציא מלוה שטר שאינו מקויים והלוה טוען פרעתי ואומר המלוה השבע לי שכן הוא כדבריך ואינו רוצה הלוה לישבע עד שיבטל השטר או יקרענו והמלוה אומר עתה איני מוצא קיום על השטר ואולי במשך הזמן אמצא קיום ואגבה בו אבל עכ"פ עתה השבע לי כדין הדין עם המלוה כיון שלע"ע אין ידוע לו עידי קיום [ט"ז] :

לה כבר נתבאר בסעי' י"ג וי"ד דבאיני יודע אם הלויתני פטור ובאיני יודע אם פרעתיך חייב והנה יש עניינים שיפול בהם ספק אם הוא דומה לאיני יודע אם הלויתני או לאיני יודע אם פרעתיך כמעשה שהיה באחד שפרע לחבירו סכום מעות ואחר הפרעון בא המלוה והראה לו מטבע אחת מזוייפת ואומר שקבלה מהלוה בסכום המעות שנתן לו והלוה השיבו איני יודע אם היתה מטבע זו באותם המעות ופסק הט"ז ז"ל דכיון דנפטר ממנו בחזקת פרעון הוה כתביעה חדשה ודומה לאומר איני יודע אם הלויתני והש"ך ז"ל בסי' רל"ב הביא מעשה כזה מתשו' מהרשר"ם ופסק דדומה לאיני יודע אם פרעתיך והש"ך הסכים עמו וכמה מגדולי אחרונים נחלקו בסברא זו כי יש פנים לכאן ולכאן והדעת יותר נוטה לסברת הט"ז ז"ל ובפרט דאם לפי הבנת הב"ד לא היה לו להלוה לידע מזה הרי גם באיני יודע אם פרעתיך פטור בכה"ג כמ"ש בסעי' ט"ו וכמה מהגדולים הסכימו לסברת הט"ז ז"ל ועכ"ז מהראוי לעשות פשרה בעניינים כאלו :

סימן עו [אחד שלוה משנים מזה מנה ומזה מאתים וכל אחד תובע מאתים ובו ב' סעיפים] :

א אחד שלוה משנים במעמד אחד שלש מאות זוז מזה מנה ומזה מאתים והודיעוהו משל מי הוא המנה ומשל מי המאתים וכשבאו לתובעו כל אחד אומר בברי שממני לוית מאתים והלוה שכח איזהו בעל המנה ואיזהו בעל המאתים צריך לשלם לכל אחד מאתים אחרי שישבעו שניהם ואף דבפקדון יתבאר בסי' ש' דאינו חייב כשהפקידו זה בפני זה מ"מ בהלואה חייב דמלוה להוצאה ניתנה והיה לו לדקדק של מי הם המאתים ופשע במה שלא דיקדק אבל בפקדון למה לו לדקדק כיון שהם לא הפקידו והפקידו ביחד זה בפני זה מה לו ולהם [עסמ"ע] ודווקא במלוה בע"פ אבל במלוה בשטר שעשו עליו שטר מן ש' זהובים אע"פ שהודיעוהו שלוה מנה ולזה מאתים נותן לזה מנה ולזה מנה והשאר יהא מונח אצלו עד שיודה אחד לחבירו או עד שיבא אליהו וישבע היסת שאינו יודע למי הם המאתים ואפילו אם רוצה להניח המנה בב"ד לא ימלט משבועה [ס"ך] אם תובעים השבועה כיון שכל אחד טוען ברי וטעם ההפרש בין שטר לבע"פ דבשטר כיון שנעשו שותפים בההלואה בשיעבוד אחד והאמינו זל"ז בתפיסת השטר שהרי השטר אין ביכולת להיות אצל שניהם לא הו"ל למידק ובסי' הבא יתבאר עוד בזה וכן במלוה בע"פ אם אינם טוענים ברי אינו מחוייב לשלם מאתים לכל אחד ונותן לזה מנה ולזה מנה ומנה השלישי חולקי' ביניהם ואף שבועה אינו מחוייב הלוה כיון שאין טוענים ברי אמנם

אמנם לצאת י״ש מחוייב לשלם לכל אחד מאתים ואם אחד טוען ברי שמאתים שלי ואחד טוען שמא נותן המאתים למי שטוען ברי ובמלוה בשטר אינו מחוייב אף לצאת י״ש מהטעם שכתבנו:

ב היו שנים תובעים אותו כל אחד אומר הלויתיך מנה והוא אומר לויתי מאחד מכם מנה ואיני יודע איזהו חייב מדינא לשלם לכל אחד מנה אחר שישבעו שניהם ואם גם הם מסופקים מי מהם הלוה לו פטור הלוה מליתן לכל אחד אף לצאת י״ש ואינו דומה לסעי׳ הקודם דבשם כיון דלוה משניהם היה לו לדקדק ולכתוב ממי לוה מנה וממי מאתים אבל בכאן שלוה מאחד לא היה לו להעלות על דעתו שישכח ממי לוה ולא פשע במה שלא כתב וי״א שעכ״ז אם בא לצאת י״ש צריך ליתן לכאו״א והעיקר כסברא ראשונה [סס] אבל אם אומר אביו של אחד מכם הלוה לי מנה ואיני יודע של מי חייב לכ״ע אם בא לצאת י״ש ויתבאר בסי׳ ש׳ בס״ד ולמה אמרנו בסעי׳ הקודם דכשתובעים בברי תהא מונח המנה השלישי ובשמא יחלוקו משום דבברי וודאי יש רמאי לכן אין חולקין שלא בהסכם שניהם אבל בשמא דליכא רמאי מעיקר דינא הוא שיחלוקו כיון שכולם מסופקים ואין אחד מהם מוחזק יותר מחבירו ועל הלוה א״א להטיל יותר כמו שנתבאר ולכן יחלוקו [עכס״מ]:

סימן עז [דין שנים שלוו מאחד ושותפין שאחד מהם לוה לבדו ובו ט״ז סעיפים]:

א שנים שלוו מאחד בשטר אחד אף שכל אחד חייב חצי החוב מ״מ יש לכל אחד דין ערב על חצי חוב חבירו אף אם לא פירשו זה בהשטר דמסתמא על נאמנות שניהם הלוה והיה דעתו שאם לא יגבה מזה יגבה מזה וזה שנוהגין לכתוב בשטר כזה שהם ערבים זל״ז הוא לשופרא דשטרא דגם בלא כתיבה הדין כן [רא״ש פ״ס דשבועות] וכל דיני ערבות שיתבארו בסי׳ קכ״ט נוהג בזה ואם אין נכסים לאחד מהם או כשאין ביכולת לגבות ממנו גובה מהשני הכל אבל כשיכול לגבות מכל אחד מחציתו לא יתבע מאחד כל החוב דגם בערב הדין כן כשביכולתו לגבות מהלוה לא יתבע מן הערב ואם פרע אחד מהם כל החוב חוזר וגובה מהשני מחציתו ואע״ג דזה יכול לומר לו למה היה לך לפרוע בעדי כשעדיין לא תבע המלוה ממני ויש לך דין פורע חובו של חבירו דפטור מלשלם כמו שיתבאר בסי׳ קכ״ח מ״מ הכא כיון דאחד ערב בעד חבירו הוה כמו שצוה לו לשלם בעדו ואע״ג דיש מי שסובר דגם בערב צריך הלוה לצוות להערב שישלם כמ״ש בסי׳ ק״ל מ״מ כיון דהם שותפים בההלואה דרך השותפים לשלם גם בלי ציווי השותף השני [תו״ת] ואפילו פרע האחד בסתם את כל החוב אין המלוה יכול לומר שמחצה השני שילם לו בעד חוב אחר שהיה חייב לו אלא וודאי פרע לו גם בעד השני ולכן חייב השני לסלק לו מחציתו [ס״ך] וכשהמלוה תובע מאחד כל החוב בטענתו שא״א לו לגבות מהשני צריך המלוה לישבע שהשני לא פרע לו או שיברר זה שלא פרע לו ואם פירשו בהשטר שהם ערבי קבלנים זל״ז יכול לגבות ממי שירצה אע״פ שיש להשני נכסים כדין ע״ק שיתבאר בסי׳ קכ״ט וכ״ש אם כתוב בשטר מפורש שיגבה ממי שירצה כמו שרגילין לכתוב רמ״ג ורמ״ג דגובה ממי שירצה ואם פירשו מפורש שהאחד אינו ערב בעד חבירו אין להם שייכות זל״ז אלא גובה מכל אחד החצי:

ב ולאו דווקא מלוה בשטר אלא אפילו מלוה בע״פ כשאמרו להמלוה תלוה לנו בשותפות מאה זהובים [סס] או שלקחו מקח אחד בשותפות או קבלו שניהם יחד פקדון נעשו ערבים זל״ז אע״פ שלא פירשו מפורש כן וכל הדינים שנתבארו בסעי׳ הקודם נוהג גם בהם:

ג אע״פ שנתבאר דאם שילם אחד מן הלוים גובה מחצה מהשני מ״מ אם מת אחד מן הלוים ומצאו יורשיו שט״ח שחתומים עליו אביהם ושמעון אין ביכולתם לטעון לשמעון שבוודאי אביהם פרע כל החוב ולכן נמצא השט״ח אצלו וחייב שמעון לשלם להם מחצה דאין זה טענה כלל דיכול להיות ששמעון פרע מחציתו להמלוה או לאביהם ולא הקפיד בזה שנשאר השט״ח אצל אביהם כיון ששניהם חתומים בו אא״כ טוענים ברי שאביהם שילם כולו והוא לא שילם עדיין מחציתו לאביהם ולא מפני ראיית השטר דאז הוה ככל התביעות שבע״פ וצריך שמעון לישבע שפרע מחציתו [עס״ך סק״ו]:

ד ראובן ושמעון שהיו שותפים באיזה עסק ולוה ראובן מעות מלוי לצורך עסק השותפות ובא לוי לגבות חובו מראובן ושמעון וטוען שמעון אני לא לויתי ממך וגבה מראובן שלוה ממך אם שמעון אינו מודה כלל שבהסכמתו לוה ראובן מלוי וגם טוען שממון לוי לא נכנס כלל לעסק השותפות ואפילו נכנס לעסק השותפות אלא שכבר קבלם ראובן מהעסק ואין עדים על זה אין ללוי עסק כלל עם שמעון אלא עם ראובן אבל אם שמעון מודה שסכום ממון כזה שלוה ראובן מלוי נכנס לעסק השותפות ועדיין נמצא הממון או סחורה במחירה בהעסק אלא שטוען שראובן לוה מלוי שלא בציווי ומראובן מגיע לו הרבה ממון לכן אגבה את שלי מהנמצא בהעסק ואתה לך וגבה מראובן אין טענתו טענה אלא גובה לוי מהנמצא בהעסק ושמעון יגבה מראובן ממקום אחר כיון שהוא מודה שהמעות שלוה שותפו מלוי עדיין נמצא בהעסק אמנם אם בהעסק לא נמצא הממון וכל מעות העסק כבר בא ליד שמעון יכול שמעון לומר שזה שקבלתי קבלתי לפי החשבון שיש לי עם ראובן ואין לך

לו עסק עמי ורק אם שמעון מודה שלפי החשבון מגיע ממנו לראובן או להעסק חייב לשלם ללוי כפי מה שיש לו מזה החשבון וכל זה כשאין עדים אבל אם יש עדים שבשעת ההלואה לוה ראובן מלוי לצורך השותפות ושהיתה לטובת העסק או ששמעון מודה בזה והמעות נכנס להעסק אזי מחוייב שמעון לשלם מחצה החוב אפילו מביתו ואינו מועיל לו שום טענה אם מגיע לו מראובן אם לאו כיון שההלואה היתה על שם השותפות ולטובת העסק והמעות נכנס בהעסק ואף אם לוה ראובן שלא בציויו של שמעון מ"מ חייב שמעון במחציתו דכל שותף הוא כשלוחו של שותפו בדבר שהוא לטובת השותפות ודווקא המחצה שלו חייב לשלם אבל אין לו דין ערב גם נגד המחצה של ראובן כדין שנים שלוו מאחד שנתבאר כיון שראובן לא לוה ע"פ ציויו ואם יש עדים שע"פ ציווי של שמעון לוה ראובן מלוי אזי נעשה ערב גם על חלק ראובן כדין שנים שלוו מאחד כיון שבציויו עשה שלוחו של אדם כמותו ואפילו אין העדים יודעים אם המעות נכנסו להעסק אם לאו אין שמעון נאמן לומר שלא נכנסו בהעסק ואינו חייב בערבות בעד חלקו של ראובן דחזקה שליח עושה שליחותו אא"כ מביא שמעון ראיה שלא נכנסו להעסק אזי אינו מחוייב רק במחצה שלו ואם אין עדים שע"פ ציווי לוה ראובן אלא ששמעון מודה מעצמו שע"פ ציווי לוה ראובן מלוי אזי אם מודה שמעון גם בזה שהמעות נכנסו להעסק יש לו דין ערב גם בעד חלק ראובן אבל אם אינו מודה שנכנסו להעסק אינו משלם אלא חלקו ולא חלק ראובן דנאמן במיגו דאי בעי אמר שלא לוה בציויו ואע"פ שחזקה שליח עושה שליחותו מ"מ בעניין זה אין החזקה גדולה כל כך שתבטל המיגו של שמעון אבל בחלק עצמו חייב אף אם שינה ראובן בהמעות כיון שע"פ ציווי לוה רק לעניין הערבות מהני שינויו ששינה בהמעות דעיקר הערבות הוא בשעת העסק ואע"ג דבשנים שלוו מאחד נעשים ערבים בשעת הלואה זהו מפני ששניהם לוו אבל בזה שאחד לוה בשליחות חבירו ע"מ להכנים המעות בעסק השותפות עיקר הערבות הוא בעת הכנסת מעות אלו להעסק משא"כ בחלקו נתחייב משעת ההלואה [כנלע"ד בדינים הלו לספות סדיעות ועי' בנה"מ ססכים לדינה כן]:

ה שנים שערבו לאחד כשיבא המלוה ליפרע מן הערב יפרע מאיזה מהם שירצה ואפילו כשיש גם ממה לגבות מהשני לא הטריחו חכמים להמלוה שיגבה מכל אחד החצי ולא דמי לשנים שלוו דלכתחלה יגבה מכל אחד חלקו דבשם כיון שכל אחד נעשה לוה בפ"ע וערב גם בעד חבירו למה יניח הלוה ולגבות מן הערב אבל בשני ערבים שלא נתחייבו מצד עצמם אלא מצד הערבות ששיעבדו עצמם ואין שיעבוד לחצאין וכל אחד נכנס בכל הערבות לכן ממי שירצה יגבה [סמ"ע] אא"כ פירשו שכל אחד ערב בעד חצי החוב דאז גובה מכל אחד מחצה וכשגובה ממי שירצה תובע הפורע מהשני מחצה ואם לא היה לאחד מהם כדי החוב חוזר ותובע להשני בשאר החוב ובסי' קל"ב יתבאר שיש חולקים בזה וס"ל דדווקא כשאינו מוצא ממה לגבות מהשני דאז גובה מהאחד הכל אבל כשיש ממה לגבות גובה מכל אחד החצי כדין שנים שלוו מאחד ואחד שערב למלוה אחד בשביל שני לוים כשיפרע להמלוה יודיעו הערב על איזה מהלוים פורע לו כדי שיחזור עליו הערב לגבות ממנו דאם לא יודיענו כשיבא הערב לגבות ממנו יאמר לו לא בשבילי פרעת אלא בשביל האחר ולכן באמת אם פרע סתם לא יוכל לגבות מאחד מהם עד שיפרע גם בשביל השני או שיקבל הרשאה מהמלוה [ט"ז בסי' קל"ב]:

ו ראובן שהוצרך ללות מנה משמעון ולא רצה להלותו עד שיכנסו יהודה ולוי ערבים ובע"ח [טור] וחתמו עם ראובן בהשט"ח [ככ"ל פי' סס"ע סעי' ד'] והעני ראובן וגבה שמעון כל חובו מלוי ולוי לא מיחה בו ולא א"ל גבה גם מיהודה וחזר לוי לתבוע מחצית המנה מיהודה וטען יהודה לא נכנסתי ערב לך אלא לראובן והיינו שכלנו חתמנו בשטר ואיני חייב לך אלא השליש שנתחייבתי לשמעון והמותר תפסיד אין שומעין לו דהא שמעון ביכולתו לגבות מאחד כל החוב כשאין להשנים האחרים כדין שנים שלוו מאחד וכיון שלראובן אין לו היה יכול לגבות מחצה מלוי ומחצה מיהודה ועל דעת כן נכנסו בערבות שאם יעני ראובן יפרע כל אחד מחצה וכיון שפרע לוי כל החוב גובה מיהודה החצי שפרע בשבילו וכן הדין כששלשה ערבו בעד אחד והעני הלוה וגבה המלוה מאחד מהם כל החוב ואחד מהערבים העני ג"כ או שהוא במדה"י חייב הערב השני לפרוע מחצה החוב לזה שפרע להמלוה אבל כששלשתן נמצאים בכאן ויש להם לפרוע אלא שעם אחד צריכין לטפל ביותר להוציא מידו אין כח ביד זה שפרע להוציא המחצה מהשני לבדו אלא צריך לטפל גם עם השלישי בהשליש המגיע ממנו אם לא שנעשו בפירוש ע"ק זה לזה [סמ"ע]:

ז ראובן תבע משנים שלוו ממנו בשותפות וכפר אחד והודה אחד הרי זה שהודה נתחייב בכל החוב אפילו כשיש נכסים גם להשני כיון שהוא כופר וא"א להמלוה לגבות ממנו וגם אין עדותו מחייב את חבירו שבועה כיון שהוא נוגע בדבר דע"י כפירתו של זה מתחייב הוא בכל החוב ואף אם יש להמלוה קצת חסרון במה שזה כפר לו כגון שלהכופר יש נכסים בינונים ולהמודה אין רק זיבורית מ"מ אין מקבלין עדות המודה על הכופר [ס"ך] וזהו דווקא במלוה בע"פ אבל במלוה בשטר א"צ לעדות כלל ואין אחד מהם יכול לכפור דבעל השטר נאמן לגבות ולהוציא בשטרו אם הוא שטר מקויים [סמ"ע] ואם אינו מקויים ואחד מהם טוען מזוייף הוא והשני מודה דינו במלוה בע"פ וכן גם בשטר מקויים והאחד

מהם

מהם טוען פרעתי והשני מודה שלא נפרע ג"כ דינו כמלוה בע"פ וכל זה הוא כשחתמו שניהם סתם על החוב דמדינא גובה מאחד הכל דאז פסול המודה לעדות כמ"ש אבל אם כתובים בשטר כל אחד סכום בפ"ע באופן שאין המלוה יכול לגבות מאחד כל החוב מקבלים עדות המודה על הכופר לחייבו שד"א כיון שאינו נוגע בעדות כלל וכן בבה"ג כשטוענים כולם פרענו מקבלים עדותם זה על זה ולא חיישינן שעשו קנוניא ביניהם שזה יעיד לזה וזה לזה ולכן אחד שהוציא שטר על שלשה שיש לו אצלם כך וכך ממון ועל כל אחד כתוב סכום בפ"ע וטענו כולם ואמרו פרענו זה בפני זה מקבלין עדותן ונפטרין כולם ואין חוששין לגומלין דלא מצינו שמפני חשש גומלין פסול לעדות דאם ניחוש לזה ניחוש בכל עדות שמא מקבל ממון בעד עדותו אלא שלא נחשדו ישראל על כך וכן מצינו לעניין עדות כהונה ועדות שבויה דלא חיישינן לגומלין כמ"ש באה"ע סי' ג' וסי' ז' וכן קיי"ל לעניין נאמנות יי"נ ביו"ד סי' קל"א כמ"ש שם רבינו הב"י בספרו הגדול ואפילו להחולקים שם י"ל דדווקא בכותים חיישינן ולא בישראל ואע"ג דלעניין מעשרות חשו חכמים לגומלין כמבואר ברמב"ם פי"ב ממעשר זהו בע"ה שלא האמינוהו חכמים על המעשרות אבל בעדות שכשר להעיד לא חיישינן לגומלין [כנלע"ד] וכ"ש במלוה בע"פ בכה"ג שכל אחד לוה בפ"ע שמקבלין עדות מזה על זה בין לזכות בין לחובה ושלשה שהלוו לאחד וראו שרוצה לכפור ועשו תחבולה ביניהם שאחד יתבע והשנים יעידו והוציאו הב"ד מהלוה ע"פ עדותם כי לא ידעו שהם שותפים ואח"כ הודו מעצמם שהיו שותפים אין מוציאין מידם דהא יש להם מיגו שלא היה נתגלה הדבר שהם שותפים ולכן גם כשאומרים שהם שותפים ומגיע ממנו נאמנים [ס"ך והחרוכים] ואם באו עדים שהם שותפים מוציאין מהם וכן אפילו הודו מעצמם אלא שהודו קודם ששילם להם הלוה אין מוציאין מיד הלוה דמיגו להוציא לא אמרינן [כ"ל]:

ח כתבו רבותינו בעלי הש"ע שנים שלוו מאחד בשטר אחד ומחל לאחד מהם לא מחל אלא חלקו וגובה מחבירו חצי החוב ויש חולקים ואומרים דכל החוב מחול ואין יכול לתבוע לחבירו כלום ולעניין הלכה אם היו אלו השנים ע"ק שאז היה יכול לגבות כל החוב מאחד מהם ומחל לאחד מהם כל החוב מחול וגם השני פטור אבל אם אינם ע"ק שאז צריך לתבוע כל אחד ומחל לאחד מהם אינו מחול אלא החצי וגובה מחבירו חצי החוב עכ"ל ויראה לענ"ד שדין זה אינו אלא אם לפי העניין אינו נראה שהמלוה רצה למחול לזה יותר מלזה כגון שאחד מהלוים בא להמלוה ובקש ממנו שימחול מפני איזה טעמים וכל שותף הוה כשלוחו של השני ממילא אף כשאמר המלוה הנני מוחל לך כיון שלא פירש לו הלקך אני מוחל תלה המחילה על שניהם כשהם ערבי קבלנים זל"ז מפני שכל אחד שייך בכל החוב שביכולתו לגבות מאחד אף כשיש גם להשני וא"צ לתובעו להשני כלל כמו שנתבאר וכן אם אף בלא בקשת הלוה אמר המלוה הנני מוחל לך את החוב ואין נראה לפי העניין שימחול לזה יותר מלזה חלה המחילה על שניהם כשהם ע"ק זל"ז ואם אינם ע"ק זל"ז כיון דכל אחד מהם הוא לוה על מחציתו וערב בעד חלק שותפו אין חלק השותף בכלל המחילה כיון דשני עניינים הם אבל אם לפי העניין נראה שרק לו מחל כגון שבקש מהמלוה שימחול מפני שמצבו לא טוב או מפני שעשה לו איזה טובה וכן כשמעצמו אמר המלוה לו אני מוחל לך וידוע שטעמו היה מפני מצבו של זה או מפני אהבתו אז וודאי לא היתה כוונתו רק על חלקו וראיה לזה מתוספתא [ב"מ פ"ח] דתניא השותפים שמחלו להם המוכסין מחלו לאמצע ואם אמרו בשביל פלוני מחלנו מה שמחלו מחלו לו עכ"ל ובוודאי אין הכוונה מה דתניא שאמרו בשביל פלוני שפירשו דרק חלקו מחלו דא"כ מאי למימרא אלא הכוונה שאמרו שבשביל פלוני מוחלין המכס וק"ו הדברים דהא בזה לא פירשו שמוחלין לו אלא שמוחלין המכס סתם ועכ"ז כיון שאמרו בשביל פלוני אין המחילה רק לו לבדו וכ"ש כשאמר הנני מוחל לך ולפי העניין יש סיבה מה שמחל לו דאין המחילה רק על חלקו לבדו [כ"ל] ובכל זה אין חילוק בין מחילת מקצת החוב למחילת כל החוב [ט"ך] ואם היו הרבה שותפים ומחל לשנים אמרינן כיון שנחית למניין לא מחל רק להם והנשארים ישלמו חלקם [שס] וכן אם מחל לזה הלוה מחילה כללית והיינו כל חובות שיש לו עליו וגם חוב זה נכלל בו אין המחילה רק חלקו לבדו [שס] ואם אמר אני מוחל לך מה שלוית עם חבירך יש מי שאומר דהואיל שהזכיר חבירו ואמר מחול לך אין המחילה רק על חלקו לבדו [סמ"ע] ויש מי שחולק בזה [ט"ך] ואין הכרע בדין זה [נס"מ] ויראה לי שאם חייב לו עוד איזה חוב אין ראיה שהמחילה לו לבדו היתה דזה שהזכיר חבירו היתה כוונתו למעט החוב האחר ואם אינו חייב לו חוב אחר הדעת נוטה לדיעה ראשונה:

ט אחד שלוה משנים ומחל אחד מהמלוים כל החוב אין חלק חבירו מחול אפילו כששניהם כתובים בשטר אחד דאיך יכול זה למחול ממון חבירו ואפילו אם השטר כתוב על שם המוחל לבדו דאז יכול לגבות בעצמו כל החוב כמו שיתבאר מ"מ כיון שהחוב של שניהם במה כחו יפה למחול את שאינו שלו [תו"ת ונס"מ] דלא כיש מי שחולק בזה וכמו דאין אחד מהמלוים יכול למחול ממון חבירו כמו כן אם הלוה נתפשר עם אחד מהמלוים ולהשני טוען שאינו מגיע לך לא יוכל השני לומר הלא כבר הוה כהודאה ממך על החוב במה שנתפשרת עם שותפי דיכול הלוה לומר לזה ויתרתי ונגדך אין רצוני לוותר ויוכל לעמוד עמו בדין ויטעון כל מה שירצה אף להכחישו

להכחישו בכל ויקוב הדין ההר ביניהם אם לא כשמפורש הודה לפני הראשון שהחוב אמת ויראה לי שהראשון יכול להיות עד בדבר כיון שכבר נתפשר עמו אינו נוגע עוד בדבר וכשר לעדות:

י שנים שערבו בשביל לוה אחד ופטר המלוה את אחד מהם מהערבות לא נפטר השני וביכולת המלוה לגבות ממנו כל החוב ואינו דומה למ"ש בסעי' ח' דערבות שאני דעיקר החוב הוא על הלוה ולו לא מחל ולכן ממילא אף שמחל לערב אחד גובה מהלוה וכשאין ללוה גובה מהערב השני כל החוב דהא נתבאר בסעי' ה' דבערבות גובה ממי שירצה אף כשיש ממה לגבות מהשני ולכן אף שמחל לאחד הרי היה ביכולתו גם בלא המחילה לגבות מהשני כל החוב ולפ"ז לדיעה שנייה שנתבאר שם אין ביכולתו לגבות כל החוב מהערב השני אא"כ אין לו ממה לגבות מהאחר אבל אם יש לו ממה לגבות ממנו ומחל לו אינו גובה מהשני רק חצי החוב וע' מ"ש בס"ם קל"ב:

יא שנים שהלוו או הפקידו לאחד ובא אחד מהם ליטול חלקו אין שומעין לו עד שיבא חבירו דכמו שקיבל משנים כך צריך למסור לשנים ולכן צריך להודיע להשני שיבא גם הוא ויקבלו שניהם ואם הוא בעיר והודיעוהו ולא בא צריך ליתן לזה התובע הכל דוודאי ניחא ליה שיהא שלוחו לקבל את החוב או הפקדון דאל"כ למה לא בא אבל כל זמן שהשני אינו יודע לא יתן להתובע אפילו חלקו ואע"ג דלדון עמו על חלקו מחוייב לדון עמו אף כשאין השני בכאן כמו שיתבאר בסי' קע"ו וסי' קכ"ב מ"מ למסור לידו חלקו אין ביכולתו בלא ידיעת השני מפני הטעם שכתבנו דכמו שקיבל משנים כמו כן צריך למסור לשנים וי"א דדווקא כשאין ידוע חלקו של כל אחד ולכן אין ביכולתו למסור לו דאולי אין לו כל כך אבל כשידוע חלקו של כל אחד צריך למסור לו חלקו אף כשאין השני כאן [ס"ך] ולפ"ז מי שהפקיד פקדון ביד אחד ומת והיו לו שני בנים ובא אחד מהם ליטול חלקו נותנין לו כיון שחלקו מבורר מיהו אפילו לדיעה ראשונה אם התובע נותן אמתלא שמתירא להניח המעות או הפקדון בידו של זה ורצונו שיניחנו ביד ב"ד טענתו טענה אפילו על כל החוב ומוציאין מידו של זה ומוסרין ליד ב"ד וכן כשהשני במרחקים באופן שא"א להודיעו נותנין לזה התובע חלקו גם לדיעה ראשונה דאין סברא כלל לעכב מעותיו של זה מפני השני כיון שא"א להודיעו וחלקו של השני יונח ביד ב"ד או ביד הלוה או הנפקד אם הוא איש בטוח [כ"ל] וכן אף כשהשני בעיר והודיעוהו ולא בא שצריך למסור הכל להתובע כמ"ש מ"מ אם הלוה או הנפקד אינו רוצה ליתן לזה רק חלקו וחלק האחר יומסר לב"ד הרשות בידו דאין הפסד בזה להשני אפילו אם אמרינן דעתו שרצונו ששותפו יקבל מ"מ הרי ב"ד טוב לו יותר ויבא ויקבל מב"ד ואם יהיה רצונו למסור לשותפו ימסור לו אח"כ אא"כ השותף צריך למשא ומתן בוודאי נותנים לו מיד [כ"ל]:

יב לוה משנים ונכתב השטר על שם אחד מהם אם תבעו אותו שלא נכתב השטר על שמו יכול לדחותו ולומר לו לא אתן לך כלום וכשהשני רוצה אפילו רק לדון עם הלוה צריך הרשאה מן זה שנכתב השטר על שמו וזה שהשטר על שמו יכול לגבות כולו גם בלא הרשאה מהשני וה"ה אם שניהם כתובים בהשטר כל מי שבידו השטר יכול לגבות כולו ואם טוען הלוה פרעתי לאחד מהם אם פרע למוציא השטר אין להשני עליו כלום וילך ויגבה חלקו משותפו ואם פרע למי שלא היה השטר בידו כשבא זה שהשטר בידו צריך לשלם לו חלקו ויטול בחזרה חלקו של זה מהשני אם נתנו לו אבל חלק האחר ששילם א"צ לשלם לזה שהשטר בידו כיון דגם האחר כתוב בשטר וכמ"ש בסי' ע"א סעי' כ"ה ע"ש:

יג איש ואשתו שלוו מאחד דינם כשנים שלוו וחייבת היא לשלם מחצה והבעל מחצה ואם יש לה נכסים בפ"ע גובין חלקה ממנה ואם אין לה נכסים גובין חלקה מהבעל כדין שנים שלוו ואין לאחד מהם דגובין מהשני ונשאר עליה חוב זה להבעל ויורשי הבעל אם ימות קודם ינכו לה מכתובתה וגם הבעל עצמו יכול לכופה שתמכור לו כתובתה בטובת הנאה אם עדיין ישאר לה כתובה דאורייתא כמו שיתבאר דין זה בסי' תכ"ד לעניין חבלות ואמנם כל זה הוא באשה שיש לה עסק בפ"ע ואין שייך העסק להבעל כלל אבל בסתם נשים אפילו כשהיא נושאה ונותנת בתוך הבית אין עליה שום חיוב כלל רק על הבעל ואפילו לותה לבדה נהי שהמלוה יכול לתובעה ומחוייבת לשלם מ"מ החיוב הוא על נכסי בעלה ואין הבעל ויורשיו נפרעים ממנה ונאמנת לומר שכל הממון לקח הבעל לידו או שהמעות נכנסו לעסקי הבעל ומה שחתמה עם בעלה או חתמה לבדה בשטר היה לטובת עסקי הבעל [לבוש] אא"כ הבעל מברר שנשאר ממון בידה ויקוב הדין ההר ביניהם וכן אם הקיפה סחורה בחנות כיון שידוע לכל שכל מה שנושאת ונותנת הוא של הבעל ואין לה משלה כלום חל חיוב התשלומין על הבעל דהיא כשלוחו שהדין הוא עם המשלח כמ"ש בסי' קפ"ב אם לא שחתמה עצמה בשטר דאז הוה כמו שפירש המלוה שבטחונו עליה ומחוייבת לשלם והיא תובעת מהבעל [נס"מ] ואם הב"ד מבינים שאע"פ שחתמה היה בטחון המלוה או החנוני על הבעל אין ביכולתם לתבוע אותה אלא תובעים את הבעל רק אם אין לבעל במה לשלם או שהוא אלם וא"א לגבות ממנו מחוייבת היא להשתדל שיפרע הבעל דמסתמא סמכו רק עליה [כ"ל]:

יד שנים שלוו וחתמו א"ע בהשטר או איש ואשתו אין אחד מהם נאמן לומר אני לא לקחתי מהמעות בכלל אלא

אלא שנכנסתי עמך בהשטר לבקשתך אמנם אם יש לו לזה הטוען כן מיגו דפרעתיך כגון שהאחד אומר פרעתי להמלוה כל השטר תשלם לי מחציתך וזה אומר פרעתיך מחצה שלי ונאמן ולכן נאמן ג"כ אם אומר שלא לקחתי מהמעות כלל במיגו דפרעתיך וזה שהשטר בידו אינו יכול לומר אם פרעתני למה הנחת השטר בידי דכיון ששניהם חתומים בו ובהכרח שהשטר יהיה רק תחת אחד מהם ואין זה ראיה שלא פרעו אבל אם זה שהשטר בידו יש לו כתב ראיה מהמלוה שכתב לו התקבלתי ממך כל החוב אין השני נאמן לומר פרעתיך מחצה [סמ"ע וט"ז] דזה שנאמן לומר פרעתיך המחצה הוא ג"כ במיגו שהיה יכול לומר פרעתי מחציתי להמלוה ובמה אתה יותר נאמן לומר פרעתי למלוה יותר ממני דמזה שהשטר בידך אין ראיה כמ"ש אבל כשיש בידו של זה כתב מהמלוה שוב אין השני יכול לומר פרעתי למלוה וממילא דאינו יכול לומר פרעתיך מחצה וממילא דאין יכול לטעון לא לקחתי מהמעות כיון דאין לו מיגו :

טו ראובן שכתב לבנו וכלתו בית וכתב שלא יגבו אלא שתיהן ביחד ומת הבן יכולה אשתו לגבות כתובתה ממתנה זו דלשון יחד שכתב להם לא בא למעט אם מת אחד אלא שלא יגבה כל אחד חצי בית בלא דעת השני אבל לגבות כתובה הרי אפילו היה חי והיה מגרשה היתה גובה ממנו וכ"ש כשמת דגובה ממנו כתובתה ויראה לי דזהו דווקא אם עכ"פ נכנסו שתיהן להבית ואח"כ מת אבל אם לא נכנסו כלל להבית לא נתקיימה מתנתו כלל שהרי לא נתן אלא לשתיהן אבל מלשון רבינו הרמ"א סעי' י' לא משמע כן ע"ש [ומקורו מריב"ש סי' קפ"ה ולא נמצא שם ובסי' תפ"ח נמצא שם תשו' אחת כעין זה ולא בבית זה והובא באהע"ז סי' ק"ב ובזה וודאי כן הוא ודין זה צ"ע] :

טז ראובן היה חייב לשמעון מנה ואח"כ לוו ראובן ואשתו מלוי מנה ונפטר ראובן והגבו ב"ד מנכסי ראובן לכתובת אשתו ולא נשאר כלום לבע"ח לפי שכתובתה היתה מוקדמת וכמ"ש באהע"ז סי' ק"ב ובא לוי וגבה כל חובו מהאלמנה כדין שנים שלוו מאחד שגובה מהאחד כולו כשאין ממה לגבות מהשני אין שמעון יכול לגבות מלוי בטענה שחובו מוקדם שהרי לוי לא גבה מראובן אלא מאשתו והיא לא חתמה על שטרו של שמעון ודין שנים שלקחו מאחד מעות להתעסק יתבאר בס"ד בסי' פ"א :

סימן עח [הטוען שפרע תוך הזמן ובו ט' סעיפים] :

א אמרו רבותינו ז"ל [ב"ב ה'.] חזקה אין אדם פורע בתוך זמנו ולוואי שיפרע בזמנו לפיכך הקובע זמן לחבירו להלואתו ותבעו תוך זמנו וא"ל פרעתיך אינו נאמן ואף שבועה אין לו על המלוה רק ח"ס [טור] ואף שיש מי שחולק בזה כמ"ש בסעי' ד' מ"מ כן עיקר לדינא ואין חילוק בזה בין מלוה בשטר למלוה בע"פ אם יש עדים על ההלואה אבל אם אין עדים נאמן לומר פרעתי במיגו דהיה כופר ההלואה או שהיה אומר שהוא אחר הזמן ואע"ג דהוה מיגו במקום חזקה מ"מ אינה חזקה אלימתא דתבטל המיגו דלפעמים כשיש להלוה מעות והושש שאחר הזמן יהיה דחוק למעות פורע בתוך זמנו כדי שלא יטרידנו המלוה אחר הזמן וכן אם תבעו אחר הזמן ואמר פרעתיך בתוך זמנו נאמן בכל ההלוואות במיגו דאמר פרעתיך לאחר הזמן ובשטר בעדים כשהשטר הוא ביד המלוה אינו נאמן לומר פרעתי אף אחר הזמן ואין ביכולתו רק לחייב את המלוה שבועה כמ"ש בסי' פ"ב אבל בשטר בחת"י הלוה נאמן לומר פרעתי אחר הזמן כמ"ש בסי' ס"ט ואם תבעו תוך זמנו ואמר פרעתיך ואח"כ תבעו לאחר הזמן וא"ל פרעתיך לאחר הזמן הוחזק כפרן דלדבריו למה פרע לו עוד הפעם הלא אמר שפרע לו תוך זמנו וחייב לשלם עתה וזהו דווקא כשלא היו בב"ד בפעם הראשון אבל אם היו בב"ד נאמן לומר אחר זמנו שפרעו ולא הוחזק כפרן דכיון שהיו בב"ד והב"ד אמרו לו שאינו נאמן לומר שפרע תוך זמנו ממילא שהיה מוכרח לשלם אחר הזמן [ומתורץ קושית הש"ך בסק"ז] וכמו שאינו נאמן לומר בתוך הזמן פרעתי כמו כן אינו נאמן לומר מחלת לי דטענת מחילה לא מהני רק כשיש לו מיגו דלהד"ם או פרעתי ובתוך הזמן והחוב ידוע שאין לו מיגו אינו נאמן גם בטענת מחילה [מרדכי פ"ק דב"ב] :

ב חזקה זו אמרינן אפילו נגד יתומים קטנים כגון שמת הלוה בתוך הזמן והניח יתומים קטנים נפרעים מהם בלא שבועה ולא חיישינן שאביהם פרע תוך הזמן וזהו דווקא במלוה בשטר או במלוה בע"פ ואביהם עמד בדין ונתקבל העדות בפניו דאל"כ אין מקבלים עתה את העדות דהא אין מקבלין עדות שלא בפני בע"ד כמ"ש בסי' כ"ט ויתומים קטנים הוי כשלא בפני בע"ד אבל במלוה בשטר מקיימין השטר גם אחר מותו לפי מה דקיי"ל שם דמקיימין את השטר אף שלא בפני בע"ד דכשנתקיים השטר הרי הוא כאלו נתקיימה חתימתם בב"ד מכבר בעוד שהיה קיים וי"א דגם בשטר בעינן שיתקיים קודם שמת [ש"ך] או שהדיינים בעצמם יכירו החתימות והטעם דאע"ג דאמת הוא שמקיימין שטר אף שלא בפני בע"ד מ"מ אין גובין אלא בפניו אבל ביתומים קטנים שצריכים לגבות מהם עתה ממילא שא"א לקיים השטר ולגבות מהם עד שיגדלו [עש"ך סי' ק"י ס"ק י"ג ובט"ז שם] ואם נאמר לקיים עתה ולהמתין עם הגבייה

עד

עד שיגדלו א"כ למה לנו לטרוח עתה נמתין גם עם הקיום עד שיגדלו :

ג חזקה זו לא אמרינן רק כשהתובע טוען ברי שלא נפרע ממנו אבל כשטוען שמא איתרע תביעתו ואז כשטוען פרעתי בתוך הזמן נאמן אף בלא שבועה דאין נשבעין על טענת שמא [נ"ל] ודווקא בתובע עצמו אבל יורשיו אף כשטוענין שמא אמרינן בהו חזקה זו דבתובע עצמו הוי ריעותא כשטוען שמא דאיך אינו יודע אם נפרע אם לא נפרע אבל היורשים אין להם לדעת בעסקי מורישם ולכן אפילו טענת שמא שלהם טענה טובה היא ואמרינן חזקה זו וחייב לשלם [תו"ת] :

ד כשמת הלוה תוך הזמן ובא לגבות מלקוחות כשהיא מלוה בשטר להרמב"ם ז"ל א"צ שבועה כמו ביתומים וי"א דלעולם אין גובין מלקוחות בלא שבועה דהא אפילו כשהלוה חי ואומר שלא פרע עכ"ז צריך המלוה לישבע כמ"ש בסי' ק"ד וכ"ש כשמת ולא צוה כלום ולא דמי ליתומים דלגבי יתומים אמרינן' אם היה פורע היה מצוה להיתומים דהוא חושש לטובתם וכיון שלא הפקידם מוכח שלא פרעו אבל לטובת הלקוחות אינו חושש ואין ראיה מה שלא צוה לפני מותו לכן חיישינן שמא פרע לעניין שלא יטול המלוה בלא שבועה וכן במה שנתבאר בסעי' א' דכשטוען הלוה שפרעו א"צ שבועה יש חולקים וס"ל דכיון שטוען ברי צריך המלוה לישבע ואף אם לגבי לקוחות א"צ שבועה עכ"ז כשהלוה חי וטוען ברי שפרעו איך יטול בלא שבועה מיהו רבינו הרמ"א הכריע דא"צ שבועה ואפילו אם לגבי לקוחות צריך שבועה זהו תקנת חכמים בלקוחות שצריכין לחשוש לטובתם אף בחששא קלה וחיישינן שמא היה לו שובר והלקוחות אינם יודעים מזה אבל כשהוא חי ואין שובר בידו אין אנו צריכין לחשוש לדבריו כלל מפני חזקה זו דאין אדם פורע תוך זמנו אמנם אחר שמקבל המלוה מעותיו ביכולת הלוה להשביעו היסת אם נטל ממנו כדין דלאחר הפרעון הוה זה ככל תביעות [ש"ך] :

ה לא אמרינן חזקה זו אלא בהלואה מפורשת לזמן אבל בסתם הלואה שהיא שלשים יום אם טוען שפרעו בתוך שלשים לא אמרינן חזקה זו דבשלמא כשהוא בעצמו קבע הזמן מסתמא ידע שנצרך לו המעות עד הזמן שקבע אבל בסתם הלואה שקבעו חכמים שלשים יום שלא יהיה ביכולת המלוה לתבוע ממנו מ"מ אפשר שלא היה נצרך לו לשלשים יום ופרעו מקודם וכן בי"ד או פשרנים שקבעו זמן לתשלומים יכול לטעון פרעתי אפילו בתוך זמנו דהם קבעו הזמן לפי אומדנא שלהם שעד הזמן שקבעו ישיג מעות והוא אולי השיג מקודם אמנם אם ע"פ בקשת הלוה שביקש מהם לקבוע לו זמן פלוני אינו נאמן לומר פרעתי תוך הזמן דמסתמא ידע שעד אותו זמן לא ישיג מעות [נ"ל] וכן אם אין החיוב חל עליו כלל עד אותו הזמן כגון בפדיון הבן שאין החיוב עליו עד לאחר שלשים יום ללידת הבכור וכן בשכירות דמן הדין אינה משתלמת אלא בסוף הזמן אינו נאמן לומר שפרע תוך זמנו אפילו לא קבע הוא הזמן [נס"מ] וכן כל כיוצא בזה :

ו חזקה זו אמרינן בהלואה ובהקפת סחורה [ש"ך] ובפדיון הבן ושכירות כמו שכתבנו אבל אם היו מעות מופקדים בידו ועוסק בהם לצורך אחרים הוי כשאר פקדון ויכול לומר החזרתי אפילו תוך זמנו כיון שאין לו הנאה מהזמן שקבע ולכן בעיסקא אינו נאמן לומר שפרע תוך זמנו כיון דעיסקא היא פלגא מלוה ופלגא פקדון וכשם שאינו נאמן על חצי המלוה כמו כן אינו נאמן על חצי הפקדון ועוד דהא החצי פקדון משועבד להחצי מלוה כמ"ש ביו"ד סי' קע"ז והרי יש לו הנאה גם מחצי הפקדון וכלל גדול צריכים הדיינים להבין בחזקה זו דכשמבינים שהיה להפורע טובה בזה במה שפרע תוך זמנו כגון שע"י זה יפרע מעט מעט או שע"י זה נתרחב לו הזמן באיזה עניין וביוצא בזה לא אמרינן חזקה זו [תשו' אחרונים] וכן כל מלאכה המתפרדת כגון ששכר סופר לכתוב לו כמה קונטרסים כל קונ' במקח כך וכך כל קונ' הוא זמנו וכן אם שכר אומן לעשות לו הרבה כלים כל כלי במקח כך וכך כל כלי זמנה היא וכה"ג בכל המלאכות אבל אם שכרו לכתוב לו עשרה קונ' במקח כך וכך או לעשות לו עשרה כלים במקח כך וכך הוה הזמן בסוף המלאכה מיהו במקום שדרך בע"ב לשלם גם באמצע המלאכה מפני שהאומן צריך להוצאות ביתו כמו שהמנהג אצלינו וכן במקום ששוכרי בתים משלמים מעט מעט גם באמצע השכירות כנהוג אצלינו וודאי דבזה לא אמרינן חזקה זו [נ"ל] והמנהג עיקר גדול בעניין זה וא"א לפרוט הכל בכתב ותן לחכם ויחכם עוד :

ז ביום האחרון של הזמן עביד איניש דפרע לפיכך אם תבעו ביום שנשלם בו הזמן וא"ל פרעתיך היום נאמן הלוה בשבועת היסת אם היא מלוה ע"פ ואם היא מלוה בשטר צריך המלוה לישבע וליטול כמו אם היה תובעו אחר הזמן דאם טוען הלוה פרעתי נשבע המלוה ונוטל כמו שיתבאר בסי' פ"ב וכל היום יכול לומר פרעתי בין בבקר בין בערב ורק אם תבעו ברגע של ראשית היום אינו יכול לומר פרעתיך קודם דהרי עדיין לא התחיל היום ואף שרבינו הב"י כתב שיש מי שאומר דרק בסוף היום נאמן לומר פרעתיך ולא קודם לכן אמנם רוב גדולי האחרונים דחו דיעה זו וכל גדולי הראשונים לא ס"ל כן וכן משמע להדיא בש"ס [ולס"פ

ס"ס הסואל פי' דאפילו מיגו אמרינן מסוף היום לתחלתו כדעת הרמב"ן שהביא הב"י ואף התוס' ריש ב"ב דס"ל דלא אמרינן מיגו אבל לפרעון פשיטא דנאמן וגם במיגו אפשר דלמסקנא אמרינן עט"ז] וי"א דבזה יש נ"מ בין יום האחרון לאחר מכאן דבאחר הזמן נאמן לומר פרעתיך תוך זמנו במיגו דאי בעי אמר פרעתיך לאחר זמן וביום האחרון אינו נאמן לומר פרעתיך בתוך הזמן במיגו דפרעתיך היום מפני שאין זה מיגו טוב דקשה לו להעיז פניו בפני המלוה ולאמר היום פרעתיך ומוטב לו יותר לומר שפרעו מקודם וי"א דגם בזה יש לו מיגו דאם תבעו בסוף היום וא"ל פרעתיך תוך הזמן נאמן במיגו דאי בעי אמר פרעתיך היום בבוקר אבל כשתבעו בתחלת היום או באמצע היום אינו נאמן לומר פרעתיך תוך הזמן במיגו דאי בעי אמר עתה פרעתיך דזהו העזה גדולה אבל מסוף היום לתחלתו אין זה העזה כל כך ויש מי שאומר דדין זה הוי ספיקא דדינא והממע"ה [ס"ך] ויש מי שאומר דוודאי אמרינן מיגו מסוף היום לתחלתו [ט"ז] וכן נראה עיקר [כמ"ש מרש"י ורמב"ן וגם התוס' למסקנא אפשר דס"ל כן וגם דברי הטור סעי' ד' יש לפרש דלענין מיגו קאמר ומ"ש בריש סי' דבתחלת היום אינו נאמן ר"ל שתבעו בתחלתו ואמר פרעתיך מקודם והיה עדיין תה"ז אבל כי אמר אח"כ פרעתי בתחלתו נאמן והקטו כל הקושיות מעליו ובע"כ צ"ל כן ע"ס והרמב"ם שכתב בפי"ד ממלוה שאם תבע בזמנו יפרע שלא בשבועה א"א לפרש כפשוטו דזהו נגד הגמ' וכמ"ש בעצמו בפ"ז משכירות ה"ג ע"ש אלא לענין יתומים קאמר כדעת הראב"ד ונמק"י דביתומים לא טענינן כן וכמ"ש רבינו הרמ"א ודו"ק] :

ח כתב רבינו הרמ"א דביומא דמישלם זמניה אי טעין איהו ואומר פרעתי נאמן אבל ליתומים לא טענינן כן שפרע ביום השלמת הזמן משום דהוי מילתא דלא שכיחא וכן משמע מדברי הרמב"ם ז"ל בפי"ד ממלוה דין א' [כמ"ש בהגהה הקודמת] ולוה שמת תוך זמנו והוציאו יורשיו כתב פרעון סתם שפרע כל חובותיו לראובן נפטרו גם מחוב זה אם השובר מקויים או שהמלוה מודה שהוא כתב ידו ואם המלוה נפטר תוך הזמן והוציאו יורשיו שט"ח והלוה הוציא כתב פרעון נתבאר בס"ס ע"א ע"ש :

ט מי שיש לו שטר על חבירו לפורעו לזמן פלוני ואבד ממנו ותבעו תוך זמנו וכן אם השטר יוצא מתחת ידי אחר והמלוה תובעו תוך זמנו והלוה טוען ממני נפל ופרעתיך לא אמרינן בזה חזקה זו דאין אדם פורע תוך זמנו דכיון דנפל או שאינו ת"י המלוה איתרע ליה ונתבאר בסי' מ"א :

סימן עט [האומר לא לויתי וחילוק בין צא תן לו לחייב אתה ליתן לו ובו י"ז סעיפים] :

א הטוען את חבירו בב"ד מנה הלויתיך והלה אומר בפני ב"ד להד"ם ובאו שני עדים והעידו שלוה ממנו מנה ופרעו והמלוה אומר לא נתפרעתי הרי זה חייב לשלם והטעם מפני שכל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי דמי דאם לא לוה למה יפרע ובזה פשיטא דנאמן על עצמו יותר ממאה עדים וא"כ עדותם שפרעו מכחישם הוא בעצמו ומה שאומר לא לויתי הוכחש מהעדים והוחזק כפרן וא"צ המלוה אפילו שבועה ואפילו אם בא אח"כ לב"ד ואמר פרעתי אינו נאמן דכבר הוחזק כפרן אא"כ מביא עדים שפרעו אחרי שהיו בב"ד אבל אם הביא עדים שפרעו קודם אינו כלום כיון שהעיד על עצמו שלא פרעו כיון שלא לוה ולא עוד אלא אם לאחר הפרעון הזה תבעו לב"ד ואמר פרעתיך שני פעמים אין משביעין את המלוה מפני הודאתו הקודמת ועוד יתבאר בזה בסעי' ט' וכל זה דווקא כשכפר לו בב"ד אבל כשכפר לו חוץ לב"ד לא מקרי כפירה כלל ולא הוחזק כפרן ויכול לטעון אח"כ כל מה שירצה אבל כשכפר בב"ד אפילו אם העדים שהכחישוהו לא הכחישוהו בפניו בב"ד זה שכפר בפניהם אלא בב"ד אחר הוחזק כפרן [סמ"ע] ודווקא כשהעידו בפניו אבל שלא בפניו לא הוחזק כפרן דאין מקבלין עדים שלא בפני בע"ד כמ"ש בסי' כ"ח ובפרט להחזיקו לכפרן יראה לי דאפילו במקום אונס שלענין אחר היו מקבלין שלא בפני בע"ד כמ"ש שם מ"מ לענין כזה להחזיקו לכפרן אין מקבלין עדותן שלא בפני הלוה בכל ענין :

ב ודווקא כשעדים מעידים על ההלואה ועל הפרעון אז אמרינן דהוחזק כפרן דעל ההלואה נאמנים ועל הפרעון אין נאמנים אבל אם אינם מעידים על ההלואה אלא שמעידים שראו שפרע לו מנה לא אמרינן כיון שמעידים על הפרעון ממילא הוה כמו שהעידו על ההלואה וכאלו העידו שלוה ופרע לא אמרינן כן דכיון דאנו מסלקין עדותם על הפרעון מפני שהלוה בעצמו הכחישם נסתלקה עדותם לגמרי והוה כמו שלא העידו כלל [רע"א] דאין לנו להחזיקו בכפרן ע"פ דיוק העדים אע"פ שהדיוק אמת וכן דווקא לגבי עדים אמרינן דכשמעידים על שניהם הוחזק כפרן ומשלם אבל לגבי מלוה עצמו כשהמלוה אומר הלויתיו ונפרעתי ממנו והלוה אומר לא לויתי אין יכול המלוה כשתפס ממנו לומר אני יודע שהלויתיך ועל הפרעון הרי הודית שלא פרעתני דהאומר לא לויתי כאומר לא פרעתי דמי ואתה נאמן על עצמך מפני שהלוה יכול לומר לו כשם שאני נאמן על עצמי כן אתה נאמן על עצמך והרי הודית שפרעתיך ועכ"פ אנחנו שנינו מודים שאיני חייב לך ולפן לא מהני תפיסה [ח"ס] דבשלמא בעדים יכול המלוה לומר

לומר אני מאמינך לגבי הפרעון יותר מלהעדים אבל לגבי עצמו אינו שייך לומר כן דלאו בנאמנות תליא מילתא אלא בהודאה והרי הודה בעצמו שפרעו וכן אפילו לגבי עדים דווקא כשאמר הלוה להד"ם הוחזק כפרן אבל אם לא אמר בלשון זה אלא שאמר לא לויתי לא הוחזק כפרן שיכול לומר דכוונתי היתה שלא עמדתי בהלואתי ופרעתי אבל בלהד"ם א"א לפרש כן [תוס' שבועות מ"ה: ד"ה כל] וי"א דאף כשאמר לא לויתי כיון שאמירתו היתה בב"ד אינו יכול לתרץ דבריו דבב"ד היה לו לומר לשון ברור [מרדכי ס"פ הכותב] ולדינא אין להוציא ממון נגד דיעה ראשונה [ולהיות שמרדכי היה מיתומים והתוס' כתבו בכ"מ דלאו בכל הדברים טוענים ליתומים מה שאביהם היה יכול לטעון ומה גם היה שם שטר עיי' רש"י שם פ"ח. ד"ה כלומר ועיין בסעי' י"ד] :

ג וכן מי שהוציא על חבירו כת"י שהוא חייב לו וא"ל להד"ם וזה אינו כתב ידי אם הוחזק כת"י בב"ד או שבאו עדים שהוא כת"י הרי זה הוחזק כפרן ומשלם ואפילו העידו שפרע קודם אין נאמנים על הפרעון כמו בסעי' א' אא"כ אומרים שפרע בפניהם אחר הכפירה [סמ"ע] דזה יכול להיות שאחר שפסקו לו הב"ד שחייב לשלם פרע לו אבל קודם זה איך ישלם כיון שאומר שאין זה כת"י וכן אם המלוה הודה שכבר פרעו א"צ לשלם וכמ"ש בסעי' ב' וכן אם אמר הלוה להד"ם והוציא המלוה שטר בעדים שהלוהו הוחזק כפרן וא"צ המלוה אפילו לישבע אפילו כשאין נאמנות בשטר דכללא הוא דכשהוחזק הלוה כפרן א"צ המלוה לישבע ורק ח"ס יכול להטיל על כל מי שנוטל ממונו שלא כדין וגם להשביעו אחר הפרעון אין ביכולתו כיון שהוחזק כפרן וכבר נתבאר דלא הוחזק כפרן רק בב"ד :

ד וכן התובע מחבירו מנה והשיב לו יתכן שאתה חייב לי כמו סכום המעות שאתה תובע ממני יש מי שאומר דהוה כאומר יתכן שאתה חייב לי וממילא דאיני חייב לך ולכן אם באו עדים שהתובע אינו חייב לו הוחזק הנתבע כפרן וכאומר לא פרעתי דמי ודינו שאפילו העידו שלוה ופרע אין נאמנים על הפרעון דהיאך יפרענו כיון שלדעתו היה התובע חייב לו כנגדו וכאלו הודה שלא פרעו ודינו כמו בסעי' הקודמים ולשון זה תלוי לפי הבנת הב"ד בסיגנון הלשון שאמר [כ"ל] :

ה בכל מה שנתבאר דהוחזק כפרן ושאין העדים נאמנים לומר שפרע אפילו הנתבע אומר אח"כ נזכרתי שלויתי ופרעתי או נזכרתי שכתב ידי הוא אך פרעתי או נזכרתי שממך אין מגיע לי אך פרעתי והעדים מעידים כדבריו עכ"ז אינו נאמן כלל וצריך לשלם דכל האומר להד"ם והוכחש הוחזק כפרן והוה כהודה שלא פרע [עס"ך סק"ט] :

ו אבל מי שהודה בב"ד שחייב לזה התובע מנה ואח"כ אמר נזכרתי שפרעתי לו חובי זה שהודיתי בו והביא עדים שפרעו הרי זו עדות מועלת ועושים על פיהם דהרי לא הכחיש העדות דהודה רק שלוה ויכול להיות שפרע ואינו כאומר לא לויתי מעולם ודווקא שטוען שפרע קודם שבאו העדים אבל אם באו העדים תחלה אינו נאמן דשמא העדים טועים הם וסוברים שפרע והפרעון שראו אולי היה על חוב אחר והוא מפני ששמע מהעדים שאומרים שפרע הוזר ואומר נזכרתי שפרעתי ולמה חיישינן לזה מפני שזהו וודאי דכל אחד מדקדק בדיבורו בב"ד וכשהודה שחייב לו משמע פשטא דלישנא שעדיין לא פרע דאל"כ למה לא אמר אז שפרע ועכ"ז איננו מן הנמנעות ששכח לומר אז הפרעון ולכן אם אומר נזכרתי קודם העדאת עדים י"ל שהאמת כן הוא אבל לאחר העדאתם לא מקבלינן מיניה :

ז אמר לו מנה הלויתיך בפני פלוני ופלוני או בפני עדים סתם וא"ל להד"ם ובאו עדים והעידו שראו שמנה לו מעות אע"פ שאינם יודעים אם בהלואה נתן לו או בפרעון או מתנה הוחזק כפרן ואם יטעון אח"כ שבפרעון היה או במתנה אינו נאמן וכ"ש אם אמר אח"כ פרעתי דאינו נאמן דכיון שא"ל שבפני עדים נתן לו היה לו לשום אל לבו ולהשיבו שאותו מנה היתה מתנה או פרעון חוב ומדלא השיבו כן נראה שרצונו לכפור והוחזק כפרן ולכן אם השיבו תיכף בב"ד אמת הדבר שקבלתי ממך מנה אבל לא היתה הלואה אלא עניין אחר נאמן אפילו באו עדים אח"כ כיון שאינו מכחיש את העדים ונשבע היסת ונפטר וכן אם תבעו סתם בב"ד מנה הלויתיך ולא אמר שבפני עדים היה והשיבו להד"ם ואח"כ הביא התובע עדים שמנה לו בפניהם מנה שומעים לו כשאומר אח"כ אותו מנה לא היה בהלואה ולכן השבתיך להד"ם מפני שאמרת לי הלואה ולא אמרת לי שבפני עדים היה לא שמתי אל לבי להשיבך שאותו מנה שלא בהלואה היתה [סמ"ע] וי"א דאין חילוק בין אמר לו בפני עדים או סתם אלא דיש חילוק דאם א"ל התובע מנה מניתי לך אפילו א"ל סתם והשיבו להד"ם ובאו עדים שמנה לו הוחזק כפרן דכשא"ל מנה מניתי לך היה לו לשום אל לבו ולהשיבו שאותו מנה לא היה בהלואה אבל אם א"ל מנה הלויתיך אף אם א"ל שבפני פלוני ופלוני הלוהו והשיבו להד"ם ובאו עדים שמנה לו לא הוחזק כפרן דיכול לומר כיון שאמרת לי לשון הלואה מה היה לי לשום אל לבי הלא ידעתי כי לא לויתי ממך ולכן השבתיך להד"ם [ס"ך וב"ח] :

ח אם התובע העמיד עדים מבחוץ באופן שהנתבע לא ראם ושמעו שנתנם לו בהלואה אזי אם כופר ואומר להד"ם או שלא היה בדרך הלואה הוחזק כפרן ומשלם אבל אם טוען אני לא קבלתי ממנו אלא בפרעון חובי ומפני שלא הייתי יכול להוציא ממנו באופן אחר הודיתי לו

לו אז כל מה שאמר כדי להוציא חובי ולא חששתי להודות לו שהם בהלואה כיון שלא ראיתי עדים טענתו טענה ונשבע היסת ונפטר ואם ראו ההלואה ממש שגם הלוה ראם אינו מועיל אמתלא זו דלא היה לו להודות בפני עדים [ס"ך] והיה לו לומר מקודם להעדים בחשאי דעו כי אני מוכרח להודות לו אמנם אם יש לו מיגו דפרעתי מהני אמתלא זו גם בראייה ממש [נס"מ]:

ט בכל מה שנתבאר דהוחזק כפרן ע"י העדאת עדים אפילו היתה עדות מיוחדת ששני העדים לא עמדו במקום אחד אלא אחד ראה מחלון זה ואחד מחלון זה וכה"ג ג"כ הוחזק כפרן וכל מקום שהוחזק כפרן לא הוחזק רק לאותו סכום שנתכחש כגון שכפר במאה והוחזק כפרן בחמשים לא הוחזק רק להחמשים ועל חמשים האחרים צריך התובע לישבע וליטול כמ"ש בסי' ע"ה וכ"ש שלא היחזק כפרן לממון אחר ודבר זה מסור לב"ד להבין במה הוחזק כפרן ובמה לא הוחזק וכפי ראות עיניהם ידונו בזה אם להצריך להשכנגדו שבועה או לא וכן אין הכפרן נפסל לשבועה במה שלא הוחזק כפרן אפילו בעניין זה עצמו אם צריך לישבע ע"פ הדין רק בזה מועיל הכפרנות שאם יש נאמנות בשטר והוחזק כפרן על פרט אחד מעניין השטר אבד נאמנותו בכל פרטי השטר ודין שטר זה כמו שאין בו נאמנות כמ"ש בסי' ע"א וגם בהוחזק כפרן דסעי' ז' יכול הלוה להשביע להמלוה אחר הפרעון אם לקח ממנו כדין ואינו דומה להוחזק כפרן שבדינים הקודמים דבשם הודה שלא פרעו ואיך ישביענו שנפרע שני פעמים אבל בשארי החזקת כפרן כמו בסעי' ז' שמשביעו שלא היה דרך הלואה ביכולתו להשביעו אבל כשטוען פרעתי שני פעמים אינו יכול להשביעו דכיון דאמר להד"ם שלא לוה והאומר לא לויתי כאומר לא פרעתי דמי כמו שנתבאר וגם בזה דווקא כשטוען פרעתי פעם אחת קודם שבאנו לב"ד דאז אינו נאמן מטעם זה אבל כשטוען פרעתי שני פעמים אחר שבאנו לב"ד מפני שפרעתי לו פעם אחת ביני לבינו ופסקו ב"ד שאיני נאמן מטעם שנחזקתי כפרן והוכרחתי לשלם לו עוד פעם בפני ב"ד או בפני עדים יכול להשביעו על זה דזה יכול להיות ולכן ביכולתו להשביעו [ס"ך ס"ק י"ח]:

י לא הוחזק כפרן רק ע"פ שני עדים ולא ע"פ עד אחד כשאומר לא לויתי והעד מעיד שלוה נשבע שד"א להכחישו ואם טוען לויתי ופרעתי הוה מחויב שבועה ואינו יכול לישבע ומשלם כמ"ש בסי' ע"ה ועכ"ז לא הוחזק כפרן ואם טוען פרעתי אח"כ נאמן בשבועה [ס"ך] וכן אם טען לא לויתי ונתחייב שד"א להכחיש העד ואומר בש ת השבועה לויתי ופרעתי ישבע שפרעו דכיון דנתחייב בשבועה מה לי אם ישבע שלא לוה או ישבע שפרעו דדווקא כשטוען קודם שחייבוהו השבועה לויתי ופרעתי שפיר הוה מחוייב לישבע ואינו יכול ומשלם דעד אחד לשבועה כשנים לפרעון וכיון שאינו יכול לישבע מה שהעד מכחישו בהכרח שישלם אבל כשכבר נתחייב בהשבועה ופסקו לו השבועה מה לי אם ישבע שלא לוה או ישבע שפרעו [ט"ז] דהרי לא הוחזק כפרן ע"פ עד אחד וכן בדברים שאין נשבעים עליהם מן התורה כמו קרקעות ושטרות אף אם אומר בב"ד לויתי ופרעתי נשבע שפרע כמ"ש בסי' ע"ה דבשבועה דרבנן אין דנין דין דמתוך שאינו יכול לישבע משלם:

יא וכן לא הוחזק כפרן ע"פ עצמו כגון שטען להד"מ וחייבוהו לישבע היסת וכשבא לישבע חזר ואמר פרעתי או איני יודע אם לויתי ממך או שמקודם טען איני יודע וחזר וטען לויתי ופרעתי הואיל שעדים לא הכחישוהו אלא שהוא עצמו מדקדק בשבועתו לעשותה כתקונה ושתי הטענות באות לפוטרו ואין כאן שינוי מחיוב לפטור שיהא דינו שאינו חוזר וטוען כמ"ש בסי' פ' לכן ישבע כפי טענתו השנייה ויפטור דמה לו לשקר אלו היה רוצה היה עומד בטענתו הראשונה [סמ"ע] ולפ"ז אם טען מקודם איני יודע אם פרעתיך דחייב לשלם כמ"ש בסי' ע"ה וחזר וטען פרעתי אינו נאמן דמשנה מחיוב לפטור [ס"ך] וגם זה דווקא אם בחזרתו אמר ששקר טען מקודם במה שאמר איני יודע אבל אם אומר שבאמת מקודם לא ידע ואח"כ נזכר שפרע נאמן ונשבע היסת דאין כאן הכחשה דדרך העולם כן הוא לזכור מה ששכח [סס] וכבר נתבאר זה בסי' ע"ה סעי' י"ד ואין לומר דא"כ גם כשאומר ששקר טען נהימניה במיגו שהיה אומר שנזכר עתה די"ל דהא אפילו אם היה מביא עדים על הטענה השנייה לא היה נאמן לסתור טענתו הראשונה כמו שיתבאר בסי' פ' ואיך יהיה נאמן ע"י מיגו הא עדים אלימי ממיגו ועוד דבמקום חזקה אלימתא כי האי לא אמרינן מיגו כמו שיתבאר כעין זה בסוף הסי [נ"ל]:

יב זה שאמרנו דבטען תחלה להד"ם וחזר ואמר פרעתי נאמן בשבועה אפילו אם באו עדים אח"כ והעידו שלוה וא"כ י"ל דמה שחזר מטענתו ראשונה ואמר פרעתי הוא מפני שהיה מתיירא מהעדים ואפילו ראה עדים ממשמשים ובאים להעיד דוודאי ניכר שמיראתם חזר בו מ"מ כיון שעכ"פ חזר בו קודם העדאת העדים נאמן בשבועה ולא הוחזק כפרן וכן אם היה קול בעיר שלוה, די"ל שמפני הקול חזר בו מ"מ כיון שמעצמו חזר בו לא הוחזק כפרן ונשבע ונפטר אם לא שהקול מפורסם דאז הוה כאלו כבר באו עדים והוחזק כפרן ואינו נאמן לישבע שפרעו ויש שרוצה לומר דאפילו בקול מפורסם כיון שאין ביכולת להוציא ממון ע"פ קול לא הוחזק כפרן [ס"ך] ואם אמר לא לויתי ובאו עדים שלוה והוחזק כפרן שאינו נאמן לומר פרעתי והוא אמר פרעתי ולא האמינוהו ואח"כ נפסלו אותם העדים ובאו עדים אחרים אע"ג שנגד העדים האחרונים קדמה טענתו דפרעתי מ"מ

הוחזק

הוחזק כפרן ע"פ הראשונים אף שנפסלו אח"כ ואינו נאמן לישבע וחייב לשלם [כס"מ] אמנם אם נפסלו קודם שחזר ואמר פרעתי נסתלקה החזקת כפרנותו אם נפסלו העדים ויכול אח"כ לומר פרעתי אף אם יבואו עדים אח"כ דדווקא כשאמר פרעתי קודם פסולם כיון שטענתו לא נתקבלה בב"ד שוב אין מקבלין ממנו טענה זו עצמה אבל אם לא טענה לא [נ"ל]:

יג כבר נתבאר דאין האדם נתחזק לכפרן אלא בב"ד אבל שלא בב"ד אפילו תבעו בפני עדים ואמר לא לויתי לא הוחזק כפרן ויכול לטעון אח"כ כל מה שירצה דדרך אנשים כן הוא שלא לגלות טענות אמת רק בב"ד ומיהו אם בעת שאומר להד"ם בפני העדים אמר התובע להעדים אתם עידי שטוען להד"ם והנתבע שתק אם חזר ואמר פרעתי קודם לכן אינו נאמן דא"כ לא היה לו לשתוק כשאמר התובע אתם עידי והיה לו להשיבו משטה הייתי בך בזה שאמרתי להד"ם ובאמת לויתי ופרעתי ומדלא אמר כן הוי כהודאה ממנו שלא פרע ולכן אינו נאמן לומר שמקודם פרע אבל נאמן לומר שפרע אח"כ ונשבע ונפטר דדווקא בב"ד אינו נאמן לומר שפרעו גם אח"כ כיון דפסולו מפני שהוחזק כפרן אבל בעדים שלא הוחזק כפרן אלא שאינו נאמן לומר אז פרעתי מפני ששתיקתו הוי כהודאה שלא פרעו והרי אף אם הודה שלא פרעו לא יהיה נאמן לומר אח"כ שפרעו ועכ"ז גם בזה אינו נאמן לומר שפרעו אח"כ אלא כשאומר שפרעו אחר שתבעו בב"ד אבל אם טוען שפרעו אחר שטען להד"ם בפני העדים קודם שתבעו בב"ד אינו נאמן דאנן סהדי שכל זמן שלא יתבענו בב"ד לא ישלם לו כיון שאמר להד"ם בפני עדים [כס"מ ואולי זהו כוונת סר"י בטור ולא פליגי כלל ונסתלקה קושית סמ"ע מסי' קמ"ו ודו"ק]:

יד האומר לחבירו בפני עדים מנה לי בידך והשיב לו בהודאה גמורה הן או שאמר אתם עידי כמו שיתבאר בסי' פ"א ולמחר תבעו לב"ד וא"ל תן לי המנה אם א"ל נתתים לך ישבע היסת ויפטר אבל אם א"ל מעולם לא היה לך בידי או להד"ם או לשון אחר שמורה שכופר בעיקר ההלואה והעדים העידו שבפניהם הודה הוחזק כפרן ע"פ עצמו והעדים שהרי כבר הודה שהיה לו בידו והודאות בע"ד כמאה עדים דמי וזה שנתבאר שבלא ב"ד אינו מוחזק כפרן הרי גם כאן טענתו שנייה הוא בב"ד והעדים מעידים שמקודם הודה הרי הוחזק עתה כפרן בב"ד ואם השיבו אין לך בידי סתם ולא אמר מעולם לא הוחזק כפרן שיכול לתרץ דבריו ולומר שכוונתו שאין לך בידי מפני שפרעתיך וה"ה אם א"ל איני חייב לך או שקר אתה טוען או איני יודע מה אתה אומר שיכול לתרץ דבריו שכוונתו שפרעו והב"ד צריכים להבין לשון תשובתו אם סובל לשון פרעון ג"כ אז לא הוחזק כפרן ואין חילוק בעניין החזקת כפרן בין בענייני הלוואות ובין בענייני פקדונות או עניינים אחרים וכל מקום שהוחזק כפרן בב"ד שוב אין לו שום נאמנות על אותו דבר אפילו בשבועה ויש מי שאומר עוד דאפילו תבעו מנה שהלוהו ואמר לא לויתי משום אדם מעולם ובאו עדים שלוה אף שאינם יודעים אם מאיש זה אם מאיש אחר עכ"ז הוחזק כפרן נגד תובע זה [הגרע"א ע"פ ירושלמי שבועות פ"ד הל' ס'] ובוודאי דגם לדיעה זו צריך התובע לישבע שבועה חמורה דאין סברא כלל שיטול בלא שבועה באופן זה וגם בעיקר דין זה צ"ע [ונ"ל דהירושלמי ספוקי מספקא ליה וגם מקנה אין ראי' ע"ש היטב ודו"ק]:

טו א"ל בפני ב"ד מנה הלויתיך בצד עמוד פלוני או בצד בית פלונית והשיבו לא עברתי בצד עמוד זה או בצד בית זו מעולם ובאו עדים והעידו שראוהו אז עובר בצד עמוד זה או בית זו וההלואה לא ראו ולא שמעו לא הוחזק כפרן דמילתא דלא רמי עליה דאינשי עביד לה ולאו אדעתיה דכיון שאין נ"מ לו בעברו בצד העמוד והבית אינו משים אל לבו ואינו זוכר באמת אם עבר אם לא עבר ונדמה לו שלא עבר וטען כן בב"ד וכן בשארי עניינים שאינם נוגעים לעצם ההלואה אף אם נתכחש בהם לא הוחזק כפרן בכך אבל אם א"ל פרעתיך מנה בסחורה פלונית שהיה השער שלה כך וכך והביא התובע עדים שלא היתה השער כך כמו שאמר וחזר ואמר יודע אני שפרעתיך בסחורה זו ונזכרתי שהשלמתי לך מעות או סחורה אחרת הוחזק כפרן מפני שדרך בני אדם לתת לב לזכור המקח ולפיכך גובה ממנו התובע מה שנשאר מהחוב בלא שבועה וכן אם טען שלא קיבל כלום מאיש אחד על חשבון תובע זה ואח"כ נודע בעדים שקיבל הוחזק כפרן ואינו נאמן לומר החזרתי לזה האיש שקבלתי ממנו דכל דבר ממון או סחורה על האדם לזכור ומדנתכחש בזה הוחזק כפרן אבל דבר שאינו של ממון וסחורה אין על האדם לזכור ולא הוחזק כפרן בכך ואם אמר פרעתיך בפני פלוני ופלוני ובאו ואמרו להד"ם נתבאר בסי' ע':

טז כבר נתבאר בסי' ל"ט סעי' י"ד דהודאה אפילו בפני ב"ד אם לא צוה הלוה לכתוב שטר ולא קנה בק"ס אין דינו רק כמלוה בע"פ ואין ב"ד כותבין שטר להמלוה ואפילו קיבץ הלוה את הב"ד והושיבם והודה בפניהם ואמר להם הוו עלי דיינים שאני חייב לפלוני מנה אין כותבין שטר להמלוה אבל אם ב"ד של שלשה ישבו מעצמם במקום הקבוע להם ובא התובע וקיבל לפניהם ושלחו הב"ד שליח אחר הנתבע ובא והודה בפניהם הרי אלו הדיינים כותבין הודאתו ונותנין להתובע ואין הנתבע נאמן לומר פרעתי דכיון שעומד בדין נעשית כמלוה בשטר שגלוי לכל לפיכך שנים שבאו לדין מעצמם שלא שלחו ב"ד אחר הנתבע אפילו ישבו הב"ד במקום הקבוע להם ותבע אחד מהם את

חבירו וא"ל מנה לי בידך וא"ל הן ויצא מב"ד ואח"כ אמר פרעתי נאמן וישבע היסת שפרעו ואין חילוק בין כשאמרו לו ב"ד צא תן לו בין כשאמרו לו חייב אתה ליתן לו אף שלשון זה משמע רק שנראה לנו שאתה חייב ליתן לו ולא החליטו עדיין לומר לו צא תן לו מ"מ נאמן לומר פרעתי דאין דרך רוב בני אדם לדקדק כל כך בלשון הדיינים ואף כשאומרים חייב אתה ליתן לו דומה בעיניהם כאומרים צא תן לו ולכן נאמן לומר פרעתי ולפיכך אם אח"כ חזר התובע להב"ד ואמר כתבו לי הודאתו אין כותבין לו דחיישינן שמא פרעו ויבא לגבות ממנו פעם שנית ואף פס"ד אין הב"ד מוכרחים ליתן לו ואף לאותה דיעה שנתבאר שם דיכול לטעון פרעתי נגד פס"ד מ"מ אין מחוייבין הב"ד להטריח עצמם לכתוב פס"ד כשיש לומר שפרעו אבל אם ידוע לב"ד שעדיין לא פרעו נותנין לו פס"ד וכמ"ש שם בסעי' ט"ו ואם ירצו כותבין לו בלשון הודאה ושם נתבאר בס"ד:

יז ואע"פ שאמרנו שאין חילוק בין לשון צא תן לו לחייב אתה ליתן לו מ"מ לעניין הוחזק כפרן יש חילוק בזה כגון שנים שבאו לדין ונתחייב האחד להשני ואמרו לו ב"ד צא תן לו ויצא וחזר ואמר פרעתי ועדים מעידים אותו שלא פרעו כגון שלא זזה ידם מתוך ידו הוחזק כפרן לאותו ממון ואינו נאמן גם אח"כ לומר פרעתי וצריך לפרוע לו בפני ב"ד או בפני עדים או לקבל ממנו שובר אבל אם אמרו לו הב"ד חייב אתה ליתן לו ויצא וחזר ואמר פרעתי ועדים מעידים שלא פרעו לא הוחזק כפרן דתלינן שלא רצה לכפור אלא שנשמט מהפרעון עד שישמע מהב"ד דברים ברורים שיצוו אותו ליתן לו ואע"פ שאמרנו שרוב בני אדם אין מדקדקין בין לשון צא תן לו ללשון חייב אתה ליתן לו מ"מ מעט בני אדם יש שמדקדקין בזה ואין לנו להחזיקו לכפרן באופן זה ולכן אם חזר פעם אחרת לאחר שהעדים הכחישוהו ואמרו לו הב"ד צא תן לו ויצא וחזר ואמר פרעתי ואין עדים מכחישים אותו הרי זה נשבע היסת שפרעו ונפטר ואף גם בצא תן לו לא הוחזק כפרן אלא כשאמרו שוודאי לא פרעו כגון שלא זזה ידם מתוך ידו כמו שנתבאר אבל אם לא אמרו כך אלא אמרו שתבעו לפניהם ולא פרע לו לא אמרינן דמסתמא גם אח"כ לא פרעו דאין ראיה דאפשר שאז לא היה לו במה לפרוע ואח"כ פרעו ונאמן בשבועה לומר פרעתי וכתב הרמב"ם ז"ל [פ"ז מטוען] דלפיכך היו בקיאי הדעת שבספרד עושים כשהיה הלוה מודה להמלוה או כשהיה מתחייב שבועה בב"ד היה אומר לו התובע לפני ב"ד או לפני עדים הוו עלי עדים שלא יפרעני או שלא ישבע לי אלא בפני עדים ואז לא היה ביכולתו לטעון פרעתי או נשבעתי וזה שאמרנו דנאמן לומר פרעתי זהו דווקא כשקיבל הדין מב"ד לקיים כפי ציווי הב"ד אבל אם יצא מלפני ב"ד בסרבנות והב"ד גערו בו אינו נאמן אח"כ לומר פרעתי וכותבים הב"ד שטר חיוב להמלוה גם בלא דעת הלוה ולא חיישינן שמא יפרע לו ויחזור ויתבענו בו דכיון שיצא מלפני ב"ד בסרבנות וודאי לא יפרענו אא"כ תתיישב דעתו עליו ויבא עוד פעם לב"ד לשאול ואז יאמרו לו ב"ד שנתנו להתובע שלו כתב חיוב וממילא לא יפרענו עד שיטול ממנו כתב חיובו והמלוה גובה בזה הכתב אפילו מלקוחות שקנו אח"כ מהלוה דכל מעשה ב"ד יש לו קול וכן מי שקיבל לפני ב"ד לפרוע לחבירו ואח"כ בא ואמר נזכרתי שהוא חייב לי ג"כ כפי המגיע לו אינו נאמן דאלו היה כן לא היה מקבל עליו בב"ד לפרוע לו ואף שיש לו מיגו דפרעתי מ"מ במקום חזקה אלימתא כי האי אינו נאמן במיגו אמנם אם מראה לב"ד הוכחות שמקודם לא ידע מחוב זה או שמסיבה שכחו ועתה נתוודע לו דמקבלים ב"ד דבריו והכל לפי העניין:

סימן פ [באיזו עניין טוען וחוזר וטוען ובו ו' סעיפים]:

א כבר נתבאר בסי' הקודם דאחר שהודה בב"ד שוב אינו יכול לחזור בו ולכן כל מי שטוען בב"ד טענה שבטענה זו מתחייב א"ע מדינא אע"פ שהב"ד לא חייבוהו עדיין [סמ"ע] אינו יכול לטעון טענה אחרת שסותרת הראשונה ואפילו יש עדים על הטענה השנייה לא מהני דהוא נאמן על עצמו יותר מעדים מיהו אם הוא בעניין שיכול לומר שמקודם שכחתי ועכשיו נזכרתי שפרעתי וכה"ג מהני אם מביא עדים על הטענה השנייה [ש"ך] ודווקא לאחר כדי דיבור אינו יכול לחזור בו אבל תוך כדי דיבור יכול לחזור בו מכל מה שטוען אף אם אינו מביא עדים על הטענה השנייה דכל תוך כדי דיבור כדיבור דמי ויכול לבטל ולסתור טענתו הראשונה מכל וכל ודווקא בתוך כדי דיבור שלו ולא בתוך כדי דיבור של בעל דינו כגון מי שהודה לחבירו בב"ד שמגיע ממנו מנה ולא הזכיר כלל שיש ביד חבירו משכון וא"ל בעל דינו אל תפרעני אלא בעדים והשיב לו תוך כדי דיבור יש לי בידך משכון לאו כדיבור דמי ואינו נאמן על המשכון דהיה לו לומר דבר המשכון תיכף אחר הודאתו ואע"ג דבסי' כ"ט נתבאר לעניין עדים דאם עד אחד חזר בו בתוך כדי דיבור של השני כדיבור דמי זהו מפני שהשני עדים כחד חשיבא ששניהם אומרים בשוה אבל התובע והנתבע אינם כאחד דזה טוען היפך מזה [סמ"ע]:

ב ודווקא לסתור טענתו הראשונה אינו יכול ואפילו כשהסתירה היא בעניין שבועה כמו שיתבאר בסעי' ו' אבל אם בא לתקן טענה ראשונה ולבאר כוונתו וזוטר

כך וכך נתכוונתי אם רק יש במשמעות הלשון שאמר שביכולת לסבול ביאור זה אפילו אם הוא על צד הדוחק שומעין לו ואפילו לאחר שחייבוהו ב"ד דמי יוכל לומר לו שלא כן היתה כוונתו וחוזרים ודנין כפי תיקון לשונו אא"כ ברור הוא להב"ד שלא כן היתה כוונתו מקודם דאז אין שומעין לו וגם זה דיכול להתקן לשונו זהו כשלא יצא עדיין מב"ד אבל אם יצא מב"ד וחזר ואמר כך וכך היתה כוונתי אין שומעין לו בכל עניין דוודאי אנשים אחרים למדוהו לטעון כן אא"כ נודע לב"ד ברור שלא אנשים למדוהו וגם זה שאין שומעין לו אחר שיצא מב"ד זהו דווקא אחר שחייבוהו ב"ד על טענתו הראשונה אבל כל זמן שלא חייבוהו ב"ד יכול לתקן טענתו אפילו אחר שיצא מב"ד [ס"ך] דקודם שחייבוהו לא חיישינן שלמדוהו לטעון כן כיון שנעלם עדיין ממנו פסק הדין :

ג זה שבארנו שאינו חוזר וטוען לסתור טענתו הראשונה זהו דווקא כשראוי להתחייב בדין ע"פ טענתו הראשונה דאז אינו חוזר וטוען לפטור א"ע אבל אם יכול לזכות בדין גם בטענה הראשונה יכול לחזור ולטעון טענה אחרת שנפטר בו אע"פ שאינו נותן אמתלא למה טען מקודם טענה אחרת ואף אם יצא מב"ד וחזר יש לו להפך טענותיו מפטור לפטור עד שיבואו עדים להכחישו דכיון דשני הטענות הם לזכותו אמרינן מה לו לשקר אי בעי היה עומד בטענתו הראשונה ואפילו אם באו עדים אחר חזרת טענתו ומכחישים טענתו הראשונה לא אמרינן שחזר בו מפני יראת העדים וכמ"ש בסי' ע"ט סעי' י"ב אבל אחר שבאו עדים והכחישו טענתו אינו יכול להשיא טענתו הקודמת לכוונת אחרת אא"כ נתן אמתלא למה טען כן מקודם וגם שיש במשמעות הלשון גם הטענה שטוען עתה וגם לא יצא מב"ד אבל כשחסר אחת משלש אלה אינו יכול לחזור ולשנות לשון טענתו הקודמת בכה"ג :

ד בכל אלו הדברים אין חילוק בין שטען מתחלה ובא לחזור בו ובין ששתק מתחלה ובא לחזור על שתיקתו דכיון ששתיקתו מחייברו הוה כדיבור אא"כ נותן טעם על מה ששתק בתחלה אבל אם אינו נותן טעם אינו יכול לחזור משתיקתו דשתיקתו ששתק כהודאה לבעל דינו דמי אמנם דין זה לא שייך רק אם כבר הגידו הב"ד הפס"ד מפני שתפסו שתיקתו כהודאה או כגון שבעל דינו אמר אתם עדים ושתק דבזה ג"כ הוי שתיקתו כהודאה אבל כל זמן שהב"ד לא הגידו הפס"ד ובע"ד לא אמר אתם עדים לא שייך בזה לומר שתיקה כהודאה דאטו מחוייב להשיב תיכף ומיד האם אין לו רשות להתיישב מה שישיב על טענות בעל דינו ומה שייך בזה שתיקה כהודאה [כנ"ל כוונת הס"ע בסוף סעי' ה' ומיושב קושית הס"ך ס"ק ח' ע"ש] :

ה י"א שאם כתבו הטענות בכתב אינו יכול לחזור ולטעון אפילו בנותן אמתלא ואפילו לא הוכחש מעדים משום דבכתב האדם מדקדק בטענותיו ולכן אין יכול לשנות אפילו מפטור לפטור ואין חילוק בין שכתב הוא עצמו בין שצוה לאחר לכתוב טענותיו [כ"מ מרבינו הרמ"א] ולכן יש שכתבו שנכון להב"ד לבקש מהבע"ד שיתנו טענותם בכתב או הב"ד עצמם יכתבו הטענות כדי שלא יוכלו לחזור ולטעון ויגרמו טרדת הדין בחנם וידקדקו בכתיבתם להגיד פעם אחת ולא לשנות בהטענות וע' בסי' י"ג סעי' ח' :

ו זה שנתבאר בסעי' א' שאין ביכולת לסתור טענה ראשונה אם היא מחיוב לפטור אין חילוק בין חיוב ממון לחיוב שבועה מיהו י"א דאם לפי הטענה הראשונה היתה שהכנגדו ישבע ויטול ורוצה לחזור מזה ושהוא ישבע ויפטר לא מקרי חוזר וטוען דמי יימר שמשתבע זה שכנגדו [מהרש"ל] ויש חולק בזה [ס"ך] אמנם זהו וודאי דאם כבר פסקו הב"ד דשהכנגדו ישבע ויטול שוב אינו יכול לחזור בו [סס] :

סימן פא [מה היא הודאה גמורה ומתי יכול לומר משטה הייתי בך או שלא השביע א"ע ובו כ"ו סעיפים] :

א בסימנים הקודמים נתבאר דכיון שהודה שחייב לפלוני מנה שוב אינו יכול לחזור בו ולכן יש לבאר מה מקרי הודאה דהרי ידוע דרכי בני אדם שלפעמים מדברים דברים שלא בלב שלם ופיהם ולבם אינם שוים מפני איזה טעמים שיש להם כמו כמה פעמים שמדברים דרך שחוק והיתול וכן יש כמה מבני אדם שאין רצונם שיחזיקו אותם לעשירים ואומר אני חייב לפלוני ולפלוני וזהו ללא אמת ולפיכך האומר לחבירו מנה לי בידך אף שא"ל כן בפני עדים ומשיבו הן ולמחר א"ל תנם אותם לי והשיב לו משטה הייתי בך דכמו שאתה השטית בי לתבוע דבר שאיני חייב לך כמו כן השטיתי בך נאמן וישבע היסת שכדבריו כן הוא שאינו חייב לו מאומה ומה שהשיבו הן היתה כוונתו להשטות בו ואפילו אינו טוען משטה הייתי בך אלא שאומר להד"ם פטור דמילי דכדי לא דכירי אינשי ואמרינן שכיון להשטות בו ולכן אינו זוכר מזה וישבע היסת שאינו חייב לו וזהו דווקא כשטוען בעצמו משטה הייתי בך או להד"ם אבל אי לא טעין אנן לא טענינן ליה ואומרים לו שישלם לו אבל אם מת ותובע ליורשיו טענינן אנן בשביל היורשים שמא לא כיון מורישם אלא להשטות וישבעו היורשים שלא פקד להם אביהם שישלמו לו [כ"ל] ואיזה זה מקרי הודאה גמורה דאם בשעה שהשיב הן הוסיף לזכור אתם עדים

עדים בהודאה זו או שאמר להעדים כתבו על שטר שאני חייב לו מנה [ס"ך ס"ק מ"ח] או אפילו שהתובע אמר אתם עדים והנתבע שתק שתיקה כהודאה דמי ואינו יכול לטעון טענת השטאה ורק פרעתי יכול לטעון דאפילו הלוהו בעדים א"צ לפורעו בעדים כמ"ש בסי' ע' אבל טענה אחרת אינו נאמן ואפילו טוען טעיתי בהודאתי אינו נאמן אא"כ מברר ע"פ עדים או ע"פ החשבונות שטעה דטענת טעיתי אינו יכול לטעון אלא במקום שיש לו מיגו דהשטאה וכה"ג ובלא זה אינו נאמן מפני שכל אדם מדקדק היטב כשמודה הודאה גמורה ואימתי מהני אתם עדים דווקא כשהשיב מתחלה הן אבל אם הנתבע לא השיבו כלל כגון שהתובע אומר מנה לי בידך ואתם עדים וזה לא השיבו כלום אין זה הודאה כלל דדווקא כשהשיב הן ואמר התובע אתם עדים אם לא היתה כוונתו להודאה גמורה היה לו לומר להעדים לא תהיו עדים בדבר כי להשטות נתכוונתי אבל כשלא ענה לו כלל לא שייך בזה שתיקה כהודאה דיכול לומר לא חששתי להשיבך ומה לי ברבריך אבל כשענה הן מהני דיבור אתם עדים אף אם התובע בעצמו לא תבע אותו אלא אחר תבעו כגון ראובן שאמר לשמעון מנה ללוי בידך ואמר שמעון הן ואמר ראובן אתם עדים וכ"ש אם שמעון אמר אתם עדים דהוה הודאה גמורה אפילו אין לוי לפנינו ויתבאר עוד בסעי' י"ח ואפילו לא תבעו שום אדם אלא הלוה בעצמו אומר מנה לפלוני בידי ואתם עדים אין לך הודאה גמורה יותר מזה ולאו דווקא אתם עדים הוה לשון הודאה גמורה דה"ה לשון אחר כגון שאומר בפני שנים הריני מודה בפניכם או מודה אני שיש לפלוני אצלי מנה ואמר כן דרך הודאה גמורה ולא דרך שיחה אע"פ שלא אמר אתם עדים ואע"פ שאין התובע עמו הרי זה עדות גמורה ומשלם על פיהם ואינו נאמן לטעון לא טענת השטאה ולא להד"ם ורק שלא להשביע א"ע יכול לטעון כמו שיתבאר כללו של דבר אין ההודאה תלויה רק בהדברים שבארנו אלא אם ידוע להעדים שהודה בהודאה גמורה ולא דרך שיחה בעלמא הוה הוראה כמ"ש הרמב"ם ז"ל בפ"ז מטוען וז"ל המודה בפני שנים שיש לפלוני אצלו מנה ואמר להם בדרך הודיה לא דרך שיחה אע"פ שלא אמר אתם עידי ואע"פ שאין התובע עמו ה"ז עדות עכ"ל:

ב כשהודה בפני עדים הודאה גמורה ובעת ההודאה היו עוד אנשים אחרים יכולים להעיד אע"ג שהם לא ייחדום לעדים כיון שבאו והעידו שהודה בפני עדים חייב דהודאה הוי כהלואה וכי היכי דגבי הלואה כשמעידים שראו ההלואה אף שייחד עדים אחרים מחייבינן על פיהם כמו כן בהודאה וכן הדין בעד אחד דכמו שאם היה עד אחד מעיד על הלואה היה מחייב שבועה להכופר וכשהודה להעד חייב לשלם כמו כן בהודאה כשעד אחד מעיד שבפניו הודה הודאה גמורה הוי הודאה בין לישבע על פיו אם מכחישו ובין לפרוע אם הודה שהודה בפניו ואף שיש חולקים בזה וס"ל דעד אחד בהודאה לאו כלום הוא מ"מ העיקר לדינא דהוה הודאה [תו"ת] וראיה ממה שנתבאר בסי' ל' דהודאה אחר הודאה מצטרפים ופשטא דלישנא הוא שהודה רק בפני עד אחד ולא שהעד העיד שהודה לפני שנים [עס"ך ס"ק כ"ב]:

ג טענת השטאה לא מהני רק כשתבעו והודה שלא בהודאה גמורה אבל כשלא תבעו והוא הודה מעצמו אינו יכול לומר משטה הייתי בך דבשלמא כשתבעו יכול לומר לו כשם שהששטית בי לתבוע ממני בחנם כמו כן השטיתי בך והודיתי לשחוק בך אבל כשלא תבעו אדם מה שייך השטאה אלא וודאי דבאמת הודה לו וי"א דגם בלא תביעה יכול לומר משטה הייתי בך דיש מבני אדם שדרכן להשטות אף בלא תביעה וכמה מהפוסקים דס"ל כדיעה זו ויכול המוחזק לומר קים לי כדיעה זו [ס"ך] וטענת שלא להשביע את עצמו הוה להיפך דכשתבעו והודה אינו יכול לומר שהודה כדי שלא להשביע א"ע אבל בלא תביעה אפילו כשהודה הודאה גמורה יכול לומר שהודה כדי שלא להשביע א"ע והטעם דוודאי מדרך בני אדם כדי שלא יתראה כעשיר לומר שמגיע ממנו לפלוני ופלוני אבל כשהלה תובעו והודה אף שלא בהודאה גמורה אין לך אדם שיעשה כן ליתן פתחון פה להתובעו לומר שהודה לו ואם היה רצונו שלא יתראה כעשיר היה לו לומר ממני מגיע לאחרים ולא לך ונמצא לפ"ז דלדיעה ראשונה הוה דין טענת השטאה היפך ממש מטענת שלא להשביע דהשטאה אינה אלא דווקא כשהלה תובעו ושלא להשביע אינה אלא דווקא כשאין הלה תובעו ואין להקשות לפ"ז יהא נאמן בהשטאה אף כשאין הלה תובעו במיגו דאי בעי טעין שלא להשביע א"ע הודיתי ובטענת שלא להשביע יהא נאמן אף כשהלה תובעו במיגו דאי בעי הוה טעין טענת השטאה די"ל דהוה כמיגו במקום עדים דאנן סהדי דבתובעו לא יודה אדם כדי שלא להשביע א"ע ובאינו תובעו אנן סהדי דאין דרך להשטות לריעה ראשונה אמנם בטענת להד"מ נאמן בין בתובעו ובין באין לו תובע דבתובעו נאמן במיגו דהשטאה ובאינו תובעו במיגו דשלא להשביע וזה שאמר להד"ם משום דמילי דכדי לא דכירי אינשי ולא נתן ההודאה על לבו מפני שהשטה ממנו או שלא להשביע אמר ושכח מה שהודה ולפ"ז אין האדם יכול להתחייב ע"פ הודאה אלא ע"פ תביעה והודה הודאה גמורה דבזה אינו יכול לטעון לא טענת השטאה מפני שהודה הודאה גמורה ולא טענת שלא להשביע מפני שהודה ע"פ תביעה וממילא דגם להד"ם אינו יכול לומר כיון דאין לו מיגו ואין חילוק בהודאה בין עני לעשיר ואף העני יכול לטעון טענת השטאה וגם טענת שלא להשביע דאע"פ דגם בלא זה אינו מוחזק לעשיר מ"מ יכול לומר שרצונו היה שיחזיקוהו

יותר

ליותר עני וכ"ש דעשיר יכול לומר טענה זו [סמ"ע] :

ד עוד יש חילוק בין טענת השטאה לטענת שלא להשביע בשכ"מ דבטענה השטאה אינו נאמן רק כשהיה בריא אבל אם היה חולה ומוטל במיטה אינו יכול לטעון על הודאתו משטה הייתי בך מפני דאין אדם משטה בשעת חליו ושוכב בדאגת מיתה [רבינו ב"י ולו"ח] דלא כיש מי שחולק בזה וכ"ש שאם מת שאין טוענים ליורשים טענה זו אבל טענת שלא להשביע שהיא בלא תביעה יכול גם שכ"מ לטעון דזהו דבר המצוי דכשם שאדם רוצה שלא יחזיקוהו כעשיר כמו כן אין רצונו שיחזיקו את בניו לעשירים ולכן אם טען כן נאמן אבל אם מת אין טוענין זה ליורשיו [תו"ת וכס"מ] וטענת שלא להשביע יכול לטעון גם על חפץ ידוע שאמר שהוא פקדון בידו יכול אח"כ לומר ששלו הוא וכוונתו היתה שלא להשביע א"ע [שם] :

ה ועוד יש חילוק דטענת השטאה אי טעין טעין ואנן לא טענינן ליה כמ"ש בסעי' א' וטענת שלא להשביע טענינן ליה אף שאינו טוען בעצמו וי"א דגם טענת שלא להשביע אין טוענין לו כמו בהשטאה [ס"ך] אבל כשמת טענינן ליורשיו גם טענת השטאה כמ"ש שם ודווקא שהיה בריא כשהודה אבל אם היה אז שכ"מ לא טענינן ליורשיו אפילו טענת שלא להשביע כמ"ש בסעי' הקודם והטעם משום דבשכ"מ אינו מצוי כל כך גם טענת שלא להשביע ורק אם טען בעצמו שכוונתו היתה שלא להשביע ליורשיו שומעין לו אבל אנן לא טענינן להו וכ"ש טענת השטאה דגם הוא על עצמו אינו יכול לטעון כשהיה שכ"מ [כנ"ל דבשכ"מ לא טענינן ליה גם טענת שלא להשביע דאל"כ למה לא נטעון כן ליורשיו] :

ו ועוד יש חילוק דטענת השטאה אינה אלא כשלא הודה הודאה גמורה כמ"ש בסעי' א' וטענת שלא להשביע מהני גם בהודאה גמורה כמ"ש שם והטעם דכשהודה הודאה גמורה נראה להדיא שלא אמר זה על דרך שחוק והיתול אבל אם כוונתו היתה שלא יחזיקוהו כעשיר הודה בכוונה בהודאה גמורה כדי שיאמינו שאינו עשיר ועוד יש חילוק דבטענת השטאה בארנו שם דשייכה אפילו בפני התובע וטענת שלא להשביע י"א דלא מהני כשהיתה בפני מי שהודה עליו שהוא חייב לו מפני שאין דרך בני אדם לעשות כן דאם רצה שלא יחזיקוהו כעשיר היה אומר שמגיע לאותם שאינם פה אבל בפניו למה יאמר כן אם אין האמת כן דלמה יתן אצבע בין שיניו להודות לו שחייב לו וכמו שבארנו טעם זה גם על מה שלא אמרינן טענת שלא להשביע כשתבעו זה כמו כן שייך טעם זה גם בלא תביעה ויש חולקין בזה וס"ל דבלא תביעה גם בפניו שייך טענת שלא להשביע דדימה בדעתו וודאי לא יתבעני זה ע"י הודאתי כיון שלא תבע אותי והעיקר כדיעה ראשונה

[ס"ך] ואף כשלא הודה הודאה גמורה אינו יכול לטעון טענת שלא להשביע כיון שהודה בפניו אא"כ תבעו והודה שלא בהודאה גמורה דיכול לטעון משטה אני בך כמו שנתבאר :

ז טענת שלא להשביע יכול לטעון אפילו שהודה בעת שאמרו לו אנשים אתה בעל חוב גדול וענה להם איני חייב רק לפלוני ופלוני דהגם שהדברים נראים שאדרבא היתה כוונתו להיפך שלא יחזיקו אותו לבע"ח גדול מ"מ נאמן כשטען כן דיכול לומר שרצונו היה שלא יחזיקוהו לא לעשיר ולא לבע"ח גדול [סמ"ע] :

ח ועוד יש חילוק דבטענת השטאה בארנו בסעי' א' שצריך לישבע על זה אבל בטענת שלא להשביע כיון שאינה ע"י תביעה א"צ לישבע לפיכך אם תבעו תן לי מנה שאמרת בפני עדים שאתה חייב לי והוא משיבו שלא להשביע הודיתי א"צ לישבע כיון שתובעו רק ע"פ הודאתו ולא ע"פ תביעת עצמו ולכן אם אומר לו תן לי מנה שאתה חייב לי ואם תרצה לכפור הרי פלוני ופלוני שבפניהם הודית והוא משיבו שלא להשביע הודיתי צריך לישבע שאינו מגיע לו ושהודה רק כדי שלא להשביע א"ע דכיון דעתה תובעו בבריא הרי חייב לישבע היסת גם בלא הודאתו הקודמת וממילא דע"י גילגול מגלגל עליו בשבועתו שישבע גם זה דההודאה היתה רק שלא להשביע א"ע :

ט לדיעה השנייה שבארנו בסעי' ו' דאפילו כשהיתה ההודאה בפני מי שהודה לו יכול לטעון דשלא להשביע הודה יש מוסיפין עוד דלדיעה זו אפילו אמר מי שהודה לו אתם עדים ושתק ג"כ יכול לטעון שלא להשביע כיון שלא היתה ע"י תביעה ויש חולקין בזה דבאתם עדים אפילו לדיעה זו אינו נאמן לטעון שלא להשביע מיהו כבר נתבאר שם דהעיקר כדיעה ראשונה דבפניו לא שייכא טענה זו :

י טענות אלו של השטאה ושלא להשביע אינם אלא רק כשהיתה ההודאה בפני עדים ולא בפני ב"ד של שלשה דבפני ב"ד אינו יכול לחזור בו רק בתוך כדי דיבור אבל לאחר כדי דיבור אינו יכול לחזור בו אפילו בלא הודאה גמורה דאין אדם משטה בב"ד וכן אם היתה כוונתו שלא להשביע לא היה אומר כן לפני ב"ד ויש מי שאומר דכשטוען טעיתי בהודאתי יכול לחזור בו גם בב"ד אף לאחר כדי דיבור דדווקא בהשטאה והשבעה לא שייך לומר בב"ד אבל בטעות מה היה לו לעשות כיון שטעה [ס"ך] אמנם לפמ"ש בסעי' א' דטענת טעיתי אינו נאמן אלא כשיש לו מיגו א"כ בב"ד דאינו יכול לטעון השטאה והשבעה ממילא דאינו נאמן לטעון טעיתי לאחר כדי דיבור [תו"ת וכס"מ] וכן עיקר אם לא שיש לו טענת פרעתי דאז נאמן במיגו זה או שמברר טעותו ע"פ עדים או ע"פ חשבונות וכן ב"ד שהכריזו על כל מי שבידו של יתומים וכה"ג שיודיע לב"ד ע"י עצמו או

ע"י

ע״י שלוחו והודה אחד אפילו לפני עדים בעצמו או ע״י שלוחו אינו יכול לומר אח״כ שלא להשביע הודיתי כיון שלא הודה מעצמו אלא ע״י הכרזה הוה כתביעה וגם לא יוכל לומר משטה הייתי שהרי לא היתה שם תביעה מבע״ד עצמו ואפילו לאותה דיעה שבסעי׳ ג׳ דטענת השטאה מהני גם בלא תביעה מ״מ לא שייך בזה טענת השטאה כיון שההכרזה היתה ע״י ב״ד [סס] דכמו שאין אדם משטה בב״ד כמו כן בהכרזה שנעשית ע״פ ב״ד ולכן כשההכרזה היתה מבע״ד עצמו שפיר יכול לטעון טענת השטאה אבל לא טענת שלא להשביע [כ״ל] ודווקא כשהודה לפני עדים אבל אם הודה לפני ב״ד אפילו ע״י שלוחו אינו יכול לטעון שום טענה דשלוחו של אדם כמותו [עס״ך ס״ק מ׳] :

יא כל זה שבארנו שיכול לטעון טענת השטאה והשבעה זהו דווקא בדברים בעלמא אבל אם הודה בכתב ידו שחייב לפלוני מנה או הודה בקניין או במעמד שלשתן אינו יכול לפטור א״ע בטענות אלו ואע״ג דיש לו מיגו דפרעתי מ״מ אינו נאמן דהוה כמיגו במקום עדים דאנן סהדי שלא היה עושה כן לחתום או לקבל קניין או להיות במעמד שלשתן כדי שלא להשביע א״ע או כדי להשטות ודווקא כת״י שביד חבירו אבל אם נמצא אצלו שטר של פלוני אפילו הוא כשטר גמור או שכתוב שמו של פלוני על חפץ פלוני אפשר לומר דכדי שלא להשביע א״ע עשה כן וכמ״ש בסי׳ ס״ה ע״ש אבל אם כתוב בפנקסו לא יכול לטעון שלא להשביע א״ע עשה כן כי מי יודע מה כתוב בפנקסו [ס״ך] וכ״ש שטענת משטה אני בך לא שייך כלל אפילו בכתוב אצלו שלא על פנקסו או כשכתוב על החפץ שם פלוני דאיזה השטאה שייך בזה ואפילו כשכת״י אינו בנוסח שטר גמור אינו יכול לטעון טענות אלו [סמ״ע] ודווקא השטאה והשבעה אינו יכול לטעון אבל טעיתי יכול לטעון אפילו כשכתוב בנוסח שטר גמור דהא יש לו מיגו דפרעתי [ס״ך] כיון שהשטר תחת ידו וזה שאמרנו דבנמצא אצלו שטר של פלוני יכול לטעון טענת השבעה זהו דווקא כשלא הודה בפני עדים אבל אם גם הודה אינו יכול לטעון שכדי שלא להשביע א״ע כתבתי והודיתי [סמ״ע] דתרתי לא הוה עביד ולפי מה שנתבאר דבשטר שמסר לחבירו לא שייך טענת השטאה והשבעה לכן המוסר לחבירו שטר שכתוב בו שהוא חייב לו מנה אע״פ שלא אמר אתם עדים ואף שמסר לו בינו לבין עצמו ולא אמר כלום גובה בו אא״כ טוען פרעתי ואם הכתב והחתימה אינו בכת״י המתחייב אינו מועיל אם מסרו בינו לבין עצמו אבל כשמסר לו בפני עדים אע״פ שלא אמר אתם עדים הוה הודאה [ס״ך] ואין נאמן לטעון לא טענת השטאה ולא טענת השבעה וזה שנתבאר שיכול לטעון טעיתי במיגו דפרעתי זהו דווקא שטר בכת״י אבל בשטר שעדים חתומים עליו אינו נאמן לומר טעיתי דהא אין לו מיגו דפרעתי אבל אם נתברר הדבר שטעה וכן המודה לחבירו הודאה גמורה בחזקת שהוא חייב לו באופן שאינו יכול לטעון השטאה והשבעה ונתברר הדבר שטעה פטור [עסמ״ע סקמ״ו וס״ך סק״ג ועמ״ש בסי׳ מ׳] וכשם שאמרנו שאם השטר אצלו לאו כלום הוא כמו כן אם מת ונמצא אצלו שטר שחייב לפלוני מנה או שנמצא כתוב באחד משטרותיו שטר זה חציו לפלוני לא זכה אותו פלוני דאמרינן שמא שלא להשביע כתב כן וע׳ מ״ש בסי׳ ס״ה :

יב זה שנתבאר בסעי׳ א׳ דהודאה גמורה בפני עדים הוה הודאה זהו דווקא כשהעדים לפניהם אבל אם זה שהודה לא ראה העדים כלל כגון שהתובע החביא לו עדים אחורי הגדר וא״ל מנה לי בידך וא״ל הן א״ל רצונך שתודה לי בפני עדים והשיב לו הייתי מודה לך אלא שאני ירא שמא תכפיני לשלם לך מיד והעדים שומעין כל זה פטור אם טען משטה הייתי בך ואף אם כשא״ל רצונך שתודה לי בפני עדים א״ל הן ג״כ יכול לטעון כן דכיון שלא ראה עדים לא חשש כלל בדבריו ויש מי שאומר דכשהשיב לו הן שוב אינו יכול לטעון כן ויותר נראה כדיעה ראשונה [עס״ך סקכ״ד] ואם היה לו להמודה להעלות על הדעת שיש כאן עדים טמונים לפי דברי התובע כגון שא״ל התובע בני אדם יהיו עליך עדים או שא״ל הנעורים והישינים יהיו עליך עדים דהוה לו להמודה להעלות על דעתו לפי לשון זה שיש כאן שומעים אזי אם השיבו לאו אינה הודאה וא״צ לטעון אפילו טענת השטאה על ההן שא״ל מקודם [ס״ך] אבל אם שתק וכ״ש כשאמר הן הוי הודאה וה״ה אם עמדו סמוך לבית הקברות והטמין לו עדים בבה״ק וכשהשיב לו הן א״ל חיי ושיכבי ליהוי עלך סהדי אע״פ שאין רגילים להיות אנשים בבה״ק מ״מ כשא״ל לשון זה הוה ליה לאסוקי אדעתיה דלא על חנם א״ל חיי ושיכבי אבל כשלא היה לו להעלות על הדעת לפי לשונו שיש אנשים טמונים שם כגון שאמר אתם עדים אין הודאתו כלום דאחרי שראה שאין כאן עדים תלה דבריו לשחוק והשיב לו כמצחק ורק כשאמר לשון נסתר היה לו להעלות על הדעת ולא כשאמר בלשון נוכח וזה אינו רואה לפניו כלום וכ״ז בהודאה אבל בהלואה אין נ״מ בזה אם ידע מהעדים אם לאו ואפילו הכמין לו עדים ולא ידע מהם כלל כיון שראו ההלואה מעידים שראו שנתן לו מעות בלשון הלואה וקבלם בהלואה :

יג בכל אלו הדברים שיכול לטעון טענת השטאה או השבעה כגון האומר לחבירו בפני עדים מנה לי בידך וא״ל הן או במודה מעצמו ועדים שומעין אותו או במטמין עדים וכמו שנתבארו כל פרטי הדינים שיכול לטעון השטאה והשבעה עכ״ז אין הב״ד טוענים בעדו אלא אומרים ב״ד להנתבע למה אין אתה משלם לו אם אומר אין לו אצלי כלום אומרים לו והלא אתה אמרת בפני אלו כך וכך או הודית מעצמך אם טען משטה הייתי

הייתי בו או שלא להשביע נתכוונתי לפי הפרטים שנתבארו בכל טענה וטענה או שטוען להד"ם פטור ונשבע היסת אבל אם לא טען מעצמו אין טוענין בעדו ומצוים לו שישלם ורק לדיעה ראשונה שבסעי' ה' במקום ששייך טענת שלא להשביע טוענין בעדו טענה זו וכיון שאמר איני חייב לו כלום פוטרו הדיין ותולה מה שהודה לו בטעם שלא להשביע אף שהוא לא טען כן :

יד טענת השטאה והשבעה לא שייך אלא ביחיד המודה אבל בציבור המודים איזה הודאת ממון אין נאמנין בטענות אלו שאין דרך הציבור להשטות וכן לא שייך בהם שלא להשביע א"ע [כ"ל] :

טו אע"פ שנתבאר בריש סי' זה דטענת משטה לא טענינן בעדו אי לא טעין איהו וגם לא שייכא אלא כשתובעו דווקא מ"מ לפעמים אף בלא תביעה וגם לא טעין טענינן ליה כגון מי שאמר לבנו או לחתנו תלמד עם בנך ואני אשלם לך בעד זה פטור דכיון דהאב מחוייב ללמוד עם בנו אם אינו עני אלא שלא רצה היה לו רשות להטעותו במה שא"ל אשלם לך ויכול לומר משטה הייתי בך ואע"ג דלא טעין טענינן ליה אע"ג דבשאר משטה אין הדין כן והטעם דדווקא כשמודה שמכבר חייב לו בעינן שיטעון שכוונתו היתה להשטות ושיהא תובע דאל"כ וודאי אמר אמת אבל בזה שידוע שאינו חייב לו ורק עתה בדיבורו מתחייב א"ע וכיון דמדינא הרי הוא חייב ללמוד עם בנו תלינן התחייבותו של האב או החותן שהטעהו והשטה ממנו וכן בשארי עניינים שאינו חייב לו כבר רק מתחייב מכח אמירתו צריכין לראות לפי העניין ולטעון בעדו כגון מי שברח מגזלן והיה מעבורת לפניו והמקח מהעברת המעבורת הוא מעה ובעל המעבורת שראה כי בורח הוא לא רצה להעבירו עד שיבטיח לו דינר והבטיחו אינו חייב ליתן לו דינר ויכול לומר משטה הייתי בך כמו שיתבאר בסי' רס"ד וכן כשאחד אינו רוצה ליתן חליצה ליבמתו ואמרה לו חלוץ ע"מ שאתן לך מאתים זוז אינה צריכה ליתן לו אף פרוטה אחת כיון שמחוייב מדין תורה לחלוץ לה ויכולה לומר משטה הייתי בך כמ"ש באהע"ז סי' קס"ט וכה"ג בשארי דברים כעין אלו ואפילו אמר אתם עדים פטור [ס"ך] דאין להחיוב על מה לחול אבל אם נשתעבד בקניין נראה דחייב אא"כ מסר מודעא או שהיה האונס מפורסם דאז הקניין בטל [עס"ך סק"ו] :

טז שב"מ שעשה צוואה וישבו אצלו אנשים וכתב בהצוואה שמראובן מגיע לו כך וכך ומשמעון כך וכך והם ישבו ושמעו ושתקו פסק רבינו הרמ"א דשתיקה כהודאה דמי ואין יכולים לומר ששתקו כדי שלא להכעיסו בחליו וגדולי אחרונים הולקים בזה דוודא"י טעם טוב הוא במה שלא רצו לצערו בחליו ודווקא כששתקו אבל אם הודו ואמרו הן הוי הודאה גמורה דלא שייך כאן טענת השטאה באדם חולה שאין סברא כלל שהשטו מחולה וגם טענת שלא להשביע לא שייך כאן אפילו בהודה מעצמו שלא ע"פ תביעת החולה דאנן סהדי שאם היה רצונו כן היה מודה לאחרים שאינם בכאן כמ"ש בסעי' ו' ואפילו לאותה דיעה שבשם דגם בפניו מועיל טענה זו מ"מ להחולה פשיטא שלא היה מודה לו מטעם זה :

יז ראובן שתבע לשמעון שיש אצלו חפץ פלוני והוא שלו והשיב לו שמעון החפץ אינו שלך אלא של לוי אפילו אמר כן בפני ב"ד אינה הודאה ללוי שיהא ביכולתו לתבוע החפץ משמעון דכיון דמה שאמר שהוא של לוי הוי שפת יתר דלא היה לו להשיבו רק החפץ אינו שלך א"א להעמיד על דברים כאלו והם שיחה בעלמא אבל אם לוי היה אז בב"ד או אפילו שלא בב"ד רק בפני עדים שתבע ראובן משמעון חפץ פלוני והשיבו אינו שלך אלא של לוי ולוי עומד שם הוה הודאה גמורה [ס"ך] דבפניו אם לא היה האמת כן לא היה אומר ואפילו בכה"ג אם תבעו לוי אח"כ אף שהשטאה והשבעה אינו יכול לטעון מ"מ יכול לטעון טעיתי בהודאתי ושל אחר הוא במיגו דהחזרתי לך ואף דהוי מיגו דהעזה שהרי זה יודע שלא החזיר לו מ"מ אמרינן מיגו דקיי"ל דמיגו דהעזה אמרינן כמו שיתבאר בדיני מיגו בסי' פ"ב [סס] אבל לא יוכל לומר טעיתי בהודאתי ושלי הם דהודאת פיו הוה עליו כעדים ואינו יכול לומר כן אף כשיש לו מיגו ודווקא בהודאה לפני ב"ד או אפילו בפני עדים רק שקנו מידו ושיעבד נפשיה אבל בהודאה בפני עדים ובלא קניין יכול לומר טעיתי ושלי הם כשיש לו מיגו דפרעתי [סס] אבל אם אין לו מיגו כגון שהוא תוך זמנו או שלא זזה יד העדים ממנו אינו נאמן לומר טעיתי אף כשאומר שהוא של אחרים ומדברי רבינו הרמ"א בסעי' כ"ג מתבאר דשלי הוא אינו יכול לומר בכל עניין מפני הודאתו הראשונה וכ"ז הוא בהודאה אבל בחשבון שעל פנקסו והפנקס הוא תחת ידו יכול לומר טעיתי אע"פ שאין לו מיגו כלל אבל כשהפנקס הוא ת"י שליש אינו נאמן בלא מיגו [סס] ועמ"ש בסי' קכ"ו :

יח ראובן שאמר לשמעון מנה ללוי בידך או חייב אתה מנה ללוי ואמר שמעון כן ואמר ראובן אתם עדים ושמעון שתק הוה הודאה גמורה אף שאין לוי לפניט כמ"ש בסעי' א' וכשיבא לוי לתובעו אינו יכול לטעון טענת השטאה כיון ששתק בשעה שאמר ראובן אתם עדים ולא טענת השבעה כיון שהיתה ע"י תביעה ואע"פ שלא בא ראובן בהרשאת לוי ולא עוד אלא אפילו לא אמר ראובן אתם עדים אינו יכול לימר ללוי משטה הייתי בך שהרי לוי לא תבעו שיאמר לו כשם שהשטית ממני כמו כן השטיתי בך וכן השבעה אינו יכול לטעון כיון שהיתה ע"י תביעה ודווקא שלא בהרשאה אבל בהרשאה יכול לטעון טענת השטאה דשלוחו כמותו ויכול לטעון

משטה

משטה הייתי בך [ט"ז] ולדיעה שנייה שבסעי' ג' דיכול לטעון השטאה אף בלא תביעה לא מהני גם בכאן בלא אתם עדים וי"א עוד שאפשר דאפילו טענת השבעה יכול לטעון בכאן דדווקא כשהתובע עצמו תובעו לא שייך שלא להשביע כמ"ש שם אבל כשהתובע אינו בכאן אף שאחר תבע בעדו מ"מ יכול לומר שלא חשש בזה וכוונתו היתה שלא להשביע א"ע [ס"ך] מיהו כששתק בשעה שאמר ראובן אתם עדים וודאי דאינו יכול לטעון גם שלא להשביע דכולי האי לא הוה עביד [כ"ל] וכבר נתבאר בסעי' א' דהודאה גמורה הוה כאתם עדים ע"ש :

יט ראובן שאמר לשמעון ולוי מנה לי בידכם והשיב שמעון הן ולוי שתק אם אמר ראובן לעדים אתם עדים ושמעון שתק הוי הודאה לגבי שמעון ואם הם שותפים חייב שמעון לשלם כל החוב כמ"ש בסי' ע"ז ולוי א"צ לשלם כלום כיון ששתק מתחלה ועד סוף ואין אחד מתחייב בהודאת חבירו אפילו כשהם שותפים :

כ זה שנתבאר בסי' זה שיכול לומר משטה הייתי בך זהו דווקא כשהתובע אין לו ת"י ממונו של הנתבע או חפציו בשעת הודאתו אבל אם התובע תפוס בשעת הודאתו משל הנתבע אפילו אם התפיסה היתה מכבר ולא א"ל התובע בשעת תביעתו שאני תופסך בשביל חובי [סמ"ע ואו"ת] ואף שיש עדים שהממון או החפצים הם של הנתבע ומעידים שעדיין לא החזיר לו ואין כאן מיגו דלהד"ם ולא מיגו דהחזרתי עכ"ז אינו יכול לטעון טענת השטאה דאנן סהדי דלא היה מודה לו אף דרך השטאה כשזה תפוס בממונו או בחפציו ודווקא כשהיה תופס משלו בשעת התביעה אבל כשתפס לאחר התביעה אין זה כלום דלא כיש מי שחולק בזה [או"ת] דאנן תפסינן טענת השטאה לטענה טובה ואינו יכול התובע לתפוס אח"כ [ע"ש ס"ק י"א] ואף גם אם היה תפוס בשעת ההודאה דווקא כשהנתבע ידע שזה תפוס בממונו אבל אם לא ידע כלל מתפיסתו יכול לטעון [סס] וכן יראה לי גם לעניין טענת שלא להשביע שהיא שלא ע"י תביעה ושלא בפני התובע אם זה שהודה לו היה תפוס בממונו אינו יכול לטעון טענה זו דמי הכריחו להודות למי שהוא תפוס בממונו אלא וודאי דהאמת כן הוא וכמו שאמרנו שכשהיה תפוס אין הנתבע יכול לטעון אם לא היה תפוס אלא כנגד חצי חובו על החצי התפוס אינו יכול לטעון ועל חצי השני יכול לטעון וכן האומר לחבירו בפני עדים מנה לך בידי הילך מהם חמשים ולא אמר אתם עדים יכול לטעון טענות אלו על החמשים שלא נתן עדיין ולא אמרינן כיון דבמחצה שנתן לא היתה השטאה מסתמא גם מחצה השנייה כן דאדרבא יש פנים לומר להיפך כיון שלא נתן יותר ממחצה יש ראיה שאינו מגיע לו עוד ואם כי מזה אין ראיה ברורה מ"מ כיון שיש פנים לכאן ולכאן ביכולתו לישבע ולפטור :

כא בכל מה שנתבאר שיכול לטעון טענות אלו אם בשעה שהודה ואמר מנה לפלוני בידי או שאמר הן על טענת התובע נשבע על זה ואח"כ כשתבעו התובע א"ל משטה הייתי בך או שלא להשביע ושבועתי היתה שקר אינו נאמן ואין שומעין לו ואפילו אם אומר שבשעה שנשבע שכח שפרעו והייתי סבור שאני חייב לו ועכשיו נזכרתי אין שומעין לו דחזקה שאדם מדקדק בשבועה וכן ת"כ דינו כשבועה ודווקא כשמודה על השבועה והת"כ או שיש עדים על זה אבל אם מכחיש השבועה והת"כ או שאומר שנשבע על תנאי כך וכך נאמן במיגו דאי בעי הוה מכחיש להשבועה וכן בכל שבועה בדבר שבממון שנוגע לחבירו כגון שנשבע שישלם לו אינו נאמן לומר שטעה בשבועתו אא"כ מברר בבירור גמור וע' בסי' קס"ג :

כב וכל מה שאמרנו דיכול לטעון טענות השטאה והשבעה זהו דווקא בהודאת חוב אבל בהודאה של קבלה או מחילה כגון המודה לחבירו בפני עדים קבלתי ממך כך וכך מהחוב שיש לי עליך או שמוחל לו חובו בפני עדים א"צ לומר אתם עדים בין במלוה בשטר בין במלוה בע"פ ובהם אין שייך כלל טענות אלו וההודאה הוא גמר המעשה בזה דהרי א"צ ליתן לחבירו שנאמר שהשטה בו או שלא להשביע א"ע והרי אפילו בחוב כשהיה התובע תפוס משלו אינו יכול לטעון כמ"ש בסעי' ד' וכ"ש בזה ויראה לי דבזה אפילו אם זה שהודה תפוס בידו מהשכנגדו ג"כ אינו יכול לטעון כיון דבהודאתו נגמרה המעשה וכן אין צ"ל להעדים שיכתבו זה [וע' בתומים] :

כג המתעסק במעות של חבירו ונותן לו ריוח בכל שנה ולבסוף טען שלא היה ריוח כל כך ורוצה לחשוב מה שנתן לו על הקרן אם נתן לו הריוח בפני עדים אף שלא אמר אתם עדים או שמודה בעצמו שבשעה שנתן לו אמר לו שנותן בשביל ריוח אינו נאמן לחשוב לו עתה על הקרן ואע"ג דכשהיתה הנתינה בינו לבינו יש לו מיגו דאי בעי לא היה מודה שנתן לו על הריוח מ"מ אינו נאמן דהוה כמיגו במקום עדים דאנן סהדי דוודאי כן הוא שהיה ריוח כיון שעשה מעשה הנתינה [ס"ך] מיהו אם יכול לברר שטעה טענתו טענה אבל אם כשנתן נתן לו בסתם ישבע שלא היה בו ריוח כל כך ויחשוב לו בקרן כפי מה שאומר ואף שהשכנגדו אינו טוען ברי שהיה בו ריוח מ"מ חייב זה לישבע דלא גרע משבועת השותפים שיתבאר בסי' צ"ג דנשבעין גם על הספק ויש מי שאומר שאפילו נתן הריוח בפני עדים אם לא אמר אתם עדים ישבע עכשיו שלא היה ריוח ויחשוב לו מה שנתן על הקרן כמו שבארנו בסעי' ד' במי שהודה לחבירו על מנה ונתן לו חמשים יכול לומר על החמשים האחרים משטה אני בך מפני שעדיין לא נתנם לו כמו כן בכאן יכול לומר משטה אני בך לעניין שיוכל להחזיק מה שתחת ידו [סס] כיון שעדיין צריך להוציא

להוציא מת"י וממילא דמה שנתן לו יוחשב על הקרן ואם נתן לו כת"י אז על השאר וודאי דאין יכול לטעון טענת השטאה ורק טעיתי יכול לומר במיגו דפרעתי [סס] וע' ביו"ד סי' קע"ז :

כד מעשה בראובן שנתן מנה לשמעון וללוי להתעסק בהם ועשו עליהם שטר ונשבעו לתת לו חצי הריוח ואחר זמן שאל ראובן מעותיו ונתנו לו המנה ושאל מהם הריוח ואמרו לו כך וכך הרווחנו ולא יותר אמר ראובן לשמעון הלא אתה אמרת לי שהרווחתם חמשים א"ל שמעון לא אמרתי לך כלום ומפני כח השטר שהיה לו עליהם ולא היה כתוב בו שום פרעון הוצרכו לתת לו מה שאמר ועתה בא לוי ותובע מראובן שלקח מהם ריוח שלא כדין ופסק הרא"ש ז"ל דהדין עם ראובן כיון שפרעו לו מדעתם ומה שטען לוי שאנוסים היו מחמת השטר לאו טענה היא כיון שלא מסרו מודעא בפני עדים קודם שפרעו לו ולעניין מה ששמעון מכחישו לראובן שלא א"ל כלום צריך ראובן לישבע ששמעון אמר לו כן כיון שיש לו שטר ונאמן בשבועתו ששמעון א"ל שיש כך וכך ריוח ומשטה אני בך אינו יכול לטעון כמ"ש בסעי' הקודם ואפילו לדיעה השנייה כיון שנתנו לו המנה ולא כתבו על השטר והרי הוא מוחזק בשטרו לכך אינו יכול לומר השטיתי בך [כ"ל] ויראה לי דגם השבועה לא חייבו הרא"ש ז"ל לראובן והמעשה היה שראובן נשבע מעצמו כמ"ש בטור דאין עליו חיוב שבועה כלל אף נגד שמעון שמכחישו דנהי דלא א"ל לראובן שיש ריוח מ"מ עתה כיון שפרעו לו ולא מסרו מודעא אין ביכולתם להוציא מראובן והוא סימן שהיה ריוח דאל"כ היו מוסרים מודעא [וסמ"ך סוף ס"ק פ' וסלו"ת ס"ק ל' שכתבו דנגד שמעון לריך ליסבע ל"ע ע"ס] :

כה עוד היה מעשה בראובן שתבע לשמעון ריוח מהחוב שהיה עליו מכמה שנים ואומר ראובן ששמעון התנה עמו לתת לו ריוח ושמעון אומר שלא התנה ונראה לפי העניין שאף לדברי ראובן לא היה תנאי זה בשעה שנתחייב שמעון בהחוב כשלקח ממנו המעות ע"פ היתר עיסקא אלא שאח"כ אמר לו ופסק הרא"ש ז"ל דשמעון פטור אף משבועה דאף אם א"ל אח"כ כן דברים בעלמא הן ואינו מתחייב בלא קניין ויכול לחזור בו ואע"ג שבסי' רצ"ב יתבאר לעניין פקדון כשהמפקיד תובע מעותיו להרויח בהם והנפקד מעכבן שמחוייב ליתן לו הריוח מכאן ולהבא זהו רק בפקדון אבל בהלואה אין לחייבו כן משום ריבית [ס"ך] :

כו בתנאים שאדם מתנה עם חבירו באיזה עסק לא שייך כלל טענת השטאה דאל"כ לעולם לא יתקיים שום תנאי שבין אדם לחבירו שיאמר השטיתי בך ויותר מזה פסק רבינו הרמ"א בסעי' ז' במי שהתנה עם אחד ללמוד עם בן חבירו בשכר כך וכך בפני אבי הבן ואבי הבן שתק דשתיקה כהודאה דמי אע"פ שלא דיבר האב כלום ונתחייב האב כפי הפסיקה שזה התנה עם המלמד מטעם דאם לא היה רצון האב בכך היה לו למחות ומדלא מיחה סבר וקביל ואף שיש להקשות בזה דהא בשותק מתחלה עד סוף לא אמרינן שתיקה כהודאה דמי כמ"ש בסעי' א' [תו"ת] מ"מ כיון שעשה מעשה גדול כזה שהמלמד למד עם בנו ושתק וודאי דניחא לו ומתחייב בכך אף בשתיקה לגמרי כיון שהתנה בפניו וכן אחד שאומר לחבירו הנני לוקח חפץ שלך בסך זה והנני מושכו לקנותו בסך זה ומשכו ושתק הוה כהודאה וקנה המושכו [נס"מ] וכה"ג בשארי עניינים במעשה רבה כזו ועכ"פ למדנו מרבינו הרמ"א דבתנאי עסק לא שייך כלל טענת השטאה כיון שפסק אפילו בשותק לגמרי במעשה רבה דשתיקה כהודאה דמי כ"ש בהודאה שחייב ואינו יכול לטעון השטאה והשבעה בפרטי עסק :

סימן פב [דין שטר שאינו מקויים והלוה טוען אמנה או פרוע או תנאי ושארי דברים ובו י"ח סעיפים] :

א מלוה שהוציא שטר שאינו מקויים ולא מצא עדיין עדים לקיימו והלוה מודה שאינו מזוייף שכתבו אלא שטוען פרעתי נאמן דהפה שאסר הוא הפה שהתיר ונאמן במיגו דאי בעי אמר מזוייף הוא ואפילו כשכתוב בשטר נאמנות אינו מועיל דשטר שאינו מקויים לשטר כשר מה מועיל בו הנאמנות ומי החזיקו לשטר כשר הלוה והרי אומר שפרוע הוא וישבע הלוה היסת שפרוע הוא ופטור לע"ע וכן כשטוען טענה אחרת לבטל השטר כגון שאומר ששטר אמנה הוא שעדיין לא קיבל מהמלוה מעות אלא שהאמין לו שלא יתבענו כל זמן שלא יקבל ממנו המעות או שאומר הכנתי שטר זה ללות בו ולא לויתי עדיין ונפל ממני ומצאו המלוה או שאומר שנעשה על תנאי ולא נתקיים התנאי ואפילו אם אומר קטן הייתי כשנכתב השטר נאמן ואע"ג דחזקה אין העדים חותמין על השטר אא"כ יודעים שהלוה הוא גדול בשנים והעדים עצמם אלו היו טוענים כן לא היו נאמנים כמ"ש בסי' מ"ו זהו מפני שאין אדם משים עצמו רשע אבל הלוה נאמן במיגו דמזוייף וכן כשטוען שטר אמנה הוא אף שאומר שהעדים ידעו מזה ועושה אותם רשעים דמדינא אסור להם לחתום על שטר אמנה מ"מ נאמן מטעם מיגו [ס"ך] והגם דזהו מיגו במקום חזקה ומיגו במקום חזקה לא אמרינן כמו שיתבאר מ"מ מוקמינן ממונא בחזקת מרא ואין בנו כח להוציא מהלוה ממון בחזקה זו כיון שהשטר הוא רק ע"פ הודאתו [כ"ל] וכל זה דווקא

דווקא כשפסלו בתוך כדי דיבור של הודאתו אבל אם הודה שכתבו ולאחר כדי דיבור אמר אמנה או פרוע או תנאי אינו נאמן דמיד כשהודה הרי הודה בחיובו ואחר זמן כשאומר פרעתי הרי אין לו מיגו אז מפני הודאתו הקודמת ואי משום שמקודם היה לו מיגו מיגו למפרע לא אמרינן [ט"ז] כמו שיתבאר בכללי מיגו בסי' זה ודע דלגבי לקוחות אינו נאמן לומר שכתבו אם לא נתקיים בעדים דחיישינן לקנוניא כמ"ש בסי' ק"ו :

ב אם אח"כ מצא המלוה עדים לקיים השטר בב"ד הרי הוא כשארי שטרות וגובה בו אפילו מלקוחות שקנו קודם הקיום דאינהו אפסידו אנפשייהו ולא היה להם לקנות מהלוה מחששא דשמא יקיים המלוה שטרו ואפילו נשבע הלוה כבר על טענת פרוע או שארי טענות שנתבאר מ"מ גובה בו דמה לו להמלוה בשבועתו כיון שנתקיים השטר והוי כשטר גמור אין ביכולת הלוה לפטור א"ע בשבועה ולכן אין ביכולת הלוה לכוף את המלוה בעת שבועתו שיקרע את השטר ואדרבא המלוה יכול לכופו שלע"ע ישבע וכשימצא קיום יקיימנו ויגבה בו [ס"ך וט"ז] :

ג אם הלוה אמר שהשטר מזוייף ואחר שהמלוה הביא עדים לקיימו חזר הלוה ואמר שפרוע הוא ורצונו לחייב שבועה להמלוה אם אינו פרוע כדין כל שטר מקויים כשהלוה טוען פרעתי כמו שיתבאר י"א דהוחזק הלוה כפרן וגובה המלוה בלא שבועה ואפילו הביא עדים שפרעו קודם לכן אין נאמנים דכיון שאמר מזוייף הוא ולא לויתי מעולם הרי כהודה שלא פרע דכל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי דמי והוא נאמן על עצמו יותר ממאה עדים כמ"ש בסי' ע"ט אבל אם מביא עדים שפרע אחר שנתקיים השטר נאמן [ס"ך] ואף שהלוה בעצמו אינו נאמן זהו מפני שהוחזק כפרן וגם העדים על קודם הקיום אין נאמנים מפני שהוא בעצמו מכחישם אבל לאחר הקיום שהוא מוכרח לשלם למה לא יהיו נאמנים וכ"ז הוא דווקא לגבי הלוה עצמו אבל לגבות מלקוחות אין ביכולת המלוה כשמעידים עדים שפרעו אף קודם הקיום דהלקוחות יאמרו אנחנו מאמינים להעדים וכן כשאין עדים וגובה מלקוחות צריך המלוה לישבע להם כדין הבא ליפרע מלקוחות אע"פ שהלוה הוחזק כפרן [תו"ת] ויש חולקין בעיקר דין זה וס"ל דבטוען מזוייף לא הוחזק כפרן ודווקא כשטוען לא לויתי או להר"ם הוחזק כפרן אבל במזוייף יש לפרש כוונתו דאינו כופר בהלואה אלא שאומר קיים שטרך ואח"כ תדון עמי ומה שאומר מזוייף רצונו לומר מה תדון עמי הלא לע"ע אינו מקויים וביכולתי לומר מזוייף הוא והדעת נוטה לסברא ראשונה [ע"ס בתו"ת] אבל ביורש כשאומר מזוייף הוא גם לדיעה ראשונה לא הוחזק כפרן דהיורש ביכולתו לומר כן כל זמן שהשטר לא נתקיים :

ד וכשהשטר מקויים והלוה טוען פרעתי כולו או מקצתו והמלוה מכחישו אם הלוה טוען השבע לי שלא פרעתיך משביעין אותו שבועת המשנה בנק"ח כשל תורה ונוטל דנהי דאינו כמלוה בע"פ שהלוה נשבע ונפטר מ"מ כל נשבע ונוטל תקנו חכמים שישבע שבועה חמורה כשל תורה כמו שיתבאר בסי' פ"ט ודווקא כשהלוה טוען ברי לי שפרעתיך אבל אם טוען שמא א"צ המלוה לישבע ולא עוד אלא אפילו גם המלוה טוען שמא השטר בחזקתו וא"צ לישבע דכשהלוה טוען ברי והמלוה שמא אינו גובה בו כמ"ש בסי' נ"ט אבל כששניהם טוענים שמא אין בטענותיהם כלום והשטר הוא בחזקת שאינו פרוע ואין חילוק בכל זה בין עבר זמנו של השטר ובין הוא עדיין תוך זמנו [רכינו ב"י] וכשהלוה טוען שמא יכול להטיל ח"ס על כל מי שנוטל ממונו שלא כדין ואין לתמוה היכן מצינו שהתובע יטול ע"פ טענת שמא ובלא שבועה דבשטר וודאי כן הוא דנהי דיש קצת ריעותא בטענת המלוה כשטוען שמא מ"מ יותר יש ריעותא בטענת שמא של הלוה מבשמא של המלוה דהפורע יש לו לדייק יותר ממי שפורעין לו [כתובות פ"ז:] ונהי דבמלוה ע"פ בכה"ג אין כופין את הלוה ליפרע מ"מ בשטר מוקמינן שמא כנגד שמא והשטר בחזקתו ועל שהשמא של הלוה יותר גרוע מהטעם שבארנו לפיכך אין בכחו גם לחייב שבועה להמלוה [כ"ל] :

ה ודווקא כשהלוה טוען השבע לי שלא פרעתיך אבל אם אינו טוען כן אלא רק טוען שפרעו ואינו תובע מהמלוה שבועה אין הב"ד משביעים להמלוה ואומרים ללוה שלם לו דדווקא בפוגם שטרו משביעין הב"ד אותו גם בלא טענתו של הלוה כמו שיתבאר בסי' פ"ד אבל בשטר שלא נפגם מה לנו להשביעו כיון שהשטר מקויים ורק כשהלוה טוען השבע לי אין ביכולתינו להגבותו בלא שבועה אבל כשטוען רק פרעתי אומרים לו אין אתה נאמן כיון שהשטר ביד המלוה וכן הדין כשהשטר היה על זמנים ולאחר שעברו מקצת הזמנים טוען הלוה פרעתיך הזמנים שעברו והנחתי לך השטר מפני הזמנים העתידים והמלוה אומר שלא נפרע כלום ואין להלוה עדים ולא שובר על הפרעונות שטוען אם הלוה טוען השבע לי שלא פרעתי לך הזמנים שעברו משביעין אותו ואם אינו תובע שבועה מצוים אותו ליפרע אא"כ מודה על קצת פרעון דאז פגם שטרו ומשביעין אותו כמ"ש שם ודע דכל זה הוא בשטר בעדים אבל שטר בחת"י הלוה דינו כמלוה בע"פ ונשבע הלוה היסת ונפטר כמ"ש בסי' ס"ט ע"ש :

ו כשהלוה טוען שהמלוה ישבע יכול המלוה לומר לו הבא מעות ואח"כ אשבע ואם אין לו מעות יביא משכון [תו"ת] ואם המלוה אינו אומר הבא מעות אין הב"ד מחוייבים לצוות להלוה שיביא המעות אא"כ יודעים הב"ד שהלוה אינו אמוד אזי החיוב על הב"ד לצוות עליו שיביא מעות או משכון להב"ד ואח"כ ישבע

[סס] וכן אף כשהלוה אמוד אלא שאינו נאמן ואם אין להלוה מה לפרוע ישבע הלוה שאין לו וכשתשיג ידו ישביע להמלוה שלא נפרע ויתן לו ויש מי שאומר שהלוה אינו מחוייב לישבע עתה שאין לו [ט"ז] דיכול לומר שמא כשתשיג ידי לא יתרצה אז המלוה לישבע ולמה אשבע עתה חנם וטוב לי יותר להמתין עד שתשיג ידי ואז אם ישבע המלוה אפרע לו או שישבע עתה המלוה מקודם ואח"כ אשבע אני כמו כל הנשבעין ונוטלין שיתבאר בסי' צ"ב כשטוען אין לי דאין מצוין לו לישבע שאין לו רק אחר שבועת השכנגדו אבל באמת לא דמי לשם דבשם מן התורה א"צ ליטול אף בשבועה רק חכמים תקנו שיטול בשבועה ולכן כשטוען אין לי יכול לעכב שבועתו עד שישבע השכנגדו אבל כאן בשטר צריך מן התורה ליטול בלא שבועה וחכמים החמירו על המלוה שלא יטול בלא שבועה כשהלוה טוען השבע לי ולכן אין ביכולת הלוה לעכב שבועתו עד שישבע המלוה מקודם כיון שמן התורה מוטלת עליו הפרעון בלא שבועה [ס"ך תו"ת וגס"מ] וכן יש להורות:

ז וכל זה כשאין בשטר נאמנות אבל כשיש נאמנות בשטר אפילו נאמנות סתם אינו יכול להשביעו כמ"ש בסי' ע"א ומיהו אם יש בע"ח מאוחר ממנו שאינו יכול לגבות חובו מפני חובו של זה המוקדם לו כמו שיתבאר בסי' ק"ד אזי אינו מועיל הנאמנות אפילו כתב לו מפורש שמאמינו בלא שבועה אף נגד בע"ח מאוחר דמה לו להבע"ח במה שהאמינו וכמו שנתבאר בסי' ע"א שאינו מועיל נאמנות נגד לקוחות כמו כן אינו מועיל נגד בע"ח מאוחר ואין המוקדם יכול לומר לא אשבע עד שתשבע אתה שלא נפרעת מחובך דכיון ששניהם הם בעלי חובות הבא ליטול עליו לישבע ורק המוקדם יכול להטיל ח"ם על מי שמשביעו בחנם וכמו שבנאמנות א"צ המלוה לישבע כמו כן כשהוחזק הלוה כפרן אין מחייבין שבועה להמלוה כמ"ש בסעי' ג' וגם עדים אין נאמנים כשמעידים שפרעו קודם לכן כמ"ש שם ובכל דיני הוחזק כפרן אין חילוק בין מלוה בע"פ למלוה בשטר:

ח כבר נתבאר דכשהלוה טוען השבע לי מחוייב המלוה לישבע שלא נפרע מהשטר ואם אין רצונו לישבע י"א שנוטלין ממנו השטר וקורעין אותו [ט"ז] וי"א שאין נוטלין ממנו השטר אלא כופין אותו שלא יגבה בלא שבועה [ס"ך והאחרונים] וכן מסתבר דכיון דמן התורה נוטל בלא שבועה אין בנו כח להוציא ממנו שטרו בשביל שלא נשבע אך כופין אותו מפני שעובר על תקנת חכמים ואם תפס מהלוה אפילו תפס בעדים שאין לו מיגו דלא תפסתי לא מפקינן מיניה כיון דמן התורה נוטל בלא שבועה וי"א דתפיסה לא מהני רק קודם שפסקו הב"ד שצריך לישבע אבל אחר שפסקו לו שבועה לא מהני תפיסה [תו"ת] אא"כ תפס שלא בעדים דיש לו מיגו שלא תפסתי דאחר פס"ד נעשה כשל תורה וכ"ז הוא כשהתובע אינו ת"ח אבל כשהוא ת"ח אין הב"ד נזקקים לשבועתו דאין לנו לזלזל בכבודו ולחושדו שרוצה לגזול וגם לגבות לו אין מזדקקין לו כיון שהלוה תובע ממנו שבועה ולכן הב"ד משמיטין א"ע מזה ואם תפס תפס ואפילו אין לו מיגו ואם הת"ח עצמו רוצה לישבע ולגבות חובו אין אנו מונעין אותו ואם שניהם התובע והנתבע ת"ח חזר הדין ככל אדם דבע"כ אחד מהם משקר וגם בזמה"ז יש דין ת"ח לעניין זה דכל מי שמוחזק ביראת ד' אין כופין אותו לישבע דלא חשוד לגזול וכשהמלוה נשבע יש על הלוה ח"ם שאינו מזקיקו לשבועה חנם:

ט וכל זה שאמרנו שהלוה יכול לכוף להמלוה שישבע לו שלא פרעו זהו דווקא כשהמלוה תובע מעותיו אבל אם אין המלוה תובע עתה בהשטר אלא ממתין לו אינו יכול לכופו לשבועה אלא מטיל ח"ם על כל מי שמעכב שטר פרוע בידו:

י אם מת המלוה ויורשיו מוציאים השטר והלוה טוען שהוא פרוע ואומר להיורשים תשבעו לי [ס"ך] נשבעים שבועת היורשים שבועה שלא פקדנו מורישינו ששטר זה פרוע הוא ושלא מצאנו בין שטרותיו וכתביו ששטר זה פרוע הוא ומשלם להם והם מטילים ח"ם שאינו מזקיקם לשבועה בחנם ואם לא תבע מהם השבועה אלא שאומר פרוע הוא אין מצוין אותם לישבע אלא מצוין להלוה לשלם להם כמו במלוה עצמו:

יא היה המלוה חשוד לשבועה י"א שהנתבע נשבע היסת ונפטר כמו בכל השבועות שיתבאר בסי' צ"ב דכשחשוד לשבועה ישבע שכנגדו היסת ונפטר וי"א דבכאן נוטל המלוה בלא שבועה והכי מסתבר ולא דמי לשם דמן התורה א"צ ליטול גם בשבועה ותקנת חז"ל היתה שבשבועה יטול ולכן כשהוא חשוד נשאר על דין תורה ואינו נוטל רק השכנגדו נשבע היסת כבכל תביעות אבל בכאן שמן התורה נוטל בלא שבועה וחז"ל תקנו שלא יטול בלא שבועה וכשהוא חשוד ונשאר בדין תורה נוטל בלא שבועה ובאה"ע סי' צ"ו נתבאר לעניין כתובה דכשהיא חשודה נשבע השכנגדה ונפטר משום דכתובה לאו דאורייתא [ס"ך] ולדיעה זו גם בסי' צ"ב במי ששטר בידו כמו פוגם שטרו וכיוצא בו נוטל בלא שבועה מטעם שכתבנו:

יב לא היה חשוד אלא שרוצה להפך השבועה על הלוה שישבע שפרעו אין שומעין לו לפמ"ש בסעי' ד' שדין שבועה זו היא כשל תורה ובשל תורה אין מהפכין כמו שיתבאר בסי' פ"ז וכמו בכל השבועות מהנשבעין ונוטלין שאין מהפכין אותם כמ"ש שם הטעם דדווקא בנשבע ונפטר שייך להפך שאומר להתובע טול מעות ותשבע אתה אבל בנשבע ונוטל אינו שייך להפך ולומר לבעל דינו השבע אתה והפטר כי זה יאמר לו איני

נוטל

נוטל מעות ולמה לי לישבע אם רצונך ליטול מעות השבע כתקנת חכמים וטול ואם לאו לא תטול וגם כאן שייך סברא זו אמנם אם המלוה אומר איני רוצה בתקנה שתקנו לי חכמים לישבע וליטול והריני כשארי תובעים בע"פ בלא שטר שדינם שהנתבע נשבע היסת ונפטר שומעין לו וצריך הלוה לישבע היסת ולפ"ז שהמלוה עושה אותה כתביעה בע"פ יכול הלוה להפך את ההיסת על המלוה ולומר לו השבע וטול כמו בכל שבועות היסת ונמצא דלעולם המלוה לא ימלט משבועה אם הלוה ירצה שהמלוה ישבע אלא שיכול להקל השבועה משבועה חמורה על שבועת היסת כמו שנתבאר :

יג כתב רבינו הב"י בסעי' ט' דאם אמר התובע איני נשבע ואיני נוטל אלא אטיל ח"ס הרשות בידו ואין הלוה יכול לומר או השבע וטול כתקנת חכמים או הוציאני מן הכלל ואם יצא הלוה ולא רצה לשמוע אין מנדין אותו ומקללין שלא בפניו עכ"ל משום דהקללה חלה עליו אם הוא משקר אף שלא בפניו כמ"ש בסי' ע"א ויש להבין במה שכתב דאין הלוה יכול לומר השבע וטול כדי להפטר מן הקללה הלא בכל שבועה יש על המשביע קללה אם אינו מכריחו חנם לשבועה כמ"ש בסי' פ"ז ומה ירויח בזה ובאמת מפני קושיא זו יש מן הגדולים שדקדקו שיש מיני שבועות שאין על המשביע קללה וכן בהיפוך שבועה [ט"ז] וי"א דוודאי בכל מיני שבועות יש קללה על המשביע רק בכאן מיירי שהלוה אומר השבע וטול בלי הטלת קללה [סמ"ע] והנה בכל בתי דינין דנין כדיעה זו שבכל מיני שבועות יש קללה על המשביע [אחרונים] זולת במקום שהמנהג כדיעה ראשונה יש לנהוג כן וגם כתבו גדולי אחרונים שבמקום שכתוב בש"ע ח"ס המנהג עתה שכופין לקבל קללה מפורשת [תו"ת וכה"מ וס"י ונו"ב] ולכן לפ"ז אין ביכולת הלוה להמלט בשום פנים מקבלת קללה מפורשת וכופין אותו שיטול קללה על עצמו אם לא פרעו דאף אם יאמר להמלוה השבע וטול הלא יצטרך ג"כ לקבל על עצמו שאינו משביעו חנם ומה ירויח בזה ולכן ביכולת המלוה להטיל עליו גם בלא שבועתו :

יד ודווקא בטענת פרוע יכול הלוה להשביע את המלוה בשטר מקויים אבל בשארי טענות כמו במזוייף או אמנה או כתבתי ללות ולא לויתי וכן כשטוען הלוה חוב זה ריבית הוא והמלוה מכחישו בכל אלה אין הלוה יכול להשביעו דדווקא בטענת פרעתי יכול להשביעו משום דכל שטר עומד לפרעון אבל בטענות אלו שבא לערער בעיקר חיובו של שטר והשטר מקויים אין בדבריו כלום ואף שיש לו מיגו דאי בעי הוה טעין פרעתי והיה משביעו מ"מ הוה כמיגו במקום חזקה אלימתא ועוד כמו דאין אומרים מיגו לאיפטורי משבועה כמו כן לא אלים המיגו אם אינו רק על חיוב שבועה [כ"ל] אלא מצוים להלוה שישלם לו ואח"כ אם ירצה לטעון עליו יתבענו לב"ד ויטעון אותו מה שירצה ויחייבנו היסת בכבל הטענות ואמנם בטענת מזוייף אין ביכולתו לטעון גם אח"כ כיון שהשטר מקויים [ס"ך] ובטענת ריבית ג"כ הדין משונה מכל הטענות כשהמלוה מודה ואומר בהיתר נטלתי ע"פ עיסקא וכיוצא בזה דאם תובעו הלוה אחר ששילם לו להמלוה אינו יכול להשביעו דאנן סהדי דלא שביק התירא ואכיל איסורא וכמ"ש ביו"ד סי' קס"ט ע"ש ואם תובעו מקודם הוה כטענת פרעתי ויכול להשביעו [סמ"ע וט"ז ביו"ד שם ואחרונים] והטעם משום דקודם הפרעון כשהודה שלקח ובהיתר עכ"פ מחליש בעצמו קצת כחו של שטר כיון שמודה שלקח עליו מעות והגם שיש לו חזקה דלא שביק התירא ואכיל איסורא מ"מ מפני סברא זו אין לו כח להוציא ממון בלא שבועה משא"כ לאחר הפרעון שבא לפטור א"ע פטרינן ליה מפני חזקה זו [כ"ל] אמנם אם המלוה מכחישו לגמרי ואומר שלא היה בו ריבית כלל הוה ככל הטענות שנתבאר שמקודם אין יכול להשביעו ואח"כ יכול להשביעו :

טו ובטענת מחילה שהלוה טוען מחלת לי חובך יש מי שאומר שדינו כמי שטוען פרעתי מפני שגם בטענה זו אינו מבטל כחו של שטר שמודה ששטר כשר הוא אלא שמחל לו ומה לי טענת פרעון או טענת מחילה ולא עוד אלא שיפה כחו מפרעתי דבפרעתי כשיש סתם נאמנות בשטר אינו יכול לטעון פרעתי כמו שנתבאר וטענת מחילה יכול לטעון דסתם נאמנות אינו רק על פרעון משום דכל שטר עומד לפרעון ואסיק אדעתיה שיטעון כן אבל מחילה לא אסיק אדעתיה ולפיכך המדקדקין כותבין בהנאמנות והאמנתיו לומר שלא נפרעתי ובכל ענייני חוב זה וממילא דגם מחילה בכלל כיון שהאמינו על כל העניינים או שפרט מחילה בפירוש אבל יש חולקים על כל זה וס"ל דטענת מחילה הוי כאמנה ושארי טענות שנתבאר משום דמחילה טענה גרוע היא ושטר אינו עומד למחילה ואינו נאמן לומר כן וכן הוא דעת הרמב"ם ז"ל ואין ביכולתו רק להטיל ח"ס על המלוה או שישלם לו ואח"כ יטעון עליו וישביענו היסת [לבוש] :

טז טען הלוה שהשטר נעשה על תנאי שאם אקיימנו אפטר וקיימתיו ומלוה אומר שלא היה שום תנאי בדבר אם כתוב בו שנעשה בלי תנאי או שכתוב בו בלא שיור דזהו ג"כ כמו שכתוב בלי שום תנאי או לשון אחר שמודה לפי ראות עיני ב"ד שלא היה תנאי בדבר אין הלוה נאמן ואפילו לאחר שישלם אין יכול לטעון כן ולחייבו להמלוה היסת [כ"ל] ואם אין כתוב בו כן נשבע המלוה שבועה חמורה ונוטל כמו בטענת פרעתי ואפילו כשכתוב בו נאמנות סתם דסתם נאמנות אינה רק על פרעון ולא על טענה אחרת אא"כ כתוב בו שעל כל ענייני שטר זה נתן לו הנאמנות וכמ"ש לעניין מחילה [כ"ל] ואם הודה המלוה שנעשה על תנאי

אלא

אלא שאומר שעדיין לא קיימו הלוה על המלוה להביא ראיה ואם אין לו ראיה נשבע הלוה היסת ונפטר ולא אמרינן בזה שישבע המלוה ויטול בבטענת פרעון דכיון דלדברי המלוה עצמו יש ריעותא בהשטר שנעשה על תנאי אבד השטר כחו ואף שיש להמלוה מיגו שהיה אומר שלא נעשה על תנאי הוה מיגו להוציא ממון ומיגו להוציא לא אמרינן כשהמלוה עצמו מודה שיש ריעותא בשטר דדווקא כשאין שום ריי̇ותא בהשטר לפי דברי המלוה כמו בטענת סטראי שבסי׳ נ״ח וכה״ג שפיר נאמן במיגו להחזיק שטרו אבל בזה שהמלוה עצמו מודה שיש בו ריעותא לא אמרינן מיגו להוציא [עתוס׳ ב״ב ל״ב: ד״ה אמאי] ויש חולקים בזה דכיון דלדברי המלוה כשר עתה השטר מפני שהתנאי לא נתקיים לא איתרע שטרא ואמרינן מיגו ונשבע המלוה שבועה חמורה ונוטל בבטענת פרעון [ס״ך] ויש גם חולקין על עיקר הדין שכתבנו דלא אמרינן מיגו להוציא וס״ל דאמרינן מיגו להוציא ויתבאר בכללי מיגו בסוף סי׳ זה ואם יש להלוה עדים שהשטר נעשה על תנאי מקבלין עדותן ואפילו עידי השטר עצמם נאמנים לומר שנעשה על תנאי דאין זה כחוזרין ומגידים דתנאי מילתא אחריתי היא ואינו מבטל השטר ולכשיתקיים התנאי השטר כשר כמ״ש בסי׳ מ״ו וכשהתנאי הוא על המלוה לעשות ואומר הלוה שעדיין לא קיים נאמן הלוה בזה אבל אם התנאי הוא על המלוה בשב ואל תעשה נאמן המלוה לומר שלא עבר עליו ואם התנאי הוא על הלוה לעשות נאמן המלוה לומר שעדיין לא עשה ואם הוא על הלוה בשב וא״ת נאמן הלוה לומר שלא עבר עליו [אחרונים] ואם העדים מעידים שנתקיים התנאי או מעידים שלא נתקיים נאמנים בבל עניין אפילו כשכת״י יוצא ממקום אחר ונפטר זה שמסייעים לו גם בלא שבועה וכבר נתבאר בסי׳ מ״ו די״א דכשכת״י יוצא ממקום אחר אין נאמנים [עס״ך ס״ק ל״ד] וכן אם עד אחד אומר על תנאי היה ועד אחד מכחישו נתבאר שם :

יז טען הלוה על שטר מקויים שחציו פרוע והמלוה אומר שלא נפרע ממנו כלום ובאו עדים והעידו שכולו פרוע נשבע הלוה שד״א כדין מודה במקצת דכיון שהעדים מעידים על השטר שכולו פרוע בטל כח השטר והלוה חייב לשלם מחצה שהודה משום דנאמן על עצמו יותר ממאה עדים ודינו כדין מלוה בע״פ שכשהודה מקצת נשבע שד״א [סמ״ע] ולכן אינו גובה המלוה את המחצה שהודה הלוה רק מבני חורין ולא ממשועבדים דלגבי לקוחות בטל השטר ואם באו העדים קודם שהודה הלוה על המחצה פטור הלוה משבועה משום דהוה כמשיב אבידה אבל כשהודה קודם ביאת העדים אין זה משיב אבידה דבע״כ הודה מפני השטר והעדים עדיין לא באו ואם כתוב בשטר נאמנות שהאמינו על עצמו כשני עדים גובה כל השטר מבני חורין בלא שבועה אבל לגבי לקוחות לא מהני הנאמנות

כמ״ש בסי׳ ע״א וכשטוען הלוה נזכרתי שפרעתיו כולו י״א דנאמן בשטר שאין בו נאמנות כיון שיש עדים שמסייעין אותו וכמ״ש בסי׳ ע״ט [ס״ך] :

יח כללי דיני מיגו עמוקים ורחבים מני ים ונבאר קצתם בס״ד :

א מיגו במקום עדים לא אמרינן דעיקר עניין המיגו הוא להאמינו בטענה זו שהיא אמת מיגו דאי בעי טענה אחרת וכיון שהעדים מכחישים לטענתו מה לנו ולמיגו שלו ואפילו אין עדים ממש אלא אנן סהדי שכן הוא הוה כמיגו במקום עדים וכן מיגו במקום קול [כנס״ג] במקום שהקול מפורסם הרבה הוה כמיגו במקום עדים [ע׳ בנו״ב סי׳ ל׳ שהקשה על הכנס״ג ולדברינו א״ש ודו״ק] :

ב מיגו במקום חזקה אמרינן ורק במקום חזקה אלימתא כמו בחזקה שאין אדם פורע תוך זמנו לא אמרינן ולפ״ז נפל הך דינא בבירא ומי יוכל לשער מה היא חזקה אלימתא או לא ואין לך בו אלא מה שאמרו חז״ל [ס״ך] ובמקום שאינו מפורש אזלינן בתר המוחזק [נס״מ] :

ג מיגו במקום שטר אמרינן כמו שיתבאר בסי׳ רצ״ג דנאמן לומר בשטר פקדון החזרתי במיגו דנאנסו ולא אמרינן שטרך בידי מאי בעי :

ד במיגו להוציא יש מחלוקת בין רבותינו אי אמרינן אי לא אמרינן אמנם כשמסייע להמיגו שטר כשר שלא איתרע לכ״ע אמרינן מיגו אף להוציא וכן בברי ושמא כשזה בא להוציא וטוען ברי והשכנגדו טוען שמא אמרינן מיגו אף להוציא וכן כשיש חזקה עם המיגו אמרינן אף להוציא [ש״ך אות ע״ו] אבל בלא אלו הסכמת רוב הפוסקים דלא אמרינן מיגו להוציא [וקושית הש״ך מרפ״ב דכתובות דפריך מ״ש האי מיגו מהאי מיגו ל״ק כלל דבמאמרסתני כאמסתי הוי ברי וטמא [או״ת] ודמי לסדדי ועוד דהתם יש כתובה ואף שכתב הר״ן שם דכתובה הוי כמו תגאי זעליה לברר מ״מ כיון דאית לה מיגו נתחזק השטר שבידה וכמ״ש הב״ח בסי׳ ס״ח ס״ק כ״ב ע״ש ושפיר הקשה התוס׳ וקושית הכס״מ סוף אות א׳ ל״ק כלל ומיהו גם קושית התוס׳ על הפוסקים ל״ק דעדיפא מינה קאמרי ועוד דהיא היא דלאו לאו ברי הלה גם המיגו איתרעאי ודו״ק] ובקרקע לא שייך מיגו להוציא [סמ״ע ס״ק מ״ד] :

ה מיגו למפרע לא אמרינן כיון דעתה אין לו מיגו מפני הודאתו הקודמת ומה שהיה לו אז מיגו אינו כלום דכיון דאז לא עמד בדין לא חש לטעון טענת המיגו ואף בעמדו בדין והודה ושתק ולאחר כדי דיבור טען איזה טענה לזכותו אינו נאמן במה שהיה לו מיגו מקודם מדלא טען זכותו בתוך כדי דיבור איתרע טענתו ולכן בפ״ב דכתובות בנשביתי וטהורה אני וכן בא״א הייתי וגרושה אני דנאמנת אינו אלא כשאמרה תוך כ״ד ולאחר כ״ד הוה מיגו למפרע אבל במקום שצריך פירוש לדבריו כמו בשם גבי את בתי נתתי לאיש נאמן גם למפרע דבל

דכל דבר שצריך פירוש א"צ למיגו כלל [תוס' שם ד"ה מניין] :

ו מיגו במקום רוב שהרוב הוא נגד המיגו שהיה יכול לטעון לא אמרינן דהא אפילו במקום חזקה איבעי להו לרז"ל [ב"ב ה'.] ורוב עדיף מחזקה וזה שאין הולכין בממון אחר הרוב אינו משום שחזקת ממון עדיף מרוב דהא חזקת הגוף עדיף מחזקת ממון [כדמוכח בהמדיר ע"ה: לר"ג דקיי"ל כוותיה ע"ש ודו"ק] ורוב עדיף מחזקת הגוף וכ"ש מחזקת ממון אלא הטעם כיון דעכ"פ גם המיעוט ישנו בעולם א"א להוציא מידו דשמא הוא מהמיעוט וכ"ש אם טוען כן [זהו כוונת הרשב"ם רפ"ו דב"ב בד"ה לא אזלינן בתר רובא וכו' ע"ש] ולכן אם התורה גזרה שהמיעוט אינו כמו בדיינים ששנים מחייבים ואחד מזכה שהתורה גזרה אחרי רבים להטות מוציאין ממון על פיהם [זהו כוונת התוס' ר"פ המניח בד"ה קמ"ל ע"ש וגדולי אחרונים הרבה טרחו בענין זה ולענ"ד ברור כמ"ש] ונהי שאם טוען טענה כנגד הרוב מקבלים ממנו מטעם שכתבנו מ"מ שנאמר מיגו שהיה יכול לטעון כנגד הרוב לא אמרינן [ואף שהנה"מ כתב בכלליו דאמרינן מיגו כזה מ"מ נלע"ד ברור כמ"ש] :

ז מיגו במקום מנהג לא אמרינן דאינו יכול לטעון דבר שהוא נגד המנהג וכ"ש דלא אמרינן מיגו שהיה יכול לטעון כנגד המנהג דזהו כמיגו במקום עדים [דין זה מתבאר מב"מ ק"י. גבי אריס אומר למחצה וכו' דהלכתא כר"נ וכמ"ש הנמק"י בשם הגאונים שם] ודווקא במנהג קבוע לכל העולם אבל כשהוא מנהג לאנשים פרטים ולכל העולם הוי היפך מזה כמו בעיסקא שאינו מותר רק פלגא באגר ופלגא בהפסד ומעות של יתומים מותר להלותן קרוב לשכר ורחוק מהפסד אם טוען המקבל שקבלן פלגא באגר ופלגא בהפסד נאמן כשיש לו מיגו [ובזה א"ש דברי הש"ך ביו"ד סי' ק"ה ס"ק כ"ח ול"ק קושית התומים ותירוץ הנה"מ דחוק למאד ובזה נחלקו הראשונים במרדכי פא"כ וכ"ע ס"ל דלא אמרינן מיגו במקום מנהג ולהנה נדחקו בזה גדולי האחרונים ודו"ק] :

ח מיגו בטענה דלא שכיח לא אמרינן ומה דנאמן בשטר פקדון לומר החזרתי במיגו דנאנסו אף דאונס לא שכיח משום דזה אינו מטעם מיגו רק דבשטר כזה אינו חושש להניח ביד המפקיד מפני שיכול לפטור עצמו בטענה זו וא"כ החזרתי גופה טענה מעליא היא וגם הוא מלא שכיח ללא שכיח דהחזרתי ג"כ לא שכיח שיחזיר ויניח השטר ביד המפקיד אבל לשארי טענות דשכיח אפשר לומר דאינו נאמן במיגו דנאנסו וכן במידי דלאו אורח ארעא לא אמרינן מיגו [נה"מ] :

ט מיגו דהעזה שהיה יכול לטעון טענה שיש בה העזה יש מחלוקת בין רבותינו אי אמרינן מיגו אם לאו וכולם יש להם ראיות נכוחות והמתבאר לי מדברי רבותינו בעלי התוס' בב"ק ק"ז. ד"ה עירוב פרשיות שכתבו בסה"ד וז"ל והשתא ניחא ההיא דכל הנשבעין דקאמר מתוך שיכול לומר להד"ם יכול לומר נאנסו אע"ג דאין זה מיגו לגמרי דהאי חשוב העזה והאי לא חשוב דבהאי ידע ובהאי לא ידע מ"מ מדמה לה למיגו דלעיל דההוא נמי לאו מיגו הוא וכו' וההיא דח"ה גבי הנהו עיזי דאכלי חושלא וכו' ובפ"ב דכתובות גבי שדה זו של אביך וכו' אע"ג דבהאי ידע ובהאי לא ידע לא דמי למידי דכפירה דלכפור וודאי אינו מעיז במידי דידע ביה חבריה והנהו דהתם לאו מידי דכפירה נינהו עכ"ל ודבריהם סתומים וגדולי אחרונים טרחו בדבריהם [עש"ך אות ו' ואו"ת אות ע"ב] ונלע"ד דה"פ דזהו וודאי שיכול להעיז אף במה שידע חבירו ששקר הוא אך להעיז ולאמר להד"ם ולכפור הכל נגד חבירו במה שהיה לו עסק עם חבירו בכפירה כזו אינו יכול להעיז אבל שארי מיני העזה יכול להעיז אף שחבירו מכיר בשקרו [ובזה א"ש כל דברי הרא"ש שהביא הש"ך וגם דברי רש"י בריש ב"מ גבי מפני מה אמרה תורה מודה מקצת וכו' א"ש לדברינו ודו"ק] אבל אם גם במה שטוען יש העזה יש לו מיגו דהעזה אף בהעזה דלהד"ם כיון דגם במה שטוען יש העזה :

י מיגו לאיפטורי משבועה לא אמרינן כן העלו הפוסקים ואף כשיש לו מיגו טוב והטעם בארנו בסי' צ"ג וזהו דווקא אם בא ליטול אבל אם בא לפטור א"ע ויש לו מיגו אם פוטרין אותו משבועה יש בזה מחלוקת הפוסקים אבל אם בהטענה שהיה יכול לטעון היה ג"כ חיוב שבועה לכ"ע לא אמרינן מיגו אף בכה"ג ואף אם הטענה שהיה יכול לטעון היתה טענה טובה והיה לו ריוח ממון יותר ממה שטוען עתה מ"מ אין פוטרין אותו משבועה דשמא איערומי קא מערים כדי להפטר משבועה [נה"מ] :

יא אם בהטענה שטוען א"צ שבועה ובהמיגו היה לו חיוב שבועה אין אומרים מיגו דשמא לא רצה לטעון כן כדי שלא יתחייב שבועה אבל אם בהטענה שטוען יש שבועה אף שבועה דרבנן אמרינן מיגו אף אם בהמיגו יש שד"א [ש"ך אות כ"ח ודין ראשון מתבאר מקדושין מ"ג: ודין השני מב"ב ע'.] :

יב אין אומרים מיגו אלא בטענה שגלוי לכל שאלו טען טענה זו היה פטור אבל אם בטענה שהיה יכול לטעון אינו גלוי לכל שפטור בטענה זו לא אמרינן מיגו דאולי לא רצה לטעון כן מפני שהוא סבור שבטענה זו לא יפטור א"ע [כנלע"ד ביאור המרדכי פ"ח דכתובות שהביא הש"ך באות ז' וכתב שכוונתו סתומה ע"ש ואיכו סתום דאם טענת המיגו אינה גלויה לכל זכות הטוען כמו פרעתי או מחלת לי או החזרתיו לך כמו במעשה דמרדכי שם שהחזרה היה ריעותא להטוען מפני שהוה כאלו הודה שאין מגיע לו מבעלה והמיגו הוא דאי בעי אמר לא החזרתי לה ואדרבא לא החזרתי הוי טוב להטוען אלא שע"פ עומק הדין

הוי זכותו דלפ"ז אפשר דנאמן על טענתו בוודאי איכו מיגו ולאו כל איכא דיכא גמירא] :

יג אין אומרים מיגו במקום שהוא סובר שאומר אמת ואנו אומרים שלא דקדק בזה והמעשה לא כן היה רק נדמה לו שכן היה כפי שטוען ואף אם היה טוען הטענה האחרת לא דקדקנו אחריו והיינו עושים כדבריו מ"מ לא אמרינן מיגו כזה כיון שהוא סובר שאומר אמת אלא שטועה בזה דכל עיקר טעם מיגו הוא שאנחנו אומרים דוודאי אומר אמת דאלו רצה לטעון שקר היה טוען טענה טובה מזו הטענה ובזה אמרינן וודאי לא רצה לטעון שקר אך טועה בעצמו ואומר בדדמי ומ"מ אם זה הטוען מתאמץ ואומר שלא טעה בזה ואומר ברי לי שכן הוא כמו שאמרתי ולא טעיתי בכח הדמיון או שרואין לפי העניין שדקדק היטב בזה ולא אמר בדדמי אמרינן מיגו [כנלע"ד ובזה מובנים דברי התוס' יבמות ריש פט"ו ד"ה מי ושבועות מ"ה: ד"ה מתוך ע"ש] :

יד מיגו בשני בני אדם לא אמרינן דשנים לא יוכלו לכוון בשקר אחד אבל מיגו דאי בעי שתקי אומרים גם בשנים דבזה ההסכמה קלה וכן אם בהמיגו יפטרו עצמם ממנון אמרינן ג"כ מיגו דלפטור א"ע מסכימים שניהם בנקל לטענה אחת וכן אם הוא דבר שבאמת ביד שניהם לעשות אמרינן ג"כ מיגו דעל צד האמת יפול ההסכמה [ע' בנס"מ אות ע"ו ע"ז] ומבואר בתשו' מהר"מ מר"ב סי' קס"ז דאמרינן מיגו אף אם בטענת המיגו היה אפשר שעדים יכחישוהו ובטענתו שטוען עתה א"א להכחישו וראיה דבשטר שאינו מקויים נאמן לומר פרעתי במיגו דמזוייף אף דבמזוייף אפשר לעדים להכחישו ובפרעתי א"א להכחישו [וע' בתוס' כתובות י"ט. ד"ה מודה ודו"ק] :

טו אם בטענתו שהיה יכול לטעון היה משים עצמו רשע לא אמרינן מיגו זה דאין אדם משים עצמו רשע ואם גם בטענה זו שטוען משים עצמו רשע נראה דאמרינן מיגו וע' ביו"ד סי' קס"ט שיש מחלוקת הפוסקים בזה וצ"ע לדינא וכן גנובים במיגו דשאולים לא אמרינן ויתבאר בסי' צ' [נס"מ] :

טז מיגו דאי בעי אמר טענה שהיא מחלוקת הפוסקים ולא איפסקא הלכתא כמאן לא אמרינן אבל במקום שרוב הפוסקים ס"ל כך אמרינן מיגו [סס] ודווקא שגלוי לכל שיזכה בטענה זו כמ"ש באות י"ב :

יז אמרינן מיגו מממון זה לממון אחר [ס"ך אות י"ג] ואף שיש חולקים בזה מ"מ כן הוא הכרעת רוב הפוסקים כגון שמעכב חפצו של חבירו בשביל ממון שאומר שמגיע לו מבעל החפץ אם יש לו מיגו על חפץ זה מאמינים לו כמבואר בכ"מ אבל במה שאינו נוגע לעצמו רק לאחרים לא אמרינן מיגו רק בשליש כמו שבארנו בסי' ק"ח סעי' י"ד ע"ש מילתא בטעמא ותליא בפלוגתא דשם ובסי' קל"ח יתבאר דלפעמים אין אומרים מיגו מממון לממון ועוד כללים גדולים יתבאר שם בדיני מיגו בס"ד ע"ש בסעי' ג' :

יח מיגו דאי בעי אמר טעיתי אינו מיגו טוב דבוודאי כל אדם מדקדק בחשבנותיו והיא כטענה דלא שכיחא המבואר באות ח' אמנם אין זה כלל קבוע דאם נראה לפי העניין שהיה יכול לומר טעיתי שהטעות היה קרוב בעניין הזה שפיר אמרינן מיגו [כנלע"ד ועס"ך אות ל'] עוד יש הרבה פרטי פרטים בדיני מיגו ובהרבה מקומות בח"מ נתבאר עוד פרטים בזה ולפעמים דוחין המיגו בסברא קלה וז"ל הש"ך ז"ל בסוף דיני מיגו שאין להוציא ממון משום מיגו אם לא בדבר שהוא דומה ממש כי בנקל יש לחלק ביניהם אמנם עיקרי היסודות ממיגו בארנו בס"ד ותן לחכם ויחכם עוד :

סימן פג [כשיש להמלוה על הלוה שני הלואות ושהודה שהוא מזוייף ובו ה' סעיפים] :

א אם המלוה מודה שקבל מהלוה דמי השטר אלא שאומר שקבלם בשביל מלוה אחרת בע"פ שהיה לו עליו והלוה מכחישו נתבאר בסי' נ"ח ואם הלוה מודה שיש להמלוה עליו עוד הלואה אלא שאומר שהמלוה קבל אותן המעות על חוב זה והמלוה אומר שקבלן על חוב האחר ויש נ"מ בזה כגון שיש להמלוה על הלואה אחת יותר בטוחות משעל השנית כגון שעל חוב אחד יש לו ערב או משכון או שטר ועל חוב האחר אין לו ורוצה המלוה לחשוב מה שקיבל על החוב שאין לו בטוחות והלוה רוצה לחשוב על החוב הבטוח ותובע משכונו או שטרו או שיסלק ממנו ערבותו הדין עם המלוה ואפילו אמר הלוה בעת הפרעון הנני פורע לך על חוב פלוני והמלוה שתק וקבלם יכול אח"כ לומר קבלתים על החוב האחר ומה ששתקתי לא הודיתי לדבריך אלא הייתי מוכרח לשתוק עד שאקבל ממך המעות אבל אם בעת מעשה הודה המלוה להלוה שמקבלם על החוב שאומר הלוה ועתה רוצה לחזור בו אינו יכול לחזור בו ופשיטא שטענת סטראי אין ביכולתו לטעון כמ"ש בסי' נ"ח ואם קבלם מפורש על חוב שיש לו משכון מחוייב להחזיר לו משכונו ואינו יכול לעכבו בשביל החוב האחר שהאמינו מקודם בלא משכון אא"כ נשתנה מצב הלוה נראה דיכול לעכב המשכון בשביל ההלואה האחרת ובערב ושטר לא שייך זה ואם המלוה מסר מודעא לפני עדים מקודם שמוכרח להודות להלוה שיקבלם על החוב הבטוח ובאמת אין רצונו בזה מודעהו מודעא וא"צ להכיר אונסו כי גלוי לכל [נ"ל] :

ב יתר על כן אפילו אם שלח הלוה ע"י המלוה מעות לאחרים ובפני עדים וא"ל הולך מנה זה לפלוני והמלוה

והמלוה שתק וקבלם יכול אח"כ לומר אקבלם לעצמי אע"ג דלית ליה מיגו כיון שנתנם לו בפני עדים מ"מ יכול לעכבם לעצמו אם החוב שלו ידוע או שהמשלח מודה שחייב לו דיכול לומר לא כוונתי כלל לזכות המעות להאחר אלא בשבילי לקחתים ומה ששתקתי היתה כוונתי כדי שתתן לי המעות אבל אם הודה שקבלם מידו להוליכם לפלוני ועתה רוצה לחזור בו אינו יכול דהא אותו פלוני זכה מיד בקבלתו וכ"ש אם אמר כן מפורש שלא יעכבם לעצמו אא"כ מסר מודעא בפני עדים מקודם כמ"ש [כ"ל] ודווקא כשא"ל המשלח הולך מעות אלו לפלוני או תן לו דאז אינו יכול לחזור בו כשאומר מפורש שמקבלם בעד פלוני משום דאותו פלוני זכה מיד בקבלתו דהולך ותן כזכי דמי אבל אם אמר לו צא ופרע לפלוני יכול גם אח"כ לחזור בו ולעכבם לעצמו דאותו פלוני לא זכה עדיין בקבלתו של זה וכל זה כשהחוב שלו ידוע או שהמשלח מודה אבל בלא זה אינו יכול בכל עניין לעכבם לעצמו אפילו אם שתק בעת קבלתו אא"כ נתן לו שלא בפני עדים דיש לו מיגו דאי בעי הוה אמר לא נתת לי מיהו גם בכה"ג אם הודה שלקחם מפורש להוליכם לפלוני והמשלח א"ל תן או הולך אינו יכול לחזור בו גם אם יש לו מיגו דמאי מהני לו המיגו סוף סוף לפי הודאתו הרי כבר זכה אותו פלוני ודיני הולך ותן דהוה כזכי יתבאר בסי' קכ"א וזה שאמרנו דכשא"ל צא ופרע לפלוני דיכול לעכבם לעצמו אפילו אין החוב שלו ידוע אם יש לו מיגו דלא קבלתים ה"ה כשיש לו מיגו דהחזרתים לך ומיגו זה מהני אפילו כשנתן לו בעדים דהא א"צ להחזיר לו בעדים דווקא אמנם כשא"ל הולך או תן אין לו מיגו דהחזרתי דלא היה יכול לחזור לו דהרי אותו פלוני זכה בקבלתו כמ"ש [כ"ל] וכל זה כשמעכבם לעצמו מפני חובו אבל אחד ששלח שליח ונתן לו מעות וא"ל תן לזה כך וכך ולזה כך וכך ונתן השליח כל הסך לאחד מהם או שאחד תפסם מן השליח מוציאים מידו ומחלקין כפי מה שאמר המשלח דמיד שא"ל תן לזה כך וכו' זכה השליח בשביל כולם אפילו כששתק בעת הקבלה [סמ"ע וש"ך] אבל אם א"ל צא ופרע לא זכה בשביל כולם מיד בקבלתו כמ"ש [ש"ך] ואם נתנם לאחד מהם או שאחד מהם תפסם מן השליח ומברר שמגיע לו כל הסכום שתפס תפיסתו תפיסה :

ג אם יש להמלוה על הלוה שני חובות כמ"ש בסעי' א' ויש ביניהם הכחשה שהלוה אומר שהמלוה קבלם מפורש על החוב שיש לו ערבות והמלוה מכחישו אם פרעו שלא כעדים נאמן המלוה להוציא בשטרו מהלוה ומהערב בשבועה במיגו דלהד"ם אפילו אם ההלואה השנייה היא מלוה בע"פ וכשיש בשטר נאמנות גובה בלא שבועה ואם פרעו בעדים אם החוב שאמר הלוה שפ[ר]עו היא מלוה בע"פ נאמן הלוה בשבועת היסת דהא יש לו מיגו דפרעתי ואפילו אם לוה בעדים א"צ להחזיר בעדים כמ"ש בסי' ע' וכשנשבע הלוה נפטר גם הערב ואפילו היה ע"ק כיון שהמלוה מודה שקבל מעות והלוה נאמן בהיסת שעל חוב זה קבלם ונפטר הלוה מחוב זה ממילא דגם הערב פטור כמ"ש בסי' מ"ט ואם שני החובות יש עליהם שני שטרות ופרעו בעדים ואפילו העדים מעידים שבתורת פרעון קבלם ואין להמלוה מיגו מ"מ כיון שאינם יודעים על איזה שטר קבלם נאמן המלוה לומר שקבלם על החוב שאין לו ערבות ונשבע וגובה חובו מהלוה או מהערב ואם יש בו נאמנות גובה בלא שבועה :

ד בכל המבואר לעיל אם אחת מהחובות עדיין תוך זמנו וחוב האחר עבר זמנו אינו נאמן אחד מהם לומר שעל החוב של תוך זמנו קבל דאנן סהדי דוודאי פרע לו על החוב שעבר הזמן ואפילו אם אחת היא סתם הלואה שזמנה שלשים יום ובזה לא אמרינן חזקה אין אדם פורע תוך זמנו כמ"ש בסי' ע"ח מ"מ וודאי יותר פרע לו מחוב שבידו לתובעו ובתוך ל' יום אין בידו לתובעו [ענס"מ] וכן אם החוב האחד הוא מה שלוה בעצמו וחוב השני הוא מה שערב בעד חבירו ג"כ אנן סהדי דוודאי פרע מה שלוה בעצמו [שם בשם ריטב"א] מיהו אם עדים מעידים על כל האמור שלא כן היה שומעים לדבריהם ולא מחזקינן להו כשקרי דהגם דחזקה הוא שאין אדם פורע תוך זמנו מ"מ יכול להיות כן :

ה הוציא עליו שטר מקויים ואמר הלוה מזוייף הוא וזייפו גם הקיום או אמנה הוא ואמר המלוה כן הדבר אבל שטר כשר היה לי ואבד נשבע הלוה היסת ונפטר דכיון דהשטר אינו כלום גם לפי דברי המלוה אין ביכולתו לגבות בו ע"י מיגו דאין אומרים מיגו להוציא וי"א דהוה ספיקא דדינא [ש"ך] ואם תפס המלוה אפילו בעדים לא מפקינן מיניה ואפילו השטר אינו מקויים עתה מ"מ כשיקיימנו אח"כ נאמן על מה שטען כבר שהיה נאמן במיגו כיון שעתה הוא מוחזק [שם] וכן אם הדיין עשה מעשה והגבה להמלוה חובו מה שעשה עשה [שם] ואם המלוה הודה שהשטר מוקדם אבל הלוה עליו והלוה אומר שלא לוה עליו כלל ג"כ תלוי בשני דיעות אלו דלמאן דס"ל דלא אמרינן מיגו להוציא נשבע הלוה היסת ונפטר ולמאן דס"ל דאמרינן מיגו להוציא נשבע המלוה וגובה בו ולכן לפי דעת הי"א הוה ג"כ ספיקא דדינא וכמ"ש וכבר כתבנו בכללי מיגו דדעת רוב הפוסקים דלא אמרינן מיגו להוציא ורבותינו בעלי הש"ע לא כתבו כאן רק דיעה ראשונה ויש מי שאומר עוד דאפילו למאן דס"ל דאמרינן מיגו להוציא מ"מ אינו גובה כאן במיגו זה כיון דהמלוה מודה שתחלת ביאתו לב"ד היה לתובעו בשטר פסול ואין אומרים מיגו אלא להוכיח שהטענה שטען מתחלה הוא אמת וכיון שבעצמו הודה שטענתו העיקרית שהוא השטר הוא שקר אינו גובה בו אף במיגו [סמ"ע ומס שסקסס הס"ך בס"ק ז' דלמסקנא דסוגיא

דסוגיא בב"ב ל"ב: דהלכתא כרבה באתרעא א"א לומר כן י"ל דלפירשב"ם שם דמשום ספיקא דדינא הוא אפשר לומר כן וכן הוא דעת הרי"ף שם שכתב דמזוייף א"א לומר אף כשיש לו מיגו ע"ש ודו"ק] :

סימן פד [פוגם שטרו שגבה מקצתו או פוחתו שמודה שלא הלוהו כל כך או עד מעיד שפרוע הוא ובו ט' סעיפים] :

א הפוגם שטרו לא יפרע אלא בשבועה אע"פ שלא טען המלוה השבע לי משום דהפורע רגיל לדקדק והנפרע אינו רגיל לדקדק ולכן הטילו חכמים עליו שבועה כדי שיזכור א"ע ויודה כיצד הוא פגימת שטר שיצטרך המלוה לישבע הרי ששטרו אלף זוז וטען הלוה שהוא פרוע כולו והמלוה אומר לא נפרעתי אלא מקצתו לא יפרע את השאר אלא בשבועה כעין של תורה ואפילו היו עדים בשעה שפרע מה שמודה המלוה או שכתב לו שובר לא אמרינן כיון שאנו רואין שלא רצה הלוה להאמין להמלוה בלא עדים או בלא שובר אם היה פורע יותר היה לו עדים או שובר מ"מ חיישינן דשמא כשפרעו עוד לא נזדמנו לו עדים ולא היה לו פנאי לכתוב שובר ואפילו דקדק המלוה לצרף בחשבונו את מה שקיבל ואומר ביום פלוני קבלתי כך וביום פלוני כך וצירף גם פחות מש"פ ורואים שהמלוה דקדק היטב וסימן הוא שלא נפרע יותר מ"מ תקנת חכמים היא שכל פוגם שטרו לא יפרע אלא בשבועה כשהלוה אומר שקיבל יותר ממה שמודה המלוה אא"כ יש נאמנות בשטר אע"פ שלא פירש שיש לו נאמנות בין בכולו בין במקצתו נוטל בלא שבועה ואם המלוה אומר פרעון זה אני זוכר ויותר איני זוכר כיון שאינו טוען ברי שלא נפרע יותר פטור הלוה ויחזיר לו שטרו או משכונו [סמ"ע] ואפילו יש נאמנות בשטר דבכה"ג וודאי דברי ושמא ברי עדיף :

ב וכן הדין ביתומים שבאו לגבות שטר אביהם ואמר הלוה פרעתי כולו והיתומים אומרים אבינו אמר לנו שלא נפרע אלא מקצתו או שאומרים אנחנו יודעים שלא נפרע אלא מקצתו מחוייבים היורשים לישבע שבועת היורשים שכן אמר להם אביהם אפילו אין הלוה טוען השבעו לי וכ"ש כשטוענים שהם עצמם יודעים מזה או שהם עצמם קבלו קצת מהחוב שנשבעים שבועה חמורה כמו שאביהם היה צריך לישבע [ס"ך] דלא כיש מי שאומר שיתומים אין צריכין לישבע וכן הסכימו גדולי האחרונים [או"ת וגס"מ] ואם אומרים אין אנו יודעין כלל אם פרע אם לא פרע צריך הלוה לשלם ואין מחייבין אותם שבועה אא"כ טוען הלוה השבעו לי דאז נשבעים שבועת היורשים כמו שיתבאר בסי' ק"ח [ולנע"ד שזהו כוונת רבינו הב"י בשם בעה"ת שהביאו הסמ"ע בס"ק א' וז"ל שאם פגמו בנו לא ישבע שהתקנה שהתקינו בו ולא בבנו עכ"ל ר"ל שאם הוא פגמו בנו לא ישבע שבועה וודאית אלא שבועת היורשים וזהו כדברי הירושלמי פ"ט דכתובות שהביאו הש"ך ע"ש ולא פליגא לדינא ודו"ק] ובסעי' ה' יתבאר עוד בזה :

ג בד"א כשעבר זמן השטר אבל אם הוא תוך זמנו אע"פ שפגם שטרו נפרע שלא בשבועה דאע"ג דרואין שבשטר זה ליכא חזקה דאין אדם פורע תוך זמנו דהרי פרע לו מעט גם לדברי המלוה מ"מ במה שהמלוה לא הודה אמרינן חזקה זו ואם טען הלוה השבע לי כתב רבינו הב"י דצריך המלוה לישבע ויש חולקים עליו דכיון שהוא תוך זמנו נפרע שלא בשבועה [סמ"ע וש"ך] ולע"ד נראה כדברי רבינו הב"י דהא אפילו בלא פוגם י"א שצריך המלוה לישבע כשהלוה אומר השבע לי כמ"ש רבינו הרמ"א בסי' ע"ח סעי' ב' ובארנוהו שם בסעי' ד' ע"ש ונהי דלא קיי"ל כן מ"מ בפוגם שבשטר זה בטלה לחזקה זו וודאי כ"ע מודים שאם הלוה תובע שבועה שצריך לישבע ועכ"ז כשמת הלוה אין הב"ד טוענים ליורשיו שמא פרע הלוה כולו אף שהוא בעצמו היה יכול לטעון כן ולחייבו שבועה משום דהוי מילתא דלא שכיחא וכמה דברים יש דלא טענינן ליורשים אף שהוא בעצמו היה יכול לטעון אם הוי מילתא דלא שכיחא [כמ"ש התום' בב"ב ע': ד"ה מאן לימא ע"ש וכ"מ באו"ת ס"ק ג'] :

ד וכן הדין בשעד אחד מעיד על השטר שהוא פרוע לא יפרע אלא בשבועה וגם שבועה זו כעין של תורה היא ואפילו אינו טוען השבע לי כמו בפוגם ואף כשאין הלוה טוען ברי משביעין ע"פ העד [ש"ך] ולמה אין כאן שד"א להכחיש העד מפני שכל שבועות התורה הוא לישבע ולפטור ולא לישבע וליטול ועוד דבשטר יש שיעבוד קרקעות ומן התורה אין נשבעין על הקרקעות כמ"ש בסי' צ"ה ואם כתוב בשטר נאמנות סתם נתבאר בסי' ע"א אי מהני נגד עד אחד אי לא וכל זה כשעבר זמנו אבל תוך זמנו נפרע שלא בשבועה ואם טען הלוה השבע לי ג"כ יש מחלוקת כמו בפוגם שטרו שבארנו בסעי' ג' ע"ש :

ה בפוגם שטרו ומת המלוה קודם שנשבע אמרו חז"ל [שבועות מ"ח:] שיורשיו נשבעים שבועת היורשים ונוטלין והיינו שבועה שלא פקדנו אבא ששטר זה פרוע וכ"כ הרמב"ם ז"ל בפי"ז ממלוה וכן בעד אחד שהעיד שהוא פרוע ומת המלוה קודם שנשבע וכמ"ש רבינו הב"י בסי' ק"ח סעי' י"ד ומפשטא דלישנא משמע שחייבים לישבע אף כשאין הלוה תובע את השבועה וכן בארנו בסי' ק"ח סעי' י' ע"ש וזה שכתבנו בסעי' ב' דאם

אומרים

אומרים היתומים אין אנו יודעים אין חייבים שבועה אא"כ הלוה תובע מהם השבועה וזהו כשאינם מודים כלל בפרעון ואין עדים שפגם השטר אבל בפוגם ומת חייבים לישבע שבועת היורשים אף בלא תביעתו וזה שאמר בירושלמי פ"ט דכתובות בפוגם שטרו שיפה כח הבן מכח האב שהם גובים שלא בשבועה היינו שאין עליהם לישבע שבועה וודאית כאביהם אבל שבועת היורשים נשבעים וכדמסיים שם ע"ש ואם מת הלוה בחיי המלוה שצריכים לגבות יתמי המלוה מיתמי הלוה אין גובין בו כלל מפני שכבר נתחייב המלוה לבני הלוה שבועה ואין אדם מוריש שבועה שהיה לו לישבע ליורשי הלוה לבניו אבל אם מת המלוה בחיי הלוה אע"פ שאח"כ מת גם הלוה נשבעין היורשין ונוטלים כיון ששבועה ראשונה שאביהם נתחייב לא היה כדי לגבות מיתומים אלא מהלוה עצמו ועיקרי דינים אלו וטעמם בארנו שם בס"ד ואף שיש מי שאומר דכשמת המלוה והלוה חי אם רצה הלוה נשבע ונפטר [ע' או"ת שזהו דעת בס"ג] אין הלכה כן ורוב הפוסקים פסקו כמו שכתבנו [ומ"ש המפרש ק"ע בירושלמי שם דבעד אחד אינו מורים לבניו שבועתו לא מלאתי לו חבר וגם הוא תמוה דהרי אין זה סד"א כמ"ש בסעי' ד'] :

ו אבל הפוחת שטרו נפרע שלא בשבועה כיצד היה שטרו על אלף זוז וטוען הלוה פרעתיך כולו והמלוה אומר לא נפרעתי כלום אבל אינך חייב לי אלא ת"ק זוז ומה שנכתב בשטר אלף אמנה היתה בינינו אע"פ שאין בו נאמנות נפרע שלא בשבועה דהמלוה נאמן במיגו ואין זה מיגו להוציא כיון שיש שט"ח בידו ואם אמר הלוה השבע לי צריך לישבע דלא גרע מכל שטר כשטוען הלוה השבע לי שלא פרעתיך שחייב לישבע כמ"ש בסי' פ"ב בר"א כשהעדים לא ידעו מזה שהיתה אמנה ביניהם על ת"ק זהובים אבל אם ידעו מזה השטר פסול דעשו שלא כדין לחתום עצמם על שטר אמנה דהא היה יכול לגבות בו מלקוחות כמ"ש בסי' מ"ו ודינו רק כמלוה בע"פ שנאמן הלוה לומר פרעתי ונשבע היסת ונפטר [עסמ"ע ס"ק י"א] וכן אם המלוה אומר שהעדים טעו וכתבו אלף במקום ת"ק הרי מודה שהעידו שקר ופסול השטר ודינו כמלוה בע"פ ואף שיש נאמנות בשטר הרי הוא חספא בעלמא ולהפוסקים דס"ל דאמרינן מיגו להוציא נאמן המלוה במיגו ולכן הוה ספיקא דדינא ואם תפס לא מפקינן מיניה [ס"ך] וכבר כתבנו בכללי מיגו דרוב הפוסקים לא ס"ל כן ועמ"ש בס"ס הקודם :

ז ובפוגם שטרו כתב רבינו הב"י דאם כתוב הפרעון בין השיטים לא חשיב כפוגם שטרו לחייבו שבועה כשהלוה אינו תובע השבועה דכיון שכתוב הפרעון בהשטר ה"ל כאלו נכתב השטר משעה ראשונה על סך הנשאר ועוד דאלו פרע לו יותר היה כותבו ג"כ בהשטר דדווקא עדים או שובר בפ"ע כתבנו בסעי' א' דיכול להיות שבפרעון אחר היה קשה לעשות אבל לכתוב בתוך השטר בקל היה להם לעשות ומדלא עשאו יש קצת ראיה שלא נפרע יותר ולאו דווקא בין השיטין דה"ה אם כתוב הקבלה מלמטה או מן הצד או בעבר השני של השטר דבכל אלו אין לזה דין פוגם שטרו כמ"ש וכל זה דווקא כשנכתב הפרעון הראשון בידיעת הלוה דאז אמרינן אלו פרע לו עוד היה הלוה מצויהו לכתוב גם הפרעון השני והשלישי אבל אם המלוה כתבו שלא בידיעת הלוה חוזר דינו ככל פוגם שטרו ולא יפרע אלא בשבועה [ס"ך] וגם אם נכתב בידיעת הלוה אם טוען הלוה שקודם שפרע לו הפרעון הכתוב בהשטר פרע לו ג"כ ולא תבעו שיכתוב הפרעון בהשטר כי האמינו ואח"כ בראותו שכפר הכריחו לכתוב בפרעון השני טענתו טענה ודינו כפוגם [ע' או"ת] :

ח מעשה היה בשטר שהיה כתוב בו הפרעון בין השיטין ת' זהובים על מקום הגרר וטען הלוה שפרע לו יותר והמלוה גרר מקום הפרעון וכתב מה שרצה ופסק הרא"ש ז"ל דאם כתבו של פרעון הוא של כת"י הלוה הדין עם המלוה ולא חיישינן שגרר וזייף גם כתב ידו ואם הוא כתב ידי אחר הדין עם הלוה וחיישינן לזיוף ולא יגבה המלוה בשטר זה ונשבע הלוה כמה מגיע לו ונפטר [נ"ל] מיהו לגבי לקוחות לא גבינן ביה אף אם הוא כת"י הלוה אף אם הלוה מודה להמלוה דחיישינן לפרעון ולקנוניא כיון שיש ריעותא בהשטר [או"ת] :

ט כל הדינים שנתבאר לא שייך בשטר של כתב ידו בלא עדים כיון שהלוה נאמן לומר פרעתי כמו במלוה בע"פ כמ"ש בסי' ס"ט מיהו במקום שאינו נאמן לומר פרעתי לפי מה שבארנו שם אם פגם השטר ישבע המלוה שבועה כעין של תורה ואם הוא תוך זמנו א"צ לישבע אא"כ תובעו כמ"ש בסעי' ג' ודינו כשטר בעדים :

סימן פה [הוציא שט"ח עליו והלה טוען שמכר לו שדהו ובו ט"ו סעיפים] :

א ראובן הוציא שט"ח על שמעון ושמעון הוציא שטר מכר שראובן מכר לו שדהו אחר שהגיע זמנו של שטרו ואומר שמעון פרעתי שטרך ואח"כ קניתי ממך את השדה וראיה לזה דאל"כ כשקניתי ממך שדך היה לך ליפרע ממני ולא למכור לי השדה אם הוא במקום שנוהגין שהקונה נותן מעות ואח"כ כותבין לו שטר טענתו טענה שלא היה לו לראובן לכתוב שטר מכירה אחר שקבל המעות ולכן נאמן שמעון לומר פרעתי והיה לי שובר ונאבד ואפילו יש בו נאמנות ואפילו האמינו כעדים לא מהני דמכירת שדהו הוה

בהודאה

להודאה ממנו שכבר נפרע משמעון ונגד הודאת עצמו לא שייך שום נאמנות ודווקא כששמעון טוען פרעתי נאמן אבל אם טוען מזוייף הוא אינו נאמן כיון שהשטר מקויים ואף שיש הוכחה ממכירת השדה מ"מ מה מועיל הוכחות כיון שמקויים הוא ובוודאי אינו מזוייף ואף שיש מי שחולק בזה אבל העיקר לדינא שאינו נאמן בטענת מזוייף [ס"ך] ואם הוא במקום שהמוכר כותב את השטר ואח"כ נותן הלוקח מעות אין טענתו של פרעון טענה שראובן יכול לומר לו לא מכרתי לך השדה אלא כדי שיהא לי ממה לגבות חובי דמעות ומטלטלין הברחת ממני ולא היה לי ממה לגבות חובי מכרתי לך קרקע כדי שאגבה חובי מהקרקע ואף אם יש לשמעון עוד קרקעות ולמה היה לו לראובן למכור שדהו מפני זה היה לו לגבות מקרקעות שיש לו מ"מ יכול ראובן לומר יראתי פן יש עליך חובות מוקדמים ממנו וכשאבא לגבות יגבו הם ואין שמעון יכול לומר לו דאם כן היתה כוונתך למה לא מסרת מודעא קודם המכירה לפני עדים דעו שאני מוכר לשמעון קרקע שלי מפני חשש זה דיכול ראובן לומר יראתי למסור מודעא פן תתוודע מזה דחברך חברא אית ליה ותתבטלה המכירה ולכן כיון ששט"ח יש בידי סמכתי על השט"ח ולא רציתי למסור מודעא וגם אין שמעון יכול לומר לו איזו תועלת עשית בזה הלא היה בידי למוכרה אחר שקניתיה לאחר ומהלוקח לא היית גובה חובך אם לא כתוב בשיעבוד שטר חובך דאיקני מ"מ יכול ראובן לומר לו לא חששתי לזה ולא ברגע אחת מוכרין קרקע ועד שתמכור אותה אגבנה ממך בחובי משא"כ מעות ומטלטלין מצניעין אותם כרגע [ה"ל בע"ז] וכן אם עדיין לא הגיע זמן פרעון של השט"ח אין טענת שמעון טענה כלל כי ראובן היה נצרך למעות והיה מוכרח למכור שדהו ואף אם היה ביום שנשלם הזמן מ"מ לא היה יכול לכופו לפרוע לו ביום זה והוא הוכרח ביום זה למעות ולכן מכרה [סמ"ע] ובמקום שטענתו של שמעון טענה ופוטרין אותו מלפרוע לראובן מ"מ צריך לישבע היסת שפרעו כיון שיש שטר ביד ראובן ובמלוה בע"פ כה"ג א"צ שבועה אלא המלוה יכול להטיל ח"ם על מי שמעכב ממונו [אחרונים] :

ב וכל זה דווקא כשיש עדים או שטר שמכר לו שדהו אבל אם אין עדים ושטר אף אם מורה ראובן שמכרה לו נאמן במיגו שהיה אומר שלא מכרה לו [ס"ך] ולכן כשראובן מכר לשמעון מטלטלים אף במקום שנותנים מעות ואח"כ מושכין החפץ לא יכול שמעון לומר למה לא עכבת מעותיי בחובך דכיון דמכירת מטלטלין אינו בפירסום יכול ראובן לומר סמכתי על המיגו ואף אם מכר לו בפני עדים אין ראיה ממכירת מטלטלין דאולי לא ישרו החפצים בעיניו ומכרם משא"כ קרקע אין אדם מוכר קרקע שלו אלא מפני הדוחק [כלע"ד מדלא הזכירו חז"ל בכתובות ק"י. רק קרקע וע' בכס"מ] :

ג כל זה הוא כשהמלוה מכר קרקעו להלוה ואם הלוה מכר קרקעו להמלוה והמלוה נתן לו מעות בעד קרקעו וטוען הלוה אם השט"ח שלך אינו פרוע למה לא פרעת לי בשטר חובך הדין כן הוא דאם הוא במקום שכותבין שטר ואח"כ נותנין מעות וודאי דיכול הלוה לומר כן ואם הוא במקום שנותנים מעות ואח"כ כותבין שטר יש מחלוקת הפוסקים די"א דגם בזה יכול הלוה לומר אלו הייתי חייב לך למה היה לך לקנותה ממני למה לא גבית אותה בפרעון חובך כיון שכבר הגיע זמן הפרעון וי"א דבכה"ג אין מזה ראיה כלל משום דרצון המלוה היתה לקנות קרקע זו ואם היה גובה אותה בחובו לא היה הלוה מניח אותו והיה נותן לו מעות ולכן היה מוכרח לקנותה כיון שנותנים מעות ואח"כ כותבים שטר [סס] ודיעה ראשונה ס"ל כיון שעכ"פ ע"י זה נחלש כח שיעבודו דאלו נשארה הקרקע ביד הלוה היה לו שיעבוד ממה לגבות חובו ועתה כשקנה אותה אבד שיעבודו ובוודאי לא היה המלוה עושה כן למלא תאוותו לקנות קרקע זו ולפיכך אם נשארו עוד קרקעות להלוה גם דיעה ראשונה מודה שאין ראיה מזה במקום שנותנים מעות ואח"כ כותבין שטר דאפשר לומר באמת שנתאוה לקרקע זו וקנה אותה [או"ת] וכן אם מכר הלוה להמלוה מטלטלין אינו יכול לומר אלו הייתי חייב לך למה לא תבעת ממני מטלטלין אלו בחובך מפני שיכול המלוה לומר לו אלו תבעתי אותם היית מבריחם ממני ואני חפצתי במטלטלין אלו ולכן הוכרחתי לקנותם [ע"ז] :

ד ראובן הוציא שט"ח על שמעון ושמעון הוציא שט"ח על ראובן ושטרו של שמעון מאוחר לשטרו של ראובן וזמן הפרעון של ראובן הגיע קודם שלוה משמעון יכול שמעון לומר לו אלו הייתי חייב לך למה היה לך ללות ממני והיה לך ליפרע בחובך ודווקא כששטרו של ראובן הוא ברור ואין בו פקפוק אבל אם יש בו איזה פקפוק כגון חשש אסמכתא וכיוצא בזה יכול ראובן לומר יראתי שמא לא אוכל לגבותו במהרה מפני הפקפוק שיש בו ואני הוצרכתי למעות ולא היה לי פנאי לדון עמך והוכרחתי ללות ממך :

ה י"א דבזה אין חילוק בין אם המנהג שהמלוה נותן המעות ואח"כ כותב לו הלוה את השט"ח או שכותב השטר ואח"כ נוטל המעות דלעולם יכול הלוה לומר אלו הייתי חייב לך היה לך ליפרע מחובך ואע"ג דאם כותבים השטר ואח"כ נוטלים המעות יכול המלוה לומר מה היה לי לעשות אני הוכרחתי למעות ולדון ולנגוש אותו לא היה לי פנאי כמו במכירת קרקע בסעי' א' דהתם הוכרח לעשות כן כדי שיהיה לו ממה לגבות חובו כמ"ש שם אבל בכאן אותה טירחא עצמה שטרח עמו שילונו היה יכול לטרוח ולתובעו לדין שישלם לו כיון שאין פקפוק בהשטר ויש חולקים בזה דבוודאי לגבות חוב יש טירחא רבה וכיון שהוה צריך למעות

הוכרח

הוכרח עתה ללות ממנו ואין ראיה אלא במקום שמקבלים המעות מקודם ואז וודאי ראיה שכבר פרעו דאל"כ מי הכריחו לכתוב שטר אחרי קבלת המעות :

ו במקום ששטרו של ראובן בתקפו כגון שיש פקפוק בשטרו כמ"ש בסעי' ד' או במקום שכותבין שטר מקודם לריעה אחרונה שבסעי' הקודם וסכום המעות שבשני השטרות שוים הם ושני השטרות צריכים לבא לידי גבייה ומעות אין לשניהם וכל אחד מוכרח לגבות קרקע משל חבירו אם יש לשניהם קרקע שוה כגון שלשניהם עידית או בינונית או זיבורית עומד כל אחד בשלו וקורעין שני השטרות וכן אפילו כשיש לאחר עידית או בינונית וזיבורית ולהשני זיבורית ולא היה להם עידית מעולם [ב"ח וש"ך] דאז א"צ ליתן להבע"ח הבינונית כמו שיתבאר בסי' ק"ב ג"כ עומדים כל אחד בשלו ובעל הזיבורית אינו יכול לומר אני אגבה תחלה מהעידית או מהבינונית של זה והוא יגבה ממני מהזיבורית דהא קיי"ל דבשלו הן שמין כמ"ש שם ואצלי שאין לי רק זיבורית תהיה הבינונית שאגבה כמו עידית וממילא דאשלם לו בזיבורית דאדרבא דהשני יכול לומר לו כיון שלשנינו לגבות זה מזה וזה מזה אני אגבה תחלה מזיבורית שלך וממילא תתחשב הבינונית שלי כמו עידית כיון שגם בעת ההלואה לא היה לי אחרת ואתה תגבה ממני הזיבורית שלך ומה בצע בזה ולפיכך כל אחד עומד בשלו אבל אם לאחד יש עידית ובינונית או שהיה לו בשעת הלואה אף שעתה אין לו רק בינונית ולהשני אין לו רק זיבורית ולא היה לו עידית גם בשעת הלואה אזי זה גובה וזה גובה ובעל הזיבורית יש לו ריוח ממ"נ שאם בעל הזיבורית יגבה תחלה הרי יגבה מבינונית ואצלו תהיה כעידית וחבירו יגבה ממנו הזיבורית דאצלו נדונית כבינונית ואף אם השני יגבה תחלה ממנו הזיבורית הרי כשאח"כ יגבה בעל הזיבורית ממנו יגבה ממנו הבינונית ואין להקשות לפ"ז להיש חולקים שבסעי' הקודם שאמרנו דבמקום שמקבלים המעות מקודם סימן מובהק הוא שכבר פרעו הלא כשיש לראובן זיבורית ולשמעון קרקע טובה מזו ושדות אחרות לא היה להם גם בשעת הלואה הלא יכול ראובן לומר דלכך הלויתי לו כדי שאגבה ממנו השדה הטובה והוא יגבה ממני הזיבורית דהאמת דראובן אין ביכולתו לומר כן דאם היה רצונו לגבות משמעון השדה הטובה למה הוכרח להלותו הלא גם בלא זה יגבה ממנו הטובה בחובו כיון שאין לו אחרת ואם היה רצונו להוציא הזיבורית מידו למה הוצרך ללות משמעון דווקא היה לו ללות מאחר ולהגבותו הזיבורית ועוד דאין דרך בני אדם ללות כדי להוציא נכסיהם מידו אפילו כשהם זיבורית ולפיכך הוא סימן השטרו פרוע מכבר :

ז אם זמן השטר שמוציא שמעון על ראובן היה קודם שהגיע זמן פרעון משטרו של ראובן אזי בכל עניין זה גובה וזה גובה ואפילו היה זמן שטרו של שמעון ביום האחרון של זמן שטרו של ראובן אין שמעון יכול לומר לראובן אלו חייב הייתי לך למה השתעבדת את עצמך בשביל יום אחד דיכול ראובן לומר אני הוכרחתי באותו יום למעות ולא היה בכחי להכריחך לשלם אז לכן הוכרחתי ללות ממך וכיון שהדין דזה גובה וזה גובה לכן נוהגים ג"כ כפמ"ש בסעי' הקודם דכשאין ריוח בגבייתם כל אחד עומד בשלו וכשיש ריוח לאחד זה גובה וזה גובה :

ח ודע דבכל זה שאמרנו דכשאין ריוח בדבר כל אחד עומד בשלו זהו דווקא כששני השטרות כבר כלו זמנם אבל אם אחד כלה זמנו והשני עדיין בתוך הזמן גובין מזה שעבר זמנו והשני ממתינים בגבייתו עד שיעבור הזמן וכן כ"ייש ריוח לאחד דזה גובה וזה גובה אם האחד עדיין בתוך הזמן והאחד כלה זמנו זה גובה וזה ממתין עד כלות הזמן :

ט אם ההלואות אינם דומים זל"ז כגון שהאחד בעיסקא והשני בגמ"ח או שבשטר השני יש איזה יפוי כח מהראשון כגון שהתנה שיגבה ממנו מזיבורית או שהראשון היה יפוי כח להמלוה שהתנה שיגבה מן העידית או שארי ענייני יפוי כח זה גובה וזה גובה אבל במה שההלואה השנייה היא על זמן ארוך יותר מהראשון כגון שהראשונה היתה על חמש שנים והשנייה על עשרה שנים מ"מ כיון שהלואה השנייה היתה אחרי כלות זמן הראשונה אף שביכולתו לומר שלכן לוה ממנו ולא גבה בחובו כדי שיהיה בידו מעותיו של זה על עשרה שנים והיה בדעתו לגבות הלואתו מחבירו בעוד זמן מה מ"מ אין זה טענה דאנן סהדי שאין אדם עושה כן להיות עבד לוה בשטר בעת שביכולתו לגבות מעות שלו [כ"מ בגמ' שם דקאמר והלא ראשון לחמש ושני לעשר וכו' מ"ט ודו"ק] :

י ראובן שתובע משמעון בשט"ח לשלם לו והשיב לו שמעון הלא אתה פרעת לי מעות זה ימים ולמה לא עכבת בחובך וראובן אומר האמנתיך נאמן במיגו דיכול לומר לא פרעתיך או פרעתיך קודם שהגיע זמני לגבות דדווקא כשלוה בשטר אמרינן שהוא סימן שנפרע כבר דאל"כ לא היה משתעבד עצמו בשטר כשיש לו שטר על אותו האיש שלוה ממנו אבל בע"פ כיון שיש לו מיגו אין זה ביטול לשטרו אבל כששני הלואות הם בע"פ אע"פ שבהלואה ראשונה א"ל אל תפרעני אלא בעדים דאין לו מיגו דפרעתי מ"מ אינו נאמן במיגו דמיגו להוציא לא אמרינן [נס"מ] ולהפוסקים דס"ל דאמרינן מיגו להוציא גם כאן אמרינן מיגו ואם ההלואה האחרונה היתה על זמן ארוך יותר מהראשונה וודאי דאין זה שובר על הראשונה אפילו לדידן דס"ל דלא אמרינן מיגו להוציא ודווקא בשטר אמרנו דלא יעשה עצמו עבד לוה כמ"ש בסעי' הקודם אבל בע"פ לא [נ"ל] וכן יראה לי דבשטר בלא עדים רק בח"י הלוה

אם יש שם שום יפוי כח אף בהארכת הזמן אינו שובר על הראשון ועומד כל אחד בשטרו וזה גובה וזה גובה דהא יש מהפוסקים דפליגי אעיקרא דהאי דינא שכתבנו בסעי' הקודם בשני שטרות וס"ל דזה גובה וזה גובה [ס"ך] אך גדולי אחרונים הכריעו כמ"ש רבותינו בעלי הש"ע דהארכת הזמן אינו יפוי כח מהטעם שכתבנו וא"כ בשטר בלא עדים יודו דזה גובה וזה גובה והבו דלא לוסיף עלה :

יא מעשה באשה שהקדישה נכסיה וצותה שידורו בנותיה בהבתים ויתנו שכירות להקדש ועשו כן ואח"כ הביאה אחת מהבנות שטר מתנה המוקדם להההקדש ואמרו לה שארי הבנות אלו היה שטרך אמת למה נתת שכירות עד כה ופסק הרא"ש ז"ל דאם נתנה אמתלא על השכירות הדין עמה ואם לאו הדין עמהם ונראה שזה שאמרו אלו היה שטרך אמת וכו' אין הכוונה שוודאי מזוייף הוא דממ"נ אם אין השטר מקויים אפילו בלא טענה זו לאו כלום הוא ואם הוא מקויים אין ביכולתם לומר מזוייף כמ"ש בסעי' א' אלא כוונתם שאינו אמת דוודאי חזרת ונתת לה המתנה או מחלת להקדש [כ"ל] :

יב במקום ששני השטרות בתוקפם אם מת אחד מהם והניח יתומים ולא הניח קרקעות מדינא דגמ' מטלטלי דיתמי לא משתעבדי לבע"ח ולפ"ז גובין היתומים מן השני מטלטלין והוא מפסיד ואם פקח הוא מגבה אותם קרקע וחוזר וגובה אותה מהם דיתומים שגבו קרקע בחובת אביהם בע"ח חוזר וגובה אותה מהם כמ"ש בסי' ק"ז אמנם עכשיו שתקנו הגאונים דמטלטלי דיתמי משתעבדי לבע"ח כמ"ש שם כל אחד עומד בשלו וקיו"ע שני השטרות ואפילו היתומים הם קטנים ואין נזקקין לנכסי יתומים קטנים כמ"ש בסי' ק"ט מ"מ אין אומרים שהם יגבו מיד ולהם ימתינו עד שיגדלו דכיון דתפס מחיים אין לו להחזירן דהא דאין נזקקין ליתומים קטנים זהו כשבאים להוציא מידם אבל לא שע"י זה יוציאו הם מה שמדינא צריך גם הוא ליקח מהם ולפ"ז שאמרנו דהוה כאלו תפס מחיים גם לדינא דגמ' אין להם לגבות מהשני כלל [כ"ל ומתורץ קושית הסמ"ע וכן ספי' בטור] :

יג שנים שיש לכל אחד מהם שטר על חבירו במנה והיה בעניין שהדין הוא שיעמוד כל אחד בשלו שלשניהם נכסים בשוה כמו שנתבאר ומכר אחד מהם חובו לאחר ובא הלוקח לתבוע להלוה והשיב לו הלוה כיון שהדין בינינו שכל אחד יעמוד בשלו הרי השטר כפרוע וכשם שהוא אין ביכולתו להוציא ממני כמו כן אתה שבאת מכחו אין שומעין לו דבאמת אין השטרות כפרועים אלא שאין ב"ד נזקקין להם כיון שבע"כ יחזור הדבר כמו שהיה מה בצע מזה אבל עכ"פ מכירתו מכירה וגובה הלוקח מהלוה והלוה חוזר וגובה מהמוכר בשטרו שיש לו עליו ואם אין להמוכר נכסים לא קרקע ולא מטלטלין אם גבה הלוקח קרקע ממנו חוזר וגובה אותה שהרי קרקע זו משועבדת לו לחובו שהלוה הוא להמוכר דגובה ממשועבדים של לוה שלו שהוא המוכר וגובה אותה מהלוקח וזהו דווקא כשהמלוה המוקדם מכר השט"ח וממילא שאותה הקרקע של הלוה עצמו נשתעבדה לו ג"כ כשהלוה הוא להמלוה שלו ואומר להלוקח גבית שיעבודי ולכן אגבה אותה בחובי אבל כשהמלוה המאוחר מכר שט"ח שלו וגבה הלוקח מהלוה קרקע אין ביכולת זה הלוה לגבות אותה בעד הלואתו הקודמת דהא לחמלוה שלו נשתעבדה קרקע זו אחר ההלואה וה"ל כלוה וקנה ומכר דאין המלוה מוציא מיד הלוקח אא"כ כתב לו הלוה המוקדם שמשעבד לו הנכסים שיקנה אח"כ או לאותה דיעה דס"ל דגם בלא כתיבתו נשתעבדו נכסיו שקנה אחר הלואתו כמו שיתבאר בסי' קי"ב [סמ"ע ותו"ת] וי"א דאפילו בכה"ג גובה המלוה המוקדם הקרקע שלו מהלוקח השטר המאוחר דלאו מטעם שיעבוד מוציאה אלא מדר' נתן שיתבאר בסי' פ"ו דמוציאין מזה ונותנים לזה ולכן מוציאין מן המלוה המאוחר ונותנים להמוקדם כיון שנושים זה בזה וממילא דמוציאין ג"כ ממי שקנה ממנו [ב"ח וש"ך וט"ז וקלס"ח] דהא בעת שהיה בידו הוה כגבוי בידו מדר' נתן כיון שאין לו ממה לגבות מהמוכר בעד החוב שלו :

יד וכל זה דווקא כשגבה הלוקח קרקע אבל אם גבה מטלטלין אזי אף אם המוקדם מכר השט"ח אם יש בחוב הנמכר שיעבוד מטלטלי אג"ק שקנה ושיקנה וא"כ לא היה יכול זה להבריחן מהמלוה השני וממילא דמשועבדים הם גם לו ואע"ג דנתבאר בסי' ס' דאין גובין מטלטלין מלקוחות אף כשכתב לו בשיעבודו מפני תקנת השוק מ"מ בכאן גובה מהלוקח כיון שהיה ת"י עצמו ולא עשו בזה תקנת השוק כמו בשני לוין שמבואר שם שלא עשו תקנת השוק [כ"ל] אבל אם אין בחוב הנמכר שיעבוד מטלטלי אג"ק והיה יכול הלוה למוכרם ולהבריחם אין ביכולתו לגבותן מהלוקח ודווקא שההלואה לא היתה בשטר רק בקניין אבל כשההלואה היתה בשטר אזי אף שאין בשטר הנמכר מטלטלי אג"ק אם רק בהשטר השני יש שיעבוד מטלטלי אג"ק והשטר הנמכר היא הלואה מוקדמת להשטר השני יכול לטרוף גוף השטר הנמכר שהרי נשתעבד לו גוף השטר באגב [ש"ך] ובשטרות לא תקנו תקנות השוק כמ"ש שם וגם בזה לא שייך תקנת השוק כמו שבארנו וי"א דאינו תלוי כלל במה שנכתב בשטר הנמכר מטלטלי אג"ק דהעיקר תלוי אם שיעבד המוכר בשטרו שנתן למי שהלוקח גבה ממנו מטלטלי אג"ק שקנה ושיקנה ממילא דחוזר וגובה אותם מהלוקח [סמ"ע] דחשבינן המטלטלין שגבה כאלו באו ליד המוכר דהא הלוקח גובה מכחו וכיון דהמוכר עצמו שיעבד בשטרו מטלטלי אג"ק חוזר זה וגובם מפני שיעבוד שטרו שיש לו על המוכר ואם לא

לא שיעבד לו אינו טורף ממנו כלום :

טו ראובן נתחייב לשמעון מאתים זהובים ושמעון נתחייב לראובן מנה ושמעון עמד כבר בדין עם ראובן על המנה ונתחייב בב"ד ואמר שמעון אתה חייב לי מאתים תנכה מנה זו ולא ישאר חובי עליך רק מנה והשיבו ראובן אני לא עמדתי עמך עדיין בדין על המאתים וכמדומה לי שיש לי ראיות שאני פטור מהם ולכן לע"ע תן לי המנה שנתחייבת לי וכשאעמוד עמך בדין ואתחייב לך אשלם לך המאתים אם שטרו של שמעון מקויים הדין עמו דכיון שהוא מקויים תורת שטר עליו וקרוב לוודאי שראובן חייב לו המאתים וא"כ למה יפרע לו המנה אבל אם אינו מקויים וודאי דבכי הא נזקקין לתובע תחלה ומגבין לו המנה וכששמעון יקיים השטר ויעמוד עמו בדין ויזכה יגבה ממנו וכן אם שטרו של שמעון הוא רק בחת"י ראובן ומודה שאינו מזוייף דינו כמקויים ואף אם השטר אינו מקויים זהו דווקא כשראובן אמוד ובטוח שכשיתחייב בדין ישלם מיד לשמעון אבל אם אינו כן בוודאי אין שמעון מחוייב לשלם לו המנה עד שיעמוד עמו בדין על המאתים דלא גרע מזילי נכסיה שנתבאר בסי' כ"ד שאין נזקקין בזה לתובע תחלה ע"ש [נ"ל] :

סימן פו [ראובן נושה בשמעון ושמעון בלוי מוציאין מלוי ונותנין לראובן ובו י"ג סעיפים] :

א כתיב בויקרא בהכחשת ממון שאדם מכחיש לחבירו והודה שמחוייב להחזיר לו וכתיב לאשר הוא לו יתננו ביום אשמתו ובנשא כתוב ג"כ דין זה וכתוב שמה ונתן לאשר אשם לו ושינה הכתוב בלשון ודרשו חז"ל מזה דראובן שנושה בשמעון מנה ושמעון בלוי שמוציאין מלוי ונותנין לראובן ופירושא דקרא הוא לאשר אשם לו למי שהקרן שלו דאשם הוא הקרן כמבואר שם בפרשה וזהו דרשא דר' נתן המובא בכל המקומות דמחייבינן מדר' נתן וביאורו הוא שמוציאין מלוי ונותנין לראובן ואין חילוק בין אם כבר נתחייב לוי לשמעון בשעה שלוה מראובן בין נתחייב לו אח"כ ואין חילוק בזה בין מלוה בשטר למלוה בע"פ כיון ששני הלוים מודים כל אחד למלוה שלו ובכל עניין שנתחייבו זה לזה בין דרך הלואה בין דרך מקח וממכר בין דרך שכירות בין חוב של נזקין בין מגניבה וגזילה ובין של פקדון וא"צ שיהיו שני התביעות בשוה דאפילו תביעת ראובן משמעון היא מהלואה ותביעת שמעון מלוי הוא דרך פקדון או בשאר מין חיוב כיון שעכ"פ ממונו או חפציו של שמעון נמצאים אצל לוי מוציאין מלוי ונותנים לראובן ואפילו כשהחוב אינו אלא מדיני דגרמי ג"כ הוא שוה לכל התביעות ואפילו למאן דס"ל דדיני דגרמי אינו אלא מדרבנן ומשום קנסא אין חילוק בזה דכל דתקון רבנן כעין דאורייתא תקון ובהך דר' נתן אין חילוק בין דבר שחיובו מן התורה לדבר שחיובו הוא מדרבנן [ס"ך] ולבד שאם נתן שמעון ללוי בתורת צדקה אין בזה דינא דר"נ ואפילו נתנו לשמעון עצמו צדקה אין ביכולת ראובן לגבות מעות אלו משמעון [סס] דאין בזה שיעבוד נכסי דלצדקה נתנו לו ולא לפרעון חובות רק על שמעון עצמו מוטל החיוב לשלם חובותיו מכל מה שבא לידו אם יש בידו יותר מכדי סידור בע"ח שיתבאר בסי' צ"ז [נס"מ] אבל הב"ד אין ביכולתם לגבות מצדקה שנתנו לו וכ"ש אם הנותן נתן לו הצדקה מפורש על פרט אחד שגם המקבל בעצמו אסור לו לשנות מדעת הנותן כמבואר ביו"ד סי' רנ"ג ועוד נתבאר שם דאם נתנו לאחד כתב שהוא בע"ח וקיבץ צדקה בכתב זה שחייב לבעלי חובות ב"ד גובין ממנו ומשלמים להבע"ח דכיון דבכתבו מבואר שהוא בע"ח מסתמא הנותנים נתנו לו כדי שיפרע לבע"ח והכל לפי כתב קבוצו כפי ראות עיני הב"ד ולפי אומדן דעת הנותנים [נ"ל] :

ב ויש ששאלו בזה שאלה גדולה למה לן קרא לשיעבודא דר"נ דמוציאין מזה ונותנין לזה הא קיי"ל דשיעבודא דאורייתא וממילא דנשתעבדו כל נכסי הלוה ולמה לן קרא דלאשר אשם לו ומה חידש לנו ר' נתן ואין לומר דממקרא זה למדנו עיקר דין שיעבוד נכסים דהא שיעבודא למדנו מקרא דיוציא אליך את העבוט [רשב"ם ב"ב קע"ס:] ובאמת הם שני עניינים דשיעבוד נכסי אינו מן התורה רק הנכסים שהיו לו בשעת ההלואה ולא מה שקנה אח"כ כמ"ש בסי' קי"ב והטעם דנכסי האדם הם כמו ערבים בעד גוף האדם ולא נתערבו רק הנכסים שהיו לו אז אבל מטעם שיעבודא דר"נ חל גם על הנכסים שקנה אח"כ [קצה"ח] דהא עכ"פ שלו הוא ומוציאין מלוה שלו ונותנין למלוה שלו ועוד דמטעם שיעבוד נכסי ביכולתו לשלם לו במעות ומפני שיעבודא דר"נ אין ביכולת לוי לשלם לראובן במעות אם שמעון הפקיד או השאילו חפץ ונוטל ראובן החפץ דאינו מטעם שיעבוד אלא דהוה ממש כשלו [סס] וכן יש להיפך מה ששיעבוד נכסים חל ושיעבודא דר"נ אינו חל כגון שמכר הלוה נכסיו דמטעם דר"נ לא היה המלוה מוציא מלקוחות דהא הלוה אינו נושה בהם ואין זה בכלל לאשר אשם לו אבל מפני שיעבוד נכסי מוציאים מלקוחות אף שאין להמוכר במה לשלם להם דלא היה להם ליקח ערבותו של המלוה [נ"ל] וכן לעניין גביית יתומים יש נ"מ בין שני טעמים אלו [ע' תי' רשב"א סוף קדושין] :

ג מורח הגבייה מלוי אינו מוטל על שמעון ועל ראובן לטרוח ולגבות מלוי ואם אין ביכולתו יכפוהו ע"י ב"ד ואם אי אפשר לגבות מלוי בלתי שמעון פשיטא דהחיוב מוטל על שמעון לטרוח בעדו [כ"ל] וכ"ש אם שמעון כתב לראובן בשטרו שמחוייב לטפל ולהשתדל למסור לראובן מעות מזומנים דאז ג"כ החיוב עליו להוציא מעותיו מלוי ולמסור לראובן [סמ"ע] וי"א דבכל עניין מוטל החיוב על שמעון לטרוח ולהוציא מלוי ולמסור לראובן וכל שאינו עושה כן הוא בכלל לוה רשע ולא ישלם [ש"ך וכ"מ מרש"י קדושין ט"ו. ד"ה ולא לבע"ח אין שלהון מחוייב וכו'] ומה שחז"ל אמרו לשון מוציאין מזה ונותנין לזה דהוא על ב"ד וודאי דכן הוא אם שמעון ולוי אין רצונם לעשות כן ככל ד"מ שהמורח מוטל על הב"ד לקיים ד"ת והרי הפסוק הטיל החיוב רק על לוי כדכתיב ונתן לאשר אשם לו דראשית החיוב עליו הוא :

ד אין ביכולת ראובן להוציא מלוי קודם הזמן ששמעון הלוה לו או השאילו או השכירו אבל אם הפקיד ביד לוי פקרון אפילו הפקידו לזמן מוציאין מלוי גם קודם הזמן דאין זה הפסד ללוי כיון שאין לו רשות להשתמש בו ואפילו יש לשמעון קרקע מוציאין הפקדון משא"כ בהלואה כמו שיתבאר ולכן אם נתן לו רשות להשתמש בו אין מוציאין ממנו קודם הזמן אבל כשהגיע הזמן מוציאין אפילו יש לשמעון קרקע כיון שאין ללוי שום הפסד :

ה בד"א שב"ד מזדקקין להוציא מלוי ההלואה ולמוסרה לראובן כשאין לשמעון נכסים אחרים לפרוע לראובן כגון שסידרו לו ב"ד והשביעוהו ולא מצאו אלא חוב זה ואע"פ שיש לו נכסים במדינה אחרת כמו כל גובה מלקוחות שביכולתו לגבות מהם אף כשיש להלוה נכסים בני חורין במדינה אחרת כמ"ש בסי' ק"א אבל אם יש לשמעון נכסים במדינה זו אין ב"ד נזקקין להוציא מלוי לראובן דלמה לנו לעשות הפסד ללוי ואפילו הגיע הזמן פרעון יכול לוי לומר אפייסנו שירחיב לי הזמן ואע"ג דשיעבודא דר"נ הוא אף כשיש לו נכסים ללוה דהרי מן התורה היא ממש בשלו כאלו לוי חייב לראובן ועכ"פ לא גרע מערב גמור מ"מ כמו דאין גובים מנכסים משועבדים במקום שיש בני חורין כמו כן בעניין זה אם לוי אומר שיש לו הפסד בזה כגון שאומר ששמעון הרחיב לו הזמן או מחל לו לגמרי אם רק ביכולת ראובן לגבות ממקום אחר אין מוציאין מלוי אבל כשאין לשמעון נכסים אחרים אין משגיחין בכל מה שאומר וגובין ממנו בהגעת הזמן שנתברר ע"פ שטר או עדים ומוסרים לראובן אך דראובן צריך לישבע שלא נפרע משמעון כדין כל טורף ממשועבדים שאינו נפרע אלא בשבועה [ש"ך] וכן אם היו נכסים לשמעון והפסידם גובין הב"ד מלוי דחוב לוי משועבד תמיד לראובן וכן אם שמעון הוא אלם אפילו יש לו נכסים מוציאין הב"ד מיד לוי ונותנים לראובן ולכן כשאין לשמעון נכסים אחרים אין ביכולתו למחול ללוי ולא להרויח לו הזמן שהרי פקע שיעבודו של שמעון על לוי ונשתעבד לראובן אבל קודם הזמן שקבע בעת הלואתו אין ביכולתו להוציא ממנו דכל לוה יכול לעשות בנכסיו כרצונו ואפילו נתן במתנה מטלטליו אין גובין מהם ורק כשראובן נושה בו אז אין לו רשות לעשות דבר במה שביד לוי ואם מחל או הרויח זמן ללוי ולא מיחה בו ראובן כי היה סבור שיש לו לשמעון נכסים אחרים ואח"כ נודע לו שאין לו בטלה מחילתו או הרווחתו [נס"מ] וכן אם שמעון אומר ששטר אמנה הוא או פרוע אינו נאמן בלא ראיה ברורה להפסיד לראובן :

ו אם אחר שנתחייב לוי לראובן בב"ד או אפילו בלא ב"ד רק שראובן התרה בו שלא ישלם לשמעון וללוי נתברר שמגיע משמעון לראובן ועבר ופרע לשמעון ושמעון כבר אכל או אבד המעות או שהוא אלם ואין ביכולת להוציא ממנו חייב לוי לפרוע לראובן אך ראובן ישבע לו כמ"ש ואפילו יש נאמנות בשטרו שנתן לו שמעון אינו נפטר בלא שבועה דלעניין לקוחות לא מהני נאמנות כמ"ש בסי' ע"א וה"ה בכאן :

ז וכן המסרב לירד לדין או ירד לדין ונתחייב ואינו רוצה לעשות ציווי ב"ד ועקלו ב"ד ממונו שביד אחר ועבר האחר ומסרן להמסרב אם התובע אינו מוצא ממה לגבות ממקום אחר חייב זה שמסרן להמסרב ליתן להתובע הממון שהחזיר למסרב ועיקרי דינים אלו נתבארו בסי' ע"ג ע"ש :

ח אין ראובן נקרא מוחזק בהחוב שמגיע מלוי לשמעון עד שיתברר בב"ד ששמעון חייב לו וכ"ז שלא נתברר אינו משועבד לוי לראובן מדר' נתן אע"פ שמיחה ראובן בלוי שלא יפרע לשמעון אינו נקרא מוחזק בכך ומה שעשה לוי עשוי כגון אם הרויח לו זמן או מחל או פרע לו כיון שעדיין לא נתברר חובו אבל כשהיה הדבר מפורסם שמגיע משמעון לראובן א"צ בירור ב"ד וכן אם טוען ראובן טענת ברי שלוי ידע מזה שמגיע לו משמעון והתרה בו שלא יפרענו והפסיד לו בזה שמסר לו אם לוי מודה חייב לשלם ואם מכחישו שלא ידע מזה או שלא התרה בו יכול ראובן להשביעו היסת [כ"ל] :

ט אם שמעון אינו בביתו וראובן בא לגבות בשטרו מלוי רואין ג"כ אם יש לשמעון נכסים אחרים אין גובין מלוי כשאומר שיש לו קצת הפסד מזה כמ"ש אבל אם אין נכסים לשמעון גובין מלוי ולוי יכול להשביע לראובן כמו שנתבאר ודווקא בשטר מקויים אבל אם שטרו אינו מקויים אין משגיחין בו ואף כשהוא מקויים אם אינו שטר בעדים אלא בח"י שמעון ואף אם עדים קיימו חתימתו אם לא העידו על גוף העניין שאין לזה דין שטר ונאמן לומר פרעתי כמ"ש בסי' ס"ט לכן כשאין שמעון

שמעון בביתו טוענים ב"ד בשבילו שמא פרע לך שמעון :

י אם שמעון מת ונשארו יורשיו ולוי טוען שהשטר של שמעון פרוע הוא ואין בשטר נאמנות ליורשי שמעון וטוען לוי שהיורשים ישבעו נשבעים שבועת היורשים שלא שמעו מאביהם ולא מצאו בכתביו שהחוב שמגיע מלוי פרוע הוא וגובים מלוי וראובן חוזר וגובה מהם בשבועה ואם לא רצו לישבע חוזר ראובן עליהם אם יש להם נכסים שירשו מאביהם אבל מנכסי עצמן אינו גובה אף שגורמים לו היזק בהעדר שבועתם [סמ"ע ואחרונים] ואם אין להם נכסים אחרים שירשו מאביהם ואומרים שאין ביכולתם לישבע שבועת היורשים מפני שיודעים להיפך שפרוע הוא ישבעו היסת שאין בידם במה לפרוע חוב מורישם מנכסי מורישם ואף שאין נשבעין על שמא מ"מ מפני שטענתם איתרעאי כיון שהשט"ח בידם ונראה שלא פרוע הוא [סמ"ע] לכן נשבעים גם בטענת שמא וזה שאין נשבעין רק היסת ולא בנק"ח כתקנת הגאונים שבסי' צ"ט מפני שלא שלא היתה התקנה על יורשים [סס] ודי להם בהיסת וישבעו שלא נשארו נכסים מאביהם במה לפרוע וששטר זה פרוע הוא ויש חולקים בכל זה וס"ל דלא משגחינן כלל בדברי היורשים ובשבועתם ואף אם אין רצונם לישבע שאין השטר פרוע מ"מ גובה ראובן מלוי דשיעבודא דר"נ הוי כאלו היה השטר ביד ראובן ורק ראובן נשבע ללוי ששטרו אינו פרוע וגובה חובו [ש"ך] :

יא ראובן הלוה לשמעון מלוה בע"פ ושמעון הלוה ללוי בשטר ומכר לוי כל נכסיו ושמעון אם היה גובה היה גובה מלקוחות של לוי ועתה בא ראובן לטרוף מלקוחות של לוי בכחו של שמעון אם שמעון מודה לראובן שאינו פרוע ממנו אין יכולים הלקוחות לדחותו ולומר שמעון פרע לך ואתה ושמעון עשיתם קנוניא עלינו דהרי שלך היא מלוה בע"פ שהלוה נאמן לומר פרעתי דכיון ששמעון מודה לראובן בחובו ושמעון בשטרו היה ביכולתו לגבות מהם ממילא כל זכות שיש לשמעון על לוי ולקוחותיו יש ג"כ לראובן מדר' נתן וכ"ש שאין לוי יכול לומר כן לראובן וישבע ראובן היסת שלא נפרע משמעון וטורף מלקוחותיו וכ"ש מלוי עצמו ויש מי שאומר דאם שמעון הרחיב ללקוחות זמן דאולי ימצאו שאר נכסים ללוה מוכרח גם ראובן לעשות כן [תו"ת] ולע"ד לא נראה כן דוודאי אם עשה כן קודם שהגיע זמנו של ראובן מה שעשה עשוי ואין זה רבותא כלל וכיון שהגיע זמנו של ראובן הרי מה שביד לוי ממש של ראובן כמו שנתבאר ואף אם חובו של ראובן הוא מלוה בע"פ אין יכולים לומר קנוניא עשיתם ביניכם יותר מאלו לא הרחיב הזמן ואין יכולים לומר לראובן לאו בע"ד דידי את ומה שדייק דין זה מדברי אחד מן רבותינו שכתב ולא גבי ראובן מחובו של שמעון מכח שמעון אלא היכא שהיה יכול לגבות מכח עצמו עכ"ל [הגהת אשרי פ"ד דב"ק] יראה לי דפירושו כן הוא כגון אם חובו של שמעון אצל לוי היה מלוה בע"פ ויש עדים שלא פרעו עדיין אם אותם עדים קרובים לראובן אין ביכולת ראובן לגבות דאין מקבלים עדותם כיון דהמעות שייך לראובן פסולים המה לעדות :

יב ראובן יש לו שט"ח על שמעון ושמעון על לוי אחיו ובא ראובן לגבות מלוי וטען לוי שאחיו גמל עמו חסד והלוהו כדי להחזיק ידו והתנה עמו שלא יכפנו לפרוע אלא לכשירצה לוי אם זה התנאי מפורש בשטר או שיש עדים שע"מ כן הלוהו תנאו קיים ואין ראובן יכול לכופו ואם אין מפורש בשטר ואין עדים על זה אע"פ שלפי האומדנא לא היה אחיו נוגשו וניכר שהאמת כן שלא היה נוגשו מ"מ כיון ששמעון היה יכול מדינא לגבות ממנו גם ראובן יכול לגבות ממנו ואף אם יש עדים שאח"כ הרויח לו זמן אין זה כלום דמיד כשנשתעבד לוי לראובן מדר' נתן אין ביכולת שמעון להרויח לו כמ"ש בסעי' ה' ואם יש לשמעון שוה כסף יתבאר בסי' ק"א סעי' ד' בס"ד :

יג בשיעבודא דר"נ אין חילוק בין ישראל לכותי ולכן ראובן שיש לו משכון מכותי והכותי חייב לשמעון יכול שמעון לפדות המשכון מראובן ונותן לו קרן וריבית שעלה עליו וגובה חובו מן המותר דהמשכון משועבד לשמעון מדר' נתן ואם הכותי משכנו אצלו לזמן צריך שמעון לשלם לו כל הריבית שיעלה עד אותו הזמן ומשלם לו הקרן והריבית ומקבל המשכון וכן אם יש ביד ראובן פקדון מכותי וזה הכותי חייב לאחרים יכולים להוציא מידו הפקדון מדר' נתן וכל זה דווקא כשידוע שלא יגיע מזה היזק לראובן אבל אם יש לחוש שאם יוציא הפקדון או המשכון מידו יתבענו הכותי בערכאות ויענשו אותו בממון או בגוף אין להוציא מיד ראובן ולאו דווקא בכותי דה"ה בישראל שיש לו פקדון או משכון מישראל חבירו ואותו ישראל הוא אלם ואינו ציית דין ויד ישראל אינו תקיפה ויכול להיות שענוש יענש אם יוציא הפקדון או המשכון מידו אינו מחוייב להוציא מידו אף שע"פ דין צריך לעשות כן מ"מ זה וודאי אינו דין תורה שהוא יסבול נזק בעד ממון חבירו [סע"מ] אא"כ זה המוציא מידו נותן לו בטוחות על כל הנזקים שביכולת להיות לו מפני זה ואז גם אם החפץ של כותי מחוייב להוציא מידו אם מדין תורה ביכולת להוציא ממנו וע' מ"ש בסי' קצ"ד סעי' י"ג :

דיני

סימן פז [דיני שבועות של תורה ושבועות דרבנן ובו ל"ו סעיפים]:

א חמשה מיני שבועות הן שבועות התורה ושבועות שתקנו חכמי המשנה ושני מיני שבועות אלו נקראו שבועות הדיינים ושבועת היסת שתקנו חכמי הגמרא בכופר בכל ושבועה שתקנו הגאונים בלוה שאומר שאין לו במה לשלם וגילגול שבועה וגם היא מן התורה שבועות התורה היא בשלשה דברים בדבר שבממון שבועה דמודה מקצת ושבועה להכחיש את העד ושבועות שומרים ויש הפרש ביניהם דבמודה מקצת אינו חייב אלא כשהתובע טוען ברי ושבועה להכחיש את העד הוא אפילו כשהתובע טוען שמא ותובעו רק ע"פ העד כמ"ש בסי' ע"ה ושבועות השומרים הוא ג"כ בטענת שמא ואין כאן ברי כלל וכל שבועות התורה הוא לפטור א"ע ושבועות המשנה יש מהם שהם לישבע ולפטור ויש מהם מה שנשבע ונוטל וכן יש מהם שדווקא בטענות ברי ויש מהם שחייב אפילו בשמא ואלו הן שנשבעין ונוטלין וטענתם ברי הפוגם שטרו שנתבאר בסי' פ"ד והטוען על שטר שהוא פרוע או שנעשה על תנאי ותובע שבועה שנתבאר בסי' פ"ב דחמורה שבועה זו כשבועת המשנה כמ"ש שם ופוחת שטרו כשטוען השבע לי בסי' פ"ד ושבועת יורשי המלוה כשהלוה טוען שהשטר פרוע שנתבאר בסי' פ"ב ועד אחד מעיד שהשטר פרוע שבסי' פ"ד ושכיר שבעה"ב אומר נתתי שכרך שיתבאר בסי' פ"ט ונגזל ונחבל שבסי' צ' והנוני על פנקסו שבסי' צ"א וחשוד על השבועה שכנגדו נשבע ונוטל שבסי' צ"ב כל אלו נשבעין ונוטלין והשבועות הם ע"פ טענות ברי וכולם הם שבועות חמורות ואלו שנשבעין בטענות ספק נשבעים ונפטרים השותפים והאריסין והאפטרופין ובן הבית והאשה הנושאת ונותנת בתוך הבית שיתבאר בסי' צ"ג וגם הם שבועות חמורות בנק"ח ויש נשבעין ונוטלין בטענות שמא כשנפרע מיתומים ומלקוחות ושלא בפניו שיתבאר בסי' ק"ח וק"ו וכל שבועות אלו השייך בכתובות נשים יש שם ג"כ כדינים אלו כמ"ש באהע"ז סי' צ"ו ושבועות היסת שתקנו חכמי הגמ' בכופר בכל וכן כל טענות בדבר שבממון שהתובע טוען ברי והנתבע כופר נשבע היסת ונפטר וכן דברים שאין נשבעין עליהם מן התורה כמו קרקעות ועבדים ושטרות שיתבאר בסי' צ"ה נשבעים עליהם היסת ונפטרים והיסת הוא לשון שומא ששמו חכמים עליו שבועה כמו אם ד' הסיתך בי [רש"י שבועות מ':] וכל שבועת היסת היא לפטור א"ע וכשהתובע טוען ברי ושבועה שתקנו הגאונים כשהלוה טוען שאין לו במה לשלם היא שבועה חמורה כעין של תורה ויתבאר בסי' צ"ט וגילגול שבועה היא כשהשבועה עצמה אם היא של תורה גם הגילגול של תורה ואם היא דרבנן גם היא דרבנן כמ"ש בסי' צ"ד וטעמי כל השבועות למה תקנו חז"ל יתבאר כל אחד במקומו בס"ד ולפעמים יש כח ביד ב"ד להשביע גם על טענת ספק כשנראה להם שע"י זה יתברר הדבר וכן להשביע לעדים אם רואים שעדות שקר קל בעיני הבריות כמ"ש בסי' כ"ח ויש בתורה עוד מיני שבועות אך אין עיקרם של ממון כמו שבועת סוטה ושבועת ביטוי ושבועת העדות ושבועת הפקדון ואע"ג דשבועת הפקדון היא של ממון מ"מ אינה חיובית אלא שמדעת עצמו נשבע וכשנשבע לשקר והודה חייב בקרן וחומש ואשם ונתבארו ברמב"ם הלכות שבועות [וגאון פי' היסת לשון כבידות]:

ב התובע לחבירו ממון או חפץ אם הנתבע אין ביכולתו להחזיק בהם כגון שיש עדים שא"ל בשעת ההלואה אל תפרעני אלא בעדים או שיש שטר בעדים וכן החפץ הפקיד בידו בעדים וראו עדים עתה החפץ בידו אין כאן שבועה דמחייבינן להנתבע להחזיר הממון או החפץ רק בשטר ביכולת הלוה להשביע להמלוה כמ"ש בסי' פ"ב ואם ביכולת הנתבע להחזיק הממון או החפץ כגון שההלואה היתה בע"פ ולא א"ל אל תפרעני אלא בעדים או שטר בחת"י הלוה דנאמן לומר פרעתי כמ"ש בסי' ס"ט וכן בחפץ כשהפקיד שלא בעדים דנאמן לומר לקוח היא בידי או שהפקיד בעדים רק שלא ראוהו עתה בידו דנאמן לומר החזרתיו לך בזה שייך שבועה ואם הוא מודה מקצת חייב שד"א וכן אם הוא כופר בכל ועד אחד מכחישו חייב לישבע שד"א להכחיש את העד ואפילו אינו ידוע להתובע אלא ע"פ העד כמ"ש בסי' ע"ה אבל אם כפר בכל ואין עד מכחישו פטור משבועת התורה בין במלוה בין בפקדון וחייב שבועת היסת ואין חילוק בין כשאומר שפרעו בין שאומר שיש להתובע כנגדו בין שאומר להד"ם על הכל צריך לישבע היסת ובתנאי שיתבענו בטענת ברי והטעם למה תקנו חכמים היסת נתבאר שם בסעי' ד' ושם נתבאר בשבועה דמודה מקצת דהיא גזירת התורה ובממון כששני עדים מעידים על המקצת חייב ג"כ שד"א ובחפצים כשראו מקצת בידו מפקדונו שהוא תובע הוחזק כפרן ומשלם כמבואר שם ואם עד אחד מעיד על המקצת נשבע שד"א על המקצת וע"י גילגול ישבע על השאר [כ"ל]:

ג אפילו כשהוא מודה מקצת אם א"ל הילך המקצת שאני מודה אינו חייב אלא היסת ואינו נקרא הילך אא"כ יהא המקצת שהוא מודה לו מוכן בידו בפני ב"ד ליתנו לו מיד והוה ליה על הנשאר כופר בכל אבל אם אמר הרי הוא בביתי ואתננו לך לא מקרי הילך כיון שאינו מוכן בידו בב"ד ואפילו אם יתן לו משכון על מה שהודה לו לא מקרי הילך כיון שהמשכון לא ישאר בידו ואפילו נתן לו רשות למוכרו מ"מ כיון דעדיין צריך שומת

ב"ד

ב"ד לא מקרי הילך ולכן אם נתן לו רשות למוכרו בלי שומת ב"ד ויקבל חובו שהודה מחפץ זה הוה הילך ופטור משד"א [ש"ך] דזהו כמו שפרע לו בשוה כסף וי"א דמשכין חשיב הילך כיון שבטוח הוא במה שהודה לו הוה כגבוי והעיקר כדיעה ראשונה [סס] ואפילו הלוהו על המשכון לא חשיב כהילך אבל במשכנו שלא בשעת הלואתו ע"פ ב"ד הוה כהילך כיון שקונה את המשכון מן התורה [סס]:

ד זה שאמרנו דכל שאינו מוכן בידו בפני ב"ד ליתן מיד לא הוה הילך זהו דווקא במלוה אבל לא בפקדון דכשאמר מודה אני לך במקצתו ומונח בביתי אע"פ שאינו עתה בידו הוה הילך דבכל מקום שמונח החפץ הוא ברשותו של התובע ושטר חשיב ג"כ כהילך אם יש לו קרקע כמ"ש בסי' ע"ה סעי' ח' ע"ש ואפילו בהלואה שאמרנו דלא מקרי הילך אם אינו מוכן בידו יראה לי דאם אומר המתינו מעט ואלך לביתי ואביאנו לפניכם ולמה אשבע שד"א הלא בידי להמשיך מעט שבועתי ובתוך כך אביאם טענתו טענה [ורש"י ז"ל בב"מ ד'. ד"ס והילך לא הולאתים וכן שלך בכ"מ שהס עכ"ל חולק על כל הפוסקים ואולי כוונתו כדברינו ור"ל הס שלך ואביאנו ובהג"א הס כתוב דלריך להיות דווקא אותס מעות שכתן לו ובלא זה לא הוה הילך ע"ש ותמוה איזה סברא הוא ולא מלאתי לו חבר ויותר תמוה שכתב דכ"מ מפירש"י ואפשר דר"ל דרש"י ס"ל דכשאותס מעות עלמס הס בעין א"ל להביאן לב"ד אבל מעות אחרים לא מקרי הילך אא"כ הביאן לב"ד ול"ע]:

ה תבעו שני כלים והודה לו באחד מהם וא"ל הילך וטען התובע שהשתמש בזה שהוא מודה לו ונפחת מדמיו והנתבע מודה לו או שהדבר ידוע שנפחת מדמיו אין זה הילך דהא נחסר זה שנפחת ואם מחזיר לו מיד בב"ד הדמים שנפחת הוה הילך וכן כשאמר לו מנה וכלי יש לי בידך וא"ל אין לך בידי אלא הכלי והילך ואמר התובע אין זה הכלי שלי אם הודה הנתבע שאין זה כלי שלו שנאבדה ונתן לו כלי זה בתורת משכון צריך לישבע שד"א כמ"ש בסעי' ג' דמשכון לא הוה הילך ולאותה דיעה שנתבאר שם דמשכון הוה הילך אם היא שוה ככלי שלו הוה הילך ואם מחליט לו הכלי לב"ע הוה הילך וכן אם הנתבע מכחישו ואומר שזהו כלי שלו ולא נפחתה מכמו שהיתה הרי זה נשבע היסת וכולל בשבועתו שהיא כלי שלו ואף אם התובע צווח שאין זו הכלי שלו ואינה שוה ככלי שלו וא"כ אין זה הילך מ"מ כיון דלדברי הנתבע ה"ל הילך אין ביכולתו לחייבו שד"א:

ו ואם נראה לדיין שהנתבע מערים לומר הילך כדי להפטר משד"א מחייבו לישבע שד"א ואם יש ספק לדיין אם הוא חייב שד"א או היסת בין שהספק הוא מפני העניין ובין שהספק הוא מפני מחלוקת הפוסקים כל ספק בשבועה לקולא דמי שחייב שבועה יכול לומר קים לי כמאן דפטר [ש"ך] וה"ה אם הספק הוא על ההיסת אם חייב לישבע אם לאו דאינו נשבע מספק ועוד דכמו דבספק ממון הולכין לקולא להנתבע ואין מוציאין ממון מספק כמו כן בספק שבועה אין משביעין מספק לבד כשנראה לב"ד שע"י השבועה יתברר הדבר דאז ביכולת להשביעו כמ"ש בסעי' א':

ז מה שחייבה התורה שבועה במודה מקצת י"א שאינו אלא דווקא שהודה בעצמו שחייב להתובע מקצת הטענה אבל כשלא הודה בעצמו אלא שמתוך טענותיו בב"ד נתחייב במקצת אין זה מודה מקצת שחייבה התורה שבועה כגון שתבעו מנה והוא אומר לא לויתי ועדים מעידים שלוה חמשים ואין יודעים אם פרעו אם לאו דאם היו יודעים שלא פרעו היה נשבע שד"א כמ"ש בסעי' א' ובסי' ע"ה אבל כשאינם יודעים אם פרעו אם לאו לא נתחייב מפני עדותן אלא מפני שטען לא לויתי והוחזק כפרן על פיהם ונתחייב מתוך טענתו ואין בזה דין מודה מקצת אף שצריך לשלם החמשים מטעם דכל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי דמי כמ"ש שם וכן כשנתחייב במקצת מתוך טענת הכפירה עצמו כגון שטוען איני חייב לך כלום כי זה היה כך וזה כך וטעה דגם לפי חשבונו חייב במקצת וחייבוהו ב"ד המקצת שלפי חשבונו מגיע להתובע פטור משבועת התורה ונשבע היסת על השאר וכן אם תובע לחבירו מאה זהובים המשים מה שלוה ממנו וחמשים בעד דמי חבלתו ונשבע שחבל בו וכיון שנשבע נוטל דמי חבלתו כמ"ש בסי' צ' [ט"ז] אין זה מודה מקצת וכן כשתבע ממנו מאה ומשיבו חמשים לא ידעתי אם פרעתיך וחמשים אינו מגיע לך כלל דדינו הוא שהחמשים ישלם כדין איני יודע אם פרעתיך כמ"ש שם אין זה מודה מקצת להתחייב על החמשים השניים שד"א דהא לא הודה במקצתו אלא שנתחייב ע"פ הדין [כ"ל לפי דיעה זו] ויש חולקין בכ"ז כיון שעכ"פ ע"פ עדים או ע"פ טענת עצמו מגיע להתובע מדין התורה מקצת הטענה חייב בשד"א ולא תהא הודאת פיו גדולה מהתחייבות ע"פ ב"ד [ש"ך ס"ק י"ג] אבל אם הב"ד חייבוהו במקצת לפי שאינו נאמן בטענתו ע"פ דין אין זה מודה מקצת דהא לדבריו אינו חייב כלל אלא שאין אנו מאמינים אותו וכן כשנתחייב ע"פ עד אחד וכדיעה זו כתבנו בסי' ע"ה סעי' י' ע"ש:

ח כבר נתבאר בסי' ע"ה סעי' ה' דעד המסייע פוטר משבועה בין משד"א בין מהיסת ואף שיש חולקין בזה מ"מ כן עיקר לדינא וכן ראוי להורות מיהו במקום שהוא מחייב לישבע ואינו יכול דמשלם אין עד המסייעו פוטרו מתשלומין [ש"ך] ואע"ג דכיון דמסייעו הרי נפטר משבועה ואין שייך אינו יכול לישבע מ"מ כיון דבלא העד חייב לשלם ונמצא דעד פוטרו מממון ועד אחד אינו פוטר מממון וכן בשבועה כשיש לו עד המסייע ועד המכחישו או שנים כנגד שנים חשבינן להו כמאן דליתא

דליתא ונשבע ואין חילוק בזה מי בא קודם המכחיש או המסייע וכן אין חילוק בין שד"א להיסת בזה [עס"ך ס"ק ט"ו] וכן עד המסייע פוטר מח"ם וי"א דבזה אין העד פוטרו כשהתובע טוען ברי [או"ת] ואם כת"י התובע מסייע להנתבע וודאי דפטור הנתבע משבועה ומח"ם וכן בנשבע ונוטל כשיש לו עד המסייעו נוטל בלא שבועה לבד בחשוד שהדין הוא שהכנגדו נשבע ונוטל אין עד אחד נאמן בזה דאל"כ כל אחד יוציא ממון מחשוד ע"פ עד אחד [ס"ך] וכן בשבועת ההיפוך שאחד נתחייב שבועה והפכה על בעל דינו ויש לבעל דינו עד המסייע פטור משבועת ההיפוך ואע"ג דא"א להיות דין זה דממ"נ כיון שהוא לזה מסייע בע"כ הוא עד מכחיש להראשון וחייב שד"א ובשל תורה אין מהפכין כמו שיתבאר מ"מ יכול להיות כגון בקרקעות ועבדים ושטרות שאין שבועתן מן התורה או כגון לאחר שהפך עליו השבועה בא לו העד המסייע ויש למצא עוד כמה אופנים [עסמ"ע וס"ך]:

ט זה שאמרנו דעד המסייע פוטר משבועה זהו דווקא כשטוען הנתבע טענה שאפשר להאמינו בלא מיגו או אם אפילו נאמן במיגו אמנם על טענת המיגו עצמו אם היה טוען אותה היה ג"כ זה העד מסייעו כגון שטוען על משכון שבידו שלוה ממנו כך וכך ונאמן במיגו דלקוח הוא בידו ויש לו עד המסייע בסך המעות שלוה ממנו דאז אף אם היה טוען לקוח הוא בידי בכך וכך היה העד פוטרו משבועה כיון שמעיד על סך מעות שנתן לו אבל אם אין מאמינים אותו אלא מכח המיגו שעל מיגו זה לא היה לו עד מסייע כגון שתובע ממנו פקדונו ואומר לו החזרתיו לך ויש לו עד המסייע שהחזירו והוא נאמן לומר החזרתיו במיגו דנאנסה ואם היה טוען טענת אונס לא היה העד מסייעו ובטענת אונס חייב שד"א ולכן חייב לישבע גם על טענת החזרתיו ג"כ אף כשיש לו עד מסייע וכיוצא בזה בשארי ענינים [כה"מ] ובסי' רצ"ו יתבאר בסעי' ד' דבטענת החזרתי בפקדון אין הדין כן דאם יש לו עד מסייע פוטרו משבועה אע"פ שפטורו הוא משום מיגו דנאנסו משום דאין זה מיגו גמור אלא טעמא אחרינא הוא כמ"ש שם בסעי' ג' [ול"ע על הכס"מ]:

י אלו דברים שיש בין שבועה דאורייתא לשל דבריהם דמי שנתחייב שד"א ולא רצה לישבע ב"ד יורדין לנכסיו ונותנים לתובע מה שתבע דכיון דהתורה חייבתו שבועה או ישבע או ישלם אבל מי שנתחייב שבועה דרבנן ואינו רוצה לישבע והוא מהנשבעים ונפטרים כמו בשבועת היסת או מהנשבעים על טענות שמא כמ"ש בסעי' א' אין בנו כח לירד לנכסיו שלא תקנו חכמים שישלם אם לא ישבע אלא מנדין אותו [בימים קלמוניס] ל' יום לא בא ולא תבע נדויו מכין אותו מכת מרדות [גם זה ככ"ל] ואין מכין אותו הרבה כמו מי שאינו רוצה לפרוע חובו ויש לו במה לפרוע כמו שיתבאר בסי' צ"ז דהתם נתחייב וודאי אבל כאן לא ידעינן אם הוא חייב [סמ"ע] ורק מכין אותו מפני שעובר על דברי חז"ל ומתירין לו נדויו ומותר לקרותו עבריין כל זמן שלא נשבע ואם הוא מהנשבעים ונוטלין ואינו רוצה לישבע אין אנו נזקקין לו ולא ישבע ולא יטול ואם תפס מוציאים ממנו כיון דתפס שלא ברשות וי"א דאם קדם ותפס ולא רצה לישבע אין מוציאין ממנו ויש לקיים שני הדיעות לדינא דבמקום שמן הדין היה נוטל בלא שבועה אלא שרבנן החמירו עליו שלא יטול בלא שבועה כגון הלואה בשטר כשהלוה טוען השבע לי או פוגם שטרו או הבא ליפרע מיתומים ומלקוחות או עד אחד מעיד שהשטר פרוע בכל אלו אם תפס אין מוציאין מידו אבל במקום שמדינא לא היה נוטל כלל אלא שרבנן תקנו שישבע ויטול כמו שכיר ונגזל ונחבל וודאי דמוציאין ממנו כשתפס בלא שבועה [ס"ך] וכן בשבועת היסת כשהנתבע הפכה על התובע שישבע ויטול ותפס בלא שבועה מוציאין ממנו כיון שבדין אין לו ליטול אלא שזה הפך עליו שיב:ל כשישבע ואיך יטול בלא שבועה [סס] ובשלא הפך השבועה וצריך הנתבע לישבע ולפטור ואינו רוצה לישבע ותפס התובע משלו אין ביכולת הנתבע להוציא מידו כי התובע יכול לומר לו כיון שחכמים הטילו עליך שבועה ביכולתי להכריחך בכל מה שביכולתי [כס"מ] ואף שיש מי שמסתפק בזה מ"מ כן עיקר לדינא אבל כשהנתבע הוא חשוד שהדין הוא שהתובע ישבע ויטול ותפס התובע בלא שבועה מוציאין ממנו דאל"כ כל אחד יתבע את החשוד ויטיל עליו שבועה ובהכרח שהוא ישבע ויטול ויתפוס בלא שבועה ולא שבקת חיי לחשוד [ס"ך] ודע דכל תפיסה שבעניין זה אינו אלא כשתפס מעות אבל תפיסת מטלטלין אינו כלום דכיון דגוף המטלטלין לא קנה מוציאין ממנו וממילא דלא יגבה אלא בשבועה כמ"ש באהע"ז סי' צ"ו [או"ת] ובמקום שמועיל תפיסה מועיל אפילו כשתפס בעדים [ס"ך] דתפיסה זו אינה ככל התפיסות שכשיש עדים אין תפיסתו כלום דבכל התפיסות יש ספק בדין אבל בכאן אין ספק בהדין דמן הדין שלו הם רק שצריך שבועה ולכן כשתפס אין מוציאין ממנו [וכתב הט"ז דבנשבע ונוטל כשתפס אין מוציאין מ"מ יכול להכריחו שישבע היסת ול"ע דהא יש בכח להכריחו כבריתנו על שבועת המשנה וכן מ"ש בעד המסייע דהא בא אח"כ עד המכחישו אינו נאמן לע"ג ורא[י]יתו מכל מקום שהאמינה תורה עד אחד הרי הוא כשנים תמיהני מה ענין זל"ז התם האמינו התורה כשני עדים ולכן אין אחד נאמן כנגדו ולע"ג]:

יא ועוד יש חילוק בין שד"א לשבועת היסת לעניין היפוך דבשבועת התורה אם ירצה להפכה על שכנגדו ואומר לו השבע וטול אינו יכול לכופו משום דהתובע יכול לומר לו התורה הטילה עליך שבועה או תשבע או תשלם אבל בהיסת יכול להפכה מפני שהנתבע

אומר

אומר לו הרי מן התורה אני פטור לגמרי ורק חכמים הטילו עלי שבועה ולפטור אני איני רוצה לישבע השבע אתה וטול ואם אין רצונך לישבע ישאר על דין תורה ושבועות דרבנן שצריך לישבע וליטול אינו יכול להפכם על הנתבע ולומר השבע והפטר כי הנתבע יכול לומר לו אין לי עסק עמך אני איני תובע ממך ואתה תובע אותי ומן התורה אני פטור לגמרי ורק חכמים נתנו לך רשות לישבע וליטול אם רצונך כתקנת חכמים הרשות בידך ואם לאו אין לי עסק עמך ואפילו בשבועות שמן התורה היה לו ליטול בלא שבועה כמו פוגם שטרו וכיוצא בו וא"כ לכאורה ביכולתו לומר להנתבע אם לא הרצה לקבל ההיפוך אעמוד על דין תורה מ"מ אינו יכול לומר כן דהנתבע יכול לומר לו כיון שעכ"פ חכמים הטילו עליך שבועה ושבאם לאו לא תטול אם רצונך כתקנתם טוב ואם לאו אין לי עסק עמך ויש חולקין ואומרים דאפילו בשבועות שמן התורה לא היה לו ליטול כלל כמו שכיר וכיוצא בו מ"מ יכול להפך מפני שיכול לומר כיון שעכ"פ חכמים תקנו לטובתי שאוכל לישבע וליטול וכיון שיפו כחי כל כך ליטול ממך מעות ע"י שבועה כ"ש שכחי יפח להטיל עליך השבועה שתפטור [ס"ך] והמנהג כדיעה ראשונה וכן עיקר מפני שהנתבע יכול לומר לו הן אמת דחכמים הטילו עלי לתת מעות שלא ברצוני אם תשבע ואני מצווה לקיים גזירתם מ"מ שאני אשבע לא גזרו עלי ואצלי שבועתי יקרה ממון ובאיזה כח תוכל לכפות אותי [כ"ל] ומ"מ אם תפס זה שנתחייב לישבע וליטול אף שתפס בעדים יכול לומר להנתבע קים לי כדיעה זו שביכולתי להפוך עליך ואם רצונך לישבע אחזיר לך מעותיך ואם לאו לא אחזיר [סס] כי רבים מהפוסקים סוברים כן וי"א דדווקא במקום שמן התורה נוטל בלא שבועה מהני תפיסתו אבל במקום שמן התורה אינו נוטל כלל לא מהני תפיסה [תו"ס וגס"מ] וכן יש להורות:

יב ושבועה שעל הספק כמו שבועת השותפים וכיוצא בו אין מהפכים שהרי זה טוענו בספק ואיך יכול לישבע שגזלו וודאי ומיהו יש מי שאומר דאי טעין השבע לי שאתה חושד אותי בכך הדין עמו דאע"ג דאין משביעין על טענת ספק מ"מ הלא עיקר שבועה זו תקנוה חכמים בטענת ספק ולכן ביכולתו להפך גם על הספק דזהו פשיטא דזה שיכול להשביעו בטענת ספק זהו דווקא אם עכ"פ חושד אותו בלבו אבל כשאינו חושדו אסור לו להטיל עליו שבועה כדי שיתפשר עמו ואם עשה כן הרי זה גזל גמור ולכן שפיר יכול להשביעו אם חושדו בלבו אע"פ שספק אצלו אם המשביעו חושדו אם לאו ואם השבועה היא ע"י שאומר ששמע מפי עד שגנב מהשותפות אין זה שצריך שבועה יכול להפכה על המשביעו שישבע שחושד אותו כיון שמשביעו בטענת ברי ע"י עד אין ביכולתו להפך לו בטענת שמא ועל שבועת שמא [תו"ת] ואם ירצה להפך עליו שישבע ששמע מפי העד ג"כ אין ביכולתו דהרי אף אם לא שמע בוכולתו להשביעו בשמא כתקנת חכמים [כ"ל] ועוד יש חילוק דבשבועות דרבנן לא אמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם כמ"ש בסי' ע"ה:

יג זה שנתבאר בסעי' י"א דבנשבע ונוטל אינו יכול להפך על הנתבע שלא ברצונו מ"מ אם יאמר התובע כיון שמה שנתנו לי חכמים רשות לישבע וליטול הוא לטובתי ואין רצוני בתקנה זו אלא הריני כשארי תובעים וישבע לי הנתבע היסת ויפטר שומעין לו אמנם גם הנתבע יכול להפך עליו שישבע היסת ויטול כבכל שבועות היסת דמנתבע לתובע מהפכין ואם לא ירצה התובע לישבע נפטר הנתבע ואין התובע יכול להטיל עליו רק ח"ם [טור] ולפ"ז אין ביכולת זה הנשבע ונוטל להרויח ע"י הפוכו רק משבועה חמורה לשבועת היסת וכן מה שנתבאר בסעי' הקודם שיכול להפך שבועה הבאה על הספק ולהשביעו שחושד אותו בלבו והיא שבועה חמורה כמו שבועה שלו שהיה חייב בה זה שהפכה עליו עכ"ז יכול זה התובע להמלט משבועה חמורה ע"י שיאמר להנתבע איני חפץ ממך שבועת השותפין שהיא חמורה רק שתשבע לי היסת וממילא אם יהפוך עליו לא ישביענו רק היסת דכללא הוא בהיפך שבועה דכל מין שבועה שחייב לישבע אם מהפכה על שכנגדו גם הוא חייב באותה שבועה:

יד וזה שנתבאר דבשבועה דאורייתא אינו יכול להפך על התובע אם הנתבע לא רצה לישבע ושילם להתובע יכול לתבוע אח"כ להתובע שלקח ממנו מעות בחנם ולהטיל עליו היסת ודווקא כששילם לו אבל קודם התשלומין אין ביכולתו לתבוע אותו שישבע היסת ועכשיו נהגו דהנתבע משליש המעות אצל הב"ד ומחייב להתובע היסת דכיון שהשליש בב"ד הוה כאחר הפרעון [תו"ת וגס"מ] וממילא דלפ"ז יכול התובע להפכה על הנתבע שישבע כבכל שבועות היסת וכן בכל מקום שהנתבע מהפך על התובע שישבע ויטול צריך מקודם להשליש המעות בב"ד וכן המנהג פשוט בכל ב"ד וכן נתפשט המנהג בכל מקום שנזכר ח"ם מקבלו מפורש בב"ד [סס] ועוד מנהג פשוט דכשהנתבע מהפך השבועה על התובע שישבע ויטול והתובע אינו רוצה לישבע נותן להנתבע ח"ם והיינו שהנתבע מקבלו עליו מפורש בב"ד שאינו חייב להתובע וכשרוצה הנתבע מהפך גם זה על התובע שיקבל שחייב לו וישלם לו ואם התובע גם הוא אינו רוצה מטיל הן על הנתבע שיאמר על הן צדק שלו שאינו חייב לו וכשהנתבע רוצה מהפך את ההן על התובע ואם גם זה אין התובע רוצה נפטר הנתבע והולך לו וכל אלו הדברים אינם מדינא אלא מנהגא בעלמא ולכן אם יש מקומות שיש להם בזה מנהג אחר

יעשו

יעשו כמנהגם דמדינא דגמ' אין בעניינים אלו רק היסת והפוכה על התובע שישבע היסת ויטול ואם אינו רוצה נפטר הנתבע והולך לו וכ"כ הטור בסעי' י"ז בשם הרי"ף בתשובה ודע דאף היסת אין מהפכין אלא כשאין בה גילגול שבועה אצל הנתבע אבל אם יש בה גם שבועה אחרת מצד הגילגול אינו יכול להפך עיקר השבועה על התובע ולפטור א"ע מהגילגולים אא"כ רצונו להפך גם הגילגולים על התובע וכשישבע על העיקר ועל הגילגולים ישלם לו בעד כולם ומשליש מקודם מעות אצל הב"ד בעד כל הטענות וגם ביכולתו להפך עיקר השבועה על התובע שישבע ויטול ועל הגילגולים ישבע בעצמו ויפטר ויתבאר זה בסי' צ"ד בס"ד :

טו ועוד יש חילוק בין השבועות לעניין חשוד דבשבועה דאורייתא אם היה הנתבע חשוד על שבועה שכנגדו נשבע ונוטל וזהו מתקנת חז"ל אבל בשבועות דרבנן אם הנתבע הוא חשוד פטור כמו שיתבאר בסי' צ"ב והטעם כיון דשבועה זו עצמה היא תקנתא דרבנן וזה שבחשוד נשבע השכנגדו ונוטל הוי ג"כ תקנתא דרבנן ותקנתא לתקנתא לא עבדינן אא"כ הנתבע רצונו בכך שישבע התובע ויטול הרשות בידו ואם אין רצונו בכך מטיל התובע עליו ח"ם ולא יותר ובשבועות שהתובע נשבע ונוטל אם הוא חשוד מה דינו יתבאר שם בס"ד :

טז עוד יש חלוקים בין שבועות הדיינים שהם שבועות של תורה ושבועות המשנה לבין שבועות היסת דבשבועות הדיינים צריך לישבע בנקיטת חפץ כמו שאברהם אבינו כשהשביע לעבדו אליעזר השביעו במצות מילה כמו שכתוב שים נא ידך תחת ירכי ואשביעך וגו' ועכשיו משביעין בס"ת שהיא החפץ היקר מכל אשר בשמים ובארץ ולכן צריך הנשבע לאחוז הס"ת בידו וישבע מעומד כדי לאיים עליו שיגיד האמת ושבועות היסת א"צ נקיטת חפץ וכל דיין שהשביע שבועה שצריך נק"ח בלא נק"ח הוי טעות בדבר משנה וחוזר ונשבע בנק"ח וכן אם רצה להשביע היסת בנק"ח וע"י זה לא רצה זה לישבע ושילם הוה ג"כ טועה בדבר משנה וחוזר ונוטל ממונו מזה שנתן לו וישבע בלא נק"ח ויש חולקין בזה וס"ל דאם פסק הדיין על היסת לישבע בנק"ח אין זה טעות בדבר משנה דהרבה פוסקים ס"ל כן דגם היסת צריך נק"ח ואף שמנהג העולם אינו כן עכ"ז אם הדיין פסק כן ועי"ז שילם ולא רצה לישבע קם דינא [ש"ך] אבל בשבועה בנק"ח כשהיתה בלא נק"ח וודאי דחוזר ונשבע בנק"ח וכ"ש כשהיה חייב שבועת היסת בכופר בכל ונשבע ואח"כ הביא התובע עד אחד דחוזר ונשבע שד"א בנק"ח להכחיש העד וכן כשנשבע שד"א או שבועת הדיינים מהנשבעים ונוטלים ונודע אח"כ שהוא חשוד אין בשבועתו כלום ובשד"א ישבע שכנגדו ויטול ובשבועות הנשבעים ונוטלים יחזיר מה שנטל ודנין כאלו לא נשבע ויתבאר דבסי' צ"ב ובשבועה בנק"ח כשנשבע בנקיטת הספר לא יאמר אני נשבע בס"ת זו אלא יאחוז הס"ת בידו ויאמר אני נשבע בד' ואם לא אחז בידו אלא תפילין א"צ לחזור ולישבע בס"ת ות"ח גם לכתחלה א"צ לאחוז ס"ת בידו אלא תפילין דת"ח א"צ איום כל כך דיודע בעצמו חומר השבועה [וכראיה לזה שמעתי משבועה שהשביע יעקב ליוסף ולא א"ל שים נא וגו'] וגם בזמה"ז יש בזה דין ת"ח ויש מי שאומר דדווקא בפעם ראשון כשהת"ח נשבע נותנין לו קולא זו ומכאן ואילך הרי הוא כשאר כל אדם וצריך לישבע בס"ת דכיון דנשבע וחזר ונשבע אין לו דין ת"ח גמור דת"ח צריך להרחיק א"ע משבועה וכתב רבינו הרמ"א די"א דס"ת לאו דווקא אלא ה"ה שארי ספרים שיש בהן שמות עכ"ל ונ"ל דכוונתו על נביאים וכתובים שנכתבו על קלף כס"ת דאז קדושתן חמירא מתפילין אבל ספרים הנדפסים גריעא קדושתן מתפילין וכיון דבתפילין אין משביעין כ"ש בהם [ול"מ קושית הש"ך והט"ז] ומה שכתב שיש בהן שמות אולי בא למעט מגילת אסתר שאין בה שמות דאף שקדושתה שוה לכל כתבי הקודש [דעליה לא נחלקו בידים פ"ג] מ"מ בספרים שיש בהם שמות הקדושים הוה האיום יותר [כ"ל] :

יז כתב רבינו הרמ"א די"א דנוהגים להשביע שבועת הדיינים שהס"ת מונח לפניו ומניח ידו עליה אבל אינו נוטלה בזרועו וכן עושים כשנשבעים בענייני מסים אבל בשאר שבועה כגון אשה שנשבעת על כתובתה נשבעת על ספר אחר עכ"ל ואצלינו המנהג הפשוט בכל מיני שבועות שמדליקין נרות והנשבע לובש קיטל שהוא בגד מתים כדי לאיים עליו ופותחין הארון הקדש ומניח ידו על הס"ת ונשבע ויש נוהגים לצוותו לחלוץ מנעליו ובוודאי נכון לעשות איומים להרחיק משבועות שהרי אפילו על שבועת אמת כתיב את ד' אלקיך תירא ואותו תעבוד ובו תדבק [ולהז] ובשמו תשבע כפירש"י בחומש ובכל בתי דינים מתאמצים להרחיק את הבע"ד משבועות ובירושלמי [פ"ו דשבועות ה"ה] איתא דגם בשבועת אמת יש סכנה [וכ"מ בגיטין ל"ה] :

יח צריך לישבע בשם או באחד מכל הכנוים כמבוארים ברמב"ם הלכות שבועות פ"ב ומעומד ואם נשבע מיושב אינו חוזר ונשבע דאין זה רק מפני האיום ולכן ת"ח מפני כבוד תורתו משביעין אותו לכתחלה מיושב ואין חילוק בזה בין שד"א לשבועת המשנה ובין שהשבועה היא על טענת וודאי ובין שהיא על טענת ספק דבכולן צריך לישבע בשם או בכינוי ומעומד וסדר השבועה כך היא הנשבע אוחז ס"ת בזרועו או מניח ידו עליה לפי מנהגינו שנתבאר ועומד ונשבע בשם או בכינוי בשבועה או באלה ואין חילוק בין שיוצא שבועה מפיו בין מפי הדיינים כיצד היא שבועה מפיו שאומר הריני

הריני נשבע בד' אלקי ישראל או הריני נשבע במי ששמו רחום או במי ששמו חנון או בשבעה שמות שאין נמחקים המבוארים שם ברמב"ם וביו"ד סי' רע"ו שאיני חייב לזה כלום ובשבועת הדיינים דנשבע ונוטל אומר שזה חייב לי כך וכך וכיצד אלה מפיו שאומר שיהיה ארור לד' אלקי ישראל או בהכינוין אם יש לזה אצלי כלום ואומר הארור על עצמו בלשון הריני כמו בשבועה וכיצד הוא מפי הדיינים שאומרים הדיינים משביעים אנחנו אותך בד' אלקי ישראל שאין לזה בידך כלום או שזה חייב לך כך וכך והוא עונה אמן ולשון ארור יאמרו הרי פלוני בן פלוני ארור לד' אלקי ישראל או למי ששמו חנון אם יש לפלוני בן פלוני אצלו ממון ואינו מודה לו ובנשבע ונוטל יאמרו אם נוטל מפלוני בחנם והוא עונה אמן דעניית אמן הוא כמוציא שבועה מפיו ואצלינו המנהג שנשבע בעצמו וכן נכון לעשות דלא חמירי להו לאינשי עניית אמן כשבועת עצמו [כ"ל] ולהרמב"ם ז"ל גם שבועת היסת בשם או בכינוי בשבועה או באלה ולדעתו אין בינה לשבועת הדיינים אלא מה שהיא אינה בנק"ח ולא הודו לו הפוסקים ואמרו דהיסת אינה לא בשם ולא בכינוי אלא בשבועה סתם או בארור וכתבו רבותינו הראשונים שבדורות אחרונים בטלו שבועה בשם אף בשבועות הדיינים לפי שעונשה גדול ונהגו להשביע בארור [רס"י סבועות ל"ח: ורלב"ד פי"ח מסבועות] ואף שגם בארור מזכיר השם מ"מ לא הוי כשבועה בשם שבשבועה נשבע בחיי ד' אבל בארור אינו אלא קללה לנפשו [סמ"ע] ובהיסת אינו מזכיר כלל השם אלא אומר אני נשבע שאין לזה אצלי כלום [ש"ך] ובהיפך שבועה בהיסת אומר התובע אני נשבע שמגיע לי מזה כך וכך וי"א דשבועות הדיינים צריכה להיות לפני מניין עשרה או ביום הכניסה דאז שכיחי רבים ורבינו הרמ"א כתב שלא ראה נוהגים כן ובזמנינו המנהג גם בשבועת היסת אם יכולין לדחות על יום הכניסה דוחין ובין כך שמא יתפשרו וכבר בארנו בסי' ט"ו שכשהדיין רואה שהתובע רוצה השבועה כדי שיוברח להתפשר עמו אינו משביעו אלא נותן לו ח"ם ולבד זה יש דיעה שהיסת אינה אלא ח' [סמ"ע ס"ק כ'] וצריך הדיין ליזהר מאד בזה כי בזמנינו מרחיקין א"ע משבועה מאד מאד וכמה פעמים אנו רואים שאחד רוצה להטיל על חבירו שבועה כדי להוציא ממון לכן צריך הדיין להתחכם בזה ואחד מהגדולים כתב שמימיו לא פסק שבועה לת"ח בכופר הכל רק ח' ושכן המנהג בכל מדינת פלוניא [כנ"י] ואם שבימינו לא שמענו מנהג זה מ"מ יש כח ביד הדיין לעשות כפי הנראה בעיניו ובלבד שיהא לבו לשמים:

יט משביעין אותו בכל לשון שהוא מבין ואם אינו מבין בלה"ק משביעין אותו בלשונו ויאיימו עליו קודם שישביעוהו ואומרים לו הוי יודע שכל העולם נזדעזע בשעה שאמר הקב"ה לא תשא את שם ד' אלקיך לשוא כי שמו יתברך הוא קיומו של עולם כדכתיב כי בי' ד' צור עולמים והמשיא שמו ית' לשוא מתיש כח ויסוד הזה [מסרס"ל] וחומר עונשה גדול משארי לאוין שבתורה שבכל העבירות שבתורה כשהאדם שב בתשובה נאמר ונקה וכאן נאמר לא ינקה ואפילו שב בתשובה אינו מנוקה מעונש מפני חילול שם שמים וכל העבירות שבתורה נפרעים ממנו ובשבועת שקר נפרעים ממנו וממשפחתו ולא עוד אלא שגורם ליפרע משונאיהם של ישראל שכל ישראל ערבים זה בזה ובכל התורה אין הערבות רק כשיש בידו למחות ובשבועת שקר נענש אף מי שאין בידו למחות והכל מפני עול חילול ד' וכל עבירות שבתורה תולים לו שנים ושלשה דורות אם יש לו זכות וכאן נפרעים מיד כי עון חילול ד' בוער יותר מאש ודברים שאין אש ומים מכלה אותן שבועת שקר מכלה אותן ואם אומר איני נשבע פוטרים אותו ומסלקים אותו מלפני הב"ד כדי שלא יחזור בו כמ"ש בסי' כ"ב סעי' ט' ונותן מה שטענו חבירו ואף לאותה דיעה שנתבאר שם דבלא קניין יכול לחזור בו מ"מ מסלקין אותו כדי שיתבייש מלחזור בו ולדינא בארנו שם ע"ש ואם אמר הריני נשבע ובעל דינו אינו מתאמץ להשוות עמו כדי שלא יהיה הוא הגורם להשבועה אזי האנשים העומדים שם אומרים סורו נא מעל אהלי האנשים הרשעים האלה ואומרים לו הב"ד לא על דעתך אנחנו משביעים אותך אלא ע"ד המקום וע"ד ב"ד וגירסת הרמב"ם והטור הוא על דעתינו וע"ד ב"ד ודעתינו הוא דעת בעלי הדברים והכל כדי שלא יעשה איזה הערמה בשבועתו ואם לפי הבנת הב"ד יש צד רמאות יש לב"ד לומר לו ולפרש בשבועתו שלא יתכוין בהערמה זו ולא יסמכו על מה שאמרו לו שנשבע על דעת ב"ד וכן יש רשות לב"ד להשביע בנק"ח במקום שא"צ ע"פ הדין כמ"ש בסי' ט"ו וכן יש רשות לב"ד לאיים עליו עוד באיומים אם יראה להם שקל השבועה בעיניו כמו להביא מיטה של מתים ולכבות הנרות וכיוצא בזה ודברים אלה אין רשות רק להב"ד אבל הבע"ד אין לו רשות להוסיף דבר מדעתו ואין מאיימי, אלא בשבועת הדיינים שהיא ע"י טענה וודאית בין שהיא מן התורה או מדרבנן אבל על שבועה שנתחייב בה מפני טענת ספק בין מן התורה כמו שבועת שומרים בין מדרבנן כמו שבועת השותפים א"צ איום כל כך כיון שהתובע עצמו אינו יודע האמת וכן בהיסת אע"פ שהתובע טוען ברי מ"מ כיון שאינה בשם א"צ איום כל כך ומ"מ צריכים הב"ד להפציר בהבעלי דינים אולי ישתוו ביניהם שלא יצטרך לישבע ואם הדיינים חוששים שתהיה בזה שבועת שקר ח"ו יש להם לאיים על הנשבע בכל מיני איום ובכל מיני שבועות:

כ כל מי שנתחייב שבועה בין של תורה בין [illegible] דבריהם ז"ל אפילו היסת יש לו רשות [illegible] להטיל ח"ם על המשביעו אם אינו משביעו ח"ם דאל"כ כל אחד ימ"ל

יטיל שבועה על חבירו כדי להוציא ממנו ממון ולכן במי שנתחייב שבועת היסת והפכה על התובע א"צ הנתבע לקבל הקבלה מפני שזה הטעם אינו שייך בהיפוך שבועה דהרי מהפכה כדי להנצל מלישבע בעצמו [ט"ז] אבל בשבועת ספק צריך לקבל שיש לו חשד עליו והקבלה אינו חלה על המשביע שיענש אא"כ ברור לו בלבו שחבירו נקי אבל אם גם אצלו ספק רשאי לקבל [תו"ח] וכשהנשבע אומר הקבלה על המשביעו צריך המשביע לענות אמן אמנם אצלינו המנהג דכל קבלה אדם מקבל על עצמו מפורש וא"כ לא שייך עניית אמן :

כא כל שבועה צריכה להיות בפני הלה שכנגדו כדי שיתבייש ממנו מפני שיודע האמת ואולי ימנע מלישבע ולכן אם תובעו ע"פ עד א"צ לישבע בפני התובע אלא בפני העד ואף אם מת העד א"צ לישבע בפני התובע [ס"ך] ובנשבע ונוטל צריך תמיד להיות בפני השכנגדו אבל בטוענו ספק א"צ לישבע בפני השכנגדו דהרי לא יתבייש ממנו [תו"ח] ואם השביעוהו שלא בפני השכנגדו אם נשבע כתקונו ועל דעת ב"ד נפטר דבדיעבד אין זה מעכב ואע"פ שלא נשבע במקומו שהוא מקום רבים ואיכא למימר שיתבייש לפניהם מ"מ אינו מעכב בדיעבד מיהו לכתחלה יכול לומר שישבע לו במקום שנעשה העסק שיודעים שם בני אדם או שהוא מקום רבים דאולי לא ישבע שם מפני הבושה [כתובות פ"ה] מיהו אם אין עכשיו דרך לנתבע ללכת לשם אינו יכול לכופו שילך עמו לשם לישבע ואפילו ירצה התובע ליקח אותו על הוצאותיו ולשלם לו גם בעד טרחתו אינו יכול לכופו כיון שחיוב זה אינו מעיקר הדין [כ"ל] אבל אם ירצה התובע שלא להשביעו עכשיו וימתין עד שיהא לו עסק להנתבע לבא לשם הרשות בידו :

כב אם שנים תובעים זל"ז ושניהם חייבים לישבע וכל אחד אומר שחבירו ישבע תחלה אם האחד חייב שבועה חמורה צריך לישבע מקודם אם לא שרואין הב"ד שאם יקדימו להשני יבא הדבר לידי פשרה הרשות בידם [תו"ח] ומצוה קעבדי למנוע משבועה ואם שני השבועות שוות הן אין בהם דין קדימה ויעשו הב"ד כפי ראות עיניהם :

כג הטוען את חבירו טענות הרבה אין משביעין אותו אלא שבועה אחת על הכל ואם נתחייב שני שבועות על שתי טענות אחת קלה ואחת חמורה משביעין אותו בחמורה ומגלגלין בה השארי דברים ומי שטוען על חבירו שהוא חייב לו ואומר שיש לו עוד תביעות אחרות עליו שאינו רוצה לתבוע עתה ונכרים הדברים שרצונו להרבות עליו בשבועות או להטרידו או לבזותו בזילותא דבי דינא, אומרים לו הב"ד שמחוייב עתה לטעון כל הטענות והתביעות שיש לו עליו ואם אינו רוצה והנתבע אומר שאינו חייב לו כלום נשבע ונפטר ממנו מכל תביעות שיש לו עליו עד אותו היום ואם יתבענו אח"כ באיזה דבר ואומר שהיה חייב לו מקודם שבועה זו והוא יכפור לו לא יצטרך לישבע מפני שכבר נפטר בשבועה זו אם לא שיביא עדות או ראיה לדבריו אבל אם הב"ד מבינים שמה שאינו רוצה לתבוע עכשיו כל תביעותיו אינו מפני הטעמים הקודמים אלא שעדיין אינו מבורר בכל תביעותיו ונצרך לו על זה זמן לחשוב חשבונותיו וכיוצא בזה אזי הדין עם התובע ועל כיוצא בזה אמרינן דנזקקין לתובע תחלה כמ"ש בסי' כ"ד ושם נתבאר דאם ע"י זה זילי נכסי דהנתבע ויגיע לו היזק מזה אין שומעין להתובע ומצוים לו שיסדר כל תביעותיו שיש לו עליו ויתבעם בבת אחת :

כד שנים שנתעצמו בדין ונשבעו קודם הדין שלא יטענו אלא האמת ואח"כ נתחייב אחד מהם שבועה לחבירו י"א שאינו נפטר בשבועה ראשונה לפי שאז עדיין לא יצא שקר מפיו אבל שבועה אחרונה שבאה על דבר שכבר נעשה ואם ישקר בה הוא מוציא שבועת שקר מפיו חמירא לאינשי טפי וי"א דאם נשבעו תחלה בנק"ח ובכל חומר שבועה או בהיסת כחומר שבועת היסת א"צ לחזור ולישבע אלא מזכירים לו אותה שבועה וכה"ג פסק הרא"ש ז"ל באחד שנשבע לחבירו לזמנים ידועים יזכירוהו בכל פעם באותה השבועה אבל אם נשבעו תחלה שלא כחומר שבועת ב"ד וודאי דצריך לחזור ולישבע שבועת ב"ד וכן אם עשו מקודם ת"כ אע"ג דחומר ת"כ הוי כשבועה מ"מ אינו יוצא ידי שבועה בזה דלא חמירי להו לאינשי כחומר השבועה ולכן אם נתן לו ת"כ שיפרע לו לזמן פלוני ותבעו אח"כ ואמר פרעתי צריך לישבע [ט"ז ותו"ח] דלא כיש מי שחולק בזה וכ"ש לדיעה ראשונה שאינו דומה שבועה שעדיין לא יצא השקר מפיו לשבועה שכבר נעשה השקר ואפילו לדיעה אחרונה מ"מ ידוע דת"כ קילא להו לאינשי משבועה :

כה כל הטוען לחבירו טענה שאפילו אם יודה לא יתחייב ממון אע"פ שכפר אין בו חיוב שבועה אפילו היסת כיצד טענו אמרת ליתן לי מנה ומשיבין להד"מ אין משביעין אותו וגם ח"ס אין מטילין עליו ולא עוד אלא אפילו אם תבעו שבועה שתובעו שנתחייב לו לישבע כמו משבועת השותפין וכיוצא בזה והוא אומר שלא היה שותף ועד אחד מעיד שהוא שותף אין מחייבין אותו לישבע להכחיש העד דהא גם אם יודה אינו חייב ממון אלא שבועה ואין מחייבין שבועה על שבועה וכן אם תובעו שנשבע או נתן לו ת"כ ליתן לו מתנה והוא כופר פטור מן השבועה אפילו הביא עד אחד מטעם זה דאין מחייבין על שבועה אלא ב"ד יזהירוהו על שבועתו או תקיעת כפו ויבינהו חומר האיסור והטעם שאין נותנין שבועה על שבועה דממ"נ אם הוא חשוד לעבור על השבועה מה תועיל לו שבועה זו [לבוש] ואף די"ל דעתה יתנו לו שבועה חמורה ממה שנשבע

שנשבע מקודם ובפרט אם נתן ת"כ דלא חמירא להו לאינשי כשבועה וכמ"ש בסעי' הקודם מ"מ אין בידינו כח לחייבו על זה שבועה דלא נתקנה שבועה רק על כפירת ממון ולא על כפירת שבועה ולכן אף אם הודה לו שנשבע לתת לו איזה דבר אך שטוען שמחל לו או שהיה על תנאי כך וכך נאמן במיגו שהיה יכול לכפור השבועה או הת"כ זאבל אם יש שני עדים על השבועה או על הת"כ מחייבינן ליה לשלם ואינו נאמן לומר מחלת לי דמחילה טענה גרועה היא [קו"ת] אא"כ מביא ראיה לדבריו ואם אמר תנאי היה בדבר והעדים אין מכחישים אותו בזה שאומרים לא ידענו מזה ויכול להיות שאומר אמת משביעין אותו על זה דכיון שיש שני עדים הוה כחיוב ממון ממש וכן בטענת שבועת שותפות אם מביא שני עדים שהיה שותף יכול עתה להשביעו [כ"ל]:

כו וכן אם טענו אתה קללת אותי אתה הוצאת שם רע עלי והוא אומר להד"מ אין עונשין אותו על זה וכן כל כיוצא בזה אבל אם אומר חבלת בי הוה תביעת ממון דהא חייב בריפוי ושבת וי"א דגם על טענת שם רע עונשין אותו בקללה דהרי אם יתברר שהוא אמת היו קונסין אותו בממון לפי ראות עיני ב"ד אבל אין משביעין אותו דאינה תביעת ממון ממש וכן אם טענו דבר שאינו חייב עליו אלא קנס אין משביעין אותו שאפילו אם הודה היה פטור דמודה בקנס פטור אבל אם טענו שהעמידו בדין על הקנס והביא עדים וחייבוהו ב"ד לשלם והלה אומר להד"ם צריך לישבע היסת במקום שדנין דיני קנסות דאם היה מודה בזה הרי חייב ממון כיון שעמד בדין וכן אין מחייבין היסת על טובת הנאה כשתובע דטובת הנאה אינה ממון ואפילו למאן דס"ל טובת הנאה ממון כמו שיתבאר בסי' ש"ן מ"מ לא נתקנה שבועה על תביעת טובת הנאה ולכן מי שתבעו חבירו שיחזיר לו ממון צדקה שהפקיד בידו ויחלקם לעניים וזה משיבו שכבר החזיר לו או שבעצמו חלקן לעניים [לבוש] פטור בלא שבועה שהרי אין לתובע בזה אלא טובת הנאה ואע"ג דמשביעין על ההקדשות ועל הצדקות כמו שיתבאר בסי' צ"ה וא"כ נשביע אותו בשביל העניים זהו דווקא כשהקהל או הב"ד היו תובעים אותו והם עומדים במקום העניים וביכולתם להשביעו אבל בזה שהיחיד תובעו באמרו שהוא נתן לו מעות עצמו של צדקה והוא אומר שהחזיר לו הוה ממון שאין לו תובעים [ע"ז] ולכן אם באמת הקהל או הב"ד יודעים ממעות אלו יוכלו הם לתבוע בשביל העניים ודווקא כשיודעים בברי אבל בטענת שמא אינו יכול להשביע אלא מטיל ח"ם וזה שנתבאר שהתובע היחיד אינו יכול להשביעו זהו בסתם אנשים אבל אם היה התובע גבאי צדקה יכול להשביעו בטענת ברי [ע' בקו"ת]:

כז הטוען לחבירו גזלתני או גנבת ממני והוא כופר אע"פ שלפי טענת התובע פסול לשבועה כיון שהוא גנב או גזלן מ"מ נשבע לו דאמרינן שמא ספק תביעת ממון יש להנתבע על התובע ולכן גזלו או גנבו כדי להתפיסו וכשיתברר לו שאינו חייב לו יחזירנו ואע"ג דאמתלא קלושה היא אמנם כבר בארנו בסי' ע"ה דאף דפסקינן דמאן דחשיד אממונא חשיד אשבועתא מ"מ כיון דלכמה בני אדם חמירא להו איסור שבועה מאיסור ממון ולכן כל אמתלא אפילו רחוקה שביכולתינו לתלות שזה האיש אינו חשוד אממון הלינן ולכן אם באמת ב"ד או עדים יודעים אותו מכבר שהוא גנב או גזלן אין נותנין לו שבועה ומהפכין אשכנגדו כמו שיתבאר בסי' צ"ב ודווקא בטענת גניבה או גזילה משביעין דאע"ג שיש בזה ממונא ואיסורא דלבד הגזל עבר על לאו של תורה מ"מ מסתמא עיקר תביעת התובע הוא על הממון אבל אם עיקר התביעה הוא על האיסור אע"ג שיש בזה גם תביעת ממון אין משביעין אותו היסת דעל תביעה כזו לא תקנו רבנן היסת לפיכך אשה שתבעה לאיש שבא עליה ונתעברה ממנו וממילא שיש בזה גם תביעת ממון שתובעת מזונות בשביל הוולד והוא מכחישה שלא בא עליה או אשה אומרת לאיש קדשתני וממילא דיש בזה גם תביעת ממון דחייב במזונותיה והוא אומר לא קדשתיך דאין נותנין לו שבועת היסת אלא מטילין עליו ח"ם ודווקא היסת אין משביעין אבל שבועת התורה מצינו בדבר איסור כמו שבועת סוטה אמנם רבנן לא תקנו שבועתם בכה"ג ולא עוד אלא אפילו באה לב"ד ואומרת נתעברתי מפלוני ואני תובע ממנו מזונות בעד הוולד דעיקר תביעתה עתה בב"ד לפי הנראה הוא על ממון מ"מ אין משביעין אותו היסת בטענה זו דבכה"ג לא תקנו רבנן וכ"ש בזמן שיש לחוש שהפרוצות יביישו אנשים כשירים להטיל עליהם שבועה ולהוציא מהם ממון בעד השבועה דאין מטילין עליהם גם ח"ם [כ"ל]:

כח מי שנתחייב שבועה בב"ד ויצא מב"ד ואחר זמן תבעו חבירו שישבע לו ואמר נשבעתי אם הוא מהנשבעים ונוטלים אינו נאמן עד שיביא ראיה לדבריו ואם הוא מהנשבעים ונפטרים נאמן ודווקא בחיוב שבועה דרבנן לא נוכל להשביעו שישבע שכבר נשבע זו השבועה שחייבוהו חכמים דתקנתא לתקנתא לא עבדינן ואין מחייבין שבועה על שבועה ואפילו טוען השבע לי על גוף הטענה שלא לוית וכה"ג שארי תביעות ממון כיון דלדברי שניהם נתחייב כבר בשבועה [קו"ת] ולדברי הנתבע כבר נשבע א"כ עיקר השבועה כשיתנו לו עתה היא על שבועה אין מחייבין שבועה על שבועה אבל בשד"א כשאמר נשבעתי משביעין אותו היסת שנשבע [סמ"ע וש"ך] וגם בשבועת היסת שאמרנו שאין מחייבין אותו מ"מ מקבל עליו בח"ם שכבר נשבע ואם התנה בו מכבר בפני עדים שלא ישבע אלא בפני עדים אינו נאמן לומר שנשבע וכן כשנמצא כפרן אינו נאמן עוד כגון

כגון שאומר שנשבע ביום פלוני ועדים מעידים שלא זזה ידם מידו ביום זה ויודעים שלא נשבע אינו נאמן עוד לומר נשבעתי ובזה אין חילוק בין כשאמרו לו ב"ד צא השבע לו או חייב אתה לישבע לו דאף דבממון יש חילוק בזה כמו שנתבאר בסי' ע"ט אבל בשבועה אין חילוק דלעניין שבועה אין חילוק בין לשון צא ללשון חיוב דאף כשאמרו חייב אתה לישבע לו הוה גמר דין [ס"ך] ודווקא בשבועה שחייבוהו ב"ד הוחזק כפרן אבל אם חייב עצמו בשבועה לא הוחזק כפרן [תו"ת] וכתב רבינו הרמ"א דבזמה"ז דנוהגין לישבע בבהכ"נ לפני שמש או עדים אינו נאמן לומר שנשבע עד שיביא ראיה לדבריו ואם מכחיש את השמש אינו נאמן [סס] דכיון דהשמש הועמד על זה נאמן כבי תרי ואם אמר שנשבע לפני השמש והשמש מת או הלך למדה"י נאמן [ס"ך] ואם טוען מחלת לי השבועה אינו נאמן דמחילה טענה גרועה היא ועוד דאם יועיל טענת מחילה יכול כל אחד לטעון כן דבשלמא בטענת נשבעתי יכול לתקן ולומר לו בפני עדים אל תשבע אלא בפני עדים או בבהכ"נ אבל טענת מחילה הלא כל אחד יטעון כן ומה הועילו חכמים בתקנתם וכן עיקר לדינא דלא כיש מי שחולק בזה [ס"ך וט"ז] אבל אם נשבע שמחל לו נאמן דמה לי שבועה על גוף הטענה או שבועה על המחילה וכשטוען טענת מחילה על שד"א שנתחייב ורוצה לישבע על זה שמחל לו צריך לישבע על המחילה ג"כ שד"א [תו"ת] ולא דמי לטענת נשבעתי בשד"א שאמרנו דאינו חייב לישבע רק היסת דבטענת נשבעתי הלא לדבריו כבר נשבע שד"א אבל במחילה אנו אומרים לו לו יהי כדבריך השבע לו על זה שד"א כמו שנתחייבת בעיקר השבועה ועוד דמחילה טענה גרועה היא ואפילו בחיוב היסת אינו יכול לפטור א"ע בטענת מחילה כמ"ש לפיכך בשד"א מטילין עליו שד"א גם בטענת מחילה :

כט נשבע היסת ואח"כ הודה בעצמו בהודאה גמורה במקצת החוב אם הודה בדרך תשובה שמתחרט על מה שנשבע לשקר משלם מה שהודה ומהשאר כבר נפטר בשבועתו הראשונה דכיון שהודה דרך תשובה מחזקינן ליה שעל השאר נשבע באמת אבל אם שלא בדרך תשובה הודה כיון שמעצמו הודה כן שנשבע לשקר אין באותה שבועה ממש וכאלו לא נשבע דמי לפיכך מה שהודה משלם ונשבע שנית על השאר שד"א כדין מודה מקצת ולמה לא נדון אותו כחשוד על השבועה מפני שאין אדם משים עצמו רשע ומ"מ י"א שביכולת התובע לומר כיון שלדבריך חשוד אתה על השבועה אני אשבע ואטול כדין חשוד שיתבאר בסי' צ"ב [ס"ך] ושם יתבאר בזה [לפ"ז יש ליישב דברי הרי"ף שהביא הטור בסעי' מ"ג ותמה עליו ומיירי שהתובע טוען כן ע"ש] :

ל מי שכפר בכל ועד אחד מכחישו ונשבע להכחיש העד ואח"כ הביא התובע עוד עד אחר מצטרף השני עם הראשון ומשלם לו אע"פ שנשבע עליו דלא קנה הממון בשבועתו ולא עוד אלא דנעשה חשוד על השבועה ע"פ שני עדים ואע"ג דגם בלא העד השני נעשה חשוד ע"פ הראשון והבעל דבר כמ"ש בסי' ל"ד אמנם בזה אינו נעשה חשוד מיד אלא אחר מכאן כשיעיד הבע"ד שלשקר נשבע אבל בעת מעשה אינו חשוד עדיין דבע"ד אינו נאמן בשעת מעשה שנוגע בדבר אבל בכאן ע"פ עד השני נעשה חשוד מיד [סמ"ע] :

לא וכיון שאין השבועה קונה לו הממון לפיכך אע"פ שנשבע הנתבע ונפטר ע"פ ב"ד אם תפס אח"כ ממנו ממון בלא עדים וטוען שתופש אותו על אותה תביעה שנשבע לו עליה מפני שנשבע לשקר הדין עם התופס ונאמן במיגו שלא תפס כיון שאין לו עדים ונשבע היסת ונפטר ואפילו השביעו מקודם ע"י עד ונשבע להכחיש העד ואח"כ תפס מזה לא אמרינן דהוא פטור משבועה מפני העד המסייעו והטעם דעד המסייע אינו פוטר משבועה במקום שאין לו נאמנות רק מכח מיגו כמ"ש בסי' זה [תו"ת] ודלא כמי שחולק בזה אבל כשהביא עוד עד וודאי דמוציאין מידו בלא שבועה ונעשה חשוד על פיהם כמ"ש בסעי' הקודם וזה שאמרנו שנשבע היסת זהו דווקא כשתפס מעות אבל תפס חפץ שזהו רק כמו משכון וצריך להחזירו ולקבל מעות אינו די בהיסת וצריך לישבע בנק"ח כיון שבא להוציא [סע"מ] וכן מי שפטרוהו ב"ד מלישבע ע"י עד המסייעו ואח"כ תפס התובע שלא בעדים ורצונו לישבע שד"א להכחיש העד הדין עמו וישבע שד"א להכחיש העד ואינו יכול הנתבע לומר דכל מקום שהאמינה תורה עד אחד הרי הוא כשנים ואיך יכול אח"כ התובע לתפום הרי הוא כשני עדים דבאמת התורה לא האמינה עד אחד רק לשבועה ולא לממון [עס"ג] וכל זה שבארנו דגם אחר השבועה אם תפס שלא בעדים הדין עם התופס זהו דווקא בשבועה ראשונה אבל בהיפוך שבועה שהנתבע הפכה על התובע שישבע ויטול ונשבע ונטל אין ביכולת הנתבע לתפום אח"כ מהתובע ולטעון שנשבע לשקר כיון שהוא עצמו האמינו רק אם באו עדים יכול להוציא מידו דלא האמינו רק נגד עצמו ולא נגד עדים [ל"ל] :

לב יש לפעמים שנשבע ואח"כ באו עדים ובטלו הב"ד שבועתו וחייבוהו לשלם ועכ"ז נשאר בכשרותו ולא נעשה חשוד כגון שתבעו שחייב לו מנה בשטר או בקניין ונאבד ממנו השטר או שעידי הקניין אינם כאן והנתבע השיבו פרעתיך או איני חייב לך ואלו היה מוציא התובע את השטר או עידי הקניין לא היה הנתבע נאמן בטענתו אמנם כיון שלא הביא השטר או העדים חייבו ב"ד להנתבע שישבע ויפטר ונשבע ואח"כ מצא התובע השטר או העדים ונבטלה שבועתו וחייבוהו ב"ר לשלם

ועכ"ז

ועכ"ז לא נפסל ולא נעשה חשוד שהרי העדים אינם מעידים שלא פרעו אלא שעתה אינו נאמן ולכן ישבע המלוה ויטול אף שלא טען הלוה השבע לי ואינו דומה לכל שטר דכשלא טען הלוה השבע לי אין הב"ד מחייבין אותו שבועה כמ"ש בסי' פ"ב דבזה כיון דהלוה נשבע מקודם א"א לפטור את המלוה בלא שבועה [כ"ל] והלוה נשאר בכשרותו ואף אם טען אז איני חייב לך ונשבע על זה ג"כ אינה שבועת שקר די"ל שכוונתו היתה שפרע לו ולכן אינו חייב לו כמ"ש בסי' ע"ט ולכן אם אמר להד"ם ונשבע על זה נעשה חשוד ואם יש נאמנות בשטר נוטל בלא שבועה וכן אינו נעשה חשוד כשכתוב בשטר שנשבע לפרוע לו לזמן פלוני ועבר הזמן ותבעו המלוה בהשטר והלוה טוען שפרעו בזמנו והנה אף שאינו נאמן כיון שהשטר ביד המלוה ומחוייב לפרוע מ"מ אינו נעשה חשוד בכך וכמ"ש [ס"ך] וראובן שהוציא פס"ד על יורשי שמעון שאביהם נתחייב לו שבועה נתבאר בס"ס ס"ט ע"ש :

לג אין לב"ד להשביע כשנראה להם שיתברר הדבר והטעם דנראה כמו שבועה לבטלה וכ"ש שיש חשש אולי יתברר היפך שבועתו וימצא שהיתה שבועת שקר ויהיה חלול ש"ש וכן אין מוסרין שבועה למי שרץ אחר שבועה דנראה שהשבועה קל בעיניו וכבר כתבנו דאם נראה לב"ד שהתובע אינו רוצה רק להטיל שבועה על הנתבע אין נותנים לו שבועה ואף כשנותנים שבועה לא ימהרו בזה ואולי יתפשרו וכן אם נראה לדיינים שהדין מרומה אין להשביע וכן אם נראה להם שהטענה גרועה אף שע"פ הדין אין במה לפסול הטענה עכ"ז אין נותנים שבועה על זה אם אין בעניין הזה דררא דממונא ומהו דררא דממונא כגון שא"ל מנה לי בידך וא"ל הן ולמחר א"ל תנהו לי וא"ל נתתי לך זהו דררא דממונא דמודה שלקח אלא שפרעו ואם כשתבעו השיבו להד"ם זה נקרא דליכא דררא דממונא וכה"ג בשארי עניינים והטעם בזה דהא יש מן רבותינו שפסקו דבליכא דררא דממונא אין נותנין שבועת היסת כלל אך לדינא לא קיי"ל כן דבכל כפירה משביעין היסת ולכן בתביעה רעועה כזו אין ליתן שבועה רק בדאיכא דררא דממונא

[ע' תוס' שבועות מ"ל. ד"ה ומתן וברא"ש שם] :

לד תביעות שדכנות וסרסרות וכה"ג דזה תובע וזה מכחישו ואומר שלא היה שדכן או סרסר שלו או שארי טענות שביניהם אם לפי ראות עיני הב"ד אין בהם טענות גרועות וחלושות דינם כשארי תביעות ונשבעין על זה אבל כשרואים שגרועות וחלושות הן אין נותנים שבועה רק ח"ס ועניינים כאלה תלוי בהבנת הדיינים לפי העניין ולפי התובע והנתבע :

לה שנים או שלשה שיש להם תביעה על אחד ונשבע לאחד מהם פטור גם מהאחרים דשבועה לאחד שבועה למאה כיון שהכל עניין אחד הוא ואפילו לא היו כולם בעת השבועה ואם שנים חייבים שבועה לאחד אם הב"ד השביעו בלשון אלה שאמרו יהיה באלה מי שמעכב ממון חבירו השבועה חלה על שניהם ועונים אמן ואם אחד נשבע בעצמו בלשון אלה ג"כ די כשהשני יענה אמן או שיאמר אף אני כמוהו או שאר לשון שנראה שמקבל עליו השבועה [סמ"ע] ואם אחד נשבע בשם ולא בלשון אלה לא מהני מה שחבירו יענה אמן או לשון אחר אלא שיאמר אף אני כמוהו [ס"ך] ואם הוא עסק שותפות די בעניית אמן [ט"ז] וצריך לומר את האמן או אף אני כמוהו תוך כדי דיבור של השבועה [או"ת] ואם לאו ישבע בפני עצמו :

לו כתב רבינו הב"י בסעי' ל"ט דיש מי שאומר שהמזכיר ש"ש לבטלה שכנגדו נשבע ונוטל עכ"ל ואע"ג דנתבאר בסי' ל"ד דאינו נפסל לשבועה אלא ע"י איסור לאו ובהזכרת ש"ש לבטלה הוי עשה דאת ד' אלקיך תירא [פ"ק דתמורה] מ"מ כיון דפרוץ הוא בעבירה זו ממילא דקילא ליה גם לישבע בשם שמים לשקר ופסולו אינו בשביל מקרה דפעם אחת אלא כשרגיל להזכירו לבטלה [ככ"ל לתרץ קושית התומים] ומ"מ יש מרבותינו דלא ס"ל האי דינא דמקור דיעה זו ממאי דאיתא בש"ס [כתובות פ"ה.] באשה שנתחייבה שבועה והיתה רגילה להזכיר ש"ש לבטלה והפכו השבועה אשכנגדה אבל יש שפירשו שהיתה נשבעת ואינה מקיימת [תוס' שבועות מ"ו.] ולכן דין זה הוי ספיקא דדינא :

סימן פח [דיני כפירה והודאה ושתהא ההודאה ממין הטענה ובו כ"ג סעיפים] :

א כתיב כי יתן איש אל רעהו כסף או כלים ודרשו רבותינו ז"ל כסף דומיא דכלים מה כלים שנים מדכתיב לשון רבים אף כסף שנים ומה כלים דבר חשוב דבכל כלי יש בה חשיבות מפני מלאכתה אף כסף דבר חשוב דהאי כסף או כלים מיותר לגמרי דה"ל למיכתב כי יתן איש אל רעהו לשמור וכל דבר בכלל אלא וודאי לדרשא אתי וכסף חשוב אינו פחות ממעה כסף ומצינו דהתורה החשיבה למעה כסף כדכתיב עשרים גרה השקל וגרה היא מעה ועוד דרשו רז"ל מדכתיב בפרשה שומרין אשר יאמר כי הוא זה דבעינן שיודה במקצת הטענה וה"פ שיאמר על טענת התובע כי הוא זה שנתת לי ולא יותר ובע"כ צריכה להיות ההודאה שוה פרוטה שיודה בפרוטה ויכפור בשני מעין דכסף אכפירה קאי מה שטוען התובע והוא כופר וכל זה הוא בקבלה איש מפי איש עד הלכה למשה מסיני ולכן צריך להיות התביעה לפחות על שני מעין ופרוטה והוא יודה

יודה לו בפרוטה ואם הודה בשני פרוטות פטור דליכא כפירה שתי כסף וכן אם הודה בפחות מפרוטה פטור משבועה ושיעור הפרוטה הוא משקל חצי שעורה מכסף נקי ושיעור שני מעין הוא משקל ל"ב שעורים כסף נקי וכן אם תבעו מיני סחורות והודה לו במקצת שמין ג"כ לפי חשבון זה וחשבון זה לפי מטבעות שלנו אינו ידוע לנו בבירור וכבר מדורות שלפנינו נתפשט מנהג הדיינים בכל מדינתינו שאין משביעין על פחות מעשרה זהובים שהם לפי מטבע מדינתינו מלכות רוסיא א' רו"כ וחצי ובמטבע צרפת הוא ששה פראנק ופחות מזה אין משביעין רק נותנים קבלה להנתבע :

ב בד"א כשתבעו מעות או פירות או מיני סחורות אבל תבעו שני כלים והודה לו באחת מהן א"צ שיעור דלכן כתיב כלים בפרטיות להשמיענו דלא בעינן בהם שיווי כסף דכלי יש לה חשיבות מפני מלאכתה ולכן אפילו היו עשרה מחטין בפרוטה ותבעו שני מחטין והודה לו באחד מהם חייב שד"א כשהמחט שהודה נאבד ממנו דאל"כ אלא שמוסרה לו הוי הילך אבל כשנאבדה אף שצריך לשלם במעות מ"מ כיון שבא מחמת כלי חייב אף בפחות מש"פ ועוד דשמא ימצא המחט [נה"מ] וי"א דאע"ג דבכלים לא בעינן חשיבות של שתי כסף מ"מ בעינן שכל כלי יהיה שוה פרוטה דבפחות מזה אין שם ממון כלל [טור] ואם טענו כסף וכלים והודה בכלים וכפר בכסף אם יש בכפירה שתי מעין חייב ואם לאו פטור ואם הודה בכסף וכפר בכלים אם הודה בפרוטה חייב ולהי"א צריך שתהא גם בהכלי ש"פ בין בהודאתה בין בכפירתה [סס] ואם התובעים והנתבעים רבים יש להסתפק אם צריכים כפירה שתי כסף והודאה פרוטה לכל אחד ואחד אם לאו ויראה לי דהודאה פרוטה צריך לכל אחד ואחד וכפירה שתי כסף די שבתביעה זו יש כפירה שתי כסף אף שאין שתי כסף לכל אחד ואחד ויש מאחרונים שמסתפקים בזה וכפי מה שכתבתי כן נ"ל עיקר [וע' בפ"ת סי' ל"ג ס"ק ד'] :

ג דווקא במודה מקצת בעינן כפירה שתי כסף ואע"ג דקרא דכי הוא זה כתיב בשומרים קבלו רז"ל דעירוב פרשיות כתיב כאן וקרא דכי הוא זה אקרא דאם כסף תלוה קאי ולמה נכתבה שלא במקומה משום דפרשת הלואה כתיבא אחר שומרין במשפטים וגילתה התורה בשומרים חיוב שבועה על כל כפירת ממון ולכן לא כתבה בהלואה דילפינן משומרים וכיון דחיוב שבועה דהלואה נלמדה משומרים ולכן כתיב גם קרא דכי הוא זה שם ללמד על מקצת הטענה אם הודה דווקא חייב שבועה ולא בכופר הכל וממילא דהוכרחה התורה גם לכתוב שם קרא דכסף או כלים ללמדינו שיעור השבועה כמ"ש ועוד דכיון דכסף או כלים בא ללמדינו שיעור שבועה ואין דרך ללות כלים בהלואה ולכן לא כתבה התורה אלא בשומרים דדרך ליתן לשמור כסף או כלים וממילא דהוכרחה לכתוב גם שם הך דכי הוא זה ללמדינו דין מודה מקצת [נ"ל] ולפיכך בשבועה דעד אחד דלא כתיבא כלל במשפטים אלא במשנה תורה לא בעינן שתי כסף אלא אפילו לא כפר אלא בפרוטה חייב לישבע להכחיש את העד ועוד דכיון דשבועה דעד אחד ילפינן מקרא דלא יקום עד אחד באיש לכל עון ולכל חטאת ובאה הקבלה דלעון ולחטאת אינו קם אבל קם הוא לשבועה וכל מקום ששנים מחייבים ממון אחד מחייב שבועה ובפרוטה הא שנים מחייבים ממון וממילא דאחד מחייב שבועה וכלי שהיא פחות משוה פרוטה בעד אחד י"א שחייב שבועה [סמ"ע וש"ך ותו"ת] וי"א שפטור [ב"ח וט"ז] וכן נראה כיון דשבועה דעד אחד לא כתיבא כלל בהך פרשה ופחות מש"פ אינו נחשב ממון כלל ששני עדים יחייבוהו לשלם ואיך יחייבו אחד שבועה ואין לנו אלא מה שחידשה תורה במודה מקצת [ככ"ל ודברי התו"ת ל"ע ע"ש] ובשבועת שומרים נחלקו רבותינו הראשונים די"א דבשומרים ג"כ א"צ שתי כסף אלא אפילו הפקיד אצלו פרוטה או ש"פ וטען שאבדה נשבע ופחות מש"פ אינו ממון אפילו היא כלי [ט"ז] ואין ב"ד נזקקים לזה דכיון דבאה הקבלה דעירוב פרשיות כתיב כאן לא שייך הך קרא כלל בשומרים וי"א דבשבועת שומרים נמי בעינן שתי כסף ובכלי אפילו פחות מש"פ כמו במודה מקצת דלא נעקרה לגמרי מפרשה שומרין דעירוב פרשיות אמרו חז"ל ולא עקירת פרשיות וקאי נמי אשבועת שומרים וכתב רבינו הרמ"א דכן עיקר כדיעה זו ואף גם בדינא דמודה מקצת לא עקרינן ליה לגמרי מפקדון דוודאי אם מודה לו בבל הפקדון אלא שטוען שנאנסה או בשומר חנם שנגנבה בזה חייבה התורה שבועה אף שאין כאן כפירה במקצת והודאה במקצת אבל כשכופר לו שלא נתן לו הפקדון כלל פטור מן התורה לישבע אא"כ הודה במקצת וכפר במקצת דאין חילוק בדינא דמודה מקצת בין שתובעו הלואה או תובעו פקדון בבולם אם כפר בבל פטור מן התורה ואם הודה מקצתו חייב לישבע וכן הסכימו רוב רבותינו הראשונים [תוס' ב"ק ק"ז. והרא"ש ונמק"י שם] וכן מבואר דעת הרמב"ם ז"ל אע"פ שלעניין שתי כסף ס"ל דלא מצרכינן בפקדון מ"מ לעניין מודה מקצת ס"ל ג"כ כמו שכתבנו שהרי כתב בפ"א מטוען שהטוען לחבירו במטלטלין והודה במקצתו חייב לישבע מן התורה ואם כפר בבל פטור ע"ש ולא כתב דדווקא בהלואה וכן מוכח מדבריו בהרבה מקומות וזה שכתב שם אח"כ דשלש שבועות יש מן התורה במודה מקצת ובעד אחד ובשומר ע"ש היינו בטענת שומרים דנאנסה או נגנבה ולכן יראה לי דגם דיעה ראשונה שכתבנו שהיא דעת הרמב"ם ז"ל מודה ג"כ דעירוב פרשיות כתיב ולא עקירת פרשיות וס"ל דוודאי גם בפקדון בעינן טענת שתי כסף והודאה פרוטה אלא זהו דווקא בטענה דשייכא גם בהלואה

בהלואה והיינו שכפר לו בפקדונו דאז בעינן הודאה במקצת ג"כ כמ"ש אבל טענה דלא שייכא אלא בפקדון בלבד כמו אונס וגניבה דבהלואה אין זו טענה דהרי חייב לשלם אפילו כשנאנסו המעות בזה לא בעינן הודאה מקצת ולא טענת שתי כסף ושבועת היסת משביעין אותו על שוה פרוטה דכיון דחכמים תקנוה שלא יגזול אחד לחבירו א"כ כל מה שחשוב ממון בזה תקנו שבועה [סמ"ע] וממילא דבכלי בפחות מש"פ לא תקנו רבנן ובשיעורא דנשבעין ונוטלין ושבועות ספק יתבאר בסי' פ"ט ובסי' צ"ג בס"ד וכשתובעו שני תביעות אחת מהלואה ומודה בה בפרוטה והשנית מפקדון וטוען נאנסו ובאחת מהן אין בה שתי כסף רק בצירוף שניהם יראה לי דמצטרפין ומשביעין אותו כיון דשני השבועות למדנו מפסוק אחר ואף שיש חולקים מ"מ נ"ל שכן עיקר:

ד אמרו רז"ל דאין מודה מקצת הטענה חייב שד"א עד שיודה לו מקצת ממין הטענה שתבעו כגון תבעו כור חיטין והודה לו בחצי כור אבל תבעו חיטין והודה לו בשעורין פטור ומשמעות הפסוק כן הוא אשר יאמר כי הוא זה שאומר מזה שאתה תובעני איני חייב לך רק זה המקצת אבל כשהודה לו ממין אחר הוה ליה כופר בכל על מין שתבעו ועל מין שהודה לו הא לא תבעו ולכן אמרו חז"ל טענו חיטין והודה לו בשעורין פטור אף מדמי שעורין ובטעם הדבר פירשו רבותינו י"א דכיון דלא תבעו שעורים הרי מחל לו תביעת השעורים [רש"י ותוס' ספ"ג דב"ק] דבוודאי כל תביעות שיש לאדם על חבירו ותובעו בב"ד תובעו כל תביעותיו ולכן מדלא תבע גם השעורים מסתמא מחל לו ולכן אף אם באו עדים על השעורים פטור ואין חילוק בין תבעו חיטים שלוה ממנו בניסן והודה לו על שעורים שלוה ממנו באייר ובין שאומר לא חיטים לויתי ממך בניסן אלא שעורים ואע"ג דבכה"ג לא שייך מחילה דנהי דנחשוב שלוה ממנו שעורים בניסן הלא התובע רוצה להוציא ממנו יותר מדמי השעורים ואיך שייך לומר שמחל לו השעורים מ"מ אין בנו כח לחייבו בשעורים דממ"נ אם לוה ממנו אז חיטים ושעורים הרי מחל לו השעורים מדלא תבעם וגם אם נאמר שלא לוה ממנו אלא שעורים והתובע רצה להוציא ממנו יותר מ"מ אם כן הדבר היה לו לתבוע שעורים יותר מכפי מה שהלוה לו ומדלא הזכיר שעורים כלל נוכל לומר דהשעורים מחל לו וחיטים רוצה להוציא ממנו שלא מפני הלואת השעורים [כ"ל וע' בכס"מ] ויש מרבותינו דחולקים על טעם מחילה דאולי לא רצה לתבוע כל תביעותיו באחת ולכן אם תבעו חיטים שלוה ממנו בניסן והודה לו על שעורים שבאייר חייב בשעורים אמנם כשמשיב לו דבאותו יום שאתה אומר שלויתי ממך חטים לויתי ממך שעורים הרי הודה התובע שלא לוה ממנו שעורים דאל"כ היה תובע גם השעורים כיון שהיה ביום אחד והודאת בע"ד כמאה עדים דמי [רא"ש שם] ואפילו יש עדים על השעורים אינו חייב דאדם נאמן על עצמו יותר ממאה עדים אבל אם הנתבע יודע בעצמו שלוה ממנו שעורים חייב לשלם [ש"ך ס"ק י"ז] וי"א דגם לפי טעם זה דהודאה אף כשיודע הנתבע שלוה ממנו שעורים פטור משעורים כיון דלא תבעו הרי הודה והרי זה כאלו מחל לו [סמ"ע וב"ח] ולפ"ז אין חילוק לדינא בין טעם הודאה לטעם מחילה אלא כשהודה לו בשעורים על זמן אחר דאז לפי טעם הודאה חייב ולטעם מחילה פטור ולפי שני טעמים אלו אף כשהתובע טוען אח"כ אמת שמגיע לי גם שעורים ואתבעם עוד ולא רציתי לתבוע שני תביעות כאחת אין שומעין לו כיון דתלינן בטעם מחילה או הודאה אבל יש מרבותינו דס"ל דדין זה לאו מטעם מחילה או הודאה אתינן עלה דוודאי מצד התובע אין כאן על השעורים לא מחילה ולא הודאה אלא דה"פ דמצד תשובת הנתבע שהודה לו בשעורים אין לחייבו בשעורים משום דיכול לומר משטה הייתי בך מה שהודיתי לך על השעורים ואף שהודה בב"ד ובלא תביעה מהשעורים ונתבאר בסי' פ"א דבאלו לא אמרינן טענת השטאה מ"מ יכול לומר דמלא תבעתני שעורים אלא חיטים ואני יודע שלא לויתי ממך חיטים ולכן השטיתי ממך גם בב"ד להודות לך על מה שלא תבעתני כלל וזה שנתבאר שם דבלא תביעה לא שייך השטאה היינו בלא תביעה כלל אבל כשתבעו חיטים שייך השטאה על שעורים [פר"ח שם] ואף בב"ד ויכול לומר לו אתה השטית ממני לתבוע ממני חיטין ואני השטיתי ממך להודות לך בשעורים [רא"ב"ד ורמב"ן ומהרי"ו ורמ"ס וכמק"ו וכ"מ מבה"ג ומרמב"ם פ"ג מטוען ולז"ס סכים הש"ך בסקט"ז] ולשיטה זו כשהנתבע אומר שבאמת מגיע לו שעורין או שיש עדים על השעורין חייב לשלם השעורין בין שהיה הלואתן באותו יום של תביעת החיטין שאמר התובע בין ביום אחר ועל החיטים לכל הדיעות נשבע הנתבע היסת ונפטר ואם תפס התובע מהנתבע דמי השעורים אין מוציאין מידו אפילו לשני הטעמים הקודמים דבאמת המחילה או ההודאה שבארנו הוא מחילה והודאה גרועה [כס"מ] דהרי לא מחל ולא הודה בפירוש אלא שאין כח ביד ב"ד להוציא מידו מפני חששות אלו ולכן כשתפס וטען שלא מחל ולא הודה אין מוציאין מידו אפילו כשתפס בעדים דאין לו מיגו דלא תפסתי ודווקא כשתפס קודם שחזר הנתבע מהודאתו על השעורים אבל אם תפס בעדים אחר שחזר הנתבע מהודאתו וטוען משטה הייתי בך לא מהני תפיסה [סמ"ע] דגם לשני טעמים הראשונים וודאי דיכול לטעון משטה הייתי בך [כס"מ] אבל אם תפס שלא בעדים נאמן במיגו שלא תפסתי או החזרתי לך [שם] וי"א דלשני טעמים הראשונים לא מהני תפיסה רק קודם שתבעו בדין אבל אם תפס לאחר שעמד בדין מוציאין ממנו אפילו כשתפס שלא בעדים שיש לו מיגו משום

דהוה

דהוה כמיגו במקום עדים דאנן סהדי מדלא תבע השעורים מחל או הודה דס״ל לי״א אלו דהמחילה או ההודאה הם כמחילה או הודאה גמורה ואי קשיא א״כ אף נשתפס קודם למה לא תבע השעורים בעת שעמד בדין די״ל דלא חשש לתובעם כיון שהיה מוחזק בהם ומיהו אף דלי״א אלו לא מהני תפיסה על השעורין מ״מ נגד תביעת החיטים מהני תפיסה שלא בעדים כדין כל תובע שכפר לו הנתבע ותפס אח״כ בלא עדים דיכול להחזיק בו ולגבות ממנו בשבועת היסת כמ״ש בסי׳ פ״ז [סמ״ע] ורבינו הרמ״א כתב שכן נראה לו עיקר כי״א אלו מיהו לטעם השלישי שבארנו אין נ״מ בין תפיסה קודם העמדה בדין או אח״כ דאפילו אח״כ וגם תפס בעדים רק קודם שחזר הנתבע מהודאתו אין מוציאין מידו וכמ״ש והש״ך ז״ל הכריע כטעם השלישי :

ה תבעו שני דברים חטים ושעורים והודה לו באחד מהם הוה מודה מקצת הטענה וחייב ליתן לו מה שהודה ולישבע שד״א על השאר וכן אם היה ספק אצל התובע ותבעו שלוה ממנו חיטים או שעורים והודה לו בשעורים חייב לשלם שעורים [כ״מ בספ״ג דנ״ק ע״ש] ואם תבעו כור חיטים או שעורים והודה לו בחצי כור שעורים יש להסתפק אם חייב שד״א על מה שכפר כיון שלא היתה תביעתו ברורה ואם התובע תובע חיטין ואצל הנתבע ספק ומשיב לו איני יודע אם חיטין אם שעורין נשבע היסת שאינו יודע ומשלם לו שעורין דבזה לא שייך מחילה והודאה והשטאה כיון שמשיב לו שכדבריך כן הוא שוודאי אני חייב לך אלא שאיני זוכר אם חיטין אם שעורין ולכן חייב בדמי השעורים וודאי ונשבע היסת שאינו יודע ואף שי״א דגם בכה״ג פטור גם משעורים בדיני אדם אלא דאם בא לצאת י״ש צריך לשלם חיטים [ש״ך] מ״מ העיקר לדינא כדיעה ראשונה [שם] וזהו דעת הרמב״ם ז״ל בפ״א מטוען [ומ״ש הראב״ד שהשיג עליו מ״ק שם מ״מ כתב דעכשיו דתקינו היסת ומוכרח לישבע שאינו יודע ממילא דמשלם שעורים ע״ש ול״ע על רבינו הרמ״א שהכריע כי״א בסעי׳ י״ז ובלא״ז ל״ק מאם דבאם השמא טוב שאינו בפניו משא״כ בזה והגמ׳ מדמי שמא טוב לדרבה בר נתן וע׳ בש״ך ס״ק ל״ה] :

ו תבעו כור חיטים וקודם שהשלים דבריו לומר וגם כור שעורים מיהר הנתבע ואמר אין לך בידי אלא כור שעורים ואמר התובע גם שעורים רצוני לתבוע ממך אלא שמיהרת והפסקת דבריי יראה הדיין לפי הבנתו דאם הנתבע היה כמערים שמיהר להשיב קודם שגמר התובע טענתו חייב לשלם מה שהודה ונשבע שד״א על השאר גחשבינן ליה כאלו כבר תבעו בשניהם ואם לפי הבנתו ע״פ כן הנתבע לתומו פטור משבועת ההודה ונשבע היסת ואפילו אם מיד תוך כדי דיבור אחר הודאתו אמר התובע גם אני היה רצוני לבקש ממך השעורים מ״מ פטור משד״א כיון שעכ״פ תבעו חיטים והודה לו בשעורים ולענין התשלומין מהשעורין אם הנתבע עומד בהודאתו על השעורים וודאי דחייב לפי הטעם השלישי שבארנו ואף לפי שני הטעמים דמחילה והודאה ג״כ אין שייך כאן כיון שהתובע אומר דבאמת רצה לתובעו גם השעורים וי״א דלשני טעמים אלו אם הנתבע לא השיב כל כך במהירות תוך כדי דיבור של התובע או שניכר לב״ד מתוך דבריו שהפסיק מאמרו ולא היה בדעתו לתבוע עוד [או״ת] פטור אף מדמי השעורין ואם אומר התובע כדבריך כן הוא שיש לי בידך שעורין אבל איני תובעם עתה חייב לשלם לו דמי שעורין והעיקר כדיעה ראשונה [שם] ואם הנתבע אומר אח״כ שהשטה בו ואינו חייב לו כלום נשבע על זה היסת ונפטר [ש״ך] וטעם השטאה הוא עיקר [שם] :

ז קדם הנתבע ואמר שעורים יש לך בידי ואח״כ תבע התובע גם חיטים [ט״ז] וכפר הואיל שהודה בהשעורים קודם תביעת התובע אין כאן הודאה מקצת הטענה דלעולם אין מודה מקצת חייב שד״א אלא כשהודה אחר התביעה ואף במין אחד הדין כן כגון שהודה לו על חצי כור חיטים ואמר התובע כור אתה חייב לי והוא כופר פטור משבועת ההודה [ש״ך] אלא משלם מה שהודה ונשבע היסת על השאר ובזה אינו יכול לטעון משטה אני בך כיון שלא תבעו מקודם וכמ״ש בסי׳ פ״א וכן אם תבעו חיטים והודה בהם ואח״כ תבעו שעורים וכפר כיון שהודה בתביעת החיטים קודם שתבעו שעורים אין זה מודה מקצת ומשלם החיטים ונשבע היסת על השעורים וי״א דבזה נמי רואין אם הערים הנתבע ומיהר להודות קודם שיפסיק התובע חייב שד״א כאלו תבעו חיטים ושעורים כמו בסעי׳ הקודם ואע״ג דבדין זה גם לפי ערמת הנתבע אינו מועיל רק לפטור משד״א ולא לעניין תשלומין ואינו דומה לסעי׳ הקודם דהערים להודות בדבר אחר כדי שיפטור גב ממה שהודה מ״מ גם בזה אם נראה לדיין שהערים מחייבו שד״א [עש״ך סקל״ג] וי״א עוד דגם בדין הקודם שקדם הנתבע להודות בשעורים אם נראה לדיין שהערים בזה להודות קודם תביעת התובע מחייבינן ליה שד״א [ש״ך] וי״א דבזה בכל עניין אינו נשבע רק היסת כיון שעכ״פ לא קדמה תביעת התובע [לבוש וב״ח] :

ח דבר זה שצריך להודות לו ממין הטענה יש לראות לפי המקום אם בלשון המקום נכללה ההודאה בהתביעה נקרא מודה מקצת הטענה ואם בלשון המקום לא נכללה אין זה הודאה ממין הטענה והוה כתבעו חיטים והודה לו בשעורים ובגמ׳ אמרינן דאם תבעו כור תבואה והודה לו בחצי כור שעורים הוה הודאה ממין הטענה דכל חמשת מיני תבואה נכללים בלשון תבואה אבל אם הודה לו בחצי כור קיטניות פטור דקיטניות אינו בכלל תבואה אבל אם תבעו בכור פירות והודה לו בחצי כור קיטניות חייב שהקיטניות בכלל פירות

ומזה יש לדון בכל מקום לפי הלשון הנהוג שם :

ט אם לא תבעו בדבר מסויים דבר פלוני אלא א"ל שוה מנה יש לי בידך בכל מה שיודה לו הוי ממין הטענה מפני שכל דבר הוא בכלל שוה אבל אם תבעו מנה מדבר מסויים והודה לו שוה חצי מנה מדבר מסויים אחר אינו נקרא ממין הטענה דאף שתבעו מנה מ"מ כיון שהזכיר לו דבר פלוני והודה לו בחצי מנה מדבר אחר לא הוי ממין הטענה ואם תבעו סתם מטבע כגון שא"ל דינר כסף או דינר זהב יש לי בידך דינו כאלו תבעו שוה דינר ובכל מה שיודה לו חשיב ממין הטענה ודווקא כשתבעו מטבע היוצא בהוצאה דבזה אמרינן דשוה קאמר לפי שאדם עשוי לשום כל דבר במטבע וכשהלוה לו כור חיטים שמקחו דינר זהב תובע ממנו דינר זהב אבל אם תבעו ליטרא זהב או מטבע שאינה יוצאה בהוצאה לא חשיב כאלו תבעו שוה וכן אם תבעו דינר זהב זהוב כלומר טבועה יש לי בידך לא חשיב שוה דינר אע"פ שיוצא בהוצאה אלא דינר דווקא תובע מפני שאין אדם עשוי לשום שארי דברים בדינר זהב זהוב [לבוש] ועוד מדהוסיף לומר זהוב ש"מ דדווקא הדינר תובע וכן אם תבעו מטבע של מדינה אחרת אינו תובע שוה אלא דווקא מטבע זו תובע [ר"ן פ"ו דשבועות] ואם הודה לו בפירות או בסחורה לא הוה ממין הטענה ואפילו הודה לו במטבע של חצי דינר לא חשיב ממין הטענה ואפילו בסתם דינר שאמרנו דהוה כאלו תבעו שוה י"א דה"מ במלוה דכיון דלהוצאה ניתנה דרך בני אדם לחשוב את דבר ההלואה בשיווי מטבע אבל בפקדון דווקא קאמר דינר ולא שוה דינר דכיון דפקדון לא ניתן להוצאה דרך לתבוע מה שהפקיד ממש ויש מי שחולק ואומר שדין הפקדון שוה להלואה והעיקר כדיעה ראשונה דהיש מי שחולק היא דעת יחיד [הו"ת ומ"ש בס"ק ס' דלדידן דמותר להשתמש במעות פקדון הוי כהלואה תמיהני דחפץ שמים בדמים בהלואה ולא דמים בחפץ] :

י תבעו מאה דינרים ממטבע פלונית והשיב אין לך בידי אלא חמשים ממטבע אחרת לא חשיב ממין הטענה ולא אמרינן כיון שהזכיר מטבע לא קפיד במה שאמר פלונית אלא כיון שהזכיר פלונית מסתמא דווקא המטבע תבע אא"כ יאמר לו נתתי לך דינר זהב ממטבע פלונית להחליפו במטבעות או מכרתי לך סחורה בעד מעות ממטבע פלונית והוא אומר נתתים לך חוץ ממטבע אחת וכה"ג דזה חשיב ממין הטענה דאף דהזכיר מטבע פלונית מ"מ מדקאמר להחליפו או הזכיר לו מכירת הסחורה ניכר דעיקר תביעתו היתה סכום המעות או שויה ולא מטבע פלונית דווקא אבל בעניין אחר לא מחייב אפילו תבעו דינר זהב זהוב והודה לו במטבע של חצי דינר זהב זהוב לא חשיב ממין הטענה וכמ"ש בסעי' הקודם ודינו כתבעו מנורה גדולה והודה לו בקטנה שיתבאר בסמוך :

יא תבעו מנורה גדולה והודה לו במנורה קטנה פטור דשני מינין הם אבל תבעו מנורה בת עשר ליטרין והודה לו בשל חמשה ליטרין חייב שד"א דיש לומר דבאותה מנורה שתובע הודה לו מקצתה וגררה והקילה ממשקלה אבל גדולה וקטנה שני מינין הן ומלאכה אחרת היא וע' בסעי' י"ד ואם תבעו מנורה של פרקים הרי זה חייב בכל עניין אפילו בגדולה וקטנה משום די"ל דנטל ממנו כמה פרקים ונעשית קטנה והרי הודה במה שתבעו וכן אם תבעו יריעה של עשר מידות או אמות והודה לו בשל חמשה חייב די"ל דחתך ממנה חמשה אמות אבל אם תבעו אזור גדול והודה לו בקטן פטור דבאזור ניכרין הקצוות ולא שייך לומר דחתך ממנה והיתה הודאתו בדבר אחר ובאזור של פרקים חייב כמו במנורה ומזה נוכל לדון לכל הדברים דאם באפשרי לומר שהודה לו זה הדבר שתבעו אלא שחיסר ממנה הוה מודה מקצת ומשלם מה שהודה וישבע שד"א על השאר ואם לאו אינו נשבע אלא היסת ולעניין תשלומין דינו כתבעו חיטין והודה לו בשעורין שנתבאר :

יב כל מין ממון אחד הוא אפילו תבעו הלואה והודה לו מקצת בפקדון כגון שא"ל מנה לי בידך הלואה והשיב לו להד"ם ולא לויתי ממך כלל אבל נ' דינרין יש לך בידי פקדון או דמי שכירות וכיוצא בו הרי זה מודה מקצת וישבע שד"א וישלם החמשים שהודה וה"ה שאלה ושכירות ולאו דווקא ממון דה"ה כל דבר כגון שתבעו מאה חפצים של שאלה והודה לו בחמשים של פקדון הוה מודה מקצת ואף שיש חולקים בזה וס"ל דכיון דדינים חלוקים הם לעניין חיוב אונסים הוה כתבעו חיטים והודה לו בשעורים אבל אין הלכה כן כיון דהכל מין אחד הוא וכן אם תבעו בחוב אביו ואומר שהנתבע יודע שאביו חייב לו וישלם מנכסי הירושה והודה לו הנתבע מקצתו מחוב עצמו ומחוב אביו כפר לו בכולו פורע לו המקצת שהודה ונשבע שד"א על השאר [ש"ך] ואם התובע אומר לו גם ממך מגיע לי יותר ממה שהודית ולא רציתי לתובעך עתה מגלגל עליו גם זה בהשבועה דאורייתא ואם תבעו מנה מחוב אביו והודה לו מנה מחיב עצמו והתובע משיב כן הדבר אלא שלא רציתי לתבוע ממך עתה חובך משלם חובו ונשבע היסת על חוב אביו ונפטר לפי שבזה כפר הכל וחובו לא תבע התובע ואין כאן מודה מקצת וכן להיפך אם תבעו בחוב עצמו והודה לו בחוב אביו נוהגים כל הדינים האלו וכ"ז כשתובעו בחוב אביו בברי שאומר שהבן יודע מזה וכמ"ש דאל"כ אין היורש חייב לישבע כמ"ש בס"ם ס"ט ויכול לומר משטה הייתי בך במה שהודיתי [שם] :

יג ולא זו בלבד דכל מין ממון אחד הוא אלא אפילו הטוען לחבירו מנה הלויתיך והלה אומר אין לך בידי אלא חמשים זוז שנתת אותם דמים במקח חפץ פלוני

פלוני שלקחת ממני והחפץ הוא באחריותי שאם יאבד אתחייב בו והחפץ אינו בעין הוה מודה מקצת אבל כשהחפץ בעין הו"ל הילך וכן אם אינו חייב באחריות החפץ אין זה מודה מקצת וכן אם אמר אין לך בידי אלא חמשים שהלויתני על חפץ פלוני הוה מודה מקצת ואפילו אם אמר שהלוה עליו ע"מ שלא להשתלם אלא מגוף החפץ אם עומד בהודאתו או שיש עדים חייב שד"א ולא הוה הילך כיון דצריך שומת ב"ד כמ"ש בסי' פ"ז אבל אם חוזר מהודאתו פטור משד"א כשאמר שהלוה עליו ע"מ שלא להשתלם אלא מגופו ובסי' ת' יתבאר טעם הדבר בס"ד [ש"ך ס"ק כ"ה כ"ו] וה"ה איפכא היכא דטעין ליה דאית ליה גביה חפץ פלוני דשויא ניהליה אפותיקי במנה והלה מודה בחמשים זוז דאוזפיה בהלואה גרידתא יש מי שאומר דמה שטענו לא הודה לו ופטור בין מתשלומין בין משד"א אלא משתבע היסת ונפטר והטעם דכיון שהיה יכול ליתן לו החפץ בעל כרחו ואם נאבד החפץ היה פטור לא הוה הודאה ממין הטענה ויש חולקין בזה דכיון דקיי"ל דאפילו באפותיקי מפורש יכול לסלקו במעות כמ"ש בסי' ק"ג א"כ הוה ליה כתובעו תן לי חפץ זה או דמי חפץ זה והלה מודה לו בחמשים זוז דה"ל מודה מקצת הטענה [שם] אבל אם התנה עליו שלא להשתלם אלא מגוף החפץ שלא יהיה יכולת לסלקו במעות וחוזר מהודאתו אזי לא הוה הודאה ממין הטענה וכמ"ש [שם]:

יד טענו עשר כדים שמן יש לי בידך או שא"ל עשרה כדים מלאים שמן יש לי בידך והשיב לו אין לך בידי אלא עשר כדים ריקנים או שהודה לו בשמן בלבד חייב שבועת התורה שהרי טענו בכדים ושמן והודה לו אחד מהם אבל אם א"ל עשרה כדי שמן יש לי בידך לא טענו אלא השמן דכשאומר כדים שמן משמע כדים שיש בהם שמן אבל כדי שמן משמע שיעור כדי שמן ולכן אם הודה לו במקצת שמן הוה הודאה ממין הטענה אבל אם הודה לו בקנקנים בלבד לא הוה הודאה ממין הטענה וכן כשטענו מלא עשר כדים שמן יש לי בידך והשיב לו אין לך בידי אלא עשר כדים בלא שמן פטור דכיון שהוסיף תיבת מלא משמע שתובעו המידה והוה כאלו אמר עשרה מידות שמן יש לי בידך ויש חולקים בכל זה וס"ל דאין חילוק בין כדי לכדים וכן כשאמר מלא הוה כלא אמר דלשונות אלו בכל עניין משמע שתובעו הכדים והשמן [שם] ודווקא כשאמר מלא עשרה כדים שמן יש לי בבורך או במרתפך בזה וודאי דטוענו רק השמן [שם] ודיעה ראשונה היא דעת הרמב"ם והטור וכן פסק רבינו הרמ"א ומירושלמי פ"ו דשבועות [הל' ד'] מבואר דבלשון זה כשטוענו קנקנים שמן י"ל שמן וקנקנים וי"ל שמן בלא קנקנים ולכן יכולים ב"ד לשאול להתובע מה היתה כוונתו ונאמן על כך לפמ"ש בסי' פ' דלפרש דבריו נאמן [פ"מ שם] ואין לתמוה כיון דטעמא דטענו חיטין והודה לו בשעורין פטור הוי מטעם מחילה או הודאה או השטאה א"כ איך נאמן לחזור בו דוודאי לחזור בו אין ביכולתו אלא דאין זה חזרה כיון דהלשון סובל כך וכך [ע"ש בלי"ר] אמנם בש"ס שלנו אינו מבואר זה וגם כל רבותינו הראשונים והאחרונים לא הביאו זה ולכן צ"ע לדינא וממה שנתבאר יש ללמוד לכל מיני אוכלים ומשקין הנתונין בכלי כשתובעו אם תובע גם הכלי או המאכל והמשקה בלבד ודבר זה תלוי לפי לשון בני אדם באותו המקום וכלל גדול יש בזה דאם יש ביכולת לתלות בלשון הנתבע הודאה ממין הטענה תלינן וראיה לזה מתבעו מנורה בת עשרה ליטרין והודה בשל חמשה שנתבאר בסעי' י"א דהוי הודאה ממין הטענה משום די"ל דגררו כמ"ש שם אף די"ל דמנורה אחרת הודה [וכ"כ רבינו הב"י בספרו בשם תלמידי הרשב"א ע"ש ואף כי מהירושלמי שהבאנו לא משמע כן אמנם יש ליישב ודו"ק]:

טו ראובן ושמעון שכל אחד תובע לחבירו ותביעתו של זה אינו כתביעתו של זה כגון שראובן תבע לשמעון במנה הלואה ושמעון הודה לו בדינר ושמעון תבעו כור חיטים יש לי בידך וראובן הודה לו במקצת אם הודאתו של ראובן היה שוה לא יותר מהודאתו של שמעון פטור ראובן משד"א דכיון דבשעה שהודה ראובן כבר הודה לו שמעון בסכום כזה ה"ל הילך שהרי יש ביד שמעון כנגד הודאתו אבל שמעון חייב בשד"א דאף שהיה שלו ביד ראובן מ"מ כיון שלא השיב לו אני תופסך נגד מה שיש לי בידך ובשעה שהודה לא נתברר עדיין לפני ב"ד שיש לו ביד ראובן כפי הודאתו לא מקרי הילך ואם הודאתו של ראובן היא יותר מהודאתו של שמעון גם ראובן חייב בשד"א ואע"ג דאם היה משיבו איני חייב לך או להד"ם שהרי יש לך משלי בידך ואני תופסו את שלך בשביל זה היה פטור משד"א אע"פ שמגיע עוד לשמעון גם כפי חשבונו דמ"מ כיון שתופסו בשביל זה אין זה מודה מקצת מ"מ כשלא השיבו כך אלא הודה במקצת בהודאה גמורה ונשאר חייב על הודאת שמעון שהודה לו הוה מודה מקצת וחייב שד"א:

טז כבר נתבאר בסי' פ"ז דשד"א אין הנתבע יכול להפכה על התובע ולא עוד אלא אפילו אם רצונו להשביעו היסת אינו יכול כגון מי שתבעוהו מנה והודה בחמשים וכשבא לישבע טען ואמר אין רצוני לישבע אלא אשלם לו כל המנה וישבע הנתבע היסת שיש לו בידי מנה מ"מ אינו יכול להכריחו אלא ישלם בלא שבועת הנתבע שהרי הטילה עליו או לישבע או לשלם אך ביכולתו להטיל עליו ח"ם וכבר נתבאר שם דבכ"מ שהוזכר ח"ם המנהג אצלינו לקבל מפורש על עצמו וכ"ז קודם התשלומין אבל אחר ששילם לו ביכולתו להשביעו היסת אם נטל ממנו ממון שלא כדין דלא גרע זה משארי התביעות שהרי תובעו חמשים זוז ועכשיו מנהג הדיינים

הדיינים שהמודה מקצת משליש המעות ביד ב"ד ומשביעו להתובע היסת:

יז אין מודה מקצת חייב עד שיטעננו בדבר שבמדה או במשקל או במניין ויודה לו ג"כ כזה דכסף או כלים דכתיב בתורה הוה דבר שבמדה או משקל או מניין וגם בהודאה כתיב כי הוא זה דמשמע דבר מבורר וידוע [סמ"ע] כיצד א"ל עשרה דינרין או כור תבואה או שני ליטרות משי יש לי בידך והלה משיבו אין לך בידי אלא דינר או לתך שהוא חצי כור או ליטרא משי חייב שד"א אבל אם א"ל כים מלא מעות יש לי בידך והלה משיבו אין לך בידי אלא ג' דינרים או להיפך שתבעו מאה דינרים והוא משיבו לא ידעתי כמה צרור מעות מסרת לי ולא מניתים ומה שהנחת אתה נוטל פטור משד"א אף אם נחסר ממאה דינרים וגם מהצרור עצמו שמסר לו נחסר דאם לא נחסר מהצרור בלא"ה פטור דהו"ל הילך [כ"ל ועסמ"ע ס"ק מ"ח וש"ך ס"ק מ"ז] ופטור מפני שלא הודה בדבר שבמניין ואע"ג שיש בהודאתו פרוטה ונתבאר בסי' ע"ב לעניין משכון ובסי' ע"ה לעניין הלואה דכשהנתבע משיב יודע אני שהיה שוה יותר ואיני יודע כמה דה"ל מחוייב שבועה ואינו יכול לישבע ומשלם ובהלואה כשאמר אמת הלויתני ואינו יודע כמה דכיון דאין בהודאתו פחות מש"פ חייב דלא דמי דבשם כיון שהמשכון אינו בעולם ואין ביכולת להייבו יותר מפרוטה וכן בסי' ע"ב הוה כהודאה פרוטה וחייב אבל בכאן שעדיין ישנו מהצרור הרבה מטבעות שאפשר למנותם כמה הם ולכן בשעה שהודה הודה יותר מפרוטה וכמה הודה לא אמר מניינם אין זה דבר שבמניין ולפ"ז אם נאבד הצרור חייב שד"א [כ"ל ועס"ך ס"ק מ"ס]:

יח וכן כשא"ל בית מלא פירות יש לי בידך והלה אומר אין לך בידי אלא עשרה כורים או להיפך שטענו עשרה כורין והלה משיבו איני יודע כמה הם כי לא מדדתים ומה שהנחת אתה נוטל פטור אפילו תבעו בית זה כ:לא פירות והבית הרי יש לה מידה מ"מ כיון דבלשון בני אדם אף כשאינה מליאה ממש עד הקורות מקרי מלא אין תביעתו ידוע [סמ"ע] אבל אם תבעו בית זה עם פירות עד הזיז מסרתי לך והלה משיבו לא היה אלא עד החלון חייב דהוה דבר שבמדה ודווקא כשהרקיבו בפשיעתו כולם או מקצתם דאל"כ הו"ל הילך ופטור:

יט תבעו מנה הלויתיך בניסן ומנה בתשרי והודה לו באחד מהם חשיב שפיר ממין הטענה אע"פ שההלואות היו בזמנים נפרדים ולא אמרינן כמו דמצרכינן שתהא ההודאה ממין הטענה כמו כן צריכה להיות מזמן הטענה וכשאינם מזמן אחד הוה כופר הכל על הזמן השני דזמן לא דמי למין והזמן לא מעלה ולא מוריד דכיון דהתובעו שני תביעות והודה לו באחד מהם נקרא מודה מקצת הטענה

כ אין הודאה בשטר חשובה הודאה להתחייב שבועה דאורייתא על הכפירה אלא נשבע היסת כיצד תבעו מנה חמשים בשטר וחמשים בע"פ לא מיבעיא אם הודה בחמשים שבע"פ וכפר בחמשים שבשטר דאין כאן שבועה כלל אלא משלם החמשים שהודה ושל השטר שכפר ישבע המלוה ויטול אם הלוה טוען השבע לי כמ"ש בסי' פ"ב ואף שיש לו מיגו שהיה יכול להודות בשל שטר ולכפור מה שבע"פ מ"מ כיון דבגוף השטר אין לו מיגו דהשטר תמיד בתקפו ונשאר בחזקתו [ס"ך] וא"א לו עכ"פ לפטור עתה מהשטר שכפר בו ודמי למיגו במקום חזקה אלימתא דאין אומרים מיגו כמ"ש שם בכללי מיגו אלא אפילו אם הודה בחמשים שבשטר וכפר בחמשים שבע"פ אינו נשבע שבועת התורה דכשם שאין נשבעין מן התורה על קרקעות כמ"ש בסי' צ"ה כמו כן אין נשבעין על תביעה שבשטר דגם זה הוי כקרקע כיון שבשטר נשתעבדו הקרקעות של הלוה וכשם שאין נשבעין על כפירתן של קרקעות ושיעבודם כך אין הודאתן מחייבת שבועה ואיך אפשר לחייב שבועה ע"פ הודאתן הרי התורה פטרן משבועה והיאך יגרומו שבועה ודווקא כשיש ללוה קרקע אפילו הן משועבדות מ"מ כיון שהמלוה יכול להוציאן מהלקוחות מקרי השטר קרקע אבל אם אין ללוה קרקע כלל אין השטר בקרקע דאיזו קרקע משתעבד בשטר זה כיון שאין לו [ס"ך ותו"ת] וי"א דאפילו אין לו קרקע כלל מ"מ חשוב השטר בקרקע לעניין זה כיון דעיקר כתיבת השטר הוא כדי לטרוף בו מלקוחות דין שטר זה ממש כקרקע [סמ"ע וע"ז] וי"א דבלא זה אין הודאת השטר מביא לידי שבועה דשטר מקרי הילך [כ"י] כיון שאין יכול לכפור בו וג"כ רק יש ללוה אפילו מטלטלין הם של בעל השטר [ס"ך] וי"א דשטר לא מקרי הילך רק כשיש לו קרקע דלא מחסרי גוביינא וכן משמע מהרי"ף [ריש ב"מ] ומרש"י [שם ד'.] וגם בשו"ע לא הוזכר טעם זה וכן נראה עיקר [סגר"א]:

כא ויש מרבותינו ששאלו דאיך חייבה התורה שבועה במודה מקצת אפילו בתביעה בע"פ הא קיי"ל שיעבודא דאורייתא כמ"ש בסי' ל"ט ואפילו אי שיעבודא לאו דאורייתא הא מהלוה עצמו גובין מקרקע ג"כ וא"כ כל הלואה היא שיעבוד קרקעות כמו במלוה בשטר ותרצו דמיירי כשאין להלוה קרקע או שמחל לו השיעבוד מהקרקע וכן שבועה דאורייתא להכחיש את העד לא משכחת לה רק בהאי גוונא [תוס' ב"מ ד': ד"ס אין והרא"ש שם וכ"כ הטור בסעי' ל"ח] אבל מהרמב"ם ז"ל ומעוד פוסקים שלא הזכירו זה מבואר דלא ס"ל כן וכן משמע מרבותינו בעלי הש"ע שלא הזכירו דבר זה כלל ויראה לי דסברתם כן הוא דלאו מפני שיכול המלוה לגבות קרקע בחובו ה"ל כפירת שיעבוד קרקעות ואיזו סברא הוא הרי גם מטלטלין יכול לגבות ואם יש לו מעות להלוה הלא צריך לשלם במעות ואיך נעשה זה

כבפירת שיעבוד קרקעות בשביל הכח שיש לו לגבות גם מקרקע ומה שבשטר פטרו רז"ל משד"א מפני דכל עיקרו של שטר הוא רק בשביל קרקע דלמעות ומטלטלין השטר אינו מועיל כלל דמהלוה עצמו גם בלא שטר יגבה ומלקוחות גם בשטר לא יגבה ואינו מועיל רק לקרקעות שאם ימכרם יגבם מלקוחות ואף אם מן התורה גם בלא שטר יכול לגבות מלקוחות מ"מ גם מן התורה בלא שטר אינו סומך על קרקע בלבד אבל כשכותב שטר כל עיקר סמיכתו היא על קרקע וה"ל כפירת שיעבוד קרקעות ואף שתועלת השטר הוא ג"כ שאינו יכול לטעון פרעתי מ"מ בשביל זה יכול להלותו בעדים ולומר לו אל תפרעני אלא בעדים ולכן עיקר כתיבת שטר הוא בשביל הקרקע גם לפי דין התורה:

כב במה דברים אמורים בשטר שהוא יכול לקיימו אבל אם אינו יכול לקיימו הרי הוא כהוראה בע"פ ונשבע על הכפירה שעמה דשטר שאינו מקויים לא חשיב שטר כלל ואצ"ל למלוה בשטר וטען שטר היה לי ונאבד והודה הלוה ששטר עשה לו וכפר במקצת או הודה בכל השטר אלא שאומר שקצתו פרוע שנשבע שד"א ככל מודה מקצת דדווקא כשהשטר לפנינו ומקויים ובא בגבייתו בשטר על קרקעות הלוה חשבינן לה כאלו עיקר תביעתו הוא קרקע וכמ"ש בסעי' הקודם אבל כשאין השטר לפנינו או שאינו מקויים נמצא שאע"פ שבעת שעשה השטר היתה עיקר כוונתו על הקרקעות אבל עכ"פ עתה כשבא לגבות אין עיקר גבייתו על קרקעות שבעת הגבייה היא כמלוה ע"פ ולכן אין זה כפירת שיעבוד קרקעות [נ"ל] וגם אפילו שטר מקויים אין זה אלא בשטר שטורפין בו ממשועבדים כמו שטר בעדים אבל שטר בחת"י הלוה אפילו יש בו נאמנות כיון שאינו טורף בו ממשועבדים חייב בשד"א כבמלוה בע"פ דכיון דאין כח לשטר זה לקרקע יותר מלמטלטלין אין עיקר סמיכתו על הקרקע ואין זה כפירת שיעבוד קרקעות ולפי הטעם שבארנו בסעי' ך' די"א דכל שטר הוה הילך דכיון דאינו יכול לכפור אין אנו צריכין להודאתו ולא חייבה התורה בזה שד"א [רמב"ם פ"ד מטוען] לפ"ז גם שטר בחת"י הלוה אם יש בו נאמנות דאינו יכול לכפור אינו חייב בשד"א [ס"ך לסרמב"ס] ודע שזה שכתבנו דשטר מקרי הילך כתבנו ע"פ דברי מפרשי הרמב"ם ז"ל שכן פירשו דבריו אבל באמת מלשונו לא משמע דס"ל דשטר הוה הילך וזה לשונו שם מי שטען חבירו וא"ל ק' דינרין יש לי אצלך חמשים שבשטר זה וחמשים בלא שטר אין לך בידי אלא חמשים שבשטר אין זה מודה במקצת שהשטר לא תועיל בו כפירתו והרי כל נכסיו משועבדין בו וכו' עכ"ל ולפ"ז י"ל דלאו מטעם הילך הוא אלא מטעם שיעבוד קרקעות [סגר"ת ס"ק כ"ז] ולפ"ז בשטר בח"י הלוה חייב שד"א ואם הלוה מסר להמלוה כת"י בפני עדים נתבאר בסי' ס"ט שדינו כשטר שחתומים בו עדים ואם העדים חתומים על הכת"י וחתימתו של הלוה אם בחתימתם מקיימים העניין שמעידין על גוף ההלואה דינו כשטר גמור ואם אין מקיימים רק חתימתו אין דינו כשטר גמור כמ"ש שם ואם היתה ההלואה בקניין בפני עדים ג"כ דינו כשטר גמור כמ"ש בסי' ל"ט וכשם שהודאת מלוה בשטר אינה הודאה וכפירתו אינו כפירה כמו כן הודאת מלוה בקניין ויש כאן עידי הקניין אינה הודאה לחייבו שד"א וכפירתה אינה כפירה דדינו כשטר גמור גם לעניין שאינו יכול לטעון פרעתי [ס"ך] לפיכך אם א"ל חמשים דינרין יש לי בידך בקניין וחמשים בלא קניין והודה באחד מהן ובהשני כפר נשבע היסת ונפטר:

כג שטר שכתוב בו סלעים או דינרים סתם ולא כתוב בו כמה סלעים ודינרין חייב והמלוה אומר שחמש חייב לו והלוה אומר שתים פטור משד"א ונשבע היסת מפני שאין כאן הודאה במקצת דהא בלאו הודאתו חייב בשתים ע"פ השטר דמיעוט סלעים שנים והודאה שבשטר אינו מביא לידי שד"א כמו שנתבאר ולא עוד אלא אפילו הודה הלוה על שלש סלעים מ"מ פטור משד"א מטעם אחר דכיון שהודה ביותר ממשמעות השטר הוה כמשיב אבידה ויש לו מיגו דאי בעי היה אומר שתים ואע"ג דבכל מודה מקצת לא אמרינן מיגו דכופר הכל כמ"ש בסי' ע"ה מ"מ בזה שהשטר היה מסייעו דמדלא פירשו כמה מסתמא הוה לא יותר משתים אמרינן מיגו ועדיפא ממיגו דזהו כמשיב אבידה אבל בהיסת חייב ואע"ג דבכל משיב אבידה פטור גם מהיסת מ"מ לא מיפטר בכאן מהיסת משום דחיישינן שיבא להערים ולהודות מעט יותר מכפי משמעותו של שטר כדי להפטר מהיסת [וס"מ] דבאמת אין זה הכרח ברור מזה שכתוב סתם סלעים שלא היה הרבה ורק קרוב לומר כן ולא בהכרת ולפי מה שנתבאר דמשיב אבידה פטור מהיסת ג"כ לפיכך אם קדמה הודאתו של הנתבע לתביעת התובע ג"כ פטור גם מהיסת דזהו ג"כ כמשיב אבידה כיצד א"ל מנה לך בידי או מנה לאביך בידי ופרעתי מחצה והשיבו אני לא הייתי זכור כלל מזה אך עתה אתה הזכרתני ויודע אני שלא פרעת כלום פטור גם מהיסת ולא דמי למ"ש בסעי' ז' כשקדם הנתבע והודה בשעורים ואח"כ תבעו בחיטים ושעורים דחייב בהיסת זהו מפני שהתובע לא שכח על החוב אבל בזה שאומר שאלמלי הזכירו לא היה זכור כלל הוה ממש משיב אבידה ודמי למה שיתבאר בסי' רס"ז דבמקום שלא ידע כלל מהחוב אף שע"י הודאת השני טוענו אח"כ ברי שחייב לו כך וכך פטור גם מהיסת [תו"ת] ואם יש עדים או קול שהיה לזה משא ומתן עם אביו של זה ואפשר דנתירא שיזכירו את התובע אין זה משיב אבידה ויש להטיל עליו שבועת היסת והכל לפי ראותן עיני הדיין [סס] ואם היורש תבע מתחלה בטענת

ברי

ברי שחייב לאביו מנה ושלא פרע לו כלל והודה מקצת חייב שד"א ובכופר בכל חייב היסת ואם טען היורש שאביו אמר לו נתבאר בסי' ע"ה ואם תובעו בשמא שאומר כמדומה לי שיש לי מנה בידך אך איני יודע בבירור וזה הודה לו במקצת ומתוך הודאתו נזכר התובע על ברי וטוענו עתה ברי אינו חייב שד"א כיון שתחלת טענתו היתה בשמא [ס"ך] אבל היסת צריך לישבע ואין זה משיב אבידה כיון דהיתה שם תביעה אע"פ שהיתה תביעת שמא מ"מ כיון שאח"כ טענה ברי צריך לישבע היסת [כ"ל] :

סימן פט [מתקנת חכמים שהשכיר נשבע ונוטל ובו ח' סעיפים] :

א בסי' פ"ז נתבאר דכל הנשבעין שבתורה נשבעין ולא משלמין ויש שנשבעים ונוטלים מתקנת חכמים מפני הטעמים שיתבארו כל אחד ואחד במקומו ואלו הן השכיר והנגזל והנחבל וחנוני על פנקסו וכשנגדו חשוד על השבועה ובסי' זה יתבאר דיני שכיר :

ב השכיר כיצד שכיר שעושה מלאכה אצל בעה"ב ובא ותבע שכרו וא"ל הבעה"ב פרעתיך והשכיר אומר לא פרעתני בין שא"ל הבעה"ב פרעתיך כולו ובין שאמר פרעתיך מקצתו וקצתו עודני חייב לך תקנו חכמים שהשכיר ישבע שבועה בנק"ח כעין של תורה ונוטל מבעה"ב וטעמא דתקנה הוא משום דלפעמים ישנו לבעה"ב פועלים הרבה וצריך לשלם לכל אחד שכרו ביומו ומתוך שהם הרבה פועלים הוא טרוד ונבוך ביניהם וקשה לו לזכור למי נתן ולמי לא נתן ומדין תורה הבעה"ב פטור ואף אם הודה במקצת נשבע שד"א ונפטר וחז"ל מפני התקנה תקנו כן ולא משום הטעם שנתבאר לבד דעכ"ז למה חששו חז"ל בזה יותר מבשארי ענייני מסחור שיש בהם טרדא רבה אלא דעיקר התקנה הוא משום כדי חייהם דשכירים דשכיר שאליו נושא את נפשו להחיות נפשו ונפש בני ביתו ממלאכתו חסו חז"ל עליו שתהא היכולת בידו לישבע וליטול בע"כ של בעה"ב אך עכ"ז איך תקנו חכמים זה לישבע וליטול מבעה"ב מה שמדין התורה פטור הבעה"ב לזה אמרו חז"ל דכיון דבעה"ב טרוד בפועליו א"א לו לזכור הדבר ובדין הוא שהשכיר ישבע ויטול כי השכיר זוכר יותר שאינו טרוד רק לעצמו ולכן אע"פ שהיה רק שכיר אחד אצל הבעה"ב ולא היה טרוד בריבוי פועלים לא חלקו חכמים בתקנתן ותמיד ישבע השכיר ויטול [סמ"ע] כיון דעיקר התקנה הוא משום כדי חייו דשכיר :

ג על כמה ישבע השכיר וכן כל הנשבעין ונוטלין על כמה נשבעין ונוטלין כתב הרמב"ם ז"ל בפ"ג מטוען דרבותיו הורו דלא בעינן שתי כסף וגם על פרוטה נשבעים ודעת עצמו נוטה דבעינן שתי כסף אמנם למעשה פסק כרבותיו בפי"א משכירות ויש רוצים לחלק בין שכירות לשארי נשבעים ונוטלים דשכיר כיון דאליו נושא את נפשו מה יעשה העני הזה שלא השכיר עצמו רק בפרוטה משא"כ בשארי נשבעים ונוטלין ויש שרוצים לחלק דאם היה שכרו פרוטה נשבע על זה אבל כשהיה שכרו מרובה צריך כפירת שתי כסף ויש שרוצים לומר דבתחלה וודאי צריך שיכפור בשתי כסף ואם לאו אין ב"ד נזקקין לזה על השבועה שיטול בה אבל אם היה הכפירה שתי כסף ופסקו ב"ד שבועה אזי אף שהודה אח"כ אחד לחבירו באיזה סכום ולא נשאר הכפירה רק בפרוטה נשבע ונוטל אמנם המעיין ברמב"ם שם בפי"א משכירות יראה דאין כוונתו לכל מה שנתבאר והעיקר דלמעשה פסק כרבותיו וכ"כ הראב"ד והרמב"ן וכן סתמו רבותינו בעלי הש"ע [וכ"מ מסמ"ע וסכ"מ שם] ועיקר ראיית הרמב"ם ז"ל משבועות ספק שלא תקנו בפחות משתי כסף וי"ל דלא דמי דשבועות ספק כשבועת שותפים וכיוצא בזה דהשבועה היא לישבע ולפטור שפיר תקנוה כעין דאורייתא ומה שבהיסת לא תקנו כן מפני שהיא שבועה קלה אבל בלישבע וליטול שלא מצינו כן בשבועות של תורה לא תקנוה כעין דאורייתא ומגמ' גופה ראיה לזה מדפירשו בספ"ז דשבועות על שבועות ספק שצריך טענה שתי כסף ולא פירשו כן בנשבעין ונוטלין ש"מ דבשם לא תקנו כן [וכ"מ להדיא מרס"י שם ד"ה סוף ע"ש] ומה דאיתא בירושלמי שם דכעין שבועת התורה תקנוה זהו לעניין שבועה חמורה ע"ש ובכתובות פ"ט הלכה ז' :

ד אפילו השכיר א"ע לקטן נשבע השכיר ונוטל אם תובע את הקטן והקטן מכחישו ואע"פ שיתבאר בסי' צ"ו דלעולם אין מוציאין מיד הקטן מ"מ בתקנה דשכיר תקנו גם בקטן לטובתו של קטן דאל"כ לא ימצא פועלים כשיצטרך למלאכתו אבל השכיר כשהוא קטן לא תקנו על זה דאין הקטן נאמן בשבועתו ונשבע הבעה"ב ונפטר וכן אם היה עבד או חשוד על השבועה נשבע הבעה"ב ונפטר ושבועתו היא היסת [ש"ך] כדין שארי הנתבעין בכופר הכל ואם מודה במקצת נשבע שד"א וחרש דמי לקטן אבל אם אחד מהם שוטה יראה לי דאין נזקקין כלל גם בשכיר כבכל הטענות וכמ"ש שם ואם מת השכיר אין יורשיו נשבעין ונוטלין אפילו בשטוענין ברי דלעצמו תקנו תקנה זו ולא ליורשיו ונשבע הבעה"ב היסת ונפטר [כס"מ] אבל אם מת הבעה"ב אם תבעו להבעה"ב קודם שכלתה הזמן נשבע השכיר בנק"ח ונוטל מיורשי הבעה"ב אבל אם לא תבעו תוך זמנו אינו נוטל בשבועה כמו שיתבאר :

ה תקנה זו אינו אלא כשיש עדים ששכרו ויש עדים שעשה

שעשה המלאכה ותבעו בזמנו וההכחשה ביניהם הוא בפרעון ולא בקציצת המקח ואם חסר אחד מאלה נשבע הבעה"ב היסת ונפטר והטעם משום דעיקר התקנה היתה מפני כדי חייו דשכיר כמו שנתבאר ועכ"ז בלא סברא לא היו מתקנים זה ותלו הטעם מפני שבעה"ב טרוד בפועליו ושכח אם נתן מעות אם לאו כמ"ש בסעי' ב' והנה אע"פ שהבעה"ב עומד וצווח שלא שכח מ"מ לא משגחינן ביה אמנם כשיש לו מיגו לבעה"ב א"א לנו לדחותו כשטוען ברי וכן אם טענת השכיר רעועה ג"כ א"א לנו לסמוך על שכחת הבעה"ב דאדרבה יש סימן שלא שכח ממה שנמצא ריעותא בטענתו של השכיר ולכן אם אין עדים ששכרו ושעשה המלאכה דיש לו להבעה"ב מיגו שלא שכרו או שלא עשה המלאכה מוקמינן אדין תורה ואף דהוה מיגו דהעזה מ"מ אמרינן כמ"ש בכללי מיגו ואף למאן דס"ל דלא אמרינן מ"מ בתקנה זו במיגו כל דהו מוקמינן אדינא [ס"ך] וכן כשיש ריעותא בתביעת השכיר כגון שתבעו אחר זמנו ולא תבעו בזמנו דחזקה שאין שכיר משהה שכרו לאחר זמנו אם לא כשתבעו בזמנו ולא נתנו לו [סמ"ע] וכיון שיש ריעותא בטענתו נתחזקה טענת הבעה"ב ונשבע היסת ונפטר ואפילו אם אומר שפרעו בתוך הזמן נאמן מפני ריעותא של השכיר [סס] וכן אם ההכחשה הוא בקציצת המקח א"א לקיים תקנה זו כיון דטעם התקנה הוא שאנו תולין בשכחתו של בעה"ב וקציצה מדכר דכירי אינשי ולכן אם חסר אחד מכל התנאים שנתבאר הממע"ה ונשבע הבעה"ב היסת ונפטר ואם הודה מקצת ישבע שד"א לבד בקציצה אם יש הכחשה ביניהם אף שהוא כופר הכל כגון שבעה"ב אומר שתי סלעים קצצתי לך בעד המלאכה ופרעתיך והשכיר אומר שלשה קצצת לי ומגיע לי עוד אחד או שנים או שהבעה"ב מודה שעדיין לא פרעו השתים אך שנותנם לו בב"ד דמן הדין נשבע רק היסת מ"מ תקנו שישבע שבועה חמורה בנק"ח והטעם דכיון שהשכיר אליו נושא את נפשו החמירו על בעה"ב בשבועתו כשההכחשה הוא בהקציצה אבל כשיש לו מיגו או שטענת השכיר רעועה די בהיסת מפני שטענת הבעה"ב נראית יותר הגונה ויש חולקין דגם בקציצה א"צ רק היסת [ס"ך] ואם יש עד אחד ששכרו ושעשה המלאכה והבעה"ב כופר הכל בסילוקו שאומר ששילם לו נשבע הבעה"ב ונפטר כמו אם אין עדים כלל דהרי גם בעד אחד יש לו מיגו שהיה מכחישו וכיון דהטעם מפני זה אינו נפטר בהיסת אלא ישבע שבועה חמורה בנק"ח דהרי אם היה מכחישו להעד שלא שכרו או שלא עשה המלאכה היה חייב שד"א להכחיש את העד לכן החמירו עליו חכמים גם עתה שישבע בנק"ח כעין של תורה ואף שיש חולקים בזה מ"מ כן עיקר לדינא וכן הכריע רבינו הרמ"א [עש"ך ס"ק ס'] ואם ההכחשה בין הבעה"ב והשכיר הוא בעצם המלאכה כגון שבעה"ב אומר לא עשית המלאכה כמה שהוצרכת או קילקלת אותה או התניתי עמך לעשות כך ולא קיימת תנאך והשכיר מכחישו אין זה בתקנתא דשכיר שתקנו רבנן והם ככל הטענות ותביעות שבין אדם לחבירו והמוחזק נשבע היסת ונפטר [כ"ל]:

ז כמה הוא זמנו שכשתובעו לאחר מכאן אין השכיר נשבע ונוטל יתבאר בסי' של"ט דזמן התשלומין של מלאכה שלא יעבור הבעה"ב בבלא תלין פעולת שכיר הוא י"ב שעות אחר גמר המלאכה כגון אם היה שכיר יום זמנו כל הלילה שלאחריו ואם היה שכיר לילה זמנו כל היום שלאחריו ואפילו נשכר לכמה ימים יש לו מן גמר המלאכה י"ב שעות ועל זמן הזה אמרו חז"ל דחזקה שאין שכיר משהה שכרו והבעה"ב לא יעבור על בל תלין ולכן התקנה שהתקינו שישבע השכיר ויטול הוי ג"כ על זמן זה אבל לאחר הזמן הזה אוקמוה אדאורייתא דריעא טענתו מפני החזקה שכתבנו אא"כ הביא עדים שתבעו באותו הזמן ולא נתן לו דאז התקנה היא גם אחר הזמן הזה ומ"מ א"א לומר דכשתבעו בזמן זה ולא נתן לו שיהא השכיר נאמן לעולם לישבע וליטול דאטו השכיר כשתבעו להבעה"ב בזמנו ולא נתן לו לא יתבענו עד זמן מרובה [רש"י ב"מ קי"ג.] ואין זה תקנה טובה שיהא נאמן לעולם לומר לא פרעתי [תוס' סס] דאע"ג דהבעה"ב עבר כבר על לא תלין מ"מ האם מוחזק הוא שלא יפרע עד זמן מרובה ולפיכך אמרו חז"ל דגם אחר הזמן אינו נשבע ונוטל רק כנגד אותו זמן של תביעה כיצד היה עושה עמו ביום שני עד הערב והביא השכיר ראיה שתבעו בלילה שאחריה ולא נתן לו וסוף הלילה היה בחזקת שלא פרעו גובה כל יום שלישי בשבועה אבל מלילה שאח"כ הממע"ה ואינו נשבע ונוטל ואם הביא ראיה שתבעו ביום השלישי גובה בלילה שאח"כ בשבועה וביום ד' הממע"ה הביא ראיה שתבעו ביום ד' גובה בלילה שאחריו וכן לעולם כללו של דבר על אותו יום או לילה שמביא ראיה שלא פרעו יש לו אח"כ זמן לישבע וליטול יום או לילה ואפילו נמשך ימים הרבה ויש מי שאומר שאם תבעו ביום ב' בערב וביום ג' ולא נתן לו יש לו זמן כל הלילה וכל היום שלאחריו לישבע וליטול [סמ"ע] ויותר ממעל"ע אין נותנים לו אפילו נמשכה התביעה ימים הרבה [וכ"נ דעת רש"י סס שכתב יום אחד וכו'] אבל רוב הפוסקים הסכימו לדיעה ראשונה וכן פסקו האחרונים [ע"ז ולו"ת וגס"מ] ואם מחולקים בהזמן שבעה"ב אומר שכבר עבר זמנו והוא פרע לו בזמנו וא"כ עתה עליו לישבע היסת וליפטר והשכיר אומר שהוא תוך זמנו ועליו לישבע וליטול הבעה"ב נאמן דהתקנה לא היתה רק אם נתברר שהוא בזמנו ואם הבעה"ב מודה שהוא תוך זמנו וטוען פרעתיך ואין עדים על הזמן יש להסתפק אם נאמן לומר פרעתיך במיגו שהיה אומר שכבר עבר זמנו [נס"מ] והדעת נוטה דבעה"ב נאמן דבדין זה במיגו כל דהו מוקמינן אדינא כמ"ש בסעי' הקודם ואפילו הוה ספיקא דדינא אין להוציא מיד הבעה"ב

הבעה"ה ונשבע היסת ונפטר ואם תבעו בזמנו לפני עדים ואמר פרעתיך ונתברר שלא פרעו הוחזק כפרן ואם תבעו אח"כ בב"ד ואמר פרעתיך אינו נאמן וישבע השכיר ויטול אפילו נמשך כמה ימים לאחר הזמן [נ"ל] ואם השכיר תבע בזמנו את הבעה"ב לב"ד ופסקו שהשכיר ישבע ויטול ונשבע נאמן הבעה"ב לומר שפרעו אח"כ [כס"מ] אמנם ביכולת השכיר לומר כשאשבע לא תפרעני אלא בעדים ואז לא יהיה נאמן לומר פרעתיך [נ"ל] אבל להכריחו שישליש המעות קודם השבועה אין ביכולתו דהבעה"ב יכול לומר לו כיון שאתה תובע אותי ועליך לישבע וליטול השבע ואח"כ תטול דלא אני הטלתי עליך השבועה אלא חכמים תקנוה לטובתך מיהו אם הב"ד חוששים שלא ישלם לו אח"כ או ימשיכו זמן רב יכולים להכריחו שישליש המעות קודם השבועה [נ"ל] ואם ביכולת השכיר להפך השבועה על הבעה"ב נתבאר בסי' פ"ז סעי' י"א וי"ג ע"ש ואם היה שכיר לשעות כמה הוא זמנו יתבאר בסי' של"ט דאם יצא ביום גובה כל אותו היום ואם יצא בלילה גובה כל אותה הלילה ולא יותר ועוד יתבאר שם דאומן שעושה כלי בקבלנות ואינו שכיר יום כל זמן שהכלי ביד האומן אין הבעה"ב עובר על לא תלין ומשנתנו לו עובר בבל תלין כגון אם נתנו ביום משקעה החמה עובר וממילא דתקנה זו דנשבע ונוטל שתקנו חכמים בשכיר יום ישנו ג"כ בקבלן כפי הדינים שנתבאר:

ז הנותן טליתו לאומן אומן אומר שתי סלע קצצת לי והלה אומר לא קצצתי לך אלא אחת ונתתיו לך וכבר נתבאר דבקציצת המקח לא היתה התקנה שישבע ויטול ולכן אם הטלית ביד האומן והוא בעניין שיכול לטעון לקוחה היא בידי כגון שעדים לא ראוהו בידו בשעת התביעה דיש לו מיגו דההזרתי לך הרי האומן נשבע בנק"ה ונוטל ויכול לטעון שקצץ בשכרו עד כדי דמי הטלית במיגו דאי טעין לקוח הוא בידי והיה נאמן מפני שלא היו עידי ראיה ואע"פ שאם היה טוען לקוח הוא בידי לא היה צריך לישבע בנק"ח אלא היסת ולמה צריך עתה לישבע בנק"ח אמנם כיון שמודה שאינו שלו ותופסו רק למשכון על הדמים שמגיע לו דינו כשארי נשבעין ונוטלין דנשבעין בנק"ח [סמ"ע] וכמ"ש בסי' ע"ב ויש חולקים וס"ל דגם כאן א"צ לישבע אלא היסת כיון שהוא תפוס בהחפץ [ש"ך] וכן אם מחולקים בפרעון דזה אומר פרעתי וזה אומר לא נפרעתי ישבע היסת כשהחפץ בידו ואם הבעה"ב מודה במקצת ביכולת האומן להטיל על הבעה"ב שר"א וביכולתו שהוא ישבע ויטול [ט"ז] ואם אין הטלית בידו או שאינו יכול לטעון לקוח הוא בידי כגון שעדים ראו הטלית בידו בעת התביעה ואע"פ שלא מסר לו בעדים כמו שיתבאר בסי' קל"ד הממע"ה ואם לא הביא ראיה נשבע בעה"ב בנק"ח ונפטר ומה שהצריכוהו לישבע בנק"ח משום דהאומן אליו נושא את נפשו דדין שכיר ואומן שוים הן ומה שהצריכו חכמים לתקן בשכיר שישבע ויטול זהו כשאינו תפוס בהתפץ או שאין לו מיגו אבל כשהוא תפוס ויש לו מיגו גם בלא התקנה נשבע ונוטל כמו אומן וי"א דהבעה"ב איני נשבע אלא היסת [ש"ך]:

ח אמרו חז"ל דשכיר הבא לישבע אין מחמירין עליו באיומים ואין מגלגלין עליו דברים אחרים וכך אמרו חז"ל לכל הנשבעים אין מקילין עליהם חוץ משכיר שמקילין עליו וב"ד פותחין לו הדרך ואומרים לו אל תצער עצמך השבע וטול וגם אם ירצה הבעה"ב לגלגל עליו עוד איזה תביעה אין שומעין לו וטעם הדברים דכיון דהתקנה היתה משום כדי חייו א"א להחמיר עליו שלא יפרוש עי"ז מהשבועה:

סימן צ [דיני נגזל ונחבל והמביא כלים מבית בעה"ב והוא אומר שאולים הב

ובו ט"ז סעיפים]:

א תקנת חכמים היתה שהנגזל נשבע בנק"ח כעין של תורה ונוטל מהגזלן כמה שאומר שגזלו וקנס הוא שקנסו חכמים לגזלן ולכן אם מת הגזלן לא קנסו בנו אחריו שישלם מנכסי אביו כמה שיאמר הנגזל ולא דמי לשכיר שבסי' פ"ט שבארנו דאף אם מת הבעה"ב חייב בנו לשלם להשכיר ע"פ שבועתו דבשכיר לאו מטעם קנס הוא אלא משום כדי חייו כמ"ש שם [ש"ך] ולאו דווקא גזלן ממש אלא אפילו כשנכנס לביתו של חבירו למשכנו בעד חובו והלך שלא כדין התורה כגון שהלוה לא נתן לו רשות שילך ויטול בעצמו משכנות וגם הב"ד לא הרשוהו שיטול בעצמו ע"פ הדינים שיתבארו בסי' צ"ז דלפעמים נותנים ב"ד רשות כגון שחייב לו בעד שבירות גופו או בהמתו והתורה אסרה זה כדכתיב לא תבא אל ביתו לעבוט עבוטו גם זה דינו כגזלן:

ב ודווקא כשעדים ראו אותו שנכנס לתוך הבית בתורת גזלן או למשכנו שלא ברשות ולא היה לו כלום תחת כנפיו וכשיצא ראוהו שהיו לו כלים או חפצים תחת כנפיו ואינם יודעים מה הם או אף שראום בגלוי רק לא התבוננו עליהם או שקצתם יודעים וקצת מהם אין יודעים והבעה"ב תובע תן לי כך וכך שגזלתני והוא משיבו כן הדבר שנכנסתי ליטול אבל לא נטלתי כלום כי חזרתי ממחשבתי והכלים שנשאתי שלי הם ובין שמשיב מעולם לא נכנסתי לביתך ליטול ממך כלום ומכחיש העדים ובין שמשיב לא נטלתי אלא כלים אלו ולא יותר והבעה"ב אומר נטלת עוד אחרים בכל אלו

נשבע

נשבע הבעה"ב בנק"ח ונוטל כל מה שטוען ושבועה צריך הבעה"ב אפילו כשהגזלן מכחיש העדים [תו"ת] רק הכלים שראו העדים נוטל שלא בשבועה [כ"ל] וכשעדים מעידים על מקצת כלים לא אמרינן שגם בשבועה לא יטול דאלו היה יותר היו העדים רואים דכיון שאינם מעידים שיותר לא נטל בבירור נוטל הבעה"ב בשבועה [טור] וכן אם טוען הגזלן בחובי נטלתי ונתת לי רשות שאטלם או שטען שתפס בלא רשותו ג"כ הדין כן שבעה"ב נשבע ונוטל ובדבר החוב יקוב הדין ביניהם ואם נתברר שחייב לו איזה סך ישבע הבעה"ב על כך וכך כלים ומזה ינוכה החוב ואם אינם מספיקים ישלם מכיסו [כ"ל]:

ג וכל זה דווקא שראו עתה מקצת הכלים שתובע הבעה"ב ביד הגזלן דאין לו מיגו דהחזרתי [ש"ך] אבל אם לא ראו עתה בידו כלום ויש לו מיגו דהחזרתי נאמן במיגו זה לטעון במה שאינו סותר להעדים כגון שטוען תפסתי בחובי או שטוען לא נטלתי רק מה שראו העדים [כ"ל] דהא אפילו גזלן גמור נאמן לטעון החזרתי [כס"מ] ונשבע היסת ונפטר אבל כשיש עידי ראיה על מקצת כלים והוחזק בגזלן שאינו יכול לומר החזרתי יש לו דין גזלן שהנגזל נשבע ונוטל כתקנת חכמים:

ד ודווקא כשטוענו הנגזל חפיצים שהוא אמוד שיש לו חפיצים כאלו או שמפקידים אצלו חפיצים כאלו וצריך לברר מי ומי הם שהפקידו אצלו ושואלין אותם [כס"מ] ואם טוען שלי הם אינו נאמן במיגו דפקדון דהוה כמיגו במקום עדים [ש"ך] כשאינו אמוד בהם וכן צריך שיהיו אותם החפיצים דברים שאפשר שינטל תחת כנפים אם הטמין הגזלן תחת כנפיו וכן צריך שיטעון חפיצים שדרך להניחן במקום שנכנס שם הגזלן ואם חסר אחד מפרטים אלו אם נכנס לגזול ממש אין ביכולת ליתן שבועה לגזלן ולכן אם יש עדים על מקצת כלים ולא החזירם עדיין דחייב שבועה כדין מודה במקצת ממילא דהנגזל נשבע ונוטל כדין חשוד על השבועה דמהפכים על שכנגדו כמו שיתבאר בסי' צ"ב ואם החזיר הכלים או שמוכן להחזיר דהוה ליה הילך או שאומר שמגיע לו מהנגזל ולא נתברר עדיין שחשוד הוא ואינו מודה במקצת או שעדים העידו שנכנס למשכנו שלא ברשות דאע"ג דדינו כגזלן מ"מ לא נעשה בכך חשוד על שבועה דלא משמע להו לאינשי שזה הוא גזלן ולכן י"א שהנתבע נשבע היסת ונפטר וי"א שאינו נשבע דעכ"ז דינו כחשוד לעניין זה שאינו נשבע אלא מטילין ח"ם או לפי מנהגינו מקבל מפורש אם כופר ממון חבירו ואינו משלם לו וכשמקבל מפורש אומר שאינו מגיע ממנו לפלוני דהא אינו מודה במקצת שיהא דינו שישבע השכנגדו ויטול וכן עיקר תקנת חכמים שתקנו שהנגזל ישבע ויטול צ"ל דזהו כשאינו מודה במקצת או שאינו חשוד ממש דאל"כ בלא תקנה זו ישבע הנגזל ויטול כדין חשוד על השבועה שמהפכים על שכנגדו בשבועה דאורייתא [ככלע"ד]:

ה וכן אם ראוהו עדים בכניסתו להבית ולא ראוהו ביציאתו או אפילו ראוהו ביציאתו אלא שלא ראו בידו ותחת כנפיו שום דבר והבעה"ב אומר כך וכך נטל ממני אזי אם אומר לא נטלתי כלום נשבע היסת ונפטר אבל אם אומר לא נכנסתי כלל דמכחיש את העדים אינו נאמן בשבועה אף שיש לו מיגו דנכנסתי ולא נטלתי דזהו מיגו במקום עדים ולכן הבעה"ב נשבע ונוטל וי"א דגם בכה"ג נשבע היסת ונפטר דזהו לא מקרי מוכחש מהעדים משום דאמרינן דמילתא דלא רמי עליה דאינשי עביד לה ולאו אדעתיה דכיון שלא נטל כלום אינו זוכר כלל שנכנס וכן עיקר כדיעה זו [ש"ך] וכסברא זו נתבאר בסי' ע"ט ע"ש:

ו בסי' זה יתבאר דכשעדים רואים אדם שנכנס לבית חבירו ויצא ולא נכנס בגדר גזלן או למשכנו אלא כסתם בני אדם שנכנסים לבית חבריהם וכשיצא ראו אותו שנושא כלים בידו או תחת כנפיו ואינם יודעים הסיבה ולאחר זמן תבעו הבעה"ב ואומר שהשאיל לו כלים אלו והוא אומר לקוחין הן בידי יש בזה פרטים הרבה כגון אם דרך הבעה"ב למכור כליו או שהנכנס הוא אדם צנוע נאמן לומר לקוחין הן כמו שיתבאר אבל בדין זה שנכנס בחזקת גזלן או למשכנו שלא ברשות אינו נאמן הגזלן לטעון כלום אפילו כשיש בו צדדים אלו ואפילו אם טוען לקוחים הם בידי דכיון שנכנס בחזקת גזלן ישבע הנגזל ויטול [ש"ך סק"ז לסרמב"ס וסמחבר] וי"א דכשטוען לקוחין הן בידי או שלי לקחתי או בחובי מסרת לי שאינו עושה עצמו גזלן גם בכאן אינו נאמן הנגזל לישבע וליטול אא"כ ישנם לכל הפרטים שיתבארו אבל אם טוען בחובי תפסתי שמודה שלא עשה כדין נשבע הנגזל ונוטל אף בלא הפרטים שיתבארו ויש מחלקים בין טענת לקוח לטענת שלי הם שזה הוא נגד החזקה שכל מה שישנו לאדם בביתו הוא בחזקת שלו [סמ"ע] ונראה עיקר כדיעה זו [ע' תו"ת וכס"מ]:

ז היה עד אחד מעידו שנכנס לגזול או למשכנו שלא ברשות ונטל כלים תחת כנפיו ואינו יודע מה הם אם אומר שלא נטל כלום הרי זה נשבע להכחיש את העד ואם אומר נטלתי ושלי נטלתי או בחובי נטלתי הואיל שאין העד יודע מה היה תחת כנפיו נשבע היסת ונפטר ואין דנין בזה דין מחוייב שבועה להכחיש את העד ואינו יכול ומשלם דכיון דאפילו בשנים כשהיו מעידים כן לא היה הנגזל נוטל אלא בשבועה אין דנין בזה דין דמתוך שאינו יכול לישבע משלם כמ"ש בסי' ע"ה [סמ"ע] דדווקא במקום ששנים היו מחייבין אותו ממון בלא שבועה בזה דנין באחד מתוך שאינו יכול לישבע משלם כמו שנתבאר טעמו של דבר בשם ולכן אם העד אומר שראה מה שנטל שלא הטמינם תחת

כנפיו

כנפיו והוא אומר שלי הם דנין בזה דין זה וצריך להחזיר אותם הכלים שראה העד [נס"מ] :

ח כשם שבעה"ב נאמן לישבע וליטול כמו כן שומר של בעה"ב ואפילו אשתו של שומר נשבעת שזה נטל כך וכך ומשלם לבעה"ב ובתנאי שבעה"ב אינו חושד להשומר עצמו שנטלם או לאשתו וכ"ש אשתו של בעה"ב ובניו ובנותיו דכל מי ששמירת הבית עליו נשבע ונוטל כבעה"ב עצמו אבל שכירו ולקיטו של בעה"ב ששכרו לדור אצלו או לעשות אצלו איזה מלאכה מיוחדת כמו ללקוט תבואה וכיוצא בזה שאין שמירת הבית עליהם אינם בכלל זה ואפילו אם תפס מהגזלן לא מהני [סמ"ע] :

ט ומהו דינו של זה הגזלן אם הבעה"ב ובני ביתו לא היו שם אם העדים אינם יודעים כמה הוציא אף שהבעה"ב טוען שכך וכך כלים נחסרו לו והעדים אומרים שע"פ השערתם נטל הוא אותם הכלים מפני שראוהו נכנס לבית זה לגזול או למשכן וראו אותו בחזירתו טוען תחת כנפיו מ"מ אינו נשבע הגזלן מפני שהוא חשוד על השבועה והבעה"ב אינו נשבע ונוטל דבכזה לא תקנו חכמים אלא בטענת וודאי ולא בטענת ספק כשלא היה בשעת נטילתו ולכן אינו יכול רק להטיל ח"ס על כל מי שנטל ממון חבירו ואינו מודה ואפילו הודה הגזלן שגזל מקצת מחזיר מה שהודה בלבד ולא אמרינן כיון שהודה מקצת חייב שד"א ואינו יכול לישבע מפני שהוא חשוד ומשלם דלא אמרינן כן אלא בטענת וודאי ולא בטענת ספק [סמ"ע] והרי כאן הבעה"ב אינו טוענו וודאי אלא מאומדנא בלבד ואם אומר הגזלן שמגיע לו מהנגזל באופן שמה שנטל שלו נטל אזי אינו נעשה חשוד כמ"ש בסעי' ד' ולכן נשבע היסת ואין כאן שד"א אפילו במודה מקצת כיון שאומר ששלו נטל [נ"ל] וכל זה הוא דווקא שהעדים בעצמם אינם יודעים בבירור כמה כלים היו שם בבית קודם כניסתו וכמה חסרו אחר כניסתו אבל אם העידו שהיה לבעה"ב זה כך וכך כלים וראו את זה שנכנס לביתו לגזול או למשכנו ויצא ולא נכנס שם אדם אחר ואחרי יציאתו של זה קודם שנכנס בה אדם אחר מנו אותם כלים ונמצאו שם חסירים ואין סיבה אחרת לתלות החסרון יטול בעה"ב בלא שבועה מזה הנכנס אותם הכלים שחסרו דזהו עדות כמו ראיה ממש כמ"ש בסי' ל' סעי' י"ז :

י וכל דינים אלו הם כשמוחזק אצל העדים שנכנס בתורת גזלן או למשכנו שלא ברשות כגון ששמעו מפיו וכה"ג אבל כשלא הוחזק אצלם שנכנס לגזול או למשכן אלא שראו שאדם זה נכנס לביתו של הבעה"ב ויצא וראו שכלים טמונים לו תחת כנפיו ולאחר זמן תבעו הבעה"ב וא"ל תן לי הכלים שהשאילתיך והוא אומר לקוחים הם בידי שמכרת לי אזי אם העדים לא ראוהו שנכנס ריקם נאמן בכל עניין במיגו שהיה אומר כלים שלי הכנסתי והוצאתים [ס"ך] ונשבע היסת ונפטר אבל אם ראו העדים שנכנס ריקם ויצא בכלים תחת כנפיו יש בזה כמה פרטי דינים דאם הכלים האלו הם מדברים שאינם עשוים להשאיל ולהשכיר כמ"ש בסי' ע"ב סעי' מ"א נאמן לומר לקוחים הם בידי אא"כ יש בזה כמה ריעותות שמורה שלא מכרם והיינו שבעה"ב הזה אינו עשוי למכור כליו וזה שהוציאם תחת כנפיו אינו מהצנועים שאין נושאין כלים בפרהסיא ואותם הכלים אין דרך בני אדם להצניעם תחת הכנפים אלא שנושאים אותם בגלוי דאז יש סימן שהצניעם כדי לכפור בהם ואז מחזירין ב"ד את הכלים להבעה"ב והוא נשבע היסת שלא מכרן ולא נתנם אבל אם חסר פרט אחד כגון שהוא עשוי למכור כליו אע"פ שאין האיש הזה צנוע וכלים אלו דרכן להנשא בגלוי אמרינן שהבעה"ב בקש אותו שלא לנושאן בפרהסיא וכן אם דרך כלים אלו להטמינם תחת הכנפים או שאיש הזה צנוע הוא ואין דרכו לישא כלים בפרהסיא אפילו אם אין הבעה"ב הזה עשוי למכור כליו אמרינן שמא נצטרכו לו מעות ומכרם וכן אם לא טמנם תחת הכנפים ונשאן מגולים דסימן הוא שלא שמר עצמו נאמן לומר לקוחים הם בידי בכל עניין ואם הכלים הם מדברים העשוים להשאיל ולהשכיר לעולם הם בחזקת בעליהם ואע"פ שהוציאן מגולים וגם עשוי למכור כליו דכיון שיש עדים שהכלים הם שלו אמרינן שהשאילן ומוציאים ממנו ומוסרין להבעה"ב ונשבע היסת שהשאילם לו אא"כ הנוטל מביא ראיה שמכרן או נתנם לו ואם הנוטל מבקש זמן שיביא ראיה מניחים הכלים בב"ד או ביד שליש עד שיביא ראיה [נ"ל] ובכל מקום שנאמן לומר לקוחין הם בידי נאמן ג"כ לומר שהם פקדון בידו או בחובו מסר לו או שתפסם למשכון בעד חובו מפני שיש לו מיגו דלקוחים הם בידי [ט"ז] :

יא זה שאמרנו דבדברים העשוים להשאיל ולהשכיר נאמן הבעה"ב זהו דווקא כשיש לו עדים שהכלים הללו היו שלו ויש עדים שקודם שבאו לדין ראו את הכלים ביד הנוטל אבל אם לא ראו בידו נאמן לומר לקוחין הם במיגו דהחזרתי לך וכן כשאין עדים שהכלים הם שלו נאמן במיגו שהיה אומר שהכלים לא היו שלו מעולם וכן בדברים שאינם עשוים להשאיל ולהשכיר שהיוצא נאמן זהו דווקא כשלא ידעו עדים שבאו לידו בתורת שאלה או שכירות אבל אם ידעו עדים שבאו לידו בתורת שאלה או שכירות אינו נאמן לומר לקוחים הם בידי וזה שאמרנו דבליכא עידי ראיה נאמן תמיד לומר לקוחין הן בידי במיגו דהחזרתי היינו אפילו כשנכנס למשכנו שלא ברשות כל דליכא עידי ראיה נאמן לומר החזרתי לך ובמיגו זה נאמן בכל מה שטוען [סמ"ע וס"ך] ונשבע היסת שכן הוא כפי מה שטוען ונפטר וכן בכל מקום שהבעה"ב נאמן לומר השאלתים

או

או השכרתים לך נאמן ג"כ לומר גנובים הן בידך במיגו דשאולים ואין זה מיגו להוציא דכיון דראוהו שנכנס ריקם ויצא מלא לא נחשב מוחזק דליהוי על הבעה"ב שם מוציא [סס] וי"א דאינו נאמן לומר גנובים הם בידך אפילו כשיש לו מיגו דשאולים ואפילו יש כל הריעותות שנתבאר משום דאחזוקי אינשי בגנבי לא מחזקינן דאין ביכולתו ע"י מיגו לעשות לחבירו שם גנב אא"כ זה האיש הוחזק לגנב דאז נאמן לומר עליו גנובים הם בידך ע"י מיגו דשאולים ונוהג בו כל הדינים שנתבארו בסעי' הקודם דאם אין כל הריעותות שנתבארו נאמן היוצא גם בלא שבועה דאין להשביעו כיון שמוחזק לרשע ואין השכנגדו נשבע ונוטל כיון שאין שם הודאה במקצת [ס"ך] אא"כ נראה ברור לב"ד לפי ראות עיניהם שהכלים הם של הבעה"ב דאז מטילים ח"ס על הבעה"ב ומחזירים לו הכלים [נ"ל] :

יב כל זה שנתבאר שנאמן לומר לקוחים הם בידי ע"פ הפרטים שנתבארו זהו דווקא כשהיה הבעה"ב בביתו בעת שלקח הכלים דאז אפשר שהאמת אתו שהבעה"ב מכרן או פרען בחובו אבל אם ראו העדים שנכנס לרשותו של חבירו ונטלם שלא בפניו אינו נאמן לומר לקוחים הם בידי בכל עניין ואפילו אומר לקחתים קודם לכן והרשה אותי לקבלם שלא בפניו ונטלתי אותם אינו נאמן [ס"ך] אא"כ מביא ראיה לזה משום דכשנטל שלא בפניו נשארו הכלים בחזקת הבעה"ב ומחוייב להחזירם ואין כאן שבועה כלל כיון שהבעה"ב לא היה בביתו והעדים ראוהו נכנס ריקם ויצא עם כלים ומוציאין מידו בלא שום שבועה [סמ"ע] ורק ח"ס יכול להטיל עליו ואם יש לו תביעות על הבעה"ב יחזיר מקודם את כליו ואח"כ יתבענו לב"ד ועיי' בסי' שס"ד :

יג וכן אם עדים רואים לאחר שחטף חפץ מחבירו או מעות ואומר בחובי נטלתים אינו נאמן בכל עניין וכיון שיש עדים שחטף מידו או מרשותו מחוייב להחזירם בלא שום שבועה ולא דמי לנגזל דנאמן לפעמים כמ"ש בריש סי' זה דבשם אין העדים מעידים שחטף בע"כ ויכול להיות ששלו נטל אבל כשראו החטיפה הוא לע"ע בחזקת גזלן ויחזיר ואח"כ אם יש לו תביעה ידון עמו ודווקא כשראו עתה החפץ בידו דאל"כ נאמן במיגו דהחזרתי דהגוזל את חבירו בעדים א"צ להחזיר לו בעדים [סס] ואם אין שם אלא עד אחד והוא כופר ישבע שר"א להכחישו ואם אינו כופר אלא שאומר ששלו נטל או בחובו משכנו צריך להחזירו דה"ל מחוייב שבועה להכחיש את העד ושבועה זו אינו יכול לישבע שהרי טוען טענה אחרת שאין העד יודע ממנה וה"ל מחוייב שבועה ואינו יכול לישבע ומשלם [סס] וכן במה שנתבאר בסעי' הקודם הדין כן דכיון שהוא בחזקת גזלן ואם היו שנים היו מחייבין אותו ממון ואחד מחייבו שבועה וכשאינו יכול לישבע משלם כמ"ש בסי' ע"ה :

יד וכשם שעשו חכמים תקנה בנגזל שישבע ויטול כמו כן עשו תקנה זו באש שאם אחד הדליק בשל חבירו ויש עדים על זה ישבע הניזק בנק"ח כמה הזיקו ויטול ונאמן בכל מה שהוא אמוד שיהיה לו משלו או שיפקידו בידו ע"פ הפרטים שיתבארו בסי' ת"ח וכן תקנו תקנה זו במלשין שאם יש עדים שמסר ממון חבירו לשודד ולא ידעו כמה הפסידוהו והניזק אומר כך וכך הפסידני והמזיק כופר במה שאומר נשבע הניזק ונוטל ע"פ הפרטים שיתבארו בסי' שפ"ח וכן עשו תקנה זו במזיק ממון חבירו ויש עדים שהזיקו ואינו ידוע כמה הזיקו נשבע הניזק ונוטל בדברים שהוא אמוד בהם כמ"ש שם ואם אלו כולם מודים שהפסידוהו ואינם יודעים כמה נוטל הנפסד בלא שבועה דהוה כחמשין ידענא וחמשין לא ידענא שנתבאר בסי' ע"ה שמחוייב לשלם [ט"ז] :

טו וכן עשו לפעמים תקנת נגזל בפקדון כגון מי שהפקיד אצל חבירו שק צרור ופשע בו והמפקיד אומר זהב ומרגליות היו בו והנפקד אומר איני יודע שמא סיגים או חול היה בו ישבע בעל הפקדון ויטול ואע"ג דמדינא הוה ליה להנפקד לישבע ולפטור דהוה כאומר מנה לי בידך והלה אומר איני יודע דפטור כמ"ש בסי' ע"ה ועוד דמי לטוענו חיטים והלה משיב לו איני יה"ע אם חיטים אם שעורים דנשבע שאינו יודע ומשלם שעורים כמ"ש בסי' פ"ח אלא דמ"מ תקנו חכמים כן כדי שלא יפשע אדם בפקדון של חבירו [ס"ך] ודווקא כשטוענו דבר שהוא אמוד בו או מפקידין אצלו ואם הנפקד אומר ברי לי שהיה מלא סיגים או חול ישבע שכן היה ונפטר ואם אומר הנפקד יודע אני שהיה בו זהב או מרגליות ואיני יודע כמה נוטל המפקיד בלא שבועה דה"ל מחוייב שבועה כדין מודה מקצת ואינו יכול לישבע ומשלם ויש חולקין בזה דלא אמרינן מחוייב שבועה ואינו יכול לישבע משלם אלא במקום דה"ל למידע כמ"ש בסי' ע"ה ובזה לא ה"ל למידע והשק שהודה לא חשבינן מודה מקצת לכל הדיעות דלא חשיב מידי [ס"ך] ואף אם שוה פרוטה דאין הטענה נחשבת עליו כלל [נ"ל] וכן כל כדומה לזה אמנם יש חולקים על כל עיקר דין זה וס"ל דלא תקנו כלל תקנת נגזל בפקדון התקנה זו לא שייכא אלא במזיק ממש או בגזלן ולא בפשיעת פקדון ודיעה ראשונה היא דעת הרי"ף ורמב"ם [פ"ס מפקדון] ובירושלמי פ' הכונס איתא מעשה כזה וחייבוהו חכמים לשלם ע"פ שבועתו של המפקיד ודיעה אחרונה היא דעת הראב"ד [סס] ומה שחייבוהו שם הוא מפני שהודה בהשק והוי כהודאה מקצת הטענה וכשאומר על השאר איני יודע ה"ל מחוייב שבועה ואינו יכול לישבע ומשלם ומן הדין היה לו לשלם גם בלא שבועת המפקיד אלא משום דלא הו"ל למידע לכן הטילו שבועה על המפקיד [מ"מ סס] ורבותינו בעלי הש"ע לא הביאו רק דיעה ראשונה ויש

להתפלא

להתפלא על רבינו הב"י שכתב בש"ע סעי' י' דין זה ובספרו הגדול בסי' רצ"ח דחאו לדין הזה דבאמת הרבה יש לתמוה לעשות תקנת נגזל בפקדון ובש"ס לא משמע כן וכמה מרבותינו התפלאו בזה והטו את הירושלמי לכוונה אחרת ואם נאמר דקנסוהו למה לא דקדק לידע מה יש בהשקים הרי מעשים בכל יום שמפקידין שקים ותיבות מליאים ואין הנפקד יודע מה בהם [סס] והרא"ש ז"ל בס"פ שבועת הדיינים פלפל בזה וכתב בסוף דבריו ושמעתי שהגאונים כתבו שעשו תקנת נגזל בפקדון ואין לזוז מדבריהם עכ"ל וכ"כ הטור בס"ם רצ"ח ע"ש ונראה דס"ל דעכ"ז הוי מקצת כמזיק שלא ידע כלל איזו מינים היה הפקדון אם דברים פשוטים אם יקרים ולא שם לבו לשמירתן כלל ונחשב קצת כמזיק ולכך תקנו שישבע ויטול והדעת נותנת כן דוודאי אין דרך הנפקד לידע בפרטיות של הפקדון אבל בהכרח לו לידע איזו דברים מפקידים אצלו שאינו דומה שמירת דברים פשוטים ליקרים וכן יש להורות ולכן אם ידע מה היה אלא שאינו יודע כמה אין דנין בזה דין מחוייב שבועה וכו' להיש חולקין שכתבנו דבמקום דלא הו"ל למידע אין דנין דין זה וכדיעה זו יש להורות כמ"ש בסי' ע"ה [כנלע"ד]:

טז וכן עשו תקנה זו בנחבל שנשבע ונוטל כיצד הרי שראו עדים שנכנס לרשותו של חבירו שלם ויצא חבול ולא ראוהו בשעה שחבל בו וזה אומר חבל בי וזה אומר שבעצמו חבל הרי זה נשבע ונוטל כפי החבלה ואם יש הוכחה שזה חבל בו כגון שהיתה החבלה במקום שא"א לחבול בעצמו כגון שהיה נשוך בין כתיפיו וכיוצא בזה ואיש אחר לא היה שם ומסיבה אחרת אין ביכולת להיות חבלה כזו הרי זה נוטל בלא שבועה ואפילו כשישנם עוד אנשים אך שברור להעדים שאותם אחרים לא חבלו בו הרי זה נוטל בלא שבועה וכל זה דווקא כשהחובל והנחבל היו מריבים זה עם זה אבל אם לא ראו אותם מריבים זה עם זה אינו נוטל אלא כשהדבר ברור ומבורר ואז נוטל בלא שבועה [סמ"ע] ואם לא היו עדים כלל בדבר החבלה והחובל הודה מעצמו שחבלו אלא שאומר שהנחבל התחיל בו להכותו נאמן במיגו שלא היה מודה א"ע [סס] ואין להנחבל עליו רק ח"ס שלא התחיל בו לחבלו ואם מת הנחבל אין היורשים גובים בשבועה אף בשיכולים לישבע כגון שהיו בעת החבלה דלהיורשים לא תקנו תקנה זו [או"ת]:

סימן צא [דיני חנוני על פנקסו מתי נשבע ונוטל ובו י"א סעיפים]:

א תקנת חכמים היתה שחנוני על פנקסו נשבע ונוטל ואין הפירוש שאם החנוני ימצא כתוב על פנקסו שראובן חייב לו מנה שיטול בשבועה אלא הפירוש הוא דווקא במקום שיש ראיה לתביעתו ויש רגלים לדבר כיצד בעה"ב שאמר לחנוני תן לפועליי סלע והבעה"ב מודה שא"ל כן או שיש עדים על זה והחנווני אומר נתתי להם והפועלים אומרים לא קבלנו ממך כלום והנה מדינא לא היה צריך לשלם להחנוני כיון דפועלים אומרים שלא קבלו ודמי קצת לאומר איני יודע אם נתחייבתי לך אבל תקנת חכמים היתה ששניהם נשבעים ונוטלים מבעה"ב ואף שאחד מהם ישבע לשקר מ"מ לא רצו חכמים להפסיד להבעה"ב עד שישבעו שניהם ולמה תקנו כן משום דהחנוני יכול לומר לו מה לי ולשבועת פועליך הלא לא אמרת לי שאתן להם בפני עדים ומה אני חייב בדבר ולהפועלים פשיטא שחייב לשלם שהרי חיובן ברור ואינו יודע אם פרע להם שהרי אומרים שהחנוני לא נתן להם ואין מאמינים לו על שבועתו והוי כאומר איני יודע אם פרעתיך ולפיכך שניהם נשבעים ונוטלין מבעה"ב והוא יכול להכריחם שישבעו זה בפני זה כדי שיתבייש השקרן בפני מי שיודע שקרו ואפשר שיודה האמת ובדיעבד אם נשבעו זה שלא בפני זה א"צ לחזור ולישבע [ב"ח] והשבועה היא בנק"ח כעין של תורה דכל הנשבעים ונוטלין הוי שבועתן כשל תורה וזה שאמרנו שיכול להכריחם שישבעו זה בפני זה זהו דווקא כשישנם יחד בעיר אבל אם אינם יחד בעיר יכול כל אחד מהם להכריח את הבעה"ב שיקבל שבועתו וישלם לו וכשאחד מהם הלך למרחק ולא הגיד כלום נגד צד השני נוטל השני בלא שבועה כלל [ס"ך] כיון שאין כאן הכחשה וכששניהם נשבעים נשבע החנוני תחלה מפני שחיובו של פועל ברור יותר דלהם וודאי מגיע בעד המלאכה וכל זמן שלא נשבע החנווני אין כאן חיוב שבועה על הפועלים כלל [סס] וביחד לא ישבעו דנראה השבועת שקר להדיא אלא תחלה ישבע החנוני ואח"כ הפועלים ועוד יבואר בזה בריש סי' צ"ב ואם הבעה"ב כופר שלא צוה לו ליתן להפועלים או שלא צוה לו רק ליתן חצי סלע והפועלים אומרים ג"כ כן שלא נתן להם כלל או שלא נתן להם רק חצי סלע פטור הבעה"ב אפילו מהיסת כיון דהפועלים מכחישים אותו ג"כ [סס] ואין כאן שבועה אפילו במודה מקצת כיון שהפועלים מסייעים לו ועוד כיון שאין ביכולת החנוני ליקח מהבעה"ב בלא שבועה אין זה כפירת ממון שיתחייב הבעה"ב שבועה כשכופר לו דהרי אף אם יודה לו לא יטול בלא שבועה [סמ"ע ס"ק כ"ה ולדינא כתבנו כהש"ך דמטוס דיעות ספוסקים ע"ש בס"ק ב' וס"ק כ"ו]:

ב תקנה זו שהתקינו לאו דווקא בפועל אלא אפילו אמר לחנוני שיתן סלע לבנו או לאחר שהבטיח ליתן לו מתנה ואף אם לא היה נותן לו החנווני לא היה חייב ליתן לו דלא הבטיחו רק בדברים בעלמא וזה המקבל אומר שהחנוני לא נתן לו והחנוני אומר שנתן

לו אין החנוני נוטל בלא שבועה בנק"ח אע"פ הבעה"ב משלם רק תשלום אחד והטעם מפני מפסיד בזה דאם החנוני לא היה נותן לא היה חיוב כלל ולכן אינו נוטל בלא שבועה [סמ"ע וס"ך ותו"ת ע"ס] וכן בפועל וחנוני אינו נוטל האחד בלא שבועה אף שאת השני אין ביכולת להשביע כגון שאחד מהם כותי ואף שהישראל יכול לומר להבעה"ב למה אשבע מפני דיבורו של כותי מ"מ כיון שבעה"ב מפסיד שמוכרח [נס"מ] לשלם לשניהם אין הישראל נוטל בלי שבועה [ס"ך] וי"א דוודאי אם הפועל הוא כותי אין החנוני נוטל בלא שבועה אבל אם החנוני כותי נוטל הפועל בלא שבועה דחיובו של פועל ברור ואינו יודע אם פרעו וכמ"ש בסעי' א' [תו"ת] וכן עיקר לדינא :

ג אם מתו שניהם הפועל והחנוני ולא הכחישו א"ע בחייהם ואינו ידוע אם נתן ואם לא נתן יחלוקו היורשים ביניהם דכיון שהספק אצלינו לא מפני טענת רמאות [נס"מ] אלא שיש לב"ד ספק בלא טענות הצדדים שנאמר דאחד מהם רמאי הדין הוא שיחלוקו אבל אם בחייהם הכחישו זא"ז ועדיין לא נשבעו ומתו יניח הבעה"ב את הממון ביד ב"ד ויהא מונח עד שיבא אליהו [סס] או עד שיתפשרו היורשים ביניהם ואם אחד נשבע והאחד לא נשבע נותנים ליורשי הנשבע דחיובו וודאי ושל השני ספק דשמא לא היה רצונו לישבע [כ"ל] ואם אחד מהם מת אם לא הכחישו זא"ז והחי טוען שמגיע לו נוטל בלא שבועה ואין יורשי השני יכולים להכחיש אותו כשאינם יודעים שמורישם הכחיש אותו ואם היורשים והחי מכחישים זא"ז דין היורשים כמו מורישם ששניהם נשבעין ונוטלין מבעה"ב [כ"ל] ואם אחד מהם מת והכחישו זא"ז בחיים ולא נשבע עדיין אם הפועל מת צריך לשלם ליורשיו [ס"ך וגס"מ ע"ס] כיון שחיובו ברור והחנוני נשבע ונוטל ואם החנוני מת והפועל נשבע ונוטל מפני שהכחישו זא"ז אינו משלם ליורשי החנוני כיון שאין חיובו ברור ולפ"ז יש מי שאומר שאין הפועל צריך לישבע כלל כיון שאינו משלם רק תשלום אחד וי"א שאם אפילו לא הכחישו זא"ז בעודם בחיים ומת הפועל אין החנוני נוטל שלא בשבועה כיון שאין חיובו ברור [נכלנע"ד] ודברי רבותינו בעלי הס"ע בסעי' ב' מיירי כשלא הכחישו זה"ז וכ"מ מר"ן פ"ב דקדושין וה"ס סכל] :

ד אם הבעה"ב לא נתן קצבה להחנוני כמה יתן לפועליו אלא א"ל תן להם מה שהם צריכים אם הפועלים בכאן והחנוני אומר שנתן להם כך וכך וזהו יותר משכרן שמגיע להם מהבעה"ב והפועלים מכחישים אותו שלא נתן להם כמו שאומר ושהבעה"ב לא היה חייב להם כל כך כיון שהבעה"ב לא נתן לו קצבה להחנוני כמה שיתן נשבע החנוני ונוטל כמה שאומר ואף אם מכחישים א"ז בכל הנתינה שהפועלים אומרים שלא נתן להם כלום מ"מ החנוני נשבע ונוטל כמה שאומר והפועלים נשבעים ונוטלין שכרן מהבעה"ב ואם הפועלים אינם בכאן או שמתו נאמן החנוני לומר כך וכך נתתי להם ונוטל מהבעה"ב בלא שבועה ואפילו לדעת הי"א שבסעי' הקודם דהחנוני אינו נוטל לעולם בלי שבועה מ"מ כיון שהבעה"ב יודע שנתן להם ואינו יודע כמה נוטל שלא בשבועה ואפילו היסת א"צ [ס"ך] כיון שלא נתן קצבה כמה שיתן ולכן אם הבעה"ב אינו יודע כלל אם נתן להם אם לא נתן צריך החנוני לישבע להי"א :

ה אמר החנוני אתה אמרת לי ליתן לפועלך מנה או מה שצריך והבעה"ב כופר ואומר לא אמרתי לך כלום נשבע הבעה"ב היסת ונפטר ואם מודה במקצת נשבע שד"א על המותר ואם אומר מקצת ידעתי שציויתיך ליתן והשאר לא ידעתי ואיני זוכר מתוך שאינו יכול לישבע משלם ולפי מה שבארנו בסוף סעי' א' אין דין זה אלא כשהפועל מודה שנטל מהחנוני והבעה"ב אומר שלא צוהו כי אינו חייב כלל להפועל ובזה אם הבעה"ב היה מודה היה החנוני נוטל שלא בשבועה ולכן כשכופר הוה כפירת ממון ונשבע הבעה"ב כמו שנתבאר אבל אם הפועלים מכחישים את החנוני ואומרים שלא נטלו כלום דאז אף אם הבעה"ב היה מודה להחנוני לא היה החנוני נוטל בלא שבועה נמצא שאין כאן כפירת ממון ברור דכל תביעה שאין התובע יכול ליטול בלא שבועה כשהנתבע מודה אין זה כפירת ממון שהכופר יתחייב לישבע וגם אין דנין בזה דין דמתוך שאינו יכול לישבע משלם כמ"ש בסי' ע"ה [ס"ך] :

ו קטן ששכר פועלים ואמר לחנוני לפרוע להם והחנוני אומר נתתי והפועלים אומרים לא נטלנו יש מי שאומר שדינו שוה לדין הגדול דהפועלים נוטלים בשבועתם לפי שיש הנאה להקטן מהם והחנוני ג"כ יכול לומר להקטן לפי מה שאמרת לי ליתן לפועליך בהנאתך נתתי ולהרמב"ם ז"ל הפועלים נשבעים ונוטלים ממנו דהרי חייב לשלם להם מפני מלאכתם שנהנה והחנוני מפסיד בעצמו שנתן ממונו ע"פ קטן וכן עיקר לדינא [עסמ"ע וס"ך] :

ז ויש לשאול בזה שאלה גדולה לפמ"ש בסעי' א' דמהפנקס אין ראיה אלא במקום שיש רגלים לדבר שצוה לחנוני ליתן לפועלים והוא אומר נתתי והם אומרים לא נטלנו א"כ מאי האי דשנו חכמים דחנוני על פנקסו נשבע ונוטל ומפני זה כתב הרא"ש ז"ל בתשו' והביאו הטור בסעי' ו' דאפילו אם אין החנוני טוען ברי שנתן אלא אומר שמצא בפנקסו שנתן לפועליו כך וכך אנו סומכין על זה כמו שטוען ברי והוא נשבע ונוטל והם נשבעים ונוטלין כיון שיש רגלים לדבר שכולם מודים שצוה לו ליתן אבל בלא רגלים לדבר אין הפנקס הוכחה רק לשבועה כמו שיתבאר בסעי' ח' ומתוך זה פסק הרא"ש ז"ל שיש לדון ע"פ פנקסו של אדם שרגיל לעשות

בתוך

בתוך ביתו לכתוב בו ענייניו ואפילו להוציא מן היתומים היכא דיש רגלים לדבר שמה שכתוב בפנקס הוא אמת ומעשה היה בראובן שמסר לשמעון אלף זוז בעיסקא בלא שטר ובמשך ד׳ חדשים מת שמעון והניח בן קטן ומת בלא צוואה ונשאר ממנו פנקס בכתב ידו והיה כתוב בו זכרון המשכנות מהאלף זוז של ראובן והמשכנות נמצאים באותו פנקס והיה כתוב בכל פיתקא שם ראובן והחזיר הרא״ש ז״ל לראובן מעותיו ועוד פסק דמי שרגיל לכתוב מיד כל עסק שעושה בפנקס והיה עסק אחד שתבעו אותו בו ולא מצאו כתוב בפנקסו ולא נזכר עליו כלל שיכול לישבע עליו כמו על טענת ברי ודווקא באדם שכותב מיד כל עסק שעושה בפנקסו המונח לפניו אבל אם דרכו לפעמים לשהות עד כתיבתו אפשר ששכח ולא כתבו בפנקס [ס״ך] ואין ביכולתו לישבע ע״פ זה כבטענת ברי ועוד מעשה היה שאחד השכין חפץ אצל חבירו ושכח המלוה בכמה השכין ומצא בפנקסו המדוקדק שנתמשכן בט״ו זהובים והלוה אומר שהשכינו רק בעשרה זהובים ופסק הרא״ש ז״ל שיכול המלוה לישבע ע״פ פנקסו וליטול כיון שהוא פנקס מדוקדק :

ח ודוקא בפנקס המדוקדק אבל בפנקס שאינו מדוקדק אין ראיה ממנו ומ״מ כתבו גדולי האחרונים דדווקא כשבא ליטול ע״פ פנקסו צריך שיהיה הפנקס מדוקדק אבל להשביע ע״פ הפנקס יכול בעל הפנקס אף אם אין הפנקס מדוקדק כל כך ולכן אם מצא כתוב בפנקסו שפלוני חייב לו מנה יכול להשביעו כמו ע״פ טענת ברי וכן מורין כל בעלי הוראה [או״ת וכס״מ] וכה״ג בשארי תביעות :

ט תקנה זו שתקנו חכמים בחנוני אינו אלא בחנוני המקיף לבעה״ב והבעה״ב מעמיד אצלו מה שצריך ואח״כ פורע לו הבעה״ב אבל בעה״ב שהקדים מעות לחנוני וא״ל תן מעות אלו לפועליי ואח״כ נתהוה הכחשה בין הפועלים ובין החנוני שהם אומרים לא נתן לנו והוא אומר נתתי אם הבעה״ב העמיד את הפועלים אצל החנוני והיה במעמד שלשתן שאמר להחנוני בפני הפועלים מעות שיש לי בידך תן להפועלים והם שתקו ונתרצו שוב אין לפועלים על בעה״ב כלום והחנוני נשבע היסת להפועלים ונפטר ואם שלא במעמד שלשתן העמידם שאמר להפועלים שלא בפני החנוני אתם תקבלו מעות מהחנוני נשבע החנוני לבעה״ב היסת שעשה שליחותו ונפטר והפועלים נשבעים לבעה״ב כעין של תורה שלא נטלו כלום מהחנוני ונוטלים מבעה״ב והפועלים נשבעים תחלה דכל זמן שלא נשבעו הפועלים אין לבעה״ב תביעה על החנוני ולא דמי לשבועת החנוני דסעי׳ א׳ שקודמת לשבועת הפועלים דהתם נשבע ונוטל ומן הדין אין לו ליטול רק מפני התקנה דין הוא שישבע תחלה מפני שתביעתו גרועה מתביעת הפועלים אבל בכאן שכבר הקדים לו מעות והחנוני הוא נשבע ונפטר דהבעה״ב תובע ממנו אין לו לתבוע רק בטענה ברורה והיינו אחר שבועת הפועלים וי״א שבזה גם הפועלים אין נשבעים אלא היסת דזה שתקנו חכמים שישבעו שבועה חמורה זהו כשגם החנוני צריך ליטול ונשבע שבועה חמורה אבל בכה״ג לא תקנו חכמים דהרי החיוב להפועלים הוא וודאי והפרעון ספק ודי בהיסת דאף שהחנוני אומר ברי שפרע להם מ״מ לא חשיב ברי שלו נגד החיוב הוודאי של הפועלים מפני שהוא נוגע בדבר [כס״מ] וזה שאמרנו שאם העמידם במעמד שלשתם אין לפועלים על בעה״ב כלום אע״פ שביכולתם לחזור בהם לדיעה אחת שיתבאר בסי׳ קכ״ז מ״מ כשאומר שכבר נתן להם לא שייך חזרה [סמ״ע ועט״ך והאחרונים] ובשם יתבאר דיש חולקים בזה ודע דממה שנתבאר בסעי׳ זה יש ללמוד לעשיר שיש לו סוכן על עסקיו ומשלם לכל הפועלים ע״פ הסוכן ואח״כ נפלה הכחשה בין הסוכן ובין הפועלים צריך לדון בזה כבחנוני שהקדים לו בעה״ב מעות ליתן לפועלים שנתבאר בסעי׳ זה :

י כמו שנתבאר דהפועלים נוטלים תמיד מבעה״ב לבד בהעמידם אצל החנוני במעמ״ש משום דהחוב הוא וודאי והפרעון הוא ספק אצל הבעה״ב כמו כן בשארי עניינים הדומים לזה כגון ראובן שצוה לשמעון להוציא הוצאות על עסק שלו ותובע שמעון ההוצאות וראובן אינו יודע כמה הוציא ישבע שמעון ויטול כפי מה שטען וצריך לישבע בנק״ח כדין הבא לישבע וליטול מפני שהוא מורה היתר לעצמו כבן בית שיתבאר בסי׳ צ״ג [כס״מ] ומה שנתבאר בסי׳ י״ד לעניין מי שהוציא הוצאות על הסרבן דצריך לברר ואינו נאמן בשבועתו התם שאני דההוצאה היתה בע״כ אבל בכאן שע״פ ציוויו הוציא ולטובתו נוטל בשבועה [סמ״ע] ואפילו אם לא היה לטובתו כיון שהוציא בציוויו הוה כמו שנתן לו נאמנות בשבועה [ס״ך] ואם נתן לו נאמנות א״צ שבועה כלל כמו בשטר שבסעי׳ ע״א [כ״ל] ואם הוציא הוצאות שלא ברשות חבירו לטובתו יתבאר בסי׳ רס״ד ובסי׳ שע״ה אבל ברשות ישבע ויטול וה״ה בכל דבר שזה יודע וזה אינו יודע והיתה ברשות נשבע היודע ונוטל וזה שצריך שבועה היינו כשהמצוה לא היה לו לידע אבל כשהיה לו לדעת ולא ידע פשע בעצמו ונוטל המוציא בלא שבועה [כס״מ] ואפילו כשלא היה לו לידע א״צ הנוטל שבועה רק כשבא ליטול אבל לפטור א״ע א״צ שבועה כשזה אינו יודע דאין נשבעין על טענת ספק [כ״ל] :

יא אמר לחנוני תן לי בדינר פירות ונתן לו ותובע החנוני את הדינר ואומר הלוקח נתתיו לך והשלכתו לתוך כיסך אם הפירות עדיין ברשותו של חנוני נשבע היסת ונפטר דכיון שהפירות עדיין ברשותו נקרא הוא מוחזק והלוקח בא להוציא ועליו הראיה ולכן נשבע החנוני היסת ונפטר שלא ליתן לו הפירות אא״כ ישלם לו

לו הדינר ואם כבר באו הפירות לרשותו של לוקח נשבע הלוקח היסת ונפטר דהרי עתה הוא מוחזק ואם אינם ברשות שניהם כגון שהוציאן מהחנות ומונחים ברה"ר נשבע הלוקח שבועה בנק"ח ונוטל הפירות ולמה חשבינן אותו יותר למוחזק מפני שהחנוני מודה לו שהוציאו הפירות מרשותו בשביל זה הלוקח אלא שטוען שעדיין לא קיבל ממנו הדינר הרי החנוני כאלו בא להוציא מיד הלוקח ועכ"ז אין הלוקח נפטר בהיסת מפני שאינו מוחזק ממש ולכן דינו ככל הנשבעין ונוטלין שנשבעין בנק"ח ואם הלוקח נתן הדינר להחנוני ובא ליטול פירות המונחים ברה"ר כי טוען שפירות אלו הוציא החנוני למענו בעד הדינר והחנוני אומר שהפירות שבעד הדינר כבר נתתים לך והולכתים לביתך ופירות אלו לא בשבילך הוצאתים נשבע החנוני בנק"ח שכן הוא ונוטל פירותיו שהרי לא הודה שמכרן לו והפירות בחזקת החנוני ולכן נשבע ונוטל ומפני שמונחים ברה"ר ואינו מוחזק ממש לכן צריך לישבע בנק"ח וכן הדין בנותן דינר לשולחני להחליף על מטבעות קטנות והמה צבורים ברה"ר שהוציאן משולחנו והניחן ברה"ר אם הודה השולחני שמכרן אלא שעדיין לא קיבל הדינר נשבע זה בנק"ח שנתן הדינר ונוטל המטבעות ואם לא הודה שאלו המטבעות הוציאם בעדו אע"פ שמודה שקיבל ממנו הדינר אלא שטוען שחליפי הדינר כבר לקחם והוליכן לביתו נשבע השולחני בנק"ח ואם אחד מהם מוחזק ממש נשבע היסת ונפטר כמו בפירות וזה שאמרנו דכשהוליך הלוקח הפירות או המעות לביתו נקרא מוחזק לאו דווקא לביתו אלא לרשותו כגון שהניחן בכיסו או בכלי שלו והכלי עומדת חוץ לחנות נקרא מוחזק ג"כ ונשבע היסת ונפטר ואין חילוק בכל זה בין עשו קניין סודר או לא דבמקום שהלוקח נשבע ונוטל הוא אפילו לא עשו קניין ובמקום שהחנוני או השולחני נשבע ונפטר הוא אפילו כשעשו קניין [נס"מ] דהעיקר תלוי במי שהוא מוחזק דעליו השבועה וכשהוציאן לרה"ר רואים על מה הם מחולקים דאם הם מחולקים על התמורה של הפירות או המטבעות אם נתן אם לא נתן אבל הפירות או המטבעות מודה החנוני והשולחני שהוציאן בעד לוקח זה הוה הלוקח כמוחזק ונשבע בנק"ח ונוטל ואם על התמורה שניהם מודים שבא ליד החנוני והשולחני אלא שמחולקים על הפירות והמטבעות שהלוקח אומר שבעדו הוציאום והחנוני או השולחני אומר ששלו כבר הוליך לביתו ואלו אחרים הם נחשב החנוני או השולחני כמוחזק ונשבע בנק"ח ונפטר מלתתם לו וכל זה בטענות ברי וברי אבל כשאחד מהם טוען שמא הוה הדין ככל ברי ושמא שנתבאר בסי' ע"ה ואחד מרבותינו האחרונים רצה לומר דכשהחנוני טוען אפילו שמא אם קיבל הדינר מ"מ כיון שהפירות עדיין לא יצאו מרשותו מוקמינן להו בחזקת מרא קמא ועוד חידש דינים רבים בזה לפי שיטתו ונדחו דבריו מכל גדולי האחרונים:

סימן צב [דיני החשוד על השבועה ומתי מהפכים השבועה על שכנגדו ובו ט"ו סעיפים]:

א החשוד על השבועה אין משביעין אותו לא שד"א ולא שבועת המשנה ולא היסת ואפילו התובע אומר אני אקבל שבועתו אין שומעין לו ואף במקום שע"י זה יגיע היזק להתובע כגון במקום שאין מהפכין על השכנגדו שישבע ויטול כמו שיתבאר ונמצא שזה החשוד נפטר בלא שבועה עכ"ז אין מניחין אותו לישבע מפני חילול ד' דכיון שהוא חשוד לישבע לשקר איך ניתן לו לכתחלה להוציא שבועה לשוא ח"ו [סמ"ע] ואע"ג דבחנוני על פנקסו נתבאר בסי' הקודם דשניהם נשבעים ונוטלים אף שאחד מהם ישבע לשקר שאני התם דהב"ד אומרים להם שלא יוכלו ליטול אלא בשבועה ובאחד אין מניחים אותם לישבע כמ"ש שם וכשהראשון נשבע הוא אצלינו בחזקת כשרות ואמרינן שנשבע באמת והשני וודאי לא ירצה לישבע לשקר ואם אח"כ עכ"ז רוצה גם השני לישבע אמרינן דהשני מסתמא ישבע באמת והראשון נשבע לשקר וכבר עברה שבועתו אבל עכ"פ בעת שבועת כל אחד אנו אומרים שהנשבע עתה ישבע באמת אבל בחשוד שאנחנו יודעים שכבר הוא חשוד לישבע לשקר איך ניתן לו שבועה [כ"ל וע' במרדכי פ"ו דשבועות שמקפס כן]:

ב חשוד נקרא מי שנשבע לשקר בין שנשבע לשקר בשבועת העדות שהשביעוהו להגיד איזו עדות ולא הגיד ונתוודע שידע מהעדות ובין שנשבע שבועת הפקדון שנשבע שפלוני לא הפקיד אצלו ונתברר שהפקיד אצלו ואם יש עדים שהיה בידו הפקדון בעת שכפר לו נפסל מיד אף בלא שבועה ולאו דווקא שבועות עדות ופקדון שזהו רע לשמים ולבריות אלא אפילו עבר על שבועת שוא או שבועת ביטוי כגון שנשבע שאכל ולא אכל או שלא אכל ואכל או שנשבע על להבא שיאכל ולא אכל או שלא יאכל ואכל דהוא רע לשמים ולא לבריות ג"כ נפסל אך י"א דדווקא בשבועה דלשעבר נפסל כמו אכלתי ולא אכלתי דבשעה שיצאה השבועה מפיו יצאה לשקר אבל בשבועה דלהבא כגון שאוכל ולא אוכל לא נפסל מפני שבשעה שנשבע לא נשבע לשקר שהיה בדעתו לקיים ואח"כ תקפתו יצרו לעבור והוי כשאר עבירה אבל אינו חשוד עדיין שיוציא שבועה לשקר מפיו ושהשקר יהיה בעת השבועה ואע"ג דהרי גם בשארי עבירות נפסל מ"מ אפשר דעבירה זו קילא ליה כיון דהוא אסרה על עצמו ולא התורה אסרתו [סמ"ע] ולא מיחזי להו לאינשי שתהא שוה לכל עבירות של תורה

תורה וקבלה דינה כשבועה כמו שכתוב בשופטים [כ"א] כי השבועה הגדולה היתה לאשר לא עלה אל ד' המצפה וגו' ולא מצינו שהיתה שם שבועה אלא קבלה, [סג"ה] ולכן לדיעה ראשונה שגם בשבועה דלהבא נפסל מי שעבר על קבלות הציבור נפסל לשבועה :

ג וכן הפסול לעדות מחמת עבירה בין עבירה של תורה כמלוה בריבית או אוכל טריפות וכיוצא בהם בין עבירה של דבריהם כגון מפריחי יונים ומשחקי בקוביא נקרא חשוד וי"א דהמגביה ידו על חבירו להכותו אע"פ שלא הכהו נקרא רשע עד שישוב מרשעו ויקבל דין ובזמה"ז קשה להורות כן דלא נראה להרבה אנשים שיש בזה עבירה [כ"ל] אבל הרגיל להכות חבירו או אשתו וודאי דהוא חשוד והפסול לשבועה נפסל אף בלא הכרזה [מהרמ"ס] ואע"ג דלעדות צריך הכרזה כמ"ש בסי' ל"ד מ"מ לשבועה דהפסול הוא רק לעצמו נפסל גם בלא הכרזה [ע' בפ"ת] :

ד וכן כל מי שחשוד ליקח ממון חבירו חשוד על השבועה דמה לי לאו דגזילה או לאו דשבועת שקר ואף שיש אנשים שחמור אצלם איסור שבועה מגזל מ"מ אין ביכולת לסמוך על זה וליתן שבועה לחשוד על הממון כמ"ש בסי' ע"ה ולא תקשה לך דא"כ איך נותנים שבועה לכל אדם דממ"נ אם הוא אומר אמת למה ישבע ואם טוען שקר ורצונו לגזול מה תועיל השבועה מיגו דחשיד אממונא חשיד נמי אשבועתא דהעניין כן הוא דאמרינן דאיש הזה שאנו מטילין עליו שבועה אין רצונו לגזול ומה שכופר בהממון משום דאולי יש לו על התובע איזה ספק תביעה ישנה שבשביל כך תופס אותו עד שיתברר לו האמת ולכן נותנים לו שבועה והוא אין ביכולתו לישבע כיון שספק בידו אם מגיע לו מהתובע אם לאו וגם נוכל לומר שזה הנתבע משמיט א"ע מלהודות להתובע מפני שאין לו עתה המעות שלוה ממנו או שאין תחת ידו הפקדון שהפקיד אצלו והטילו עליו שבועה כדי שיגיד האמת אבל אם ברור אצלינו שכופר ממון חבירו ורצונו לגזול כגון שיש עדים שיש בידו ממון חבירו מכבר דהגזילה היא וודאית אין נותנין לו שבועה ולפיכך התובע לחבירו הלואה וכפר אע"פ שהתובע מביא עדים והכחישוהו אינו נפסל דאמרינן שמשתמיט א"ע עד שיהיו לו מעות וישלם ואף אם ראו בידו מעות בעת שכפר מ"מ אולי אותם המעות לא היו שלו וההלואה שהלוה כבר הוציא וכן אם כופר בפקדון אמרינן שמא נאבד הפקדון אצלו ומשמיט א"ע עד שימצאנו אבל אם העידו עדים שראו הפקדון אצלו בעת שכפר בו וידע ממנו נפסל מיד ואין חוששין לספק תביעה ישנה במקום שגזילתו ברור אצלינו ואם אומר שמעבב הפקדון בשביל טענה פלונית ופלונית שומעין טענותיו אם יש בהם ממש וכן אם רוצה לשלם בעד הפקדון אינו נפסל אף אם ידוע שהפקדון אצלו ועובר על לא תחמוד משום דלא משמע להו לאינשי איסורא דלא תחמוד שהפירוש הוא אפילו כשמשלם בעדו ומדמים שכוונת התורה הוא שחומד לקבל מחבירו בגזילה ואע"פ שבזה יש לאו בפ"ע לא תגזול משמע להו דבא לאו דלא תחמוד להוסיף עוד לאו ולעבור בשני לאוין [תוס' ב"מ ה':] ואין חילוק בפסול ממון בין שבא הממון לידו באיסור כמו גניבה וגזילה ובין שבא לידו בהיתר כמו פקדון והלואה וגוזלו ע"י כפירתו ואף להי"א דסעי' ב' שאינו נפסל בשבועה דלהבא ולא דמי לממון כמ"ש שם דשבועה הוא איסור שאסרה על עצמו [כ"ל] :

ה אין אדם נעשה חשוד עד שיבואו עדים ויעידו שעבר עבירה שנפסל בה אבל המודה מעצמו שהוא חשוד ואין מהראוי למסור לו עדות לכתחלה מ"מ אם יודע בעדות כשר להעיד [ס"ך] דאין אדם משים עצמו רשע ואם נתחייב שבועה אם הוא מהנשבעין ונוטלין אין נותנים לו דהודאת בע"ד כמאה עדים דמי וגם להפך שבועה חמורה זו על הנתבע אין ביכולתו אלא ישבע הנתבע היסת ויפטר דלא גריע טענת החשוד משארי טענות שביכולת לחייב היסת להנתבע ואם היא לישבע וליפטר משביעים אותו ואומרים לו אין ביכולתך להפטר מהשבועה ע"י שתפסול עצמך ותפסיד לאחרים ואם לא תשבע תשלם וי"א שאם היא שד"א אם רצה התובע נשבע ונוטל שאומר לו כיון שלדבריך אתה חשוד א"כ עלי לישבע וליטול כתקנת חכמים שבחשוד נשבע השכנגדו ונוטל אבל בהיסת א"א לו לומר כן דהנתבע יאמר לו דממ"נ אם אתה מאמין לי שאני חשוד פטור אני בלא שבועה דתקנתא לתקנתא לא עבדינן ואם אין אתה מאמין לי אשבע ואפטר וכן עיקר לדינא [עס"ך סק"ו] :

ו מי שנתחייב לחבירו שבועה ושאל המשביע מהב"ד שיכריזו בבהכ"נ אולי יש מי שיודע שזה האיש פסול לשבועה ויבא ויעיד השואל הזה ראוי לנזיפה וגוערין בו על שרצה לביישו ברבים כיון שאין ידוע לנו שיש בו פסול ואם טוען שיש לו עדים שיודעים שהוא פסול לשבועה ואינם רוצים להעיד עד שיתנו כרוז ויש אנשים ששמעו כן מפי העדים שלא יעידו עד שיכריזו [ב"ח] הרשות בידו או שיכריז בעצמו או השמש יכריז כפי מנהג המקום והיודעים מחוייבים להעיד כבשארי עדות ומה שהעדים אין רצונם להעיד עד שיתנו כרוז אף שעושים שלא כדין מ"מ כיון דמפני איזה טעם שיש להם מבקשים ההכרזה מחוייבים ב"ד לעשות כן כדי שלא יגיע להם הפסד בעדותם [כ"ל] ועד אחד אינו נאמן להוציא איש ישראל מחזקתו וגוערין בו כשמעיד יחידי דאינו אלא לשון הרע כשמעיד יחידי כיון שהתורה לא האמינתו כמ"ש בסי' כ"ח :

ז תקנו חכמים שהחשוד על השבועה ונתחייב שבועה דאורייתא ישבע שכנגדו ויטול דכיון דהתורה הטילה עליו

עליו שבועה והוא אינו יכול לישבע ישבע השכנגדו ויטול ואין דנין בזה דין דמתוך שאינו יכול לישבע משלם דהא הוא רצונו לישבע ואומר שיכול לישבע אלא שאנחנו אין אנו מניחים אותו ואיך נחייבו לשלם בלתי שבועת השכנגדו ודווקא כשטוען התובע טענת וודאי והוא מודה מקצת או שתובעו ע"פ עד אחד שצריך לישבע להכחיש את העד וכשהוא חשוד נשבע השכנגדו ונוטל ואין להקשות דבעד אחד למה לו להשכנגדו לישבע הרי העד המכחיש להחשוד הוי עד המסייע לו ויטול בלא שבועה אמנם א"א לומר כן בחשוד דא"כ כל אחד יוציא מהחשוד ממון ע"פ עד אחד ונמצא שע"פ עד אחד יוציאו ממון והתורה אמרה שע"פ אחד לא יוציאו ממון ולכן בהכרח שהשכנגדו ישבע ויטול אבל בטענת ספק שאין השכנגדו יכול לישבע כמו בשבועות שומרים שהשומר חשוד וטוען שהפקדון נגנב או נאבד והמפקיד אינו יכול לישבע שלא כן הוא שהרי אינו יודע וודאי שפשע בו או ששלח בו יד פטור השומר בלא שבועה ואין דנין בזה מתוך שאינו יכול לישבע משלם מפני הטעם שנתבאר וכן בשתובעו ע"פ העד והוא בעצמו אינו יודע פטור הנתבע בלא שבועה [ס"ך] ולכן אם בעל הפקדון טוען טענת ברי שפשע או שלח בו יד הרי התובע נשבע כתקנת חכמים ונוטל:

ח ובשבועות דרבנן כשהוא חשוד אם הוא מהנשבעים ונוטלים אינו יכול לא לישבע ולא ליטול ולא להפך זו על הנתבע דכיון דהשבועה היא רק דרבנן והתקנה שבחשוד ישבע השכנגדו ג"כ הוא דרבנן לא עשו תקנה לתקנה ולפיכך אינה אלא כשאר טענות שהנתבע נשבע היסת ונפטר וכן פוגם שטרו וכיוצא בזה כשהמלוה חשוד והלוה טוען שפרעו נשבע הלוה היסת ונפטר וי"א דבשטר לא אמרינן כן דכיון שבידו שטר מקויים גובה בלא שבועה דא"א לומר שבשביל שחכמים הטילו עליו שבועה ואינו יכול לישבע שיפסיד שטרו המקויים וכן עיקר [סס] רק הנתבע יכול להטיל עליו ח"ס ואם היה החשוד מהנשבעים בטענות ספק שיתבאר בסי' צ"ג אינו נשבע ואין השכנגדו נשבע מפני שאינה שד"א והרי אף בשד"א פטור בספק כמ"ש בסעי' הקודם וכן אם החשוד נתחייב בשבועת היסת נפטר הנתבע בלא שבועה אע"פ שטוענו וודאי כיון שהיא תקנה ותקנתא לתקנתא לא עבדינן כמ"ש ורק יכול להטיל על הנתבע קבלה אם אינו חייב לו כך וכך מיהו הנתבע יכול לומר השבע וטול ואז פטור מקבלה אפילו אם אין התובע רוצה לישבע אבל ח"ס יכול להטיל עליו [סמ"ע] דמזה א"א להנצל בשום פנים כמ"ש בסי' ע"א:

ט בשבועה דאורייתא כששניהם חשודים י"א דחוזרת השבועה להנתבע כדין התורה ומתוך שאינו יכול לישבע משלם ואע"פ שכתבנו דאין דנין בחשוד דין זה זהו כשיש תקנה שהשכנגדו ישבע ויטול אבל כששניהם חשודים בע"כ דנים כן וי"א דיחלוקו דכיון שהמניעה משניהם למה יפסיד הנתבע כולו והרי הוא עומד וצווח שרצונו לישבע ואנו אין מניחים אותו לפיכך יסבולו הנזק בשוה וכן הכריע רבינו הרמ"א:

י י"א דזה שתקנו חכמים בחשוד שהשכנגדו נשבע ונוטל היינו דווקא שלא היה יודע השכנגדו בעת שעשה העסק עמו שהוא חשוד אבל אם ידע מזה נפטר בלא שבועה דאל"כ כל אחד יעשה עסק עם החשוד בכדי שיחייבנו שבועה וישבע הוא ויטול ויש חולקים בזה דאין ממש בחשש זה דלא נחשדו ישראל ח"ו לישבע על שקר וליטול וא"כ למה יעשה כן ואחד מהגדולים הכריע דשני דיעות אלו לא פליגי כלל דוודאי בהלואות ובעסקים הדין כהיש חולקים מהטעם שנתבאר ודיעה ראשונה היא רק בפקדון כשהפקיד אצל החשוד ותבע ממנו הפקדון והודה במקצתו דבזה וודאי סביר וקביל כיון שהאמינו ולמה לנו לעשות תקנה בפקדון לפיכך כל טענה בפקדון כשהמפקיד ידע שהוא חשוד לא עשו תקנה זו [תו"ת]:

יא החשוד על השבועה ומוציא שטר על יתומים כיון שאין נפרעין מיתומים אלא בשבועה והוא אינו יכול לישבע יפסיד ולא דמי למה שנתבאר בסעי' ח' דבשטר מקויים גובה שלא בשבועה דיתומים שאני דלעולם אין גובין מהם שלא בשבועה והרי יתומים מיתומים אין גובין מפני שאין אדם מוריש שבועה לבניו כמו שיתבאר בסי' ק"ח אע"פ שאפשר להם לישבע כ"ש כאן שא"א לו לישבע דמפסיד [ט"ז]:

יב מי שנתחייב שבועת היסת והיה התובע חשוד אין הנתבע יכול להפך עליו שבועתו שהרי אין התובע יכול לישבע ולכן הנתבע או שישלם או שישבע היסת ואין הנתבע יכול לומר כיון שחכמים נתנו לי רשות להפכה עליו והוא אינו יכול לישבע יפסיד דהא עיקר החיוב מוטל עליו אלא שנתנו לו רשות שביכולתו להפך על התובע אם ביכו'לת התובע לישבע וכשאין ביכולתו לישבע אין ביכולת הנתבע להפכה וישבע או ישלם וכן הדין כשהתובע הוא קטן והנתבע נתחייב לישבע ע"פ הפרטים שיתבארו בסי' צ"ו שאין הנתבע יכול להפך השבועה על הקטן ומזה עצמו ראיה לדין חשוד שהרי בקטן פשיטא כשתקנו שישבע הנתבע על טענותיו שהיתה התקנה בלי היפוך דלא שייך היפוך על הקטן ולפ"ז אנו רואים דהיפוך אינו מעכב ולכן גם בחשוד אינו מעכב [כנלע"ד בכוונת סטור סעי' ט"ז ע"ס]:

יג מי שנתחייב שבועה בין של תורה בין של דבריהם ונשבע ואח"כ באו עדים והעידו שהיה חשוד בשעת השבועה אין בשבועתו כלום ואם נטל בהשבועה יחזיר לבד משטר מקויים שגובה בו אם הוא מקויים אפילו לדיעה

לדיעה ראשונה שבסעי׳ ח׳ אחר שנשבע ואפשר דגם באלו שמן הדין היו גובין בלא שבועה כמו פועלים דמי לשטר דכשנשבעו אין מחזירין שבועתן אף כשנמצא חשוד [עס״ך סקי״ד ול״ע] ואם שבועתו היתה מהנשבעין ונפטרין אם היתה שד״א ישבע זה שכנגדו ויטול ובשבועה דרבנן לא שייך זה דאין בשבועה דרבנן תקנה זו כמו שנתבאר שם [סמ״ע] :

יד לעולם דנין כזה לחשוד שאין שבועתו שבועה עד שילקה בב״ד [בזמנים קדמונים] ויעשה תשובה ואם יש עדים שנלקה ועשה תשובה חוזר לכשרותו בין לעדות ובין לשבועה ובאכל דבר איסור המלקות היא התשובה כיון שנתייסר בגופו נגד מה שנהנה מן האיסור [סס] ובזמה״ז דאין לנו מלקות בב״ד תלוי התשובה בראיית עיני ב״ד ושיבינו שחזר לכשרותו וכן מבוארים פרטי התשובה בסי׳ ל״ד :

טו ועתה בזמה״ז שהפריצות נתרבה בעונותינו ואין בידינו למחות ואף לגעור בהם אין ביכולת יש לדקדק הרבה בחיוב שבועה והב״ד צריכים להיות מתונים מאד בשבועה וכשיהיה להם ספק בכשרותו של האיש לא יתנו לו שבועה [כ״ל] וכן כשיש להדיין אומדנות מוכיחות שזה משקר ומכחיש יש כח ביד הדיין להפך השבועה [עס״ג] או שלא להשביע כלל כמ״ש בסי׳ ט״ו ע״ש :

סימן צג [דיני שבועת השותפים וכל שבועות ספק ובו כ׳ סעיפים] :

א אע״פ שאין נשבעין על טענות ספק לבד בשומרין שחייבה התורה שם מ״מ תקנו רבותינו ז״ל על כמה עניינים לישבע אפילו בטענת שמא ולמה תקנו כן מפני שכל אלו מורים לנפשם היתר לגזול מחבירו בטענת היצר שראשים המה לקבל בעד טרחתם אף בלתי ידיעת בעל הממון ולכן הטילו חכמים עליהם שבועה מפני שזה הספק יש לו פנים שיחשדנו ומ״מ כתב אחד מגדולי אחרונים דדווקא כשהוא חשוד בעיני התובע ויש לו קצת הוכחה אבל אם מודה שאין לו שום הוכחה אינו משביעו [ט״ז] ובכל דברי רבותינו הראשונים לא מצאתי רמז לזה וגם מלשון המשנה דפ״ז דשבועות לא משמע כן מדתנן התם א״ל מה אתה טועני רצוני שתשבע לי חייב ומשמע שברצונו לבד תלוי ועוד דכיון דחז״ל חששו מפני הוראת היתר כמו שנתבאר למה לא יחוש המשביעו אף כשאין לו הוכחה ועוד ראיה מירושלמי שם שאמר דדווקא בנושא ונותן שלא בחשבון יכול להשביעו אבל כשנושא ונותן בחשבון אינו יכול להשביעו שמא היה טעות בחשבון ואם נאמר דמיירי כשיש לו קצת הוכחה למה אינו יכול להשביעו אף בחשבון ועוד ראיה מכתובות [פ״ו:] שנחלקו ר״א וחכמים באשה שאינה חנונית אם יכול הבעל להשביעה דר״א סבר שיכול להשביעה ואומר טעמו מפני שאין לך אשה שלא נעשית אפוטרופיא בחיי בעלה שעה אחת על פילכה ועל עיסתה ע״ש ואם נאמר דדווקא כשיש לו קצת ראיה האם מפני שהיתה שעה אחת ממונית על העיסה יש ראיה שגנבה ממנו עוד כתב אחד מהגדולים דדווקא בטענת שמא משביעו שבועה חמורה אבל בטענת ברי אינו משביעו אלא היסת מפני שיש להנתבע חזקה דאין אדם מעיז [כס״מ] ואיני יודע מה בין זה לזה וכבר בארנו בריש סי׳ ע״ה ובבללי מיגו דלאו מטעם העזה לחוד פטרה התורה בכופר בכל ע״ש אלא גזירה היא ועוד מדכתבו הטור והסמ״ג דאלו נשבעים אפילו בטענת שמא משמע דכ״ש בטענת ברי והסברא נותנת כן דאיך אפשר שבעניין אחד יהיה חמור טענת שמא שבו מבטענת ברי שבו ע״כ לענ״ד משביעין בכל אלו בין בטענת ברי ובין בטענת שמא ואפילו אין לו שום הוכחה שהעלים ממנו :

ב ואלו הן שנשבעין על טענת ספק השותפים והאריסים והאפטרופסים שמינו אותם ב״ד על יתומים אבל מנוהו אבי היתומים בחייו לא ישבע דאם נצריכו שבועה לא יתרצה להיות אפטרופס ובמנוהו ב״ד לא חיישינן לזה מפני שהוא כבוד להאפטרופס כשב״ד ממנים אותו ולא ימנע מלהיות אפטרופס אף כשיתחייב בשבועה ובטענת ברי או במודה מקצת גם במנוהו אבי יתומים ישבע כמו שיתבאר בסי׳ ר״צ ואשתו של אדם כשבעלה הושיבה להנונית או שהיא נושאת ונותנת בעסקי בעלה בתוך הבית אבל אם אינה ממונית רק על צרכי הבית מאכילה ושתיה אינו יכול להשביעה בטענת ספק כמ״ש באהע״ז סי׳ צ״ז וכן בן הבית שהוא נושא ונותן בעסקי הבעה״ב או אחד מן האחין שמתעסק בשביל אחיו בלא שכר טירחא דמורי התירא אבל כשעוסק בשכר אין להשביעו בטענת ספק דאינו מורה התירא וכן בבן הבית כן הדין כשעוסק בשכר אין משביעין בטענת ספק ולכן במקבל עיסקא למחצית שכר כיון שנותן לו שכר עמלו אין להשביעו בטענת ספק וכן שכירו של בעל עסקים שנוטלים שכירות אין להשביעם בטענת ספק ומה שמשביעים לשותף ולארים משום דאינם נוטלים אלא חלקם ומורים היתר בטעם שהם עמלים בחלקו של שני יותר מדאי ולכן אם בעד טרחתם נוטלין שכר בפ״ע אין משביעין אותם בטענת ספק וכן אפטרופס כשנוטל שכר בעד אפטרופסותו אין משביעין אותו בטענת ספק [ככ״ל לדיעה זו] ויש חולקים בכל זה וס״ל דאף בנוטלים שכר מורים התירא לעצמם דהרי הוראת היתר שלהם אינה בהיתר ויצרא דממונא תקף עליהם להורות היתר לעצמם וא״כ אף כשנוטלים שכר ימציא

להם

להם היצה"ר התירים ברוים ולכן אלו כולם נשבעים בטענות ספק גם כשנוטלים שכר וכן מוכח מהרמב"ם והרשב"א ז"ל כדמוכח מדבריהם שיתבאר בסעי' ז' וכן מנהג העולם כדיעה זו [טו"ב סי' ל'] וכן נראה להורות דידוע דיצרא דממונא תקיף טובא וממציא לעצמו התירים הרבה ועיקר תקנת חכמים היתה כדי שידקדקו בחשבונם [לבוש]:

ג כשבא להשביעו משביעו בנק"ח שמא גזל מחלקו או שמא עיכב משלו כלום או שמא לא דקדק בחשבון שביניהם וישבע על כל זה שלא גזל ולא עיכב ודקדק בהחשבון ואין כל אחד מאלו נשבע בטענת ספק עד שיחשוד המשביעו אותו בשתי מעין כסף הן קרן הן ריוח דגם ריוח הוא כקרן ולא תקנו חז"ל שבועה זו שתחול על פחות ממה שחייבה התורה במודה מקצת והודאה מקצת א"צ כאן [ב"י וס"ך וכ"מ מכתובות פ"ו: ע"ס] וכל אלו ביכולת להשביעם אימתי שירצו ואין צריכים להמתין עד שיחלוקו ולהשביעם לבסוף לב"ד באשתו י"א שאין הבעל יכול להשביעה עד תביעת כתובתה כמ"ש באהע"ז סי' צ"ז ע"ש:

ד אע"פ שאין עדים שהוא שותפו או אריסו אלא הוא בעצמו מודה ואומר שותפו אני ולא גזלתי כלום עכ"ז נשבע ואף שיש לו מיגו דאי בעי אמר אינני שותפו כלל משום דלא אמרינן מיגו להפטר משבועה דכל עיקר טעם מיגו הוא דאמרינן דוודאי אומר אמת דאם היה רוצה לטעון שקר היה טוען טענה זו ולכן בפטור ממון וודאי ששוקל דבריו כדי להפטר מממון וכן עדים מדקדקים יפה בעדותם כשמעידין בב"ד אבל לעניין פטור שבועה אינו שוקל דבריו כל כך ויכול להיות שלא עלה על לבו טענת המיגו [כ"ל] ובסי' רצ"ו יתבאר עוד טעם בזה וי"א דאמרינן מיגו כמו בממון דשבועה אתי לכלל ממון כשאין רצונו לישבע [רא"ש] ולכן אם אין עדים שהוא שותפו אינו יכול להשביעו ואף דהוה מיגו דהעזה גדולה כשהיה אומר לו שלא היה שותפו כלל אמנם מפני ששבועה זו אינה אלא מדבריהם לכן במיגו כל דהוא פטרינן ליה משבועה [סמ"ע ס"ק ע"ז] ובשד"א לא אמרינן מיגו כזה כמ"ש שם:

ה כמו שהוא בעצמו יכול להשביע בטענת שמא כמו כן אם מת משביע היורש את שותף אביו או אריסו או בן ביתו בטענת שמא ואף אם לא צוה לו מורישו להשביעו יכול להשביעו כשחושדו ואם אביהם צוה שלא להשביעו כי הוא נאמן אצלו אין ביכולת היורש להשביעו על העסק שבחיי מורישו ובעל שמת אם יכול היורש להשביע את אשתו נתבאר באהע"ז סי' צ"ח ע"ש:

ו שותפים ששניהם עוסקים בהעסק כל אחד יכול להשביע לחבירו ואפילו אם רק אחד עוסק בהעסק אלא שמוסר להשני סחורתם או מעותם בלא משקל ומדה ובלא מניין יכול ג"כ זה העוסק להשביע לחבירו אבל אם כשמוסר לו סחורה או מעות מוסר לו במשקל או מדה או מניין אין ביכולתו להשביעו בטענת ספק אא"כ יש לו עליו טענת ברי ככל תובע ונתבע ורק זה שאינו עוסק יכול להשביע להעוסק גם בטענת ספק וכששניהם צריכים לישבע מי נשבע תחלה תלוי בראיית עיני הדיין [פ"ת] ואם הדיין אינו יכול להכריע יטילו גורל אבל ביחד אין להם לישבע [סבו"י] דאולי יהיה הכחשה מאחד לחבירו יתראה להדיא השבועת שקר מאחד מהם כמו שכתבנו בחנוני ופועלים בסי' צ"א וכן בכל מקום ששני הבע"ד צריכים לישבע אין בהם דין קדימה אפילו כששבועתו של אחד חמורה משל חבירו והעיקר תלוי בראיית עיני הדיין לפי טיב העניין:

ז כתב הרמב"ם ז"ל בפ"ט משלוחין המשלח ביד חבירו חפץ למכרו או ששלח מעות בידו לקנות לו פירות או סחורה אע"פ שלא נתן לו שכר על זה ואין לו חלק ולא הנאה בשליחות זו הואיל ונשא ונתן בממון חבירו הרי זה כבן בית ויש לו להשביעו מספק שלא עיכב משלו כלום עכ"ל והרשב"א ז"ל חולק בזה דאין סברא כלל לחייב שליח בטענת שמא דא"כ מי שישלח שליח לקנות לו בדינר פירות יטיל עליו שבועה וינעל דלת בפני כל השלוחים ועוד הביא ראיות לזה ולכן כתב שאין השליח חייב לישבע אלא כשבא ליטול כגון שנוטל בריוח דהוה כשותף או שהוציא הוצאות ובא ליטול כעין המבואר בסי' צ"א ואז אין חילוק בין אם נוטל שכר אם לאו עכ"ל ורבותינו בעלי הש"ע הביאו שני דיעות אלו בסעי' ד' ונלע"ד דוודאי גם הרמב"ם ז"ל אין כוונתו שכל שליח ישבע דאין זה סברא כלל שאם אחד ישלח מעות או חפצים להוליכם לאיזה מקום יטיל עליו שבועה בטענת ספק [וכ"מ בקדושין מ"ג: ע"ס] אפילו אם נוטל שכר בעד שליחותו או אם אחד ישלח את חבירו לקנות לו או למכור לו איזה חפץ שיטיל עליו שבועה בטענת ספק וכוונת הרמב"ם ז"ל הוא כשהיה בדרך מסחור כגון ששלחו למכור מחפיציו או חפץ אחד יקר כמו אבן טוב או נתן לו מעות לקנות לו סחורה או פירות לסחורה ועיקר כוונתו ללמדינו דשבועת ספק של בן הבית אינו דווקא כשעוסק בכל עסקיו אלא אפילו מסר לו מסחור אחד לקנות או למכור כיון שהדבר מכונה בשם מסחור ומסרו לידו יכול להשביעו וזהו בן הבית ולפ"ז לא פליגי כלל ומלשונו למדנו דבנוטל שכר ג"כ צריך לישבע מדכתב אע"פ שלא נתן לו שכר וכו' משמע להדיא דכ"ש כשנתן לו שכר וכן מבואר מלשון הרשב"א שכתב דאין חילוק בין נוטל שכר בין אינו נוטל וכמו שכתבנו בסעי' ב' שכן עיקר לדינא:

ח לא נתנו לו חכמים כח זה להשביעו בטענת ספק אלא כל ימי משך העסק דאז ביכולתו תמיד להשביעו

ביז

בין בתחלת העסק ובין באמצעו ובין בסופו אבל כשנתפרדו זה מזה כגון שחלקו השותפות והאריסות או שנגמר העסק והאשה נתגרשה והבן הבית נפרד ממנו מלהתעסק בעסקיו והשליח הביא לו הסחורה או המעות ממכירת סחורתו ושתק והלכו להם ולא תבעם מיד הרי הם אח"כ כשאר כל אדם ואינו משביעם בטענת ספק ורק קב"ח יכול להטיל עליו שלא העלים ממנו כלום בעת שהיה שותפו או אריסו או אשתו או בן ביתו וגם בזה צריך להראות מקום חשד שיש לו עליהם [כ"ל] אבל אם היה לו טענת וודאי משביעו תמיד ומגלגל עליו כל מה שירצה מעסק הקודם או מעסק אחר כדין גילגול שבועה שיתבאר בסי' צ"ד וכן אם לאחר זמן נתחייב לו איזה שבועה בין של תורה ובין של דבריהם ובין היסת יכול לגלגל עליו כל מה שירצה מעסקים הקודמים שלא העלים ממנו אמנם אם השותפים פטרו זא"ז משבועה וכן ארים ובן הבית ואשתו שנתן להם נאמנות אינו יכול לגלגל עליהם אף כשנתחייבו לו שבועה מעניין אחר וכן אם מחל להם השבועה אין ביכולתו לגלגל [הו"ת]:

ט חלקו השותפות ונשאר להם חובות אצל אחרים אינם יכולים להשביע זא"ז מספק שהרי חלקו והחובות שנשארו דבר ידוע הוא וכחלוק דמי וכשהבע"ח יפרע יקח כל אחד חלקו וכן אם נשאר לאחד ביד חבירו דבר קצוב הן מעות הן סחורה אע"פ שלא נטלן הרי זה כאלו חלקו אבל כל זמן שנשאר דבר שלא חלקוהו עדיין ואין יודעים מדתו או משקלו או שנשאר להם עניין מהעסק שעדיין לא עשו בו חשבון ואין ידוע לכל אחד כמה יגיע לחלקו עדיין השותפות כאלו קיימת ומשביעין זא"ז ודווקא דבר שמקפידין עליו אף שהוא חלק קטן מהעסק אבל אם אין מקפידין על זה ולא חששו כלל לעשות חשבון בדבר קטן כזה או לחלקה אינו שייך שבעד זה יקרא עדיין שם שותפות [כ"ל] וכן שנים שלוו מאחד ועשו עסק והפסידו הכל ולא באו לחשבון לא הוה כחלקו וצריכין לישבע זה לזה [סמ"ע] אבל אם לא חששו לעשות חשבון מפני שראו שכולו היזק ונתייאשו הוה כחלקו [כ"ל] ואם אחד מהשותפים חלק את השותפות בלי ידיעת חבירו אינו כלום ויכול השני להשביעו דחלוקת אחד מהם אינה חלוקה לעניין זה [רבינו ב"י] והחולק אפשר שאינו יכול להשביע את השני מספק כיון שהוא חלק השותפות והוה כנסתלק מחבירו ומחל לו שבועתו ואם אשת השותף וזרעו עסקו בעסק השותפות יכול השותף השני להשביע את כולם ואפילו אם פטרו זה את זה משבועה מ"מ את אשתו וזרעו יכול להשביע אא"כ פטרם מפורש [הו"ת] וכבר כתבנו שהשותף יכול להשביע כל זמן שירצה אבל בעל את אשתו י"א שאינו יכול להשביעה כל זמן שאינה תובעת כתובתה ונתבאר באהע"ז סי' צ"ז ע"ש:

י תבע אחד מהם את חבירו ואמר השבע לי כי עדיין השותפות קיימת וזה משיבו כבר חלקנו או שאומר התובע אמת שכבר חלקנו אבל תנאי היה בינינו שאשביעך בכל עת שארצה ועדיין לא נשבעת לי וזה מכחישו אינו יכול להשביעו בטענת ספק ואפילו אומר הנתבע חלקנו וכך וכך נשאר לך אצלי וזה שנשאר זקפת עלי במלוה או הנחתו בפקדון אצלי וחשבון העסק כבר גמרנו אינו יכול להשביעו לא שבועת השותפים ולא היסת בטענת ספק ואינו יכול להשביעו אפילו היסת שכבר חלקו או שמעולם לא נשתתפו אם הנתבע טוען כן ואפילו ע"י גילגול אינו יכול להשביעו לפי שאין משביעין היסת ולא מגלגלין אלא טענה שאם היה מודה בה והיה מתחייב ממון אבל טענה שאפילו אם יודה לא היה חייב אלא שבועה כגון בטענה זו אם היה הנתבע מודה שעדיין לא חלקו או שהיה שותפו ואין בו רק חיוב שבועה אינו נשבע עליו כמ"ש בסי' פ"ז סעי' כ"ה ואף ע"י גילגול אינו נשבע בזה כמו שיתבאר בסי' צ"ד סעי' א':

יא טענו עדיין שותפי אתה ונשאר לי אצלך כך וכך וזה אומר כבר חלקנו ולא נשאר לך אצלי כלום או שאומר לא הייתי שותפך מעולם הרי ישבע הנתבע היסת שאין לו בידו כלום ומגלגל עליו שלא גזלו מעולם ושלא העלים ממנו ריוח שהיה שייך לו חלק בו [ס"ך] אבל אינו מגלגל עליו לשון שלא היה שותפו או שכבר חלקו מטעם שנתבאר בסעי' הקודם כיון שאין בהודאה כזו חיוב ממון:

יב טען התובע עדיין שותפים אנחנו ויש לי להשביעך בטענת ספק והלה אומר לא נשתתפנו מעולם והביא התובע עדים שהיה שותפו וחזר הנתבע אח"כ ואמר חלקנו כבר אין שומעין לו שהרי הוחזק כפרן לשבועה זו ומחוייב לישבע שבועת השותפים אבל בהשבועה נאמן דלממון לא הוחזק כפרן דאפשר אף שהיה שותפו לא נשאר בידו כלום משל שותפו אבל לשבועה הוחזק כפרן ואם אמר אח"כ שנשבע אינו נאמן עד שישבע לפני עדים [סמ"ע] וכן כל כיוצא בזה:

יג שותף שטען על חבירו פרט אחד מפרטי השותפות כגון שטוען שאיזו תנאי היה ביניהם והלה אומר לא היה תנאי זה או שטוען הקרן שלי היה מאה זהובים וקבלתי חמשים והלה אומר לא היה הקרן שלך רק חמשים או שטען סחורה זו שלי היא והלה אומר של שנינו היא וכל כיוצא בטענות כאלו הברירה ביד התובע או שישביענו עתה שבועת השותפים בכלל ויגלגל עליו כל הפרטים האלו בתוך השבועה החמורה או שעתה לא ישביענו רק היסת על הפרט שתובע בכל טוען ונטען ואח"כ במשך העת אם ירצה ישביענו שבועת השותפים ג"כ ואין הנתבע יכול לומר למה אשבע לך עוד פעם שבועת השותפים כשתרצה להשביע אותי מוטב לי לישבע עתה שבועת השותפים ותגלגל עלי כל

מה שהרצה כמו בשארי תביעות שביכולת הנתבע לומר כן כמ"ש בסי' פ"ז סעי' כ"ג והטעם יראה לי דבשלמא בטענות וודאים וודאי דיכול הנתבע לומר כן לא אשבע שני פעמים אבל בזה שעתה טוענו טענת ברי ומחייבו היסת ושבועת השותפים אינו יודע אתה אם יחייבנו אם לאו ויראה לפי העניין אם יהיה לו מקום לחשוד אותו ישביענו ואם לאו לא ישביענו וודאי דיכול התובע לומר כן וישבע היסת לע"ע ואם הודה במקצת ישבע שד"א ואח"כ אם יראה מקום שיחשדנו ישביענו שבועת השותפים ואמנם בכופר הכל כשמשביעו עתה היסת יכול הנתבע להפכה על התובע כמ"ש בסי' פ"ז דהיסת יכול להפך ושבועת התורה ושבועת ספק אינו יכול להפך [כנלע"ד ביאור הס"ע סעי' י"ב ע"ש]:

יד כלל גדול יש בשבועת השותפים שאינו נאמן השותף בשבועתו להוציא מחבירו אלא להחזיק מה שת"י דאין השותף מהנשבעים ונוטלים אלא מהנשבעים ונפטרים ולהוציא אינו נאמן רק ע"י בירור גמור או ע"י עדים ולא ע"י שבועתו ורק אם טוען שחבירו יודע ממה שתובעו שמגיע לו כפי חשבונו שאומר או אפשר שיודע מזה [סמ"ע וס"ך] דיכול להשביעו שבועת השותפים ולגלגל עליו שאינו יודע מזה או שאין החשבון כדבריו [ועי' בסי' ל"ד סעי' ד' מ"ש שם] ואם השותף השני לא עסק כלל בהעסק ואינו יכול להשביעו שבועת השותפים אם טוען ברי ששותפו יודע מהחשבון שלו משביעו היסת וכשאינו טוען ברי אינו יכול להשביעו רק מטיל עליו ח"ם לפיכך ראובן ושמעון שהיו שותפים בעסק שהניח זה מנה וזה מנה והעסק היה על סך יותר מזה כגון שלקחו סחורה בהקפה וכיוצא בזה וטוען ראובן שהיה הספד שלשה מנים ותובע משמעון חמשים מכיסו אינו יכול להוציא ממנו החמשים במה שישבע שהיה הפסד שלשה מנים ואינו נאמן רק על מנה של שמעון שתחת ידו ולא עוד אלא אפילו יש ת"י שמעון מנה מהשותפות אינו נאמן להוציא ממנו מנה זו אלא המנה בחזקת שניהם וחולקים אבל אין שמעון יכול לומר כיון שאינו נאמן להוציא ממני לא אתן לו כלום מהמנה שתחת ידי והטעם דכיון דראובן נאמן בשבועתו על המנה שת"י שהפסיד ממילא נשאר המנה שביד שמעון בחזקת שניהם וחולקים ביניהם ואם לא היו החלקים שוים חולקין לפי ערך החלקים ומה תקנתו של ראובן אם מודה ששמעון אינו יודע מכל ההפסד שמראה בחשבונו אין לו על שמעון רק קב"ח שראובן אינו נאמן לו בשבועתו על החשבון ואם אומר שאפשר ששמעון יודע ישביענו שבועת השותפים ויגלגל עליו שאינו יודע ואם שמעון לא עסק כלל בהעסק אינו יכול להשביעו אלא כשטוען ברי ששמעון יודע משביעו היסת שאינו יודע מההפסד ושראובן אינו נאמן לו בחשבונו ובשבועתו דאם מאמינו בהכרח צריך שישלם לו כפי חשבונו וכזה דנים גם אם אחד הניח מעות בהעסק יותר מחבירו ויבין הדיין לפי הכלל שבארנו במה נאמן בשבועתו ובמה אינו נאמן ובהסך שאינו יכול להוציא משמעון א"צ לישבע על זה ולמה לו לישבע אחרי שאין ביכולתו להוציא ממנו ע"פ שבועתו ושנים שהטילו לכיס זה מנה וזה מאתים ולא התנו ביניהם כמה יהא חלקו של כל אחד כיצד הולקין בריוח ובהפסד יתבאר בסי' קע"ו מן סעי' י' עד סעי' י"ט ע"ש ואם שמעון אומר שיודע מההפסד רק שחושש שמא הרויח ראובן במקום אחר מהשותפות חייב לשלם רק שישבע ראובן היסת שלא הרויח ממקום אחר או אם מודה שהרויח כמה הרויח [תו"ת וכס"מ]:

טו וכן כשטוען אחד מהשותפים שמגיע משותפות מנה לאיש פלוני אם היה בידו כדי החוב והיה יכול ליתנו לאותו פלוני נאמן במיגו דאי בעי הוה אמר אין בידי כלום ונותנים החוב לאותו פלוני ואחר ששלם החוב עושים חשבון ומחלקים ביניהם מה שנשאר מהשותפות ואם לא היה בידו ליתן שלא יהיה ידוע להשותף ואין לו מיגו אינו נאמן להוציא ממון או מסחורה הידוע לשותפות וכ"ש להוציא משותפו וליתן לאותו פלוני דחיישינן שמא עשו קנוניא ביניהם כדי להוציא מהשותף ואפילו אם היתה מלוה בשטר ביד פלוני זה אם השטר כתוב על שם זה השותף לבדו אין השני חייב לשלם כלום ואם טוען ששותפו יודע בוודאי שזה החוב שעלי הוא מעסק השותפות ושעדיין לא נפרע החוב יכול להשביעו היסת שאינו יודע שחוב זה מגיע מעסק השותפות ושעדיין לא נפרע או אם השני הוא עוסק ג"כ בהעסק ישביענו שבועת השותפים ואת זה ישבע ע"י גילגול וכשישבע אז ישלם הוא כל החוב מכיסו וכשמשביעו ע"י גילגול אזי אפילו אם אינו טוען ששותפו בוודאי יודע אלא ספק אצלו אם יודע ג"כ יכול לגלגל עליו ע"י שבועת השותפים [כנלע"ד וכן בסעי' הקודם וסט"ז חולק וס"ל דאף בגילגול אין משביעין בספק ול"ע להלכה בסוף כן ועסמ"ע ס"ק כ"ו וש"ך ס"ק ט"ו ודו"ק]:

טז ראובן ושמעון שותפין ויצא שט"ח על לוי בשם שמעון על מאה דינרים מממון השותפות ואמר שמעון נפרעתי מלוי והחזרתי המעות לכיס השותפות או שאמר קבעתי לו מתחלה זמן על שנה או יותר אם השטר הוא ת"י שמעון דיש לו מיגו שהיה מחזירו ללוי נאמן במיגו [תו"ת] אבל אם אין השטר ת"י או שהוחזק השטר בב"ד או בעדים באופן שאין לו מיגו אין שמעון נאמן וכיצד דנין בדין זה ללוי כבר נפטר או יכול להאריך הזמן ע"פ הודאתו של שמעון ונגד ראובן אין שמעון נאמן בלא ראיה וישלם מכיסו או אם האריך לו הזמן ישלם לע"ע מכיסו ויתבע מלוי בהזמן שאמר וכל זה הוא כשאין מבואר בהשטר שהממון הוא של שותפות אבל כשמפורש בהשטר שהוא ממון השותפות אף שנכתב על שם שמעון

שמעון לבד אם אין לו מיגו לשמעון אין שמעון נאמן בהודאתו רק על חלקו ולא על חלק ראובן וראובן יכול לתבוע מחצה שלו משמעון או מלוי אם אינו יכול להוציא משמעון אבל כשהשטר הוא ת"י שמעון ויש לו מיגו אף בכה"ג נאמן שמעון בכל מה שיאמר כיון שהשטר הוא על שמו לבדו [סמ"ע סי' ק"ח ס"ק כ"ט] וי"א דאין הטעם משום שנכתב על שמו דכיון שכתוב שהוא מממון השותפות לא מהני מיגו בכה"ג כמ"ש בסי' ק"ח אלא דבכאן נאמן שמעון כשהשטר יצא מת"י ויש לו מיגו משום דשותף דינו בזה כשליש דהא האמין לו והיה יכול לעשות כל מה שירצה ולכן נאמן במיגו [ב"ח ואו"ת] ולפ"ז אף אם נכתב השטר על שם שניהם אם היה לו מיגו לאחד מהשותפים נאמן אבל לדיעה ראשונה אינו נאמן אף במיגו כשנכתב על שם שניהם [כ"ל] :

יז ראובן ושמעון שותפים וקנה ראובן סחורה מעובד כוכבים ומכרן ללוי ונתחייב לוי לפרוע להעובד כוכבים והוא לא רצה בבטוחות לוי לבדו וכתב ראובן להעובד כוכבים שטר שאם לא יפרע לו לוי לזמן שקבע שיפרענו הוא ואח"כ חלקו ראובן ושמעון השותפות ביכולתו של ראובן לכוף לשמעון שיעשה לו שטר שבאם יברר ראובן שהוכרח לפרוע להעובד כוכבים שיפרע לו שמעון חלקו ובכל מה שיוציא הוצאות על עסק זה כל מה שיברר ואם לא יהיה ביכולת לברר ההוצאה ישומו הבקיאים בדבר אבל בשבועה אינו יכול להוציא משמעון ההוצאה ולא דמי למ"ש בסי' צ"א דכל מקום שזה יודע וזה אינו יודע שישבע היודע ויטול דבשם בע"כ ישלם לו כיון שצוה לו להוציא הוצאות משא"כ בכאן הא לא צוה לו [או"ת] ויש מי שרוצה לומר שאין ביכולת ראובן להוציא משמעון חלקו אא"כ יברר ראובן בעדים שלוי לא פרע לו להעובד כוכבים אבל בלא זה אף אם ראובן היה מוכרח לשלם לו א"צ שמעון לשלם חלקו כיון שהעובד כוכבים בא בעלילה עליו אין אדם נתפס על חבירו כמו שיתבאר בסי' קכ"ח [סמ"ע] אבל מדברי רבינו הב"י בסי' קע"ו בספרו בדק הבית לא נראה כן לדינא דכיון שראובן עשה לטובת השותפות ואם שמעון היה בזה היה גם הוא מוכרח לחתום על השטר ביחד עם ראובן ומה חטא ראובן בזה ולכן אם רק הוכרח ראובן לשלם לו מחוייב שמעון לשלם חלקו וממ"נ אם לוי באמת לא פרע לו הרי חייבים לשלם ואם לוי פרע ולא קיבל מהעובד כוכבים פטורים הלא לוי פשע בזה ולא ראובן [והסמ"ע לא ראה ס' בד"ה כידוע וע' באו"ת ובתשו' הרא"ש אורחא דמילתא נקיט וכ"מ מסי' קל"א ע"ש ודברי הסמ"ע בסי' קע"ו סעי' ל"ז לא נתבררו אצלי ודו"ק] :

יח מעשה באחד מהשותפים שתבע את השני בהיות שמעסק שהיה לו עם אנס אחד וטעה בחשבון והכנים המעות לשותפות וירא שמא יזכור על זה ויצטרך להחזירו ולכן מבקש שיעשה לו השני שטר על זה שכשיצטרך לפרוע לו חלקו ועוד תבעו שבאשר שהיה לו משכנות ומכרם וירא שיבא לו הפסד מזה ומבקש שיעשה לו שטר שכשיהיה לו הפסד ישלם לו חלקו והשני משיבו הלא גם אתה לא נתת שטר ומי יודע אם תבא לידי הפסד וכשתבא לזה אשלם לך חלקי ולמה אתן לך עתה שטר ופסקו שהדין עמו דא"צ ליתן שטר אלא שיודה בפני עדים שהמעות שסכומן כך וכך מהטעות הכניסם שותפו לשותפות וגם יודה בפניהם על המשכנות שמכר שאם יגיע מזה הפסד לשותפו שישלם חלקו והעדים יכתבו להתובע הודאתו של השני ויתנוה ביד התובע לראיה שלא יהיה השני נאמן לטעון אח"כ שלא הכנים המעות לשותפות וגם על המשכנות כדי שיהיה זה בטוח כשיפסיד ויש נ"מ בין אם היה כותב בעצמו שטר לבין שטר הודאה של העדים דבשטר עצמו היה השני חושש שכאשר יצטרך לשלם לו יגבה גם מלקוחות שלו שקנו אח"כ מהשני בטענתו דהיה להם ליזהר לקנות ממנו דאולי יצטרך לשלם לו [ט"ז] :

יט עוד היה מעשה בראובן ושמעון שותפים והיה לאחיו של ראובן מעות אמר ראובן לאחיו תשתדל עמנו בעסק השותפות ותניח מעותיך עם שלנו וקח ריוח בכדי מעותיך ושמעון לא ידע מזה ואח"כ טען שמעון כיון שלא הודעתני מזה אין לי ליתן לאחיך מן הריוח ותן לו מחלקך וראובן אומר כיון ששותפים היינו יש לכל אחד מאתנו כח לעשות כל מה שנראה בטובת העסק ואני ראיתי טובת העסק במה שהכנסתי את אחי ומעותיו להשותפות ולמה אפסיד במה שלא הודעתיך כיון שעשיתי לטובת העסק ופסקו שהדין עם ראובן ויטול אחיו חלקו בריוח כפי חלקו במעותיו כמו שהתנה ראובן עמו אך ביכולת שמעון להטיל עליו קבלה שהיתה כוונתו לטובת השותפות ודווקא שהכנים את אחיו עם מעות אבל אם הכנים אותו או איש אחר ליקח חלק בהעסק בלא מעות וודאי דאינו נאמן לומר כן אם לא שיברר בראיות ברורות שטובת העסק דרש כן [כ"ל] ואם השותף ידע מזה שהכניסו לזה האחר להעסק ליטול חלק ושתק שתיקה כהודאה דמיא ונוטל חלק בכל עניין וכן אם מיחה בו בפירוש אפילו הכניסו במעות אינו נוטל משותפות רק מחלק זה השותף שהכניסו [כ"מ מספוסקים] :

כ באו לחלוק את השותפות והוציא אחד מהשותפים קצת שטרות מפלוני ופלוני שמכר להם בהקפה וטוען השני לא צויתי לך למכור בהקפה ולא אטול בחלקי כלום מהשטרות וקח לך השטרות ואני אטול חלקי ממזומן ומסחורה אם מנהג העיר למכור בהקפה צריך השני לקבל אך שיכול להשביעו שאלו ההקפות הם מעסק השותפות ושעשאם לצורך טובת העסק או שיברר בפני ב"ד ע"י אומדנא דמוכח שזה היה לטובת העסק ויפטר

וְיפטר משבועה [כ"ל] ואם אין מנהג העיר למכור בהקפה לא יטול השני חלקו בהקפה אא"כ יברר האחד בבירור גמור שהיה מוכרח לעשות כן ושבלתי אפשר היה לעשות באופן אחר [כ"ל] כללו של דבר כל מה ששותף אחד עושה ונראה שהוא לטובת העסק כמו בסעי' הקודם שמכנים אחר עם מעות או שמכר בהקפה במקום שהמנהג כן אף שלא הודיע להשני מ"מ מוכרח השני לקבל ואינו יכול ליתן לו רק קבלה כיון שזה טוען ברי שלטובת העסק עשה ולא יצא מדרך בעלי העסקים אבל אם יצא מדרך בעלי העסקים כגון שהכנים אחר שלא במעות או מכר בהקפה במקום שאין המנהג כן אם השני ידע ושתק שתיקה כהודאה דמיא ואם לא ידע א"צ לקבל בחשבון אא"כ זה העושה מברר בראיות ברורות שהוכרח לעשות כן לטובת השותפות ועיקרי דיני שותפות מבואר בסי' קע"ו [בירושלמי אמר דהשבעין בספק אינו אלא כשלא הכניסו העסק בחשבון אבל בחשבון אין יכול להשביע בספק וכל הפוסקים השמיטו זה דבש"ס שלנו לא משמע כן ודברי הפ"נ בס תמוהים] :

סימן צד [דיני גילגול שבועות ובו י"א סעיפים] :

א אמרו רבותינו ז"ל מניין לגילגול שבועה מן התורה שנאמר בסוטה שקינה לה בעלה מאיש פלוני ונסתרה עמו ומשקה אותה המים המאררים לבודקה אם טהורה היא אם לאו והכהן משביע אותה וכתיב ואמרה האשה אמן אמן ובאה הקבלה דלכך הוכפלה שני פעמים אמן שהכהן מגלגל עליה להשביעה אם לא זינתה מאיש אחר אף שהבעל לא קינא לה רק מאיש פלוני ובלא קינוי א"א להשקותה מ"מ כיון דנאסרה על בעלה גם אם זינתה מאיש אחר מגלגל עליה אף שהקנוי לא היה ממנו ומזה למדנו גילגול שבועה ולכן אמרו רז"ל דכל מי שנתחייב שבועה בב"ד אפילו שבועת היסת יכול בעל דינו לגלגל עליו כל תביעה שיש לו עליו אף שלא בא עמו עתה לדין בעד תביעות אלו ואף אם בעד אלו התביעות לא היה יכול להשביעו כמו בסוטה דעל איש אחר לא היה יכול להשקותה כיון שלא קינא לה ממנו אמנם איזה תביעה יכול לגלגל עליו דווקא תביעה כזו שאם היה הנתבע מודה להתובע היה חייב ממון בהודאתו כמו בסוטה דאף אם זינתה מאיש אחר הרי נאסרה על בעלה אבל תביעה כזו שאף אם היה מודה בה לא היה חייב ממון אלא שבועה כגון שמגלגל עליו טענה שהיה עמו שותף ונתחייב לו שבועת השותפין והנתבע אומר לא הייתי שותפך אין מגלגלין טענה כזו דאף אם היה מודה לו שהיה שותפו לא נתחייב בממון אלא בשבועה אמנם אם מודה שהיה שותפו או שידוע שהיה שותפו יכול לגלגל עליו שלא הרויח כלום באותו זמן או שלא הרויח יותר ממה שהראה בחשבון וכן כל כיוצא בזה רק בשכיר אין מגלגלין כמ"ש בסי' פ"ט דאליו הוא נושא את נפשו ע"ש :

ב יש מהקדמונים שכתבו דכשהנתבע הפך השבועה על התובע שישבע ויטול אין מגלגל עליו הנתבע טענות אחרות וכתבו הטעם מפני דהיפוך שבועה הוא דרבנן וגילגול שבועה בדרבנן הוי ג"כ דרבנן ותקנתא לתקנתא לא עבדינן ורבינו הרמ"א הביא דיעה זו בסעי' א' וגדולי האחרונים חלקו בזה דאם נאמר דזה מקרי תקנתא לתקנתא א"כ גם כשהנתבע נשבע היסת או שארי שבועות דרבנן לא נגלגל בהם מפני טעם זה אלא וודאי דגילגול הוי כעיקר שבועה וכמו שבשבועת התורה הוי גילגול כעיקר שבועה כמו כן בשבועות דרבנן דכל דתקון רבנן כעין דאורייתא תקון [ס"ך וע"ז ואו"ת וכס"מ] וכן בחשוד שהכנגדו נשבע ונוטל ג"כ יכול לגלגל על השכנגדו כל מה שרוצה [או"ת] ולענ"ד נראה דטעם הקדמונים אינה מפני תקנתא לתקנתא כפשטא דלישנא אלא דה"פ כיון דחכמים נתנו לו רשות להנתבע להפוך השבועה על התובע אינו יכול להפך עליו יותר ממה שהיה רוצה להשביעו בתביעה זאת דאם יעשה כן אין זה היפוך אלא תוספת וזהו כוונתם במה שאמרו תקנתא לתקנתא רצה לומר דעצם שבועה דרבנן היא והוסיפו בתקנה להפכה על התובע ואם יתקנו בה יותר מהיפוך הוה כתקנתא לתקנתא אבל בחשוד בשד"א שהכנגדו נשבע ונוטל וודאי דיכול לגלגל ולכן לענ"ד אין לדחות פסק דינו של רבינו הרמ"א והקדמונים [ריטב"א ותס"ד]

ג אם הדיינים יודעים שיש להתובע על הנתבע טענות שיש לגלגל עליו בשבועה זו ב"ד מעצמם מגלגלין אפילו לא תבע התובע לגלגלם כמו גבי סוטה שהכהן מעצמו מגלגל בלי בקשת הבעל אבל אם הב"ד אינם יודעים כלל שיש לו עוד טענות אין להם לגלגל ולא לעורר את התובע בטענות אחרות שלא להיות כעורכי הדיינים [ס"ך] ואע"פ שגם הכהן אינו יודע מאיש אחר שאני התם דכיון דיש רגלים לדבר שהרי נסתרה עם זה הוי כמו שיש מקום לחושדה :

ד אין מגלגלין על הנתבע עוד טענות אא"כ טוען הנתבע טענת וודאי על הגילגול שמכחישו להתובע כמו בסוטה שהאשה טוענת וודאי שלא נטמאה עם איש אחר אבל אם הנתבע טוען שמא על הגילגול אין מגלגלין עליו שישבע כן בגילגולו שאינו יודע מטענה זו של התובע אבל התובע א"צ לטעון טענת וודאי ואפילו על טענת ספק שלו מגלגלין כמו בסוטה דהבעל אינו יודע וודאי שנטמאה מאיש אחר ובלבד שיהא רגלים לדבר לטענת שמא שלו של הגילגול כגון שבועת

השותפות

השותפות כשמגלגל עליו מקרי רגלים לדבר מפני שמורה התירא דהרי גם בסוטה יש רגלים לדבר שהרי נסתרה ולא תקשה לך בזה שכתבנו דבטענת שמא של הנתבע אין מגלגלין והלא בסי' צ"ג סעי' י"ד כתבנו שם דהשותף ישבע ע"י גילגול שאינו יודע שהיה פחת כל כך ע"ש ולמה ישבע הרי טוען בשמא שאני התם שזהו הכל בכלל שבועת שותפות שלא עיכב משלו כלום מפני שאינו יודע שהיה פחת כל כך [תו"מ] אמנם אם בעיקר השבועה טען שאינו יודע ונתחייב לישבע על זה יכול לגלגל [ש"ך] ויש להסתפק אם יכול לגלגל בזה גם שארי דברים שהנתבע אומר איני יודע כיון דעיקר השבועה היא על אינו יודע או שאין חילוק בזה ואינו דומה לשבועת התורה שעיקרה בשמא כמו שבועת השומרים שמגלגלים בה אף בשמא כמו שיתבאר וע' בסעי' י' :

ה זה שאמרנו דכשהנתבע טוען שמא על הגילגול אין מגלגלין נתבאר בסי' ע"ה סעי' כ"א דזהו דווקא כשהתובע אינו טוען ברי שהנתבע יודע וודאי בתביעה זו שטוענו אבל כשטוען שהנתבע יודע וודאי אז מגלגלין עליו אף כשטוען שמא ושבועה שעיקרה בשמא כמו שבועת שומרים מגלגלין אף בשמא דגילגול הוי כעיקר שבועה עצמה [וה"ה קושית הש"ך מסי' סד"מ ודו"ק] וי"א דכשהנתבע חייב היסת על השמא כגון שתובעו מנה ואומר איני יודע אם נתחייבתי לך כמ"ש בסי' ע"ה דמגלגלין אותה בהשבועה החמורה ואם פטור גם מהיסת אין מגלגלין אותה [ט"ז] ויש מהראשונים שחולקים על כל עיקר דין זה וס"ל דאם טוען על הגילגול איני יודע דנין בזה דין דמתוך שאינו יכול לישבע משלם כמ"ש שם בסעי' כ"א :

ו מי שנתחייב שבועה אפילו היסת [ש"ך] והתחיל התובע לגלגל עליו דברים אחרים שלא טען אותם מקודם בהטענות שנתחייב שבועה וכשראה הנתבע כך אמר איני רוצה לישבע אלא הריני משלם בעד הטענה הראשונה שנתחייבתי על כפירתה שבועה אין שומעין לו דכיון שנתרצה בשבועה ממילא חלו עליו הגילגולים ואומרים לו הב"ד או תן לו כל מה שגילגל עליך מהטענות הוודאים או השבע על כולם ואפילו רוצה ליתן לו דמי הגילגולים ג"כ אלא שהתובע רוצה דווקא החפצים עצמם שתובע מפני שחושש שנתן עיניו בחפיציו אלו ג"כ ביכולת התובע לעכב שיתן לו החפיצים עצמן או שישבע עליהן וזהו דווקא כשהתובע מגלגל עליו טענת וודאי אבל כשמגלגל עליו טענת ספק יכול הנתבע לומר על עיקר התביעה אשלם ולא אשבע ועל הגילגול לא אשבע ולא אשלם ואע"פ שלגבי התובע הוה ספק כוודאי בגילגול כמו שנתבאר מ"מ לעניין זה אין כח הספק ככח הוודאי דבוודאי מוכרח הנתבע או לשלם כולם או לישבע על כולם ובספק אם רצה משלם בעד עיקר התביעה ופטור מהגילגולים ואי קשיא למה לנו בטענת וודאי של התובע להשביעו להנתבע ע"י גילגול הא בלא"ה יכול להשביעו היסת על טענת וודאי די"ל כגון שנתחייב לו שבועה חמורה ורצונו לגלגלה בהחמורה [ק"ל] אי נמי שיכול להיות שגם בוודאי אין משביעין עליה בפ"ע אם לא ע"י גילגול כגון שפטרו בטענה זו משבועה ולא מגילגול שבועה [תו"מ] או בטענת פרוזבול היה לי ואבד שנתבאר בסי' ס"ז שאין משביעין על זה או כשטוען על ריבית שבהיתר לקח שנתבאר בסי' פ"ב שאין משביעין על זה [ש"ך] ויש מפקפקים בפרוזבל ובריבית כיון שע"פ הדין נפטר משבועה למה לא יהיה פטור גם מגילגול [תו"מ] :

ז בד"א כשנתרצה בשבועה מתחלה על עיקר הטענה ואח"כ רוצה לחזור בו אבל אם כשחייבוהו שבועה אמר אשלם ולא אשבע ואחר שאמר כן תבעו דברים אחרים אינו יכול לגלגל עליו כיון שנתרצה לשלם קודם שאמר שרצונו לגלגל עליו דברים אחרים לא חלו עליו הגילגולים וידין עליהם בפ"ע ויראה לי דאפילו אם בשעת הטענות אמר התובע אני תובעו בכך וכך ואם יכפור לי ישבע לי ואגלגל עליו עוד טענות והלה הכחישו ופסקו לו ב"ד שבועה ואמר מיד אין רצוני לישבע ואשלם דפטור מהגילגולים כיון שבשעת פס"ד שאז חל עליו חיוב השבועה אמר שישלם אבל אם בשעת התביעה תבעו העיקר על איזה דבר ואמר אם תכפריני השבע לי ואגלגל עליך גם תביעה פלונית ופלונית כיון שהזכיר הדבר מפורש אף כשתיכף להפס"ד אמר הריני משלם את עיקר התביעה לא מהני וצריך או לישבע על הכל או לשלם את הכל וכן משמע בירושלמי ספ"ז דשבועות שהביאו הרי"ף והרא"ש שם [דלפמ"ש הרא"ש שם דמתחלה תבעו מלת פלן ופלן קשה דמה לנו לגילגול הרי מעיקר התביעה היא וגם ר"ז למה לא פסק על זה הלא וודאי כדפרשנו ודו"ק] :

ח וזה שבארנו שכשנתרצה לישבע וכששמע הגילגולים אמר אשלם ולא אשבע דאין שומעין לו מ"מ גם להתובע אין שומעין כשטוען שהנתבע ישלם לו בעד עיקר הטענה כיון שנתרצה בעצמו כן ועל הגילגולים ישבע כפי הדין דאנו אומרים להתובע דזה שהנתבע נתרצה לשלם זהו כשלא ישבע על הגילגולים אבל כשישבע על הגילגולים ישבע על הכל ולמה ישלם בעד עיקר הטענה ולכן אפילו יצא הנתבע מב"ד כשנתרצה לשלם את עיקר הטענה ונתבאר בסי' כ"ב דאם קיבל עליו לפרוע ויצא מב"ד אינו יכול לחזור בו מ"מ בכאן יכול לחזור בו דאנן סהדי שזה שנתרצה לשלם היתה כוונתו כדי להפטר משבועות הגילגולים וא"כ מאחר שלא נפטר מהם נשבע גם על עיקר הטענה :

ט מי שנתחייב שבועת היסת ורואה שהתובע מגלגל עליו

עליו הרבה טענות והפך הגילגולים על התובע שישבע ויטול ועל עיקר הטענה רצונו לישבע וליפטר יכול התובע להכריחו או שישבע על הכל או שיהפוך עליו הכל ואע"ג דבכל שבועת היסת יכול הנתבע להפך על התובע ולמה יגרעו הגילגולים שאין ביכולתו להפכם אותם לבד דוודאי כן הוא שביכולתו להפך אך בזה שעיקר השבועה רוצה לישבע יכול התובע לגלגל עליו גם שארי הדברים אם אין רצונו להפוך העיקר והגילגולים על התובע אמנם להיפך מזה אם הנתבע רוצה לישבע על הגילגולים ואת עיקר הטענה רוצה להפכה על התובע הרשות בידו דההיפוך מעיקר הטענה פשיטא שביכולתו לעשות ואין התובע יכול לומר כיון שרצונך לישבע על הגילגולים אכריחך לישבע גם על עיקר הטענה דבמה יכול להכריחו דוודאי גילגול בעיקר יכול לתלות דכן גזרה התורה לגלגל על העיקר גילגולים אבל לתלות העיקר בהגילגולים אין ביכולתו [כ"פ הגר"א דברי הסמ"ע בסעי' ו' ודלא כסמ"ע ס"ק י"ב ובזה מתורץ קושית הט"ז ומ"ש הט"ז והאו"ת ליישב דחוק הרבה ולהגר"א א"ש בפשיטות] וכן אם הגילגולים היה מטענות ספק כשרצון הנתבע לישבע על העיקר מוכרח לישבע בגילגול על הספיקות ג"כ או שיהפך כולם על התובע וי"א שגם אם רצון הנתבע לישבע על העיקר ואת הגילגולים רצונו להפך על התובע הרשות בידו [סמ"ע שם] ולדינא נראה כדיעה ראשונה [הגר"א ס"ק ט"ז וכ"מ ממקור הדין מהראב"ד פ"ח מטוען הל' י"ג ע"ש היטב]:

י טענו מנה והודה לו בחמשים ועל השאר טען איני יודע והתובע גילגל עליו כמה גילגולים והשיב הנתבע על הגילגולים אין לך בידי כלום אע"פ שעל עיקר השבועה אנו דנין דין דמתוך שאינו יכול לישבע משלם כמ"ש בסי' ע"ה מ"מ אין אנו מחייבין אותו שישלם גם הגילגולים ומה דינם של הגילגולים אם הם דברים שאם היה טוענן בפ"ע היה הנתבע חייב לישבע עליהם היסת או שבועה חמורה ישבע עליהם גם עתה ואם לא היה חייב עליהם שבועה גם עתה לא ישבע דאין להם שייכות עם עיקר הטענה [סמ"ע] כיון דאינו נשבע על עיקר הטענה אלא דמן התורה משלם עליה אין כאן גילגול כלל ואף שיש מי שאומר דגם כשאינו חייב שבועה על הגילגולים בפ"ע מ"מ מחוייב בכאן לישבע על הגילגולים או להפכם על התובע וטעמו משום דאע"ג דצריך לשלם על העיקר מ"מ לא פרחה חיוב שבועה ממנו לעניין הגילגולים כיון דבאמת מחוייב שבועה על עיקר הטענה אלא שאין ביכולתו לישבע [או"ת ע"ש] אין הלכה כן [סמ"ע והגר"א וכ"כ הש"ך בסי' ע"ה] וכן אם בעיקר הטענה כפר ועל הגילגולים אמר איני יודע ואפילו חייב שד"א על העיקר כגון שתבעו מנה והודה לו בחמשים וכפר לו בחמשים וכשבא לישבע גילגל עליו עוד טענות והשיבו על הגילגולים איני יודע ישבע על העיקר שד"א ויפטר מלישבע על הגילגולים כמ"ש בסעי' ד' דכשהנתבע טוען שמא על הגילגול אין בזה דין גילגול שבועה ואין דנין על הגילגולים דין דמתוך שאינו יכול לישבע משלם ואינו יכול רק להטיל עליו קבלה שאינו יודע בטענות הגילגולים אמנם אם היה חייב על הגילגולים שבועה גם אם היה תובען בפ"ע כגון שאומר איני יודע אם נתחייבתי לך וכיוצא בהם גם עתה ישבע עליהם:

יא אם נתחייב לו שד"א ובא לגלגל עליו דבר שכשהיה תובעו בפ"ע היה חייב היסת כתב רבינו הב"י בסעי' ח' דהנתבע יכול לומר השבועה דאורייתא אשבע ואפטר ואת הגילגול אני מהפך עליך שתשבע ותטול כדין היסת שיכול להפכה ויש חולקין בזה דכיון דגילגול שבועה הוא מן התורה דינה כשבועה עצמה וכשם שהשבועה עצמה אינו יכול להפך על התובע דשד"א לא מפכינן כמ"ש בסי' פ"ז כמו כן אין ביכולתו להפוך את הגילגול [ש"ך והגר"א] ויש מי שאומר דכיון שנתבאר דאין דנין דין דמתוך שאינו יכול לישבע משלם על הגילגולים וכשאומר על הגילגול איני יודע אין כאן דין גילגול ולכן אף שאינו אומר איני יודע אלא שאומר שלבו נוקפו בשבועה זו ורצונו להפכה על התובע לא גרע זה מאם היה אומר איני יודע [או"ת] ולפ"ז אין דין זה רק בטענת הלואה דכשאומר איני יודע אם נתחייבתי לך פטור מלשלם אבל בטענת פרעון לא שייך דין זה דאם היה טוען על הפרעון איני יודע אם פרעתיך היה חייב לשלם כמ"ש בסי' ע"ה [נה"מ] ויראה לי דלדיעה ראשונה שכתבנו בסעי' ט' בלא זה מוטל החיוב עליו לישבע גם על הגילגול כיון שנשבע בעיקר הטענה והוא לא טען על הגילגול איני יודע:

סימן צה [דיני שבועות קרקעות ועבדים ושטרות והקדש ובו י"ב סעיפים]

א כתיב כי יתן איש אל רעהו כסף או כלים לשמור וגו' ובאה הקבלה שהכתוב הזה נדרש בכלל ופרט וכלל כי יתן כלל כסף או כלים פרט לשמור חזר וכלל הוי כלל ופרט וכלל אי אתה דן אלא כעין הפרט מה הפרט מפורש דבר המטלטל וגופו ממון אף כל דבר המטלטל וגופו ממון נשבעין עליהם יצאו קרקעות שאינם מטלטלים ועבדים הוקשו לקרקעות בכל התורה כולה ושטרות אין גופן ממון שאינם עומדים אלא לראיה וכן הקדישות נתמעטו משבועה דאינם בכלל רעהו וכן של עובדי כוכבים [רמב"ם] ושל גר תושב [או"ת] (בימים קדמונים) אין נשבעין עליהם מן התורה ובקרקעות אין חילוק בין קרקע א"י לחוץ לארץ ולא שנא שבועה

דמודה מקצת ולא שנא בשבועה דעד אחד או שבועת השומרים ולא לבד שאין נשבעין על שמירתן אלא אינם בכלל דין שמירה כלל דמכל דיני הפרשה נתמעטו ואין חייבים עליהם רק אם הזיקו בידים כדין מזיק אבל בשמירה אין חייבים עליהם אפילו אם פשעו בשמירתן דפושע אינו כמזיק בידים ובין שומר חנם ובין ש"ש ובין שואל ושוכר פטורים מכל דין שמירתן ואם התנה לשלם הכל לפי תנאו דיכול האדם להתחייב עצמו בממונו אף במה שלא חייבתו התורה אך ההתחייבות צריך להיות בקניין [סמ"ע] ובסי' ס"ו סעי' מ"ח נתבאר בזה לעניין שטרות וה"ה לכל אלו הדברים שדין אחד להם ויש מרבותינו דס"ל שאם פשעו בהם חייבים דדינו כמזיק כמ"ש שם ועוד נתבאר שם בסעי' ט' ששטרות המלוכה היוצאים בהוצאה והולכת במדינה כמטבע גמורה אין דינם כשטרות אלא ככסף ממש ובעד כל הדברים האלו כשנאבדו אפילו כשהתובע תובע עתה מעות פטור כיון שבשמירה היה אחד מכל אלו ובשטרות אין חילוק בין שטר בעדים לשטר בכת"י הלוה או המוכר והנותן ואם יש בשטר שיעבוד קרקעות נתבאר בסי' פ"ח סעי' כ"א ודיני הקדש לא שייך בזמה"ז דהקדש הוא רק למזבח או לבדק הבית אבל הקדש לעניים או לבהכ"נ או לס"ת וכיוצא בזה דינם כנכסי הדיוט ונשבעין עליהן :

ב ודווקא שד"א אין נשבעין עליהן אבל שבועת היסת או שבועת המשנה נשבעין עליהן דשד"א היא גזירת התורה אבל שבועות של דבריהם שתקנו חכמים מפני תקון העולם אין סברא לחלק בין כל אלו ובין מטלטלין וע"י גילגול נשבעין עליהן מן התורה וזה שאמרנו שנשבעין עליהן היסת אין זה רק בטענת ברי כבכל שבועת היסת ולכן בשומרים שטענת הבעה"ב הוא טענת שמא אין נשבעין היסת אא"כ טוענו טענת ברי [עסמ"ע סק"ז] :

ג כל המחובר לקרקע הרי הוא כקרקע ואפילו תלוש ולבסוף חיברו כמו בתים וכתלים וגדרים וצינורות שקבען בקרקע ותנורים וכה"ג וי"א דתלוש ולבסוף חיברו לא הוה כקרקע ואמנם אפילו לדיעה זו בתים ובניינים הם כקרקע [ס"ך] דהרי לעניין קניינים ושיעבודים הויין כקרקע וכמו כן לעניין שבועה ולכן אם שאל או שכר בית או שהיה שומר בבית בין ש"ח בין ש"ש ונשרף הבית אפילו בפשיעתו שלא שמר האש כראוי כיון שלא שרפה בידים פטור ובסי' ש"א יתבאר עוד מזה :

ד דבר שנצמח מן הארץ כמו תבואה וזרעים וירקות ואילנות דינם כקרקע ואם הגיע זמנם לקצור או פירות האילנות לבצרם שאינם צריכים עוד לקרקע או להאילנות י"א דדינם כמטלטלין לכל דבר דכל העומד לקצור כקצור דמי ודעת הרמב"ם הוא דלעניין שומרים דינן בקרקע כיון דנתנם לשמור כשהם מחוברים ולא נתן להם על דעת שיתלשו אותם מן הקרקע הויין כמחובר [ס"ך] ולכן אם נתן לו גפנים או תבואה לשמור ופשע בהם אף שא"צ עוד לקרקע פטור משמירתן ומשבועה וכן אם תבעו עשרה גפנים טעונות מסרתי לך לשמור והלה אומר שלא היו אלא חמש והרי הוא מודה במקצת ובאופן שאין זה הילך כמו שיתבאר מ"מ פטור משד"א דמודה מקצת להרמב"ם [הו"ת] אבל אם תבעו עשרה גפנים טעונות מכרתי לך או הלויתי לך והלה אומר שלא היו אלא חמשה דינן כמטלטלין כיון שמכרן או הלוום לו על דעת לתולשם אין דינם כקרקע להרמב"ם ז"ל ודעת רבותינו התוס' והרא"ש והראב"ד דלכל הדברים דינם כקרקע אפילו אינם צריכים לקרקע כלל ועומדים להתלש מ"מ הרי אינם דומין למטלטלין שעדיין מחוברים הם ולכן בכל דיני התורה לעניין שבועות וקניינים ואונאה וכה"ג וכ"ש לעניין שומרים דינם כקרקע לבד לעניין בעלי חובות במקום שאין גובין ממטלטלין אינו גובה מהן ג"כ והטעם שכמו שאין הבע"ח סומך על מטלטלין מפני שביד הלוה להבריחן כמו כן אינו סומך על תבואה ופירות שהגיע זמנם לקצור דיכול לקוצרם ולהבריחן מהבע"ח ולכן רק לזה דינם כמטלטלין ואחד מרבותינו האחרונים הכריע כדיעה זו [ס"ך] אמנם זהו מילתא דפשיטא דעכ"פ המוחזק יכול לומר קים לי כדיעה זו דדינם כקרקע [הו"ת] ולעניין מתנת שכ"מ יתבאר בסי' רנ"ז בס"ד :

ה לאותה דיעה שנתבאר דכשהגיע זמנם לקצור דינם כמטלטלין וחייב שבועה במודה מקצת וכבר נתבאר בסי' ע"ה דכשתובע מנה ומודה לו בחמשים וא"ל הילך פטור משד"א ולפ"ז יש לשאול איך יכול להיות שד"א במודה מקצת בדברים העומדים לקצור הא הו"ל הילך ולכן י"א דמיירי שתבעו המעות של הפירות כגון שא"ל עשר גפנים טעונות ענבים מסרתי לך ובצרתם ואכלתם או מכרתם ותשלם לי דמיהן והלה אומר לא מסרת לי אלא חמשה ואשלם לך מעותיהם ולא הוי הילך ואע"ג דלפ"ז התביעה בב"ד הוא ממון גמור מ"מ כיון שהתביעה באה מקרקע דינו כקרקע ולכן בקרקע כה"ג או פירות הצריכים לקרקע דין תביעה זו כדין תביעת קרקע [ר"ן] ויש חולקין בזה וס"ל דאם תבעו מעות של הפירות בכל עניין נקרא מטלטלין אפילו אם תבעו מעות של קרקע עצמה מקולקל הקרקע כגון שחפר בה בורות דינו כמטלטלין כיון שתובעו עתה מעות אלא דמיירי שתובעו עשר גפנים טעונות מסרתי לך ולפנינו עתה חמשה טעונות וחמשה בצורות והרי מסרתי לך כל העשר כשהיו טעונות והנתבע אומר לא מסרת לי אלא חמשה טעונות ובצרתים ומגיע לך דמיהן ובזה אמרינן דאם צריכים לקרקע דינם כקרקע דאע"ג דההודאה הוא בדבר המטלטל מ"מ הכפירה היא בדבר הצריך לקרקע ואין נשבעין על כפירת קרקעות

בשאין

וכשאין צריכים לקרקע דינם כמטלטלין:

ו ואף לדיעה ראשונה שבסעי' הקודם אינו אלא דווקא בשומר שהפקיד לו מחוברים וס"ל לדיעה זו דאף כשתובע הדמים דינם כקרקע אבל במכירה שמכר לו קרקע ותבעו דמי הקרקע שמכר לו והוא מודה לו במקצת דמים הוה כתביעת מטלטלין כיון שאינם חלוקים כמה קרקע מכר לו רק על הדמים מחולקים ואפילו אם חלוקים על כמות הקרקע כגון שזה תובעו מנה מפני שמכר לו מאה אמות קרקע והלה מודה לו בחמשים ואומר שלא מכר לו אלא חמשים אמות והם אינם בעין שחפרם מ"מ כיון דהתחלת התביעה היתה על ממון דינו כמטלטלין [ס"ך] אא"כ חלוקין על גוף הקרקע כגון שתובעו מאה אמות קרקע והוא מודה לו בחמשים אמות דאז אם אפילו החמשים אמות שהודה אינם בעין שחפרם דלא הוה הילך פטור משד"א וכן בשטרות אם תבעו דמי נייר השטרות כיון דהתחלת התביעה הוא בממון דינו כמטלטלין:

ז וכן י"א כשאחד חפר בשדה חבירו בורות שיחין ומערות והפסיד הקרקע והרי הוא חייב לשלם דהרי הזיק בידים דלא מקרי תביעת קרקע אא"כ תובעו שימלא החפירות ואז בין שטוענו שחפר והוא אומר לא חפרתי ובין שטוענו שחפר שתי בורות והוא אומר לא חפרתי אלא אחת דהוא מודה במקצת או שהיה שם עד אחד שחפר והוא מכחישו דמ"מ פטור משד"א כיון שתובעו למלאות החפירות הוה תביעת קרקע אבל אם תבעו לשלם ההיזק הרי זה כשאר תביעת ממון אע"ג דעיקר התביעה היא מחמת קרקע וי"א דאפילו בכה"ג מקרי תביעת קרקע והעיקר כדיעה ראשונה [סס] ויש שמכריעין בזה דאם הרשות ביד המזיק למלאות החפירות ולא לשלם ממון אזי אף כשתובעו לשלם בממון מקרי תביעת קרקע אבל אם אין רשות או שאין ביכולתו וצריך לשלם ממון מקרי תביעת ממון אף שבא מחמת קרקע וכן נראה עיקר לדינא ואם נטל ממנו רשות לחפור בקרקע שלו במקח כל חפירה בדינר וי"ש הכחשה ביניהם אם הוא מודה מקצת או שיש עד אחד וודאי' דמקרי תביעת ממון [תו"ת]:

ח טענו כלים וקרקעות בין שהודה בבל הכלים וכפר בכל הקרקעות ובין שהודה בכל הקרקעות וכפר בכל הכלים ובין שהודה במקצת קרקעות אף שאינה בעין כגון שחפרה או שטפה נהר וכפר בכל הכלים פטור משבועת התורה דשד"א אינה אלא כשתהיה הכפירה וההודאה במטלטלין שגופן ממון אבל אם כפר במקצת כלים והודה במקצתם חייב לישבע שבועת התורה על הכלים ועל הקרקעות אם כפר עליהן מגלגלין עליו שבועה גם על הקרקעות וכן הדין בטענו כלים ועבדים או כלים ושטרות צריך שתהא הכפירה וההודאה בהכלים דאז חייב שד"א ומושך בגילגול את כולן כמ"ש:

ט תבעו דמי דירה כגון שטוען שני חדשים דרת בביתי או סחורה שלך היה בביתי ואתה חייב לי שכר שני חדשים והלה משיבו לא דרתי רק חודש אחד הרי זה מודה מקצת ואם היה שכר החודש שכפר בו שני כסף נשבע שד"א שהרי אין הטענה בגוף הקרקע אלא בשכרה שהוא מטלטלין ודווקא שכבר עבר הזמן אבל אם עדיין לא עבר הזמן ה"ל כקרקע [ס"ך] ולפ"ז אם תבעו שני דינרים ששכר ממנו על שני חדשים כל חודש בדינר ואומר שכבר עברו השני חדשים והנתבע משיבו אמת שכן שכרתי אבל עדיין לא עבר רק חודש אחד אין כאן שד"א רק היסת כיון דההכחשה הוא על גוף הבית דלדהרי הנתבע יש לו לדור עוד חודש וכ"ש אם שניהם מודים שעדיין לא כלה הזמן רק המשכיר אומר על חודש אחד השכרתי לו והשוכר אומר על שני חדשים שכרתי ממנו וכיוצא בזה דאין כאן רק שבועת היסת [תו"ת] ואפילו כשעיקר ההכחשה ביניהם הוא במעות כגון שהמשכיר אומר השכרתיו בדינר לחודש והשוכר אומר שכרתי בדינר לשני חדשים אם רק עדיין לא כלה הזמן לדברי השוכר אין כאן רק היסת וכ"ש כששניהם מודים שעדיין לא כלה הזמן [נ"ל]:

י ראובן תובע לשמעון שמהזיק שדהו בגזלנות זה כמה שנים ותובע ממנו הקרקע ודמי הפירות שאכל ושמעון משיבו להד"ם כי הקרקע שלי היא מעולם והביא ראובן עד אחד שמעיד כדבריו לא אמרינן שמחוייב שמעון לישבע שד"א להכחיש העד מפני הפירות וע"י גילגול ישבע גם על הקרקע אלא ישבע היסת כיון דעיקר התביעה הוא על הקרקע והפירות נמשכין ממילא אחר הקרקע הוה כל התביעה תביעת קרקע [קצו"ח] ואפילו לדיעה ראשונה שבסעי' ז' דכשתבעו לשלם הפחת הוה תביעת ממון אף דהתביעה עיקרה מן קרקע מ"מ בכאן אין בזה רק היסת דבשם עכ"פ אינו תובעו עתה רק ממון אבל בכאן עיקר תביעתו גם עתה היא קרקע וממילא דכשיתחייב בהקרקע יתחייב גם בפירותיה אבל עכ"פ עיקר תביעתו היא קרקע וכן אם ראובן בא לערער על שמעון שדר בבית שלו ותובע גם שכר דירה או שתובעו לשמעון שהשכיר ביתו לאחרים ונטל שכר דירה ותובעו שיחזיר לו הבית והשכר דירה שנטל ושמעון משיבו הבית שלי היא והביא ראובן עד אחד אין שמעון נשבע אלא היסת כיון שעיקר התביעה היא על הבית [סס] וכן כל כיוצא בזה

יא ראובן תבע לשמעון שטר מסרתי לך ועשרה דינרים היה לי בו ראיה ושמעון אומר להד"ם ישבע היסת ואם שמעון הפך השבועה על ראובן ישבע ראובן היסת שמסר לו השטר והיה לו בו ראיה עשרה דינרים וכשנאבד השטר אינו יכול לגבותם וישלם לו שמעון [טור] אבל אם אומר אמת שמסרת לי אמנם נאבד ממני

ממני פטור גם מהיסת דהרי אפילו אם פשע בו ונאבד פטור ולאותה דיעה שבסעי׳ א׳ דבפשיעה חייב השומר אם טוען ברי שפשעת בו וידעת כמה היה כתוב בשטר והודה בזה חייב לשלם ואם אומר שלא פשע בו אלא שנגנב או נאבד באונס ישבע היסת לדיעה זו ואם אומר התובע שאינו יודע כמה היה כתוב בו או שאינו טוען ברי שפשע בו פטור גם מהיסת [תו״ת] וי״א שעכ״ז ישבע שאין השטר ברשותו [ש״ך סי׳ ס״ו ס״ק קכ״ד] וזהו רק בשטר שנכתב לכל מוכ״ז דאז י״ל שרצונו לגבות בו מהלוה אבל כשנכתב על שם המלוה דאין ביכולתו להוציא בשטר זה מהלוה פטור משבועה [כס״מ] ורק ח״ם יכול להטיל עליו שלא עשה קנוניא עם הלוה [כ״ל]:

יב יש מחלוקת בין הגדולים אם אדם דינו כקרקע כמו עבד אם לאו ולדינא אין נ״מ בזה דאם תובעו דמי חבלה כיון דעיקר תביעתו הוא ממון הרי אף אם דינו כקרקע הוה כתביעת מטלטלין אף לדיעה אחרונה שבסעי׳ ז׳ כיון שבזה לא שייך תביעה אחרת זולת ממון [ובירושלמי ריש פ״ס דכתובות משמע דכל אדם דינו כקרקע ע״ש]:

סימן צו [דיני תביעות קטן וחרש ושוטה אם נשבעין על תביעתם ודין שבועת אשת איש ובו י׳ סעיפים]:

א אין נשבעין על טענות חרש שוטה וקטן שד״א לפי שאינם בני דעת ואין תביעתם תביעה ובפרשה שומרים כתיב כי יתן איש אל רעהו ולא קטן וכ״ש חרש ושוטה דגריעי מקטן ואפילו אם הוא גדול בשעת תביעתו לדין ותובעו על שעת קטנותו אין שומעין לו ובין שבא בטענת עצמו ובין שבא בטענת אביו והודה לו מקצת הטענה אין מחייבין אותו שד״א מפני שזה שהודה אינו אלא כמשיב אבידה דהרי היה יכול לכפור לו הכל ונאמן במיגו דאע״ג דבגדול לא אמרינן מיגו דכופר הכל כמ״ש בסי׳ ע״ה מ״מ בקטן הוי מיגו טוב וכן אם כפר בכל ובא עד אחד והעיד להקטן אינו נשבע כיון שאין שם תובע דתביעת קטן אינה תביעה כלל וי״א דע״פ העד חייב לישבע שד״א כמו בגדול התובע ע״פ העד אע״פ שהוא בעצמו אינו יודע מזה כמ״ש שם וכן עיקר [ט״ז ותו״ת] ולפ״ז קטן שאמר לגדול מנה לי בידך או מנה לאבא בידך והלה אומר אין לך בידי אלא חמשים פטור משבועת התורה אבל אם תבע בגדלותו שראה בקטנותו שלוה מאביו מנה והודה לו במקצת הרי זה נשבע שד״א כיון דהנתינה הוא מגדול והתביעה בעת גדלותו אמנם אם תבע בקטנותו תביעת אביו והודה לו מקצת וחזר ותבעו בגדלותו אינו חייב שד״א מפני שקדמה הודאה לתביעה [תו״ת] דהתביעה שבקטנותו אינה תביעה והודאתו של הנתבע הוה הודאה:

ב י״א דשבועת שומרים נשבעים גם לקטן שאם היה שומר אצל הקטן וטוען שנגנב או נאבד הרי זה נשבע שבועת השומרים משום דטענת שומרים אף בגדול אינה טענת וודאי אלא טענת ספק ואין השומר נשבע מחמת הטענה אלא מחמת שמירתו וא״כ אין חילוק בין גדול לקטן ואע״ג דבשומרין איש כתיב מ״מ צ״ל דלא בא למעט אלא מודה מקצת דהלואה ויש חולקין בזה דבע״כ מיעטה התורה בשומרים שמירה של קטן ואין נשבעין לקטן שבועת התורה בשומרין אע״פ שתבעו כשהוא גדול כיון שהנתינה היתה בקטנותו וכן הכריע רבינו הרמ״א ואפילו פשע בשמירתו י״א שפטור דכיון דהתורה מיעטה זה מדין שומרים מיעטה אפילו מדין פשיעה וי״א דחייב בפשיעה וכן עיקר [ש״ך] ואם אביו של קטן מסר לו לשמור ומת ותבעו הקטן חייב בכל דין שומרים [שם] דהא הנתינה היתה מגדול ומה שהתביעה היא מקטן ואינה טענה וודאית לא חיישינן לה דכל תביעות שומרים הם טענות שמא:

ג אע״פ שאין נשבעין על טענת קטן שבועת התורה אבל היסת נשבעין מפני תקון העולם שלא יהא כל אחד נוטל ממונו של קטן וילך לו ואפילו היה קטן שאינו חריף לעניין משא ומתן נשבעין היסת על טענתו נמצאת למד שהקטן שטען על הגדול בין שהודה מקצת בין שכפר בכל הרי זה נשבע היסת ואינו יכול להפך על הקטן שאין משביעין את הקטן כלל וגם ח״ם אין מטילין עליו לפי שאין בו דעת להבין העונש וי״א דאין נשבעין על טענתו אא״כ הגיע לעונת הפעוטות והוא מבן ששה שנים ומעלה דאז יש בו קצת דעת ומקחו מקח וממכרו ממכר במטלטלין כמ״ש בסי׳ רל״ה ופחות מכאן אין נזקקין כלל לטענותיו ואף ח״ם אין נותנין על פיו [תו״ת] וי״א שאע״פ שנשבעים שבועת היסת לקטן מ״מ על שטרות אין נשבעין לו כלל אף במודה מקצת כגון שתובעו ג׳ שטרות ומודה לו באחד מפני דשבועת שטרות הוי תקנתא דרבנן כמ״ש בסי׳ הקודם ולא עבדינן תקנתא לתקנתא [סמ״ע] וכן קרקעות ועבדים אבל בנשבעין ונוטלין כמו פוגם שטרו וכיוצא בו אינו נוטל בלא שבועה כיון שיש ריעותא דפגם וכיוצא בזה איך יטול מהקטן בלי שבועה דלא כיש מי שחולק בזה [תו״ת] וכן בכל שבועות שמא שמדבריהם כמו שבועת השותפין או בן הבית כשהודה שהיה שותפו של הקטן או בן ביתו נשבעין על טענתו דדווקא משד״א נתמעט ולא משבועות דרבנן כשיש ריעותא כמו פוגם שטרו או

או שותף דמורה התירא וכיוצא בזה ולכן יעמידו ב"ד אפטרופס להקטן וישביע להשותף ועיקרי דיני שבועות אפטרופסים מתי חייב לישבע ומתי אינו חייב יתבאר בסי' ר"צ בס"ד :

ד גדול שהובע לקטן אם טוענו בדבר שיש לו הנאה להקטן כגון עסק משא ומתן לאחר שהגיע לעונת הפעוטות כמ"ש בסי' רל"ה שתקנו זה לטובתו של קטן והקטן הודה נפרעין מנכסיו ואם אין לו ימתין עד שיהיה לו וישלם ואם כפר הקטן ממתינים עד שיגדל וישבע היסת דבקטנותו אין משביעין אותו כמ"ש ואם טענו בדבר שאין לקטן הנאה כמו נזקים וחבלות אע"פ שמודה ואף שיש לו ממה לשלם פטור ואפילו לאחר שהגדיל אינו חייב לשלם ואם היה התובע מהנשבעים ונוטלין כמו שכיר וכיוצא בז שיש הנאה לקטן ששכירים ישכירו א"ע לו הרי זה נשבע ונוטל מהקטן אבל החנוני אינו נשבע ונוטל מהקטן שאין לקטן בזה הנאה שהרי הוא חייב ליתן להפועלים שנשבעים ונוטלים ממנו והחנוני הפסיד על עצמו שנתן ממונו ע"פ הקטן וכמ"ש בסי' צ"א וע' מ"ש בסי רל"ה סעי' ט"ז :

ה אין קניין קטן כלום כדכתיב שלף איש נעלו וגו' ולא קטן לפיכך עדים שראו קניין שלו לא יכתבו שטר על זה וקניינו אינו מועיל אפילו במקום שמתנתו וממכרו קיימת כמו במטלטלין לאחר עונת הפעוטות אבל קניינו אינו כלום [תו"ת] דאין בו דעת להבין תוכן הקניין :

ו החרש והשוטה אין נזקקין להם לכל טענה לא לטענתם על אחרים ולא לטענת אחרים עליהם לא לשבועה קלה וחמורה וכ"ש לתשלומין אבל הסומא הרי הוא כבריא לכל דבר שבממון ונשבע כל מיני שבועות ונשבעים על טענותיו ויש מי שכתב שדין החרש כדין הקטן שבדבר שיש לו הנאה הודאתו הודאה כמו בקטן ולדיעה זו הסכים רבינו הרמ"א אבל השוטה אפילו נתרפא והודה אינו חייב לשלם אפילו כשהלוהו בעדים בעת שטותו שאבידה מדעת היא ואצ"ל שאין משביעין אותו לכשיתרפא וחרש הוא שאינו שומע ואינו מדבר אבל מדבר ואינו שומע הרי הוא כפקח לכל דבריו וכן שומע ואינו מדבר שהוא פקח בדעתו ונעשה אלם הרי הוא כפקח לכל דבריו רק שבועה אין ביכולת לקבל ממנו דשבועה בכתב לא מהני מפני דבשבועה כתיב לבטא בשפתים וכן הכריעו הרבה מהגדולים אך במקום דמועיל מושבע מפי אחרים כמו בשבועת העדות ושבועת הפקדון מהני בכתב אם אמרו לו משביעני עליך באם שיש לך פקדון שתודה וכתב בכתב אין לך בידי חייב משום שבועה [תו"ת וכס"מ] וכן בשבועה דרבנן די בהרכנת הראש אם משביעין אותו אם לא נטל כלום וכה"ג והרכין בראשו הוה כשבועה בדרבנן [קלס"ח בסס הרמב"ם] והטעם דבשבועה דרבנן די כשהוא מושבע מפי אחרים והרכנה הוה כקבלת השבועה וכ"ש דבכתב מהני כשמשביעים אותו וכותב שמקבל השבועה לבד בעדות שפסול כמ"ש בסי' כ"ח [עתוס' גיטין ע"ת. ד"ס אמר ר"י] :

ז אשת איש שנתחייבה שבועה משביעין אותה דאשה שותה לאיש לכל דינין ועונשין שבתורה ואם מסרבת מלישבע כופין אותה כמו שכופין לאיש רק די"א דכשהיא מעוברת אין משביעין אותה ואין נותנין לה קבלה ואף בעת שמכריזין קבלה בבהכ"נ מוציאין אותה מבהכ"נ ואע"ג דהרבה מדיני שבועות אנו למידים מסוטה ובסוטה הרי משקין מעוברות ומשביעין אותן [סוטה כ"ו.] מ"מ כן נתפשט המנהג ואין משביעין א"א אלא במקום שיכול להיות תועלת עתה בשבועתה כגון שיש מקום לומר שיש לה ממון שאין לבעלה רשות בהם או להשביעה אם לא נמצא הפקדון ברשותה אבל אם אין תועלת עתה בשבועתה כגון שידוע שהפסידה מה שהלוו לה ואין לה ממון שאין לבעלה רשות בהם אין משביעין אותה עתה אלא לאחר שתתאלמן או תתגרש [עס"ך וט"ז] ומזמינים א"א לדין או שולחין אצלה כמו שיתבאר בסי' קכ"ד ואם אין לה עתה לשלם יכתבו לו ב"ד פס"ד שתשלם לכשתתאלמן או תתגרש ואין כופין אותה למכור כתובתה בטובת הנאה משום דאין בזה תועלת דהיא תמחול לבעלה והמוכר שט"ח לחבירו וחזר ומחלו מחול כמ"ש בסי' ס"ו וגם אין הבעל חייב לשלם מדר' נתן כיון שלא הגיע עדיין זמן תשלום הכתובה [סמ"ע] והבעל אין חייב לשלם עבורה אם אינה נושאת ונותנת בתוך הבית רק ביכולתו להטיל עליו ח"ם אם לא נהנה ממעות אלו או מחפיצים אלו [כ"ל] ואם הבעל מודה שבאו המעות או החפיצים שתובעים אותה לרשותו חייב לישבע שאינם ברשותו ושלא שלח בהם יד ושלא פשע בהם במה שנגנבו או נאבדו :

ח ט.ם היא אשה שנושאת ונותנת תוך הבית חייב הבעל לשלם עבורה ואפילו אין עדים רק שמודה או שאין רצונו לישבע דניכרים הדברים שעשתה ברשותו או שהמעות או החפצים נכנסו לרשותו והכל לפי העניין ותלוי בראיית עיני הדיינים דאל"כ כל אחד יטול ממון חבירו ע"י אשתו ויפטור וכן המנהג לגבות מהבעל כל מה שלוה אשתו ואפילו אינה נושאת ונותנת אם רק לותה על הוצאת ביתה משלם ואם היא נושאת ונותנת אם לקחה סחורה בהקפה או לותה מעות חייב הבעל לשלם בלי פקפוק ודווקא בדבר שיש לבעל הנאה כגון שלקחה סחורה בהקפה או לותה מעות אפילו נאבדו המעות והסחורה חייב לשלם אבל אם פשעה בפקדון או הזיקה בידים פטור מלשלם וכן אם נתוודע שלותה בהסתר מבעלה או לקחה סחורה בהקפה בסתר פטור מלשלם וכ"ש אם הבעל מיחה או שפירסם בעיר שלא להלוות לה שום דבר ולא להקיף לה דאינו חייב

חייב לשלם בכל מה שלקחה או לותה בשום דבר כללו של דבר דברים אלו תלוים בראיית עיני ב"ד כגון אם ידוע שהבעל נותן לה רשות להקיף או ללות על סך מועט ולא על סך מרובה אם לותה סך מרובה א"צ לשלם דמי שהלוה לה או הקיף לה סך מרובה אפסיד אנפשיה וכן כל כיוצא בזה ולדברים אלו שנתבאר הסכימו רוב גדולי אחרונים :

ט אם מה שלותה או הקיפה עדיין הם בעין מחזירין אותם למי שקבלן ממנו בכל עניין דכיון דעדיין הדברים בעינם ישובו לבעלים הראשונים וכן בע"ח שאין לו במה לשלם לבעלי חובות ונמצא אצלו סחורה שלקחם בהקפה מאיש אחד מחזירין הסחורה להאיש ההוא ואין לאחר חלק בו [ב"ח] וכן הוא תקנת המדינה בזמן הקדמון דכשאותה הסחורה היא בעין מחזירים אותה למי שלקחה ממנו אף שזקף עליו המעות במלוה [ל"ל סי' קי"ז] הגם שמעיקר הדין יש לפקפק בזה אך נהגו כן ולכן אם החליף על סחורה אחרת אין בזה דין קדימה [סס] :

י כתב הטור סוף סי' זה וז"ל ויש מנהג כשמזמינים אשת איש לדין בודקין ע"י שכינותיה אם היא רגילה לשאת וליתן עם אנשים מזמינים אותה אלא שמצניעין אותה לפי כבודה שלא תתגנה ואם אינה רגילה בכך אלא היא צנועה ויושבת בביתה שואלין לתובע על מה תובעה ושואלין אותו איך נתת ממונך לא"א ושוקלין הדברים בלבם אם יראו רגלים לדבר מזמינים אותה ואם לא יראו פנים לדבר אין מזמינים אותה כי תואנה הוא מבקש ולא באשת איש לבד עושים כן אלא גם לבתולה היושבת בית אביה שאין דרכה לצאת ולבא עושין כן עכ"ל ואע"פ שאין לדיין לישבע דברי בע"ד קודם שיבא הבע"ד השני מ"מ בעבור מדה זו שיש בה תקנה גדולה עושין כן [רבינו ב"י] ועוד כיון שזה הוא להתקנתו של בע"ד השני בשביל כבודו אין חשש כל כך בזה [כ"ל] :

סליק בס"ד הלכות טוען ונטען

סימן צז [להלות לעני ושלא לנוגשו ושלא לחבול כלי אוכל נפש ואלמנה והשבת העבוט ודין סידור בע"ח ובו ל"ה סעיפים]:

א מ"ע להלות לעניי ישראל והיא מצוה גדולה יותר מן הצדקה שהמקבל כבר נצרך לבריות וזה שמלוהו אולי ימליטנו שלא יהיה נצרך לבריות ויצילנו ממתנת בו"ד ומבושה ומלחץ וכך אמרו חז"ל גדול המלוה מן העושה צדקה ומטיל בכים למחצית שכר יותר מכולן [שבת ס"ג.] וקרובו עני קודם לעניים אחרים ועניי עירו קודמים לעניי עיר אחרת ואפילו עשיר שצריך להלואה מצוה להלותו ומצוה להתנות לאחר גם בדברים ולייעצו עצה ההוגנת לו בעסקו וגם זה בכלל גמ"ח הוא והתורה הקפידה על מי שימנע מלהלות שנאמר כי יהיה דבר עם לבבך בליעל וגו' ורעה עיניך באחיך האביון ובריש סי' ל"ט בארנו עוד מזה ע"ש:

ב כתוב בתורה לא תהיה לו כנושה מכאן שאסור לנגוש את הלוה לפרוע כשיודע שאין לו ואפילו להתראות לפניו אסור מפני שהוא מתבייש בראותו למלוה ואין ידו משגת לפרוע לו ואם עובר לפניו כאלו דנו באש ובמים [ספ"ס דב"מ] ולכן יזהר המלוה מאד מזה ואם נתיישן הדבר והורגל בכך עד שאין לו צער ובושה מזה והמלוה אין כוונתו לצערו ולביישו אין איסור בזה [נ"ל]:

ג וכשם שאסור להמלוה לתבוע ללוה כשיודע שאין לו כמו כן אסור להלוה לכבוש ממון חבירו כשיש לו ואפילו אם מרחיהו מיום ליום ואומר לו לך ושוב ומחר אתן ויש לו עתה במה לשלם עובר על לאו דדברי קבלה אל תאמר לרעך לך ושוב וגו' [משלי ג'] וכן אסור ללוה לקחת הלואה ולהוציאה שלא לצורך גדול ומאבד המעות מהמלוה עד שלא ימצא ממה לגבות חובו ואם עושה כן נקרא רשע שנאמר לוה רשע ולא ישלם שהרשע לוה שלא ישלם שאינו מוציא המעות לעסק ולצורך וכשהמלוה מכיר את הלוה שהוא בעל מידה זו מוטב שלא להלותו משילונו ויצטרך לנגושו אח"כ ויעבור על לא תהיה לו כנושה:

ד ואם בא המלוה לב"ד לבקש למשכן את הלוה שיהיה בטוח במעותיו או ליפרע עתה ממנו יש לב"ד לעשות לו דין ולא יאמרו פלוני עני ואין לו ופלוני עשיר וא"צ לזה אלא אין מרחמים בדין ואין לב"ד לעשות כן רק כשהגיע זמן הפרעון ולא קודם כיון שהלוהו בלא משכון אא"כ ב"ד רואים אמתלא שנצרך לעכב או לעקל קודם הזמן כמ"ש בסי' ע"ג סעי' ט"ו ע"ש:

ה אם הלוהו בלא משכון [לבוש] ובא אח"כ למשכנו שלא בשעת הלואתו כשהגיע זמן הפרעון ולא פרעו [רש"י ב"מ קי"ג.] מדין תורה שאסור להמלוה למשכנו בעצמו ואם משכנו הוא בעצמו עבר בלאו דלא תבא אל ביתו לעבוט עבוטו ואין לוקין על לאו זה [רמב"ם פ"ג ממלוה] מפני שמחוייב באחריותו וצריך לשלם אם נאבד [ראב"ד שם] והוי ניתק לעשה כלאו דגזילה והרמב"ם ז"ל כתב וז"ל עבר בע"ח ונכנס לבית הלוה ומשכנו או שחטף המשכון מידו בזרוע אינו לוקה שהרי ניתק לעשה שנאמר השב תשיב לו את העבוט כבוא השמש ואם לא קיים עשה שבה כגון שאבד המשכון או נשרף לוקה ומחשב דמי המשכון והשאר תובע בדין עכ"ל וזה שכתב שניתק לעשה מקרא דהשב תשיב אע"ג דפשטא דקרא מיירי במשכנו ברשות מ"מ דרשו חז"ל [ב"מ ל"א.] דקאי גם אמשכנו שלא ברשות ע"ש [וכ"מ בתמורה ו'. ע"ש בתוס'] אמנם בזה שכתב שאם נאבד או נשרף לוקה הקשו עליו דהא ניתן לפרעון וכן אמרו חז"ל [מכות ע"ז.] מפורש כן [ראב"ד ומ"מ] אבל באמת א"ש דהנה זהו וודאי אם נאמר בכל לאו הניתק לעשה דאינו חייב מלקות אא"כ ביטל העשה בידים לא משכחת לה מלקות בחיוב ממון בשום עניין אבל הרמב"ם ז"ל פסק בפי"ח מסנה' דכל זמן שיש לקיים העשה אינו לוקה אבל כשא"א לו לקיים אף דלא ביטלו בידיו לוקה [כגירסת הרי"ף שם דר"י ס"ל כן רק קיימו ולא קיימו מפרש כל זמן שבידו לקיים ע"ש ובפ"א מנערה ודלא כרש"י] לפ"ז וודאי בגזל תמיד יש בידו לקיים וכן במשכון אם הוא שוה יותר מהלואתו יש בידו לקיים מפני שצריך להחזיר המותר אבל כשהמשכון אינו שוה יותר וכ"ש כששוה פחות מהחוב א"א לו לתקן הלאו דלא תבא אל ביתו כשנאבד המשכון דהא א"צ לשלם מפני חובו שמגיע לו נמצא דהלאו עבר ולקיימו אי אפשר ודווקא ביטלו בידים אין לומר בזה דהא בעת שנאבד או אפילו איבדו בידים לא שייך לומר ביטלו מפני שאפשר בתשלומים ואח"כ כשאינו משלם אין זה מעשה בידים אבל גם קיום אינו [ומה שמתרץ הש"ס שם דאפשר בתשלומין מתרץ על מה שהקשה דמשכחת לה גם בביטלו ולא ביטלו וכ"כ הרמב"ן במלחמות ספ"ו דשבועות ועש"ך סי' ע"ב ס"ק ט' ולפמ"ש גם בקיימו ולא קיימו משכחת לה כשהוא יותר על החוב] [ע' בבד"ה סעי' י"ב בד"ה כתב הרמב"ם וכו', ונראה דה"ה וכו' ולע"ג] וזה שכתב הרמב"ם דהוי ניתק לעשה אע"ג דבעשיר לא הוי ניתק לעשה דהמצוה להחזיר המשכון אינו רק בעני כדכתיב ואם איש עני הוא לא תשכב בעבוטו מ"מ כיון דבעני ניתק לעשה גם בעשיר אינו לוקה [ע"ז] ואע"ג דבכל לאו הניתק לעשה לוקה במקום שהעשה

שהעשה אינו ניתוק כמו באונס את הבתולה וגירשה שאם ישראל הוא מחזיר ואינו לוקה ואם הוא כהן לוקה וכן במשכון עצמו שאם איבדו או שרפו לוקה מ"מ בעשיר אינו לוקה כיון דבזה העשיר עצמו כשיעני הוי ניתוק לעשה ואיך נלקיהו שמא יעני למחר ויצטרך להחזיר לו והעניות מצויה כדאיתא בירושלמי פ"ט דנדרים הלכה ד' [וא"ש בזה כל מה שהקשו המל"מ והקצה"ח ומ"ש התוס' ביומא ל"ו: אינו ענין לכאן דל"ד לניתק לעשה דעלמא כפירש"י שם ובתוס' חולין פ"ב: ד"ה הזורע ה"פ כיון דעיקרא אתי לפשטא דהסגת גבול רק כלאים נכלל בזה א"א להיות טפל חמור מן העיקר ועוד דסמכו על תירוץ השני ומשטפה נסר ל"ק כלל ודו"ק] :

ו וכיצד יעשה הולך לב"ד ומבקש אותם שרצונו שיקחו משכון מהלוה כדי שיהיה בטוח במעותיו והב"ד שולחים אחריו ומבקשים ממנו משכון כנגד מעותיו של המלוה או שולחים שלוחם וגם שלוחם לא יכנס לבית הלוה ליטול משכון אלא אם ימצא לו דבר בחוץ יקחנו או שאומר לו שיוציא משכון וימסור לו כמו שכתוב והאיש אשר אתה נושה בו יוציא אליך את העבוט החוצה והמלוה בעצמו אסור לו גם זה לעשות אא"כ נותן לו הלוה מרצונו ואיסור זה הוא מדרבנן גזירה שמא יכנס לביתו [גמ' שם] מפני שבהול על ממונו ומהרמב"ם משמע דמן התורה אסור להמלוה ליקח מהלוה בחזקה את המשכון אפילו בחוץ [ול"ל דס"ל דהגמ' דחויי קא מדחי ותוס' לא כתבו כן ע"ש] והשליח ב"ד נוטל מהלוה משכון בחוץ בעל כרחו ונותנו להמלוה והלוה נותן כל חפץ שרוצה אפילו פחות שבכלים רק שיהיה שוה מעות החוב ובירושלמי [פ"ס דגיטין] איתא דמטעם זה אסרה התורה שלא יכנס לבית הלוה ליטול משכון כדי שיתן הלוה מה שהוא רוצה וכך אמרו חז"ל [ב"ק ח'.] מה דרכו של אדם להוציא פחות שבכלים [עתוס' שם ד"ה מה ולע"ג] ואפילו אם מבקש המלוה ליכנס לבית הלוה ולכתוב כל מה שבביתו אין ב"ד נזקקים לו ליכנס לביתו כלל דמדהקפידה התורה וכתבה בחוץ תעמוד משמע דכניסה לצורך המשכון אפילו אם לא ימשכנו עתה אסור [סמ"ע] וגם אסור לעשות כן ע"י אלמות אם לא שהלוה אינו ציית דין דאז נוטל המלוה רשות מב"ד ועושה ע"י אלמות כמ"ש בסי' כ"ו [כ"ל] ואף שבסי' ד' נתבאר שיכול אדם לעשות דין לעצמו מ"מ למשכנו שלא בשעת הלואתו אסור מגזירת התורה כמ"ש שם :

ז כתיב לא יחבול רחים ורכב כי נפש הוא חובל למדנו שאסור למשכנו שלא בשעת הלואה אף ע"י שליח ב"ד כלים שעושים בהם אוכל נפש ולאו דווקא רחים ורכב דכיון שתלתה התורה הטעם משום דחובל נפש ש"מ דכל כלים שעושים בהם אוכל נפש אסור למשכנם אבל בשעת הלואה כשהלוה נותן אותם ברצון מותר להלות עליהם כן הסכימו רבותינו הראשונים דלשון חבלה משמע בע"כ והיינו שלא בשעת הלואה אבל הרמב"ם ז"ל כתב שם דאסור בין בשעת הלואה ובין שלא בשעת הלואה וכבר תמהו עליו כל חכמי הדורות על סברתו זאת [וע"ק דא"כ מאי פריך רב יוסף שם מאן אילימא בע"ח וכו' לימא בשעת הלואה] ויראה לי בדעתו ז"ל דלמאי דקיי"ל דגם שליח ב"ד אסור ליכנס לבית הלוה והמלוה בעצמו אסור לו לחטוף גם בשוק מהלוה וקרא דאם חבול תחבול שלמת ריעך עד בא השמש תשיבנו לו דכתיב במשפטים מיירי בין ברשות בין שלא משכנו ברשות אלא באיסור [שם ל"א:] ולשון חבלה וודאי דפשטא משמע גם מתוך ביתו [רש"י שם קי"ג.] וא"כ גם לשון לא יחבול רחים ורכב משמע ג"כ בין ברשות ובין שלא ברשות ומתוך ביתו של הלוה לא משכחת לה ברשות אלא בשעת הלואה ואמנם אין כוונתו דכשבא הלוה ומבקש מהמלוה להשאיל לו על כלי אוכל נפש שאסור להלותו אלא דה"ק דכשהמלוה הלוה להלוה בביתו של הלוה והתנה עמו בשעת הלואתו ליתן לו משכון איזה משכון שהמלוה רוצה אסור לו להמלוה ליטול כלי אוכל נפש שלא מדעת הלוה [והסוגיא שם הוא לפי הס"ד אבל למסקנא דתלאי היא ע"ש בע"כ לברייתא דשליח ב"ד אסור ליכנס לבית הלוה ל"ל כמ"ש ודו"ק] :

ח לפי מה שבארנו בדעת הרמב"ם ז"ל נראה דכל הפוסקים יודו לו בזה ולא פליגי לדינא כלל דוודאי הסברא נותנת כשהלוהו על משכון ולא פירש לו איזה משכון דאסור לו להמלוה ליטול כלי אוכל נפש דזיל בתר טעמא וצ"ע לדינא :

ט רחים ורכב שאסרה תורה אינו אלא רחים של יד שהם מטלטלים אבל בתי רחים של מים או של רוח שמחוברין בקרקע הרי הם כקרקע ולא שייך ביה משכון אלא גוביינא כשאר קרקעות שאין ב"ד ממשכנין ליקח קרקע למשכון אם לא כשגובין שלא ולכן אין הב"ד שולחים שלוחם לסגור בתי הרחים שטוחנין בו עד שישלם דממ"נ אם נצרך לגבות מזה גובין ממנו כשאר קרקעות דמחובר לקרקע כקרקע דמי לעניין גביית חוב [רש"י כתובות ס"ט. ד"ה אלטרובלא ומתורץ קושית התוס' ד"ה מעמלא ודו"ק] אמנם אם המלוה בעצמו סגר הרחים למשכנו אינו עובר על לאו דלא תבא אל ביתו לעבוט עבוטו שאין זה בכלל עבוט וגם אינו מחויב לפותחו בשעת מלאכה [סמ"ע] ומ"מ אם המלוה עצמו נכנס לבית הרחים ונטל רחים העליונה או הברזל והסובב והגלגלים כבר נעשו מטלטלין ויש להם דין כלי אוכל נפש ומחזיר אותם בשעת מלאכה כמו שיתבאר ועבר על לאו דכי נפש הוא חובל ואפילו שליח ב"ד אסור למשכנם [ט"ז] וי"א דגם

דגם לסגור הרחים אסור להמלוה דאין לו לעכב מלאכתו והרי הוא בכלל הגזלנים וכן כל מלאכת הלוה אסור לו לעכב [נמק"י ס"פ המקבל] :

י אמנם אם ב"ד רואים שהלוה מקלקל הרחים כגון שתולש רחים התחתונה וכיוצא בה ממקום חיבורה כדי להבריח מהמלוה וכן אם הוא עוקר נטיעות וסותר בנין הבתים להבריח מהמלוה ב"ד מגבין לו מהם דכל שרואין ב"ד הפסד שגורם הלוה למלוה גובין להמלוה אף כשלא הגיע עדיין זמנו לגבות כמ"ש בסי' ע"ג ואף שלא בפני המלוה גובין [הגר"א] דכל מי שיש לו ואינו רוצה לשלם חובותיו מחוייבים ב"ד להשתדל בכל האפשרי להציל עשוק מיד עושקו כמו שיתבאר :

יא זה שאסרה תורה למשכן כלי אוכל נפש היינו דווקא כלים שעושים בהם אוכל נפש ממש כגון רחים ועריבות שלשין בהן עיסה ויורות וקדירות שמבשלין בהן וכלים שעומדים בהם אוכל נפש כמו כדי מים ויין ושמן וסכין של שחיטה אע"פ שאינו רק להתיר האיסור וכן חרמש ומורג ורחת ומזרה ונפה וכברה ותנור שאופה ומבשל בו כשהם מטלטלים כמו שהיה בזמן חכמי הש"ס וכן סירות ומגריפות ומזלגות ושפודים וכוסות וקערות וכיוצא באלו ואע"פ שיש בכלים אלו שעדיין אין המאכל מוכן לאכול מכלי זה כמו חרמש שאף לאחר הקצירה עדיין צריך לטחון וללוש ולאפות מ"מ כיון שזהו כלי שעשוי בשביל המאכל אסור למשכנו אבל כלים שאין עושים בהם אוכל נפש ממש אע"פ שהוא כלי שעשוי לפרנסתו כמו זוג של ספרים או צמד של פרות החורשות וכן פרות עצמן החורשות אע"פ שמביאין לידי אוכל נפש שמפרנסתו יש לו אוכל נפש מותר למשכנם וכל כלי אומנות רשאי למשכנם ע"י שליח ב"ד דלא כיש מי שחולק בזה דהתורה לא אסרה למשכן כלי אוכל נפש מפני קיפוח פרנסתו דהרי נוטלין מהלוה כל מה שיש לו ואין מניחין לו רק הסידור שיתבאר ואין משגיחין על קיפוח פרנסתו וכלי אוכל נפש שאסרה התורה היא גזירת התורה וגם מפני הצער שנוטלין ממנו כלי זו שלאוכל נפשו ונפשות בני ביתו ממש הוכנה ומפני צערו אסרה תורה ולכן פרות החורשות וצמדן אע"פ שהן הכנה לאוכל נפש כיון שעדיין אין המאכל לפניו לא אסרה תורה ולפיכך פרות המרכסות בתבואה כדי להסיר קליפתן אסור למשכנם ואוכל נפש מותר למשכן דדווקא על כלים שעושים בהם אוכל נפש הקפידה תורה מפני שבכלים אלו יכול לעשות בהם אוכל נפש לעולם אבל אוכלים עצמם ממשכנים כשמניחים לו הסידור שיתבאר דכיון דמניחים לו מזונות על ל' יום אין לנו לחשוש יותר בעדו ואע"ג דסידור אינו בשעת משכנתא אלא בשעת פרעון מ"מ באוכל נפש עצמו וודאי דמסדרין גם בעת שהשליח ב"ד בא למשכנו דאל"כ מה יאכל [נ"ל] וזה שאסרה תורה לכלי אוכל נפש זהו דווקא למשכון אבל בשעת השילום מחוייב לשלם אפילו בכלי אוכל נפש [נמק"י ס"פ המקבל] :

יב אפילו היה להלוה כמה מכל מין כגון שהיה לו חמשה רחים אינו רשאי למשכן אפילו אחד מהם ואם אינו עושה מלאכה אלא באחד מהם מותר לו למשכן השאר ע"י שליח ב"ד וכה"ג בשארי כלי אוכל נפש מותר למשכנם באלו שאינו משמש בהם ואם חבל כלים הרבה של אוכל נפש שמשמש בהם חייב על כל כלי וכלי ואפילו שני כלים המחוברים יחד לעשות בהם מלאכה אחת כמו המספרים שגוזזין בהן ירק הרי זה עובר בשני לאוין :

יג אם עבר ומשכן כלים שעושים בהם אוכל נפש בין שמשכנם בעצמו ובין ע"י שליח ב"ד מחזיר אותם בע"כ ולכן אין לוקין על לאו זה אא"כ נאבדו קודם שהחזירן [רמב"ם שם] וכשמחזירן אינו מחזירן לחלוטין אלא בשעה שהוא צריך למלאכתן ואח"כ נוטלן ממנו וכשהוא צריך למלאכתו מחזיר לו [סמ"ע] וכתב רבינו הרמ"א דרק כלי אוכל נפש צריך להחזיר אבל אם משכנו המלוה שארי דברים אע"ג דעובר בלאו מ"מ מה שעשה עשוי וא"צ להחזיר לו עד שישלם לו עכ"ל ומהרמב"ם ז"ל משמע דכלי אוכל נפש מחזיר מיד ולעולם עד זמן גביית חובו ובכל זה אין איסור רק אם משכן בעצמו או ע"י שליח ב"ד בע"כ של הלוה אבל אם הלוה מסר מדעתו למלוה או לשליח ב"ד כלים שעושים בהם אוכל נפש מותר לקחתם :

יד כתיב לא תחבול בגד אלמנה מכאן שאסור למשכן את האלמנה אף ע"י שליח ב"ד שלא בשעת הלואה בעל כרחה ובין שהיא ענייה ובין שהיא עשירה אין ממשכנין אותה מפני שהאלמנה נפשה מרה לה ואסרה התורה לצערה ודווקא אלמנה אבל גרושה או אשה אחרת הרי הם כשאר כל אדם דלא כיש חולקין בזה [ש"ך ותו"ת] ומה שכתבה התורה בגד ה"ה שארי דברים ולרבותא כתבה בגד דאף שאינו מכלי אוכל נפש ומותר בשאר כל אדם אסור באלמנה ואם עבר וחבל בגד אלמנה מחזירין ממנו בע"כ בעת צרכה לבגד זה ואם הודה תשלם וב"ד מגבין ממנה שלא אסרה תורה אלא שלא למשכנה אבל לא שלא להגבותה ואם תכפור בהחוב והוא אין לו מיגו כגון שלקח בעדים וראהו בידו תשבע כשאר כל אדם ואין פוטרין אותה בלא שבועה [ש"ך] וזה שכתבנו דמחזירין ממנו בעת צרכה זהו לדעת הרמב"ן והרשב"א אבל מהרמב"ם משמע דמיד מחזירין ממנו [הגר"א] וכמ"ש בסעי' הקודם לעניין כלי אוכל נפש ואין לוקין על לאו זה כיון שחייב להחזירו ואם נאבד המשכון

המשכון או נשרף קודם שהחזירו לוקה ומחשב שווי המשכון ומנכה מחובו והשאר תשלם וזה שכתבנו דבאבד או נשרף לוקה זהו לדעת הרמב"ם אבל שארי הפוסקים חולקים עליו וכבר בארנו זה בסעי' ה' ע"ש ואין האיסור רק שלא בשעת הלואה והרמב"ם ז"ל כתב דאף בשעת הלואה אסור ורוב הפוסקים חולקים עליו ולפ"ז להרמב"ם אין שום היתר להלות לאלמנה על משכון דבזה א"א לפרש כמ"ש בסעי' ז' לעניין רחים ורכב ע"ש אבל הדבר תמוה למאד דא"כ אלמנה ענייה שאין מאמינים לה בלא משכון תגרע כחה בהלואה משארי כל אדם ולכן יראה לי דוודאי אם באה האלמנה להלות לה על משכון מותר להלותה גם לדעת הרמב"ם ומצוה קעביד ואף גם אם באה לבקש הלואה ואמר לה לא אלוה לך בלא משכון והביאה לו משכון דרשאי לקבל רק האיסור הוא שאם העמידה אצלו הלואה על משכון אסור לו לילך לביתה וליטול המשכון אא"כ מבקשת אותו שילך לביתה ליטלו להמשכון [כנלע"ד ודבריו בפי' סמ"ע לע"ג ע"ש] :

טו כתיב השב תשיב לו את העבוט כבא השמש וזהו כסות לילה וכתיב עד בא השמש תשיבנו לו וזהו כסות יום שמחזירו לידו עד שקיעת החמה ואז חוזר ונוטלו מכאן אמרו חכמים אחד הממשכן את חבירו בב"ד ואחד שמשכנו בידו בזרוע או מדעת הלוה אם איש עני הוא ומשכנו דבר שהוא צריך לו הרי זה מ"ע להחזיר לו את העבוט בעת שהוא צריך לו מחזיר לו את הכר בלילה כדי לישן עליה ואת המחרישה ביום כדי לעשות מלאכתו ואף שאינו כלי אוכל נפש מ"מ כיון שהוא צריך להכלי לעשות בה מלאכה להחיות את נפשו או לתשמישו צריך להחזירו בעת שצריך [סמ"ע] ובעת שהכלי או הכר ביד המלוה אסור לו להשתמש בו [ס"ך] :

טז וכן שליח ב"ד שבא למשכן לא ימשכן דברים שא"א ליתן אותם משכון כגון בגד שעליו וכלי שאוכל בו וכיוצא באלו ומניח לו מטה לישב עליה ומטה ומצע הראוים לו לישן עליהם ואם היה עני מטה ומפץ לישן עליו וכל הנמצא בידו חוץ מאלו יש לו למשכנו כשאינו נכנס בביתו אלא שמוצא חוץ לביתו וכמו שנתבאר ודברים אלו שנתבאר שאינו רשאי למשכנו חפצים ההכרחים לו זהו לפי זמן הקודם שהיה דרכם שכל אדם יש לו שני מיטות לישיבה ולשינה וכן צריך לשייר בכל מקום ובכל זמן לפי הנהוג וכמו שאם משכן בעצמו צריך להחזיר לו כלי יום ביום וכלי לילה בלילה כמו כן הדין בשליח ב"ד וכן מחזיר לו כלי אומנות ביום וכן אם השכין ממנו שני כלים כלי יום וכלי לילה והלוה צריך לשניהם מחזיר לו ביום הכלי יום ומעכב אצלו כלי הלילה ובלילה מחזיר לו כלי לילה ונוטל ממנו הכלי יום וכן בכל יום ובכל לילה בין שמשכנו בעצמו ובין ע"י שליח ב"ד :

יז עד מתי ישהא המלוה המשכון אצלו אם הוא מדברים שאין בהם מצוה דהשבת העבוט כגון כלים וחפצים שא"צ להם מניחן המלוה אצלו עד שלשים יום ואם אין הלוה פודיהו עד שלשים יום מוכרו המלוה בב"ד ע"פ שומת ב"ד ואם הם מהדברים שיש בהם מצות השבה חייב להחזיר וליקח ממנו עד לעולם כיון שהשבת העבוט היא מצוה בפ"ע אין לה זמן שתבטל ואינו יכול למוכרה לעולם כיון שלקחה בתורת משכון ומה תקנתו כשמחזיר לו המלוה כלי יום ביום יחזירנו לו ע"מ שלא לקבלה ממנו בלילה בתורת משכון וכן כשמחזיר להלוה הכר בלילה לא יחזירנו ע"מ לקבלו ביום בתורת משכון אלא שמחזיר לו הכר שתהיה אצל הלוה גם ביום והמחרישה תהיה אצלו גם בלילה וממילא דבטלה מ:ה דין משכון והשבת העבוט ובא המלוה לב"ד ומגבין לו חובו ומסדרין כמו שיתבאר :

יח ואין לומר דלפי מה שבארנו דמצות השבת העבוט נוהגת לעולם א"כ מה מועיל לו המשכון דבאמת כך אמרו חכמים דמועיל לו שלא תשמטנו שביעית דהחפץ נחשב של המלוה וגם אין המשכון נעשה מטלטלין אצל בניו של הלוה שנאמר דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי לבע"ח לפי דינא דגמ' כמו שיתבאר בסי' ק"ז אלא מטלטלין אלו בשמת הלוה מעכבן לעצמו ואפילו אם מת הלוה בעת שהיה המשכון אצלו כגון שהיתה כלי יום ומת ביום או כלי לילה ומת בלילה שומט את המשכון מעל בניו ואינו מחזיר להם עוד :

יט מצות השבת העבוט כשהלוה צריך לחפץ זה כמו שנתבאר הוא אפילו כשהלוה הוא עשיר בקרקעות דכשאין לו מטלטלין רק כלים אלו שצריך להם למלאכתו או לישן עליו צריך להחזירן לו ונוהג בהן מצות השבת העבוט אבל כשיש לו מטלטלין אחרים כמו אלו שהשכינם באופן שא"צ להמשכנות אפילו אינו עשיר א"צ להחזירם לו ואינו נוהג בהם מצות השבת העבוט ויראה לי דמצות השבת העבוט הוא רק בחפץ הצריך לו או לאשתו דכגופו דמי ולא בחפץ שבנו צריך לו אע"פ שהוא סמוך על שולחנו אבל מה שצריך לזרעו הקטנים נוהג [כנלע"ד] :

כ כשמחזיר המלוה העבוט צריך ליזהר שיחזיר לו בעדים ולהתרות להלוה שלא יחזירנו לו ג"כ אלא בעדים דאל"כ היה הלוה נאמן לומר החזרתי או פרעתי במיגו דהחזרתי אבל עתה אינו נאמן לומר פרעתי אף כשהמשכון הוא אצלו דכיון דהחזיר לו המלוה המשכון בעדים בתורת השבת העבוט ה"ל כאלו המלוה מוחזק בו אבל בתוך זמנו א"צ ליזהר בזה

בזה דתוך זמנו אינו נאמן לומר פרעתי במיגו דהחזרתי דהוה מיגו במקום חזקה ויש חולקין דאף בתוך זמנו נאמן במיגו זה [ס"ך] דהסמע"ה ונתבאר בסי' ע"ח ע"ש :

כא מצות השבת העבוט היא מ"ע שמתן שכרה כתוב בצידה דכתיב ולך תהיה צדקה לפני ד' אלקיך וכל מ"ע שמתן שכרה בצידה אין ב"ד של מטה מוזהרין לכוף עליה דלכך פירשה התורה מתן שכרה לומר אם לא תקיימנה זהו עונשו שלא יטול שכר זה [רש"י חולין ק"י:] ועכ"ז אם רוצים הב"ד לכופו הרשות בידם וכשמחזיר המלוה העבוט צריך ליזהר שיחזיר לו בעדים כמ"ש בסעי' הקודם ודין השבת העבוט אינו אלא במשכנו שלא בשעת הלואתו אבל במלוה על המשכון א"צ השבת העבוט וכן כלי אוכל נפש ומשכון מאלמנה אינו אסור רק שלא בשעת הלואה ולדעת הרמב"ם ז"ל אסור גם בשעת הלואה וכמו שבארנו דבריו בסעי' ז' וסעי' י"ד ע"ש :

כב זה שבע"ח אסור לו ליכנס לבית הלוה למשכנו אינו אלא בע"ח מהלואה אבל לא מחוב שכירות בין שכר עצמו בין שכר בהמתו או כליו או שחייב לו שכירות הבית מותר למשכנו שלא ע"פ ב"ד וליכנס לביתו למשכנו וכן הערב יכול המלוה ליכנס לביתו ליטול משכון וכך דרשו רז"ל מדכתיב לא תבא אל ביתו לעבוט עבוטו לביתו אי אתה נכנס אבל אתה נכנס לביתו של ערב ולבית שוכרך אא"כ הוא ערב קבלן דאז דינו כלוה וכן גזילה או דמי גזילה כשאין החפץ בעין [ס"ך] וכן גניבה וכן הקפת החנות ופקדון וכה"ג ועיסקא כיון שהיא פלגא מלוה ופלגא פקדון מותר לו למשכנו בחצי הפקדון [כ"ל] וכל אלו אם זקפן עליו במלוה נעשים כהלואה ואסור ומהו זקיפת מלוה נתבאר בסי' ס"ז וכל דברים אלו הם גזירת התורה הנעלה משכל אנושי דגם משפטי התורה הם כחוקים ולכן כתיב בכל התורה חוקים ומשפטים ביחד כי גם המשפטים הם ממצות השמעיות כמו שכתוב והיה עקב תשמעון את המשפטים האלה וכן כתיב מגיד דבריו ליעקב הוקיו ומשפטיו לישראל לא עשה כן לכל גוי ומשפטים בל ידעום ור"ל אף משפטים שבני נח נצטוו עליהם לא הודיעם ידיעה ברורה כי לא נצטוו רק לדון ע"פ שכל אנושי ולא ע"פ תורה אלקית :

כג וי"א דלענין איסור למשכן כלי אוכל נפש אסור בכולן דבזה לא כתיב מיעוט כמו שכתוב גבי ליכנס לבית הלוה וכן לחבול כלי אלמנה נוהג האיסור בכולן [או"ת] :

כד גיזבר של הקדש או של צדקה שלוו ממנו ולקח משכון שלא בשעת הלואה אינו בכלל החזרת העבוט שנאמר ולך תהיה צדקה וגו' כשתחזיר את העבוט יצא הקדש שא"צ צדקה דהקדש היא עצם הצדקה וי"א דעכ"ז לעניין כלי אוכל נפש וכלי אלמנה נוהג גם בהם ולכן לפי דיעה זו הקהל שממשכנים כלי אוכל נפש ואלמנה עוברים בלאו וצריכים ליזהר בזה [שם] :

כה לפי מה שנתבאר דאסור להמלוה ליכנס בבית הלוה למשכנו וגם השליח ב"ד אסור לו ליכנס לביתו אלא כשימצאנו בחוץ יש לשאול שאלה גדולה דא"כ אם הלוה רשע ובעל תחבולות ויזהר א"ע מלהוציא דבר חוץ לביתו האם יפסיד המלוה מעותיו ואין לך נעילת דלת גדול מזה ולכן יש מרבותינו שאמרו דאיסור זה שלא יכנס השליח ב"ד לבית הלוה אינו אלא כשאפשר לו להמלוה להתפרע ממנו באופן אחר ממקרקעי או ממטלטלי אבל אם א"א לו לגבות באופן אחר והמלוה אומר אולי יש לו מעות או מטלטלים נכנסים לביתו ומחפשין כל מה שנמצא אצלו ואם א"א לעשות ע"י שליח ב"ד עושין גם ע"י שליח ערכאות [רי"ף בתשו' ורמ"ה הובא בטור] ויש מהגדולים שאוסרים לעשות כן [בעה"ת שם] ויש מרבותינו שאמרו דמה שאסרה התורה ליכנס לבית הלוה אינו אלא כשכוונת המלוה אינו ליפרע עתה מהלוה אלא רוצה להיות בטוח במעותיו ושיטלו ממנו משכון כגון שעדיין לא הגיע זמן הפרעון והלוה מבזבז [או"ת] ומתיירא שלא ישאר לפניו כדי חובו או אף אם הגיע זמן הפרעון אך אינו דוחקו שיפרענו עתה אלא שיהיה רק בטוח במעותיו ורצונו ליטול ממנו משכון בזה אסרה התורה כדכתיב לא תבא אל ביתו לעבוט עבוטו דזהו משכון ולא תשלומין אבל אם הגיע זמן הפרעון והמלוה בא לב"ד שיגבו לו חובו והלוה אינו רוצה לפרוע והוא מוחזק שיש לו ממה לפרוע ומבריח ומצניע נכסיו נכנס השליח ב"ד לביתו ונוטל כל הנמצא ופורעין לזה חובו ומסדרין לו כמו שיתבאר [ר"ת ורא"ש וטור] דכופין לפריעת חוב ולדיעה זו הסכימו רבותינו בעלי הש"ע דכשיש לו ואינו רוצה לשלם ב"ד חובשין אותו וכופין אותו לשלם אבל אם אין לו במה לשלם אין כופין אותו להשכיר א"ע ולא לעשות מלאכה אם אין הוא בעל מלאכה עד עתה [כ"ל] כדי לפרוע חובותיו דלא על כוונה זו הלוהו ואיך יכפוהו ב"ד לזה ואפילו התנה על עצמו שתהא רשות ביד המלוה לתפוש את גופו וכתב לו זה בשטר אינו מועיל ואינו יכול לא לאסרו בבית האסורים ולא להשתעבד בו והאדם עצמו אינו יכול לשעבד עצמו לזה דכתיב כי לי בני ישראל עבדים ולא עבדים לעבדים ואם התנה עמו שישכיר א"ע ולעשות מלאכתו תלוי במחלוקת שנתבאר באהע"ז סי' ע"ג אם מחוייב האיש להשכיר עצמו ולזון את אשתו [או"ת] ואם נשבע על כל אלו חייב לקיים מפני השבועה וה"ה אם נתן ת"כ דת"כ דינו כשבועה :

לפי

כו לפי מה שנתבאר כשבא לגבות חובו ולא למשכנו אין בזה כל דיני השבת העבוט שנתבאר אלא ב"ד עושין לו סידור וכיצד הוא הסידור אומרים הב"ד להלוה הבא כל המעות וכל המטלטלים שיש לך לב"ד וכן כל קרקעות וכל כלי המלאכה וכל כלי אוכל נפש ולא תניח לך כלום ומזה נותנין לו הב"ד מזונות לשלשים יום והמזונות יהיה לא כעשיר ולא כעני אלא כבינוני שבעירו ואפילו אכל מקודם כעני נותנין לו עתה כבינוני כיון שהמזונות הוא רק לו לבדו ואם אכל תחלה כעשיר נותנין לו גם עתה כעשיר [ככ"ל מכתובות ס"ז:] ואינו דומה לבגד שיתבאר מפני שצער המזון מרובה משל בגד ובגדים נותנין לו על י"ב חודש כראוי לו ואפילו לבש מקודם בגדי משי או מצנפת זהובה או שארי דברים יקרים שאין דרך רוב אנשים בכך מעבירין אותם ממנו ונותנים לו בגדים בינונים ונותנים לו מיטה לישב עליה ולפי מנהג זמנינו נותנים לו כסא ושולחן ומיטה לישן וכרים וכסתות ומצעות כפי ערכו ואם מקודם היה עני ולא הורגל בכרים וכסתות ומצעות נותנים לו מיטה ומפץ לישן עליו וכל אלו הדברים הן מזונות הן בגדים אין נותנין רק לו לבדו ולא לאשתו ובניו אע"פ שהם קטנים שחייב במזונותיהם דאין חיוב על המלוה לזון אותם והרי הם ככל עניי ישראל ומה שנותנים לו לעצמו הוא גזירת התורה דילפינן מערכין דכתיב שם ואם מך הוא מערכך והעמידו לפני הכהן וגו' והאי מערכך מיותר וקבלו חז"ל דה"פ דאם אין לו כלום לבד הערך שחייב תתן לו מהערך להחיות נפשו כמו שנתבאר וכתיב הוא למעוטי אשתו וזרעו [ערכין ספ"ו] ונותנים לו סנדליו ותפיליו אבל ספרים נוטלים ממנו אפילו ס"ת ואפילו הוא ת"ח שתורתו אומנתו שגם הם בכלל נכסים שבע"ח גובה מהם אבל תפילין הוה מצוה דגופו ואסור לו להיות בלא תפילין וגם הטלית אין נוטלין ממנו [כ"ל] ומקומות בהכ"נ הם כשארי נכסים ומוכרים אותן לפרעון חובות מיהו אם יהיה לו בזיון גדול כאשר יסור ממקומו שבבהכ"נ יראה לי דאין לכופו למכור אותו וה"ה כל כי האי גוונא שהבזיון יוגדל מאד אין לכופו למכור ובתים וקרקעות אפילו בית שדר בו וקרקע שעובד בה מוכרין אותם לפריעת חוב :

כז היה אומן נותנין לו שני כלי אומנות מכל מין ומין כגון שהיה חרש נותנין לו שני מעצדין ושתי מגירות היה לו מין אחד מרובה וממין אחד אין לו רק כלי אחת נותנים לו שנים מן המרובה והאחת שיש לו מהמין האחר ואין משלימין לו להמועט מהמרובה אע"פ שבעת שהיה לו מן המרובה הרבה והיה משאילן לאומן אחר והיה שואל ממנו הנחסר לו ועתה לא יהיה לו מה להשאיל ולא ישאילו גם לו מ"מ אין מוסיפין לו ממה שאין לו אבל אם היה איכר או חמר אין נותנין לו הצמד בקר שלו ולא חמורו וכן אם היה ספן אין נותנין לו ספינתו אע"פ שפרנסתו אינה אלא מהם מפני שהם נכסים ולא כלי אומנות וימכרו עם שארי המטלטלין בב"ד וינתנו לבע"ח וכן שארי מיני סחורות מוכרין אותן אע"פ שאין פרנסתו אלא מזה :

כח זה שנתבאר שאין לאשתו מזונות אין צריך לומר שאין קוצבין לה מזונות על להבא אלא אפילו תפסה מזונות על להבא מנכסי בעלה כגון שהלך בעלה למרחקים ותפסה מנכסיו שתזון מהם על להבא [ט"ז] מוציאין מידה ונותנים למלוה שאין לאשה מזונות לא ממקרקעי ולא ממטלטלי עד שיפרע לבעלי חובותיו אפילו היא היתה קודמת ואפילו למאי דקיי"ל דמן התורה חייב במזונות אשתו מ"מ אין ביכולתו ליתן לה מזונות רק כשיש לו ולא של אחרים ואפילו הלך בעלה למדה"י ולותה בשטר ואכלה אע"פ שקדמה הלואת מזונותיה להלואתו של בעל השטר אין הלואת המזונות נגבית עד שיפרע בעל השטר תחלה דאף שלותה בשטר לא עדיף המלוה שלה מהיא עצמה והיא אין לה על בעלה דין מלוה בשטר רק דין מלוה ע"פ וההלואה בשטר קודם לגבות במקרקעי ממזונותיה דמפני תקון העולם אין מוציאין למזונות ממשועבדים ושטר ה"ל כמשועבדים [תו"ת] אבל במטלטלין יד שני החובות שוין ויחלוקו כי אין במטלטלין דין קדימה כמו שיתבאר בסי' ק"ד וכן אם המלוה היא בע"פ והיא לותה לצורך מזונותיה בע"פ או בשטר איזה מהם שיבא לגבות תחלה הוא קודם ואם באו שניהם כאחד חולקים ולפי מה שיתבאר שם דמלוה ע"פ מוקדמת קודם למאוחרת א"כ מי שהוא מוקדם קודם לגבות במקרקעי ובמטלטלין חולקין וממעות נדוניתה יכולה לעכב למזונות אף להבא ולזמן מרובה :

כט כתב רבינו הרמ"א היה חייב לכותי ותבעוהו בדיניהם ובאת האשה עם כתובתה וסלקו את הבע"ח מפני האשה כי כן הוא בדיניהם להגבות לאשה נדוניתה תחלה ובא אח"כ מלוה ישראל לתבוע חובו ולהוציא מיד האשה מה שגבתה בדיניהם הדין עם המלוה דהרי הכתובה והנדוניא לא ניתנו לגבות מחיים כמ"ש באהע"ז סי' נ"ג עכ"ל ויש מי שאומר דזהו דווקא אם חוב הישראל קדים לחוב הכותי ואם היו באים שניהם לב"ד היו מגבין להישראל קודם ולכן מוציא מיד האשה כיון שבדינינו הוא קודם להכותי והאשה אבל אם חוב הכותי קדים לחוב הישראל אין הישראל מוציא מהאשה דהא אף אם היו באים מקודם לב"ד היו מגבין להכותי קודם ולא הפסיד הישראל במה שהגבו להאשה [תו"ת] וכן עיקר וכן אם בדיני ישראל היו חולקים הישראל והכותי גובה מהאשה מחצה [כ"ל] :

אין

ל אין הבע"ח גובה ממה שכבר נתן הלוה לאשתו ולבניו בין כלים בין תכשיטין דנתינה הוה כמכירה ומטלטלים שמכר אין בע"ח גובה מהם אפילו כששיעבד לו הלוה מטלטלי אג"ק וכתב ליה דאיקני כמ"ש בסי' ס' ולכן בבתים וקרקעות שנתן לאשתו ולבניו אחר ההלואה גובה מהם ולא ממטלטלים וכך אמרו חז"ל אין בע"ח גובה מכסות אשתו ובניו של הלוה ולא מבגדים צבועים שצבען לשמן אע"פ שעדיין לא לבשו אותן דקנו אותן בהצביעה שצבען לשמן אע"פ שלא קנה אותן לשמן ויש מצריכין דגם הקנייה צריך להיות לשמן [עקלס"ח] והעיקר כדיעה ראשונה דכן משמע בגמרא [ב"ק ק"ב: מי סודיעו וכו'] ולא מסנדלים חדשים שלקחן לשמן מפני שקנו אותן בלקיחתו לשמן אף שלא נעלום עדיין ולא מספרים שקנה לבניו שילמודו בהם אלא הרי אלו שלהם ובמה קנו אותם משום דאמרינן דהבעל הוי כשלוחה ושליח בניו והצבע או הסנדלר הקנה להן ועוד דכיון דסידור בע"ח ילפינן מערכין כמ"ש בסעי' כ"ו ובשם וודאי דאין דעתו כשהקדיש והעריך את עצמו על אלו הדברים השייכים להאשה והבנים ונעשה כמו שהקנה להם כל אלו הדברים קודם ההערכה [ע"ס] וה"ה בבע"ח ודווקא באלו הדברים שהן הכרחיות לאדם אמרינן דמסתמא הוה כהקנה להם במתנה גמורה אבל כלי כסף וכלי זהב ואבנים טובות ומרגליות בע"ח גובה מהן אע"פ שנשתמשו בהן האשה והבנים דאין ראיה שהקנה להם דברים יקרים כאלו ולא נתן להם רק לתשמיש בלבד והם עדיין שלו אא"כ ידוע בבירור שנתן להם במתנה גמורה דאז אין הבע"ח גובה מהם ויש מי שאומר דהבעל נאמן לומר שנתן להם במתנה גמורה [תו"ת] ונראה שאינו נאמן רק קודם שרצה הבע"ח לגבותן ולא אח"כ ובגדי שבת ויו"ט יש מחלוקת אם הם דומין לבגדי חול או לכלי כסף וזהב ויראה לי לפי מנהג מדינתינו שדומים לבגדי חול שרוב בני אדם מקנין הבגדים אף היותר יקרים לנשיהם ובניהם ובנותיהם לחלוטין וכן התכשיטין שנושאת על גופה כמו נזמים וטבעות ונזמי האוזן ומרגליות שעל צוארה מקנה לאשתו במתנה גמורה וכשקנה אותן בעדה הוה כהקנה לה במתנה גמורה ואין בע"ח גובה מהן אף לאחר מיתת הבעל כיון שהן שלה ושל בניה [כנלע"ד דלא כסע"מ] :

לא מכל מה שהכניסה האשה לבעלה אין בע"ח גובה מהם בין נכסי מלוג בין נכסי צאן ברזל וכן ממה שפסק לה הבעל בשעת נשואין בגדים וכלי כסף ואבנים טובות ומרגליות אין להבע"ח לגבות מהן ואם ידועים הדברים שהכניסה לו או שפסק לה אינו גובה מהם ואם אינו ידוע היא נאמנת בשבועה על בגדים ותכשיטים שדרך האשה להכנים לבעלה או שהבעל ייחד לה לפי ערכם ומעלתם ועל יותר מזה אינה נאמנת בשבועה רק ע"פ עדים :

לב מעות נדוניא שהכניסה לו גובה בע"ח מהם משום דמעות להוצאה נתנו ומיד הם ברשותו וי"א דמ"מ אם עדיין הנדוניא ברשותה או ברשות אביה או ביד שליש [כ"ל] אין בע"ח גובה מהן דמעות נדוניא לא נחשב כשלו לגמרי אא"כ בא לרשותו ואפילו נשבה הבעל ופדאוהו אין גובין מזה ומכל מה שנתבאר ששייך לה ואפילו כשבא לרשותו מעות נדונייתה דבע"ח גובה מהם מ"מ אם תפסה ממעות אלו על מזונותיה להבא אין נוטלין ממנה דבזה יפה כחה :

לג קרקעות ובתים הנכתבים על שם האשה קודם לזמן ההלואה אין לבע"ח חלק בהם כי הם של האשה מיהו בס"ס ס' בארנו דבזמן הזה צריכים הדיינים לחקור ולדרוש היטב בזה דאין ראיה ממה שנכתבים על שמה ובעניין סידור לבע"ח אין חילוק בין קרקע למטלטלין שאם אין לו רק קרקעות מניחים לו ג"כ לצרכו מזון וכסות כל הדברים שנתבאר :

לד התנה עמו שלא יסדרו לו בחוב זה תנאו קיים אבל אם אמר ע"מ שלא יהא בחוב זה דין סידור אינו מועיל דהוה מתנה על מה שכתוב בתורה ותנאו בטל אבל כשאמר שלא יסדרו לו אין זה כמתנה על מה שכתוב בתורה אלא התנאי הוא על הלוה שלא יבקש דין סידור וזהו כע"מ שלא תשמיטיני בשביעית דתנאו קיים כמ"ש בסי' ס"ז וכשאמר שלא יהא בו דין סידור הרי בע"כ יש דין סידור והוה כע"מ שלא תהא שביעית משמטתו דבע"כ משמטתו כמ"ש שם ומה שהלוה שיעבד לו כל נכסיו אין בזה תנאי לבטל הסידור דנאמר כיון ששיעבד לו כל נכסיו להחוב הרי לא שייר לעצמו כלום דוודאי אין בדעתו אלא על הנכסים הראוים לו ע"פ התורה ואינו מועיל עד שיזכור בפירוש תנאי הסידור ואפילו כתב לו להגבותו מגלימא דעל כתפאי אין הכוונה אלא להפשיטו הבגד היקר ולמוכרו ולהלבישנו בגד הראוי לו ואם התנה עמו שימשכנו אחר הלואה כלי אוכל נפש תנאו קיים [כ"ל] וכן במשכון מאלמנה אבל לדעת הרמב"ם דגם בשעת הלואה אסור נראה דלא מהני תנאי ועיי' מ"ש בסעי' י"ד :

לה יש מי שאומר שאין מסדרין בחוב שאינו דרך הלואה כגון שכירותו ושכר בית ובהמה וכיוצא בהן אם לא זקפן עליו במלוה וכן כשבא ליפרע מהערב שאינו קבלן כשם שאין נוהגין בהן כמה דברים שנתבארו בסי' זה כמו ליכנס אל ביתו כמו שנתבאר וי"א שגם באלו מסדרים ולדיעה ראשונה אין בהם גם מצות השבת העבוט שלא נאמרה אלא בהלואה וטעם דיעה אחרונה כיון שזה הוא חיותו והכרחיותו אין לחלק

לחלק בין חוב לחוב [וע' בלבוש] וזה שמסדרין דווקא בשלא נשבע לפרוע אבל אם נשבע לפרוע אין מסדרין לו מפני שבועתו והוא בעצמו חייב למכור כל מה שיש לו אפילו חלוקו ואבנטו לפרוע לבעל חובו ויתפלש באפר ולא יעבור על שבועתו ואינו נקרא אנוס שיפטור מן השבועה בעוד שיש לו למכור איזה דבר ות"כ דינו כשבועה כמ"ש בסי' פ"א ויש חולקין בזה וס"ל דהשבועה אינה חלה רק במה שחייב לשלם מדינא [ריב"ס] ורבותינו בעלי הש"ע לא הביאו רק דיעה ראשונה ובסי' ע"ג נתבאר עוד בזה ואפילו לדיעה ראשונה אינה חלה השבועה רק כשלא נשתנה מצבו מן זמן שבועתו או אפילו נשתנה אך לא נשתנה באונס דלא שכיח והיה לו להעלות בדעתו וחלה השבועה אבל אם נשתנה מצבו באונס דלא שכיח לא חלה שבועתו וכמ"ש ביו"ד סי' רל"ב [נס"מ סי' ל"ד ס"ק ג'] :

סימן צח [סדר גביית החוב והמבקש זמן לפסול שטר ואם לא בא בזמנו ובו ח' סעיפים] :

א סדר גביית חוב כך הוא כשאין הכחשה בין מלוה ללוה מסדרין לו כמ"ש בסי' הקודם ואם מבקש זמן על פרעון נותנין לו ל' יום כמו שיתבאר בסי' ק' ואם יש ביניהם הכחשה אם הוא מלוה ע"פ נשבע הלוה היסת ונפטר ואם היא מלוה בשטר ואינו מקויים והלוה טוען מזוייף צריך המלוה לקיימו ואם הוא מקויים אין מקבלים מהלוה שום טענה כמ"ש בסי' פ"ב ואומרים ללוה שישלם לו ואפילו שהה כמה שנים ולא תבעו אין אומרים שמחל לו וא"צ שבועה על זה דמחילה בלב לא הוי מחילה ואפילו שמענו שנתייאש מהחוב שאמר וי לחסרון כים אינו יאוש גבי חוב מפני שאין דרך להתייאש ומה שאמר כן הוא דרך קובלנא בעלמא ולא הוי יאוש אמיתי ובסי' קס"ג יתבאר אי מהני יאוש בחוב ואפילו אין השט"ח יוצא מת"י המלוה אם רק החייב מודה שעדיין לא פרע לו אלא שנאמר שמחל לו מפני שלא תבעו זמן רב לא אמרינן כן ואם טען הלוה שמחל לו נתבאר בסי' פ"ב סעי' ט"ו ואפילו ראה המלוה שכתב כל נכסיו לבניו בהיותו חולה ולא כתב להמלוה רק קרקע כל שהוא ושתק אפ"ה לא אמרינן דמחל ואע"ג דבכתובה אמרינן כן כמ"ש באהע"ז סי' ק"ו זהו מקולי כתובה ולא בבע"ח ועכ"ז בשטר ישן צריך הדיין לעשות דרישה וחקירה למה לא הוציאו עד עתה ושיראה הדיין אמתלא טובה מה שלא תבעו עד עתה ואם יראה לו שיש בזה צד רמאות יתן כתוב וחתום להנתבע ששום דיין לא יזדקק לזה ועיי' מ"ש בסי' ט"ו :

ב אין יורדין לנכסי הלוה עד שיודיעוהו תחלה ואפילו כשידוע לב"ד שהשטר כשר ולא נפרע עדיין מ"מ צריך להודיע ללוה ולא לירד לנכסיו בלתי ידיעתו והטעם מפני שנכסיו של אדם הם כערבים בעדו ואין נפרעין מערב עד שיתבע מהלוה תחלה כמ"ש בסי' קכ"ט ואפילו אם אין הלוה בעיר אם הוא במרחק שביכולת ליתן לו ידיעה ולקבל ממנו תשובה במשך שלשים יום מחוייבים להודיעו ואם הדיין טעה והוריד את המלוה לנכסי הלוה קודם שהודיע להלוה מסלקים את הדיין משררותו דזהו כתובע מערב במקום הלוה [ב"ב קע"ד.] :

ג טען הלוה ואמר שטר זה שנתקיים בפניכם מזוייף הוא ואביא ראיה ואבטלנו כי יש לי עדים במקום פלוני והם פלוני ופלוני אם נראה לב"ד שיש ממש בדבריו קובעין לו זמן להביא עדיו והזמן נותנים לו כפי ראות עיניהם ואם אין יכולין לברר ולשער כמה זמן נצרך לזה נותנין לו שלשים יום שהוא זמן ב"ד ואם נראה לב"ד שאין ממש בדבריו שאינו בא רק בעלילה ובטענות של דופי אומרים לו שלם ואח"כ אם תביא ראיה שיהיה מחוייב ע"פ הדין להחזיר לך יחזיר לך ואם היה המלוה תקיף ואלם ושמא לא יהיה ביכולת להוציא ממנו מניחין לע"ע המעות ביד שליש עד שלשים יום ואם יברר דברו בתוך השלשים יחזיר לו השליש ואם לאו ימסור להמלוה ואם אין ביכולת הב"ד להכריע אם בא בעלילה אם לאו נותנין לו זמן שלשים יום :

ד קבעו לו הב"ד זמן להביא ראיה לבטל השטר והגיע הזמן ולא בא ממתינים לו שני וחמישי ושני ומתרים אותו ג' התראות באלו ימי בה"ב בכל יום התראה אחת ואם לא בא אחר בה"ב כותבין עליו פתיחא שהוא שמתא ומשמתין אותו והוא בנידויו תשעים יום [עמס בעל סנידוי בפקודת סממסלס] שלמו התשעים יום ולא בא ב"ד כותבים להמלוה אדרכתא על נכסי הלוה והוא שטר שב"ד מדריכין אותו על נכסי הלוה להפרע מחובו ומתירין לו נידויו כיון שכותבין לו אדרכתא והמלוה בטוח בחובו למה לנו להשהות עליו נידוי ולמה מצרכינן תשעים יום משום דאמרינן דאולי בל' ימים הראשונים טרח להשיג מעות ובל' השניים אמרינן שמא לא השיג מעות ורואה למכור מנכסיו ול' האחרונים אמרינן שהלוקח ממנו טורח להשיג מעות ואף שיתבאר בסי' ק' דכותבין אדרכתא לאחר ל' יום כשמבקש זמן להשיג מעות מ"מ בכאן כיון שאמר שהשטר מזוייף הוא אע"פ שאין אנו מאמינים לו מ"מ לענין זה נותנין לו

יפוי

יפוי כח שאין כותבין עליו אדרכתא עד שיעברו עליו צ' יום ואין כותבין האדרכתא עד ששולחים ומודיעים לו והוא שיהא קרוב לב"ד יום אחד ויש מי שאומר שני ימים ואם היה רחוק יתר על זה א"צ להודיעו ולמה אין נותנים לו זמן רק יום או יומים מפני שכבר נתננו לו זמן הרבה תשעים יום:

ה בד"א שנותנין לו זמן תשעים יום כשהיה הלוה משמיט א"ע כל התשעים יום ואומר אביא ראיה ואבטל השטר ואינו מעיז אבל אם אמר איני בא לב"ד אין נותנים לו זמן כלל כיון שהעיז פניו כותבין להמלוה מיד אדרכתא על נכסי הלוה בין על קרקעות בין על מטלטלין ובין בשטר פקדון אין נותנים שום זמן אלא כותבין אדרכתא על נכסיו מיד דרק בהלואה נצרך ליתן זמן להשיג מעות או למכור נכסיו אבל פקדון מחוייב להשיב מיד אמנם זהו דווקא כשכופר בהפקדון ונמצא שבשקר כפר אבל אם אינו כופר בהפקדון אלא שאומר שפשע בו ומחוייב לשלם ונצרך לו להשיג מעות נותנים לו זמן שלשים יום [נמק"י פ"י דב"ק] ויותר משלשים יום אין נותנין לו וכן אם אומר שיביא ראיה שהשטר של פקדון מזוייף הוא אין נותנין לו זמן יותר משלשים יום [סמ"ע]:

ו זה שאמרנו שאם לא בא בסוף התשעים יום כותבין אדרכתא זהו דווקא על קרקעות אבל על מטלטלין אפילו אחר התשעים יום אין כותבין אדרכתא כל זמן שהלוה אומר שיביא ראיה ויבטל השטר דאיך אפשר למסור מטלטלין להמלוה שמא יביא ראיה ויתבטל השטר וזה יאכל או יאבד המטלטלין ולא יהיה לו ממה לגבות ואפילו יש עתה להמלוה קרקע חיישינן שמא תתקלקל או תשתדף דכיון שיש ממש בדברי הלוה לפי ראות עיני ב"ד נהי שאין נותנים לו זמן יותר מתשעים יום זהו לענין קרקע של הלוה דלא חיישינן שיפסידה המלוה בידים ואם תתקלקל מעצמה הלא גם אם תהיה ביד הלוה תתקלקל אבל למסור לו מטלטלין אין ביכולתינו עד שיתברר שאין בעירעורו של הלוה ממש ומה תקנתו של זה כשאין להלוה קרקע משלשין את המטלטלין של הלוה ביד שליש ונותנין ב"ד להלוה זמן כפי ראות עיניהם שאחר הזמן הזה כשלא יברר עירעורו ימסרם השליש ליד המלוה ואם המלוה תקיף ואלם כל כך שגם קרקע יהיה קשה להוציא ממנו אין כותבין לו ב"ד אדרכתא אפילו אחר התשעים יום ומאחרין האדרכתא עד שיתברר שאין בעירעורו של הלוה ממש או אם אין הלוה בכאן מאחרין האדרכתא עד שיודיעו ללוה אפילו אם הוא במקום רחוק אף שנצרך להשהות י"ב חודש או יותר [סמ"ע] דכל זמן שיש ממש בעירעורו צריכים ליזהר בהאדרכתא ואם נתברר לב"ד שאין ברצונו של הלוה להשיב להב"ד מרחוק ומדחה את הב"ד בטענות בדויות כותבין לו להמלוה אדרכתא אם הלוה אינו מוכן לבא לכאן [כ"ל]:

ז כיצד כותבים האדרכתא אם הורידוהו להמלוה לנכסים בני חורין כותבים איש פלוני נתחייב לפלוני בדין כך וכך מעות ולא נתן לו מעצמו וכתבנו להמלוה אדרכתא זו על שדה פלונית של הלוה ואח"כ שמין שלשה בקיאים באותה שדה כנגד חובו ומכריזים עליה כדרך ההכרזה שיתבאר בסי' ק"ט בנכסי יתומים [עסמ"ע] וי"א שלהכרזה זו אין לה שיעור מוגבל אלא כפי מה שיראה לב"ד [רמב"ס] עד שיפסקו המוסיפים על המקח ומורידין את המלוה להחלק ששמו בעד חובו ואם הלוקחים הוסיפו על השומא מוכרח המלוה לקבל מה שהוסיפו ואם פיחתו אין פוחתין להמלוה מהשומא [סס"מ פכ"ב ממלוס] וקורעין את השט"ח בקרע ב"ד כשיש שטר על החוב וכותבין בהאדרכתא שקרעו את השטר והשטר יהיה ביד המלוה ומחוייב לשומרו דשמא ימצא הלוה עדים לפסול השטר אם הלוה טוען כן [כ"ל] ואם לא יהיה השטר איך יכירו את הזיוף [תו"ת] ואם אין להלוה נכסים בני חורין אלא משועבדים כותבין האדרכתא בלשון זה איש פלוני נתחייב לפלוני כך וכך מעות ע"פ שט"ח בעדים שבידו ולא נתן לו חובו ולא מצאנו להלוה נכסים בני חורין וכבר קרענו לשטר חובו כדי שלא יגבה בו עוד פעם ונתננו לפלוני המלוה רשות לדרוש ולחקור ולהיות ידו נטויה על כל הנכסים שימצא להלוה ועל כל הקרקעות שמכר הלוה מזמן פלוני והלאה שמכל אלו יש לו רשות להמלוה לגבות מהם חובו ואחרי שכותבים אדרכתא זו הולך המלוה ומחפש אם מצא לו נכסים בני חורין שמין לו מהם לא מצא לו בני חורין ומצא נכסים שמכר או נתן הלוה אחר זמן שטרו טורף מהם וקורעין את האדרכתא וכותבין לו שטר טירפא כיצד כותבין לו איש פלוני בן פלוני זכה בדין לטרוף בחוב שפלוני בן פלוני חייב לו שסכומו כך וכך בשדה פלונית שלקחה פלוני מהלוה בכך וכך מזמן פלוני וכבר קרענו האדרכתא שהיה בידו והרשינוהו לטרוף מזה בכך וכך והלוקח יכול לסלקו להמלוה במעות כמו שיתבאר בסי' ק"ג ואחרי שכותבים הטירפא לטרוף מורידין ג' בקיאים באותה שדה ושמין לו ממנה כשיעור חובו מהקרן וחצי השבח כפי שיתבאר בסי' קט"ו ומכריזין עליה שלשים יום כבנכסי יתומים ואח"כ אם הלוה בעיר משביעין את הלוה שאין לו כלום כמו שיתבאר בסי' קי"ד ומשביעין את הטורף בנק"ח כדין כל הנוטלין בשבועה שלא נפרע מחוב זה ושלא מחלו ושלא מכרו לאחר [רמב"ס וס"ע ול"ע כיון שהשטר לפניו אין חשש בזה דאינו נקנס אלא בכו"מ כמ"ש בסי' ס"ו] ואח"כ מורידים אותו לנכסי הלוקח בשומא שלו וכותבין לו שטר הורדה וכיצד כותבים אחר ששמנו לפלוני בשומא שהיתה בידו והכרזנו

והכרזנו שלשים יום כראוי והשבענו את זה המלוה הטורף וגם את הלוה הורדנוהו להמלוה לשדה פלונית להיות משתמש בה כדרך שאדם משתמש בקניינו וקרענו את הטירפא ומאימתי אוכל המלוה פירות שדה זו משיפסקו ימי ההכרזה ואם יש טעות בהאדרכתא אינו אוכל פירות אפילו מיום ששלמו ימי ההכרזה ואין משביעין את המלוה והלוה עד אחר השומא כשמקבל המלוה את הקרקע :

ח כל אדרכתא שאין כתוב בה קרענו לשטר הלואה אינה אדרכתא דשמא ישכחו הב"ד ביד המלוה את השט"ח וילך לב"ד אחר ויבקש מהם אדרכתא על שדה אחרת וכל טירפא שאין כתוב בה קרענו לאדרכתא אינה טירפא וכל שומא שאין כתוב בה קרענו לטירפא אינה שומא והכל מטעם שנתבאר וכיצד כותבין אדרכתא על נכסי יתומים יתבאר בסי' ק"ט בס"ד :

סימן צט [כיצד משביעים ללוה אם יש לו ומטילין איסור על מי שיודע שיש לו נכסים ואם הוא כשר או רמאי ואם נתן שלו במתנה ובו ח' סעיפים] :

א לא היה להלוה שום טענה כנגד החוב שבשטר או שבע"פ אלא שאומר שאין לו במה לפרוע מדין תורה כשלא נמצאו לו נכסים ולא הוחזק ברמאי אין להמלוה עליו כלום אך משרבו הרמאים התקינו הגאונים ז"ל אף כשמסדרין סידור בע"ח אם אין מספיק לתשלום כל החוב משביעין את הלוה שבועה חמורה בנק"ח כעין של תורה שאין לו כלום יותר ממה שהראה לפני ב"ד שסידרו לו או שאין לו שום דבר ושלא החביא ביד אחרים ושלא נתן לאחר מתנה ע"מ להחזיר [רמב"ס] ואף אם מסר לאחר לחלוטין במתנה גמורה מפני שבטוח הוא שהאחר יחזיר לו אח"כ במתנה ע"מ שלא לשלם חובות מזה וכוונתו כדי להבריח מבע"ח חלה שבועה זו [כל"ל וה"ם מס פסקו כזס] ובסעי' ד' יתבאר עוד בזה וכולל בשבועה זו שכל מה שירויח וכל שיבא לידו או לרשותו מאשר תשיג ידו לא יאכיל ממנו לא לאשתו ולא לבניו ולא ילביש אותם ולא יטפל בהם ולא יתן מתנה לאדם בעולם אלא יוציא מכל אשר תשיג ידו מזון שלשים יום וכסות י"ב חודש מזון הראוי לו וכסות הראוי לו לא אכילת הזוללים והסובאים או בני מלכים ולא מלבושי הפחות והסגנים אלא כדרכו כמ"ש בסי' צ"ז וכל היתר על צרכו יתן לבע"ח ראשון ראשון עד שיגבנו כל חובו ואם לא נשבע על להבא ליתן לו כל מה שתשיג ידו ביכולתו להשביעו כל שלשים יום אם לא הרויח ולכן תקנו הקדמונים שיכלול בשבועתו גם על להבא כדי שלא יצטרך לישבע פעמים הרבה ולהוציא שם שמים תדיר וקודם השבועה מטילים איסור על כל מי שיודע שיש להלוה הזה נכסים גלוים או טמונים מטלטלי או מקרקעי שיודיע לב"ד ואם לא יודיע יעבור על איסור ואם יש לו בעלי חובות הרבה א"צ לישבע לכל אחד ואחד אלא שבועה אחת לכולן דשבועה זו תקנת הגאונים היא ואין מדקדקין להחמיר אלא להקל [טור] :

ב והלוה שהוחזק שהוא עני ואיש כשר והולך בתום והדבר גלוי וידוע לב"ד ולרוב העם ובא המלוה להשביעו ע"פ תקנה זו ולפי האומדנא אין לו ספק להתובע הזה אם יש לו להלוה לשלם לו אם לאו אלא שרצונו לצערו בשבועה זו להצר לו ולביישו ברבים כדי להנקם ממנו או כדי שיקח נכסי אשתו שאינו שייך לו ויתן לו עד שינצל משבועה זו אסור לדיין להשביעו דשבועה זו לא תקנו רק מפני הרמאים ואם השביעו ביטל ל"ת של תורה לא תהיה לו כנושה ולא עוד אלא שראוי לדיין לגעור בהתובע ולטורדו וכבר בארנו בכלל ענייני שבועות בסי' ט"ו ע"ש וביו"ד סי' רנ"ג נתבאר בעני שקיבץ ממון בשטר קיבוץ ונתנו לו נדבות אם צריך לשלם מזה לבע"ח ע"ש :

ג וכן להיפך מי שהוחזק לרמאי ודרכיו מקולקלים במשאו ומתנו והרי הוא אמוד שיש לו ממון וטוען שאין לו כלום והרי הוא רץ להשבע אין להשביעו ורק יש לדיין לכופו בכל מיני כפיות עד שיפרענו כללו של דבר כל מה שיעשה הדיין מדברים אלו וכוונתו לרדוף אחר הצדק הרי זה מורשה לעשותו ומקבל שכר על זה ובלבד שתהיה כוונתו לש"ש ויבין בטיב הענין וכמ"ש בזה בסי' ט"ו ע"ש :

ד וכן מי שעושה ערמה ותחבולה להפקיע מבע"ח מוטל על הדיין להוציא בלעו מפיו כגון מי שחייב לחבירו ונתן כל אשר לו לאחר במתנה גמורה כדי להפקיע חובו לא תועיל ערמתו ויגבה בע"ח חובו ממקבל המתנה אפילו היא מלוה בע"פ ואף אם נתן לקטן גובין ממנו וישביע את המקבל מתנה על דעת ב"ד בלא ערמה ומרמה כמה קיבל מתנה מהחייב ויגבם ב"ד להבע"ח בעד חובו ואף שאין לנו על המקבל טענת וודאי מ"מ משביעין אותו כדי לגלות האמת מאחר שהתחבר לרשע להפקיע ממון של אחרים הרי הוא כמוהו ואם זה המקבל מתנה הרויח מה בסחורה או בריבית באותה מתנה אין גובין ממנו דאפילו מקרקעי המשועבדים למלוה אם אכל הלוקח או המקבל מתנה את הפירות כמה שנים אין הבע"ח מוציא הפירות

הפירות שאכל [עש"ך ואו"ת] וכן אף אם קודם ההלואה כתב כל נכסיו לאחר ואח"כ לוה מאחרים ובבא המלוה לגבות חובו צוה להוציא את השטר מתנה שקדם להחוב והכל רואים שאע"פ שכתב כל נכסיו לאחר הוא מחזיק בהם ונושא ונותן בהם ומעולם לא יצאו מרשותו ולא נתכוין אלא להבריח מבע"ח שלא ימצאו ממה לגבות ויאכל ממון אחרים המתנה בטילה וגובה בע"ח ממנה אע"פ שקדמה להלואה וכן אף אם המקבל מתנה מחזיק בהנכסים ונושא ונותן בהם אך שידוע שנותן הריוח להנותן לו ואינו מחזיק כשלו אלא לפנים לעכב פריעת הבע"ח גובה בע"ח ממנה אף שקדמה להלואה מיהו אם נראה לב"ד שלא כיוונו לערמה רק למתנה גמורה קנה המקבל אע"פ שהיתה כוונתו להבריח דכיון דקדמה המתנה להלואה ונתנם במתנה גמורה הרי לא היו לו נכסים בעת ההלואה ואם קדמה ההלואה להמתנה גם בכה"ג בטלה המתנה אף שנתכוין למתנה גמורה מ"מ כיון שכוונתו היתה להפקיע החוב אין ביכולתו שכבר נשתעבדו נכסיו להבע"ח משעת ההלואה והוה מזיק שיעבודו של חבירו דגרע מדיני דגרמי [ע' תוס' גיטין מ"ח. ד"ה במזיק ובסמ"ע ס"ז מחו"מ ודברי הרמ"א שבסעי' ו' צ"ל בסעי' ז' וכ"מ מתוס' כתובות ע"ט. ד"ה עשאום ומהש"ס שם ודו"ק] וכן מי שקנה קרקע והתנה בשעת הקנין שלא יהא לאשתו שיעבוד כתובה על קרקע זו או שצוה לכתוב השטר קניין בשם אחיו לא הועיל כלום ואשתו גובה כתובתה מקרקע זו ובעל חוב חובו דכל מי שבא להפקיע דין תורה ותקנת חז"ל בערמות ותחבולות וכ"ש לגזול של אחרים חייבים חכמי הדור לבטל כוונתו אע"פ שאין כאן ראיה ברורה רק אומדנות המוכיחות היטב וכה"ג בשארי ערמות ותחבולות שא"א לבאר כל ערמה ותחבולה שביכולת הרמאי לעשות מחוייבים ב"ד לבטל ערמתו ותחבולתו ולשלם לבע"ח:

ה ראובן השביע לשמעון שבועה זו כתקנת הגאונים ולא השביעו על מה שירויח להבא ואח"כ תבעו לוי ששטרו מאוחר משטרו של ראובן והשביעו גם על להבא שמה שירויח יותר על הוצאתו יתן לו ואח"כ בא ראובן ורוצה להשביעו ג"כ על להבא ואומר שמעון שכבר נשבע לתתו ללוי וראובן טוען ששטרו מוקדם ויקח תחלה ואם לא היה נשבע היו חולקין דלא שייך דין קדימה בדבר שאינו בעולם ועתיד לבא לאחר זמן מפני שהשיעבוד חל לשניהם בשוה בשעה שבא לידו וכיון שנשבע לתתו ללוי צריך לקיים שבועתו ואף די"ל דאין השבועה חלה להפסיד ממונו של ראובן מ"מ כיון שדין קדימה אין לו וביכולת הלוה היה שלא להתעסק ולא להרויח ולכן חלה שבועתו דהוה כנשבע שיתעסק להמאוחר ושלא יתעסק להמוקדם [ט"ז] ועוד דכיון דדין קדימה אין לו ובלא השבועה היו חולקין ונמצא דעל מחצה של לוי חלה השבועה וממילא דהשבועה חלה אף על מחציתו של ראובן ע"י כולל [או"ת] ולפ"ז אם כתב לראובן בשטרו דאיקני ושיעבד לו גם מטלטלי אג"ק דיש לו דין קדימה ולאותה דיעה שיתבאר בסי' קי"ב שאין הלוה יכול לחזור בו דלא חלה השבועה אבל לדיעה שבשם שיכול לחזור בו חלה השבועה דהא כשנשבע ללוי ולא נשבע לראובן ממילא דחזר בו ממה ששיעבד לראובן ויש חולקים על עיקר דין זה וס"ל דאין להב"ד להשגיח על שבועתו ואין ביכולתו להפקיע ע"י שבועה ממון של אחרים וחולקים ביניהם רק אם לוי תפסם אין מוציאין מידו דהא גם בלא זה יש דיעות שסוברים שאין מוציאין מהמאוחר כשתפס כמ"ש בריש סי' ס' ע"ש [כנלע"ד ומ"ש בש"ע יכופו ללוי או של"ל ללוה ועי' באו"ת ודברי הש"ך ל"ע או דמיירי שכתב לשניהם דאיקני ומטלטלי אג"ק ולוה ולוה וקנה חולקין והש"ע אזיל לשיטתיה דלא מהני תפיסה כמ"ש בש"ך סי' ס' סק"ח אבל לדידן ודאי דהוה ספיקא דדינא והוה ס"ס ופשיטא שאין מוציאין]:

ו אם נראה אצל הלוה ממון קודם שנשבע או אחר שנשבע וכן אם נמצא אצלו חפצים ומטלטלין אינו נאמן לומר שחייב גם לאחרים ולגרוע בחו של מלוה זה אלא ע"פ עדים או ראיה ברורה שחייב גם לאחרים ושעדיין לא פרעם כגון שהוא תוך זמנו וכה"ג [ש"ך] דאין לנו לקבל רק השטרות והחובות שנתברר מקודם בב"ד ושעל אלו נתנו לו השבועה ולא להוסיף עוד חובות אא"כ יתבררו החובות בבירור גמור ואפילו אם ישבע הלוה שכן הוא שמגיע לפלוני וגם אותו פלוני ישבע שמגיע לו אין נאמנים שלא בראיה ברורה [כ"ל] שאין נוטלין ממון בשבועה אלא במה שתקנו חכמים כמו שכיר וכה"ג ואם אומר על המעות או על החפצים והמטלטלין שפקדון הם בידו מפלוני אינו נאמן אף כשיש לו מיגו אא"כ יתברר הדבר משום דהוה מיגו במקום חזקה אלימתא דחזקה כל מה שת"י האדם הוא שלו וכשנתברר שהם של פלוני יוחזר הפקדון להפלוני ואף כשהיה הפקדון מעות והיה רשאי להשתמש בהם מ"מ אין בע"ח אחר נוטל חלק מזה רק יוחזר לבעל הפקדון [אחרונים] ודלא כמי שחולק על זה וכן אם אומר שאלו המעות הם של פלוני שנתן לו בעיסקא אינו נאמן אבל אם יברר שפלוני נתן לו בעיסקא גובה בעל העיסקא כל המעות אפילו מחצי המלוה ואין שום בע"ח גובה מזה [או"ת] דלא כיש מי שחולק בזה וכן אם רק ידוע שיש לו עיסקא מאחרים נאמן לומר על מעות וסחורה שבידו שמעסק פלוני הם במיגו שהיה נותנם לו ואין זה מיגו נגד חזקה שבארנו כיון שידוע שיש לו עיסקא מאחרים וכן אם היה שטרי חובות כתובים על שם לוה זה ואמר ששל אחרים הם או שאמר כבר יחדתי אותם לאחרים שאני חייב להם או

עיסקא

עיסקא הם. בידי אין שומעין לו עד שיביא ראיה ואף בשבועה אין נאמנים כמ"ש ואף אם יש לו מיגו שהיה יכול לומר להד"ם משום דהוה מיגו במקום חזקה כמ"ש ויש חולקין בכל זה וס"ל דכשיש לו מיגו נאמן בשבועה וכן יש להורות [סס] דלא כיש מי שחולק בזה דבכהאי גוונא לא הוה חזקה אלימתא ושפיר אמרינן מיגו ודווקא שהמיגו היה קודם שהוחזק בב"ד או ראו עדים אבל אם כבר ראו או הוחזק בב"ד רק שעתה יש לו מיגו אינו נאמן [סס] ואפילו לדיעה זו דנאמן במיגו יראה לי דאינו נאמן אלא בשבועה וכמ"ש [כ"מ מתסו' הרי"ף מסובא סס] :

ז וכל זה כשנראה אצלו ממון או מטלטלין אבל אם אחרים לא ראו ואומר שיש עליו עוד חובות נאמן ונ"מ לכשירויח יקחו גם חובות אלו חלקם דאין במה לחשדו דדווקא כשנראה אצלו חיישינן שרצונו לעשות קנוניא כדי שלא לשלם בשלימות אבל כשאין לו מאי נפקא ליה מיניה ואי משום שמא טמון אצלו מעות ורצונו לעשות קנוניא דא"כ מי מכריחו לקנוניא זו ימסור בחשאי למי שירצה אלא וודאי דהאמת כן הוא [ב"ח ולו"ת] ושנחשוד אותו שמתיירא פן יתוודע הדבר שיש לו ולכן טוב לו יותר לעשות קנוניא דזהו חששא רחוקה וי"א דגם בכה"ג אינו נאמן בלא ראיה [ס"ך וקלס"ח] דכל מקום שמגיע חוב לאחרים אינו נאמן להודות עוד חוב לאחר ושיגיע מזה לאחר זמן חובה לאחרים ואף בדליכא חשש קנוניא :

ח ראובן נתן חפץ לשמעון למכור ובא לוי בע"ח של שמעון ולקחו בחובו אם ידוע בעדים שחפץ זה הוא של ראובן ומעידים שבפניהם מסר ראובן לשמעון את החפץ שימכרנו צריך לוי להחזיר את החפץ לראובן ואפילו כי ליכא עידי ראיה ואע"ג דבלא עידי ראייה היה שמעון נאמן לומר לקוח הוא בידי במיגו דהחזרתי מ"מ לא טענינן כן לבע"ח דדווקא כששמעון היה נאמן מצד חזקה טענינן גם זה לבע"ח אבל כשהנאמנות הוא רק מפני מיגו ושמעון טוען שהחפץ הוא של ראובן וראובן בעצמו יודע שלא החזירו א"כ באיזה כח יתפוס חפצו של ראובן [אחרונים] דלא כיש מי שחולק בזה וכן אם החפץ ביד שמעון ויש לו מיגו נאמן לומר שלא לקחו ושהחפץ הוא של ראובן [כס"מ] אבל כשאינו ידוע בעדים שנתנו למכור אין מוציאין מלוי ואם יטעון ראובן ללוי אתה יודע שזה החפץ הוא שלי צריך לוי לישבע היסת שאינו יודע וכן אם שמעון הוא סרסור שקונה בעד אחרים כל החפצים הנמצאים בביתו שעומדים להמכר אינם בחזקת שלו שתהא ביכולת בעל חובו למשכנם ונאמן הסרסור או בעל החפץ בשבועה וחייבין לישבע אפילו כשלוי אינו טוען ברי שהחפצים הם של שמעון [ס"ך] דלבע"ח יש דין לוקח ויורש שהבא להוציא מידם צריך לישבע אף בטענת שמא וכל זה הוא בחפצים שאינם עשוים להשאיל ולהשכיר אבל כשעשוים להשאיל ולהשכיר אם יש רק שני עדים שחפצים אלו היו מקודם של שמעון נאמן שמעון להוציא הכלים ואין ביכולת בעל חוב למשכנם בחובו ואפילו שבועה א"צ [כ"ל] ורק ח"ם יכול להטיל עליו ואם אין לו אלא עד אחד שהוא שלו אינו מועיל לו להוציאו מחזקת בע"ח שמשכנו [טור ועס"ך] :

סימן ק [המבקש זמן לפרעון כמה נותנין לו ואם לא בא בזמנו והמסרב ציוי ב"ד

ובו ה' סעיפים] :

א לוה שאמר הריני משלם קבעו לי זמן כדי שאלוה מאחר או אמכור או אלוה על משכנות ואביא מעות נותנין לו זמן שלשים יום בין במלוה בשטר בין במלוה בע"פ ואף אם יש לו נכסים ידועים צריך ליתן לו זמן [סמ"ע] ואם נראה לדיין שלא יספיק לו ל' יום נותנים לו זמן יותר ואם אינו צריך ל' יום יפחותו לו אך אם אין ידוע לו כמה זמן צריך הלוה נותנין לו ל' יום ואין משביעין את הנתבע שאין לו עתה מעות דכיון דמוכן לשלם בעוד זמן מה אין מחייבין אותו שבועה בעד המשכת קצת זמן אבל אם רצונו להמשיך זמן רב יראה לי דמשביעין אותו שמוכרח לחמשיך זמן רב והנתבע בעצמו יחוש לנפשו אם יש לו עתה מעות ומרחה לו הזמן עובר משום אל תאמר לרעך לך ושוב ומחר אתן כמ"ש בסי' צ"ז ואף אם אומר התובע שצריך לילך לדרכו ואין ביכולתו להמתין על הזמן אומרים לו שיעשה שליח שימתין עד הזמן כי הזמן שנצרך ליתן להנתבע כשאין לו מעות הוא מעיקר הדין :

ב כתבו הרמב"ם והש"ע שאין מחייבין אותו ליתן משכון שאלו היה שם מטלטלין מיד היו ב"ד גובין מהם ואם רצה המלוה ליתן איסור על מי שיש לו מעות ומטלטלין ומפליג אותו בדברים הרי זה נותן איסור ואין מחייבין הלוה להביא ערב עד שיתן עכ"ל וביאור דבריהם דאין נותנין לו זמן רק כשאין לו מטלטלין דאם יש לו מטלטלין גובין מהם מיד מדינא ומשמע דבלא טעם זה יש רשות ביד המלוה לדרוש משכון לבטוחות ולפ"ז נ"ל דעכשיו שנתפשט המנהג דגם כשיש מטלטלין להלוה נותנין לו זמן ל' יום כמ"ש גדולי אחרונים [תו"ת וכס"מ] דביכולת המלוה לדרוש בטוחות עד שישיג מעות ומה שאין מחייבין אותו להעמיד

להעמיד ערב זהו מפני שאין ביכולת לדרוש ממנו דבר שאינו בידו ואולי אין מי שרוצה להיות ערב בעדו והמלוה האמינו תחלה בלא ערב [סמ"ע] ובאמת שהטור והש"ע כתבו שאם נראה לדיין שיש לחוש שמא יבריח או ישמט כופין אותו ליתן ערב ובזמן הזה ידוע שיש חששות רבות ולכן פשיטא שביכולת המלוה לדרוש בטוחות מהלוה עד שישיג מעות ויתן או משכנות או ערב בעדו ועכ"ז אם ברור להדיין שהלוה הוא איש כשר ואין כוונתו לערמה ותחבולה אין כופין אותו לזה ובסי' ע"ג נתבאר שאם הב"ד רואין שהלוה מאבד מעותיו יש להם רשות לעקלו גם תוך הזמן:

ג ודווקא לפרעון נותנין זמן אבל לשבועה אין נותנין זמן וביום הכניסה הראשון והיינו בשני או בחמישי צריך לישבע מיהו אם הב"ד רואים שע"י המשכת השבועה יתברר הדבר ולא יצטרך לישבע [תו"ת] או שע"י זה יעשו פשרה כי כפי ראות עיניהם מוכנים הבע"ד לעשות פשרה הרשות בידם להמשיך השבועה כפי ראות עיניהם וכן אם אחד התחייב עצמו בקנס ששיעבד א"ע לעשות דבר לזמן פלוני ושאם לא יעשה יתן קנס כך וכך אין נותנין לו זמן על עשיית הדבר ותיכף שהגיע הזמן שקבע ולא עשה זה הדבר חייב בהקנס אמנם לתשלומי הקנס נותנין לו זמן דלא גרע מחוב גמור ומתי נתחייב בהקנס שלא יהא בו דין אסמכתא יתבאר בס"ד בסי' ר"ז:

ד י"א שהקובע זמן לפרעון חובו והגיע הזמן אין נותנים לו זמן אחר דכיון דקבע לו זמן ה"ל כאלו התנה עמו שלא ידחנו יותר והיה לו להשתדל להשיג מעות קודם שהגיע הזמן וי"א שגם לזה נותנין זמן שלשים יום וכן המנהג בין במלוה בע"פ בין במלוה בשטר ואף כשיש לו מטלטלים להלוה נותנין לו זמן שישיג מעות וכן עיקר ואפילו בא ותבעו שלשים יום קודם הזמן מ"מ צריכים ליתן לו שלשים יום מיום הזמן והטעם מפני דדרך בני אדם כן הוא שכל זמן שלא הגיע הזמן אין בכחם לעשות השתדלות גמורה להשיג מעות וכן בסתם הלואה שהוא שלשים יום נותנין לו זמן עוד שלשים יום אפילו כשתבעו ביום שני להלואתו [סס] וכן בכל מיני תביעות ממון נותנין זמן לבד בפקדון אין נותנין זמן [סס] דאיזה זמן צריך לזה ימסור לו פקדונו ולכן אם אומר שנאבד ממנו הפקדון וצריך לשלם במעות נותנין לו זמן להשיג מעות:

ה שלמו השלשים יום ולא הביא מעות כותבים ב"ד מיד אדרכתא על נכסיו ואם לא ימצאו לו נכסים אין מנדין אותו דמה יש לו לעשות כיון שאין לו והוא לא סירב מלבא לב"ד [סמ"ע] אבל אם אומר שאינו רוצה לשלם כותבין מיד אדרכתא על נכסיו ואם אין מוצאין לו נכסים מתרין בו בה"ב ואח"כ מנדין אותו על שאמר שאינו רוצה לשלם ועומד בנידויו עד שישלם לו או עד שיטעון שאין לו כלום וישבע על זה כמ"ש בסי' הקודם ואם עמד בנידויו ל' יום ולא תבע להתיר נידויו מנדין אותו עוד ל' יום ואם עמד בהם מחרימין אותו [כ"ז אינו נוהג עתה מפני דינא דמלכותא] ומשפטי הנידוי והחרם נתבאר ביו"ד סי' של"ד ומה שנתבאר בסי' י"ט שאחר ל' יום הראשונים מחרימין אותו הטעם משום דבשם היה סכסוך ביניהם ולא קיבל עליו הפס"ד [תו"ת] ורבינו הב"י הביא בסי' צ"ח דברי הרי"ף בשם רב פלטוי גאון אדם שנתחייב לחבירו בב"ד וסירב ועבר על גזירת ב"ד כותבין לקהלות ישראל פלוני גזרו עליו דין ישראל ולא השגיח והחרמנו אותו שלא יתפלל בעשרה ולא יזמן בג' ולא תמולו לו בן ואל תקברו לו מת והוציאו בניו מבית הספר ואשתו מבה"כ עד שיקבל עליו את הדין עכ"ל ואם כי אין לנו רשות לעשות כן מפני דינא דמלכותא מ"מ החי יתן אל לבו אלו הדברים ויזדעזע מאימת הדין מלסרב על פסק ב"ד:

סימן קא [ממה מגבין לבע"ח מעות או מטלטלין או קרקע ובו ט' סעיפים]:

א בא לפרוע אם יש לו מעות חייב לפרוע לו במעות ואינו יכול לדחותו אצל מקרקעי או מטלטלי דסתם מלוה לחבירו מלוה לו ע"מ שישלם לו במעות ואם לא יהיה לו מעות ישלם לו בשוה כסף ועכ"ז אם אין ידוע לנו אם יש לו מעות אם לאו אין משביעין אותו ואפילו אנו רואים שיש לו מעות והוא אומר שאינם שלו אלא של פלוני לא משבעינן ליה ולא תקנו חכמים שבועה על זה כיון שמשלם לו בשוה כסף אבל ח"ם יכול להטיל על כל מי שיודע שיש לו מעות וי"א שיכול להטיל על הלוה איסור מפורש [ט"ז] אם אין לו מעות וכן במקום דאיכא פסידא ללוה בשישלם לו במעות יכול לשלם לו בשוה כסף אף כשיש לו מעות כגון שחייב גם לאלם ואם לא ישלם לו במעות יאסור אותו בבית האסורים יכול לשלם להישראל בשוה כסף ודווקא בהיזק כזה אבל אם ההיזק הוא שצריך לקנות סחורה בהמזומן וכיוצא בזה אין משגיחין עליו וצריך לשלם במעות [כ"ל] ואם אמר אין לי מעות ונמצא שקרן אינו נאמן עוד בחוב זה כשאומר אין לי מעות אלא מחוייב למיטרח ולמיזבן ולהביא מעות כיון דהוחזק שקרן וכן אם נראה לב"ד שהוא משקר שיש לו מעות ואינו רוצה לשלם בהם כופין אותו שישלם במעות ואם יש לו מעות ותולה אותם שהם של כותי והמלוה

חושש שהם שלו להשביעו אינו יכול בטענת שמא אבל יכול להטיל ח"ס על כל מי שיודע שיש לו מעות ואם הלוה אמוד שהוא עשיר אין שומעין לו וכופין אותו ליתן מעות וכן אם תלה מעותיו בכותי ונודע שהממון שלו ועתה באמת אין ביכולתו ליתנם כי הכותי מעכב קנסינן ליה וכופין אותו שימכור חפציו ויסלק לבע"ח במעות ומי שבאמת אין לו מעות אינו מחוייב להטריח למכור נכסיו ולשלם במעות אלא משלם בכל מה שיש לו בשוה כסף מיהו אם הדבר ידוע שיש לכותי עירעור על נכסי הלוה ומתירא המלוה ליטלן מפני העירעור וודאי דמחוייב הלוה לטרוח ולמכור וליתן מעות וכן כל הפסד שיכול להגיע להמלוה כשישלם לו בשוה כסף ביכולתו לכוף את הלוה שישיג לו מעות דבמקום הפסד לא תקינו רבנן [נ"ל] :

ב אם אין להלוה מעות ויש לו מטלטלים וקרקעות והלוה רוצה ליתן לו קרקע והמלוה חפץ יותר במטלטלים מחוייב ליתן לו מטלטלים מפני שהם יותר קרובים למעות מקרקע מפני שיכול להוליכן ולמוכרם אלא שבזה יפה כח הלוה שיכול ליתן לו מאיזה מטלטלים שירצה ואין המלוה יכול לומר אני רוצה דווקא במטלטלין אלו דכיון דמקבל ע"פ שומא כל המטלטלין שוין הן דכל מטלטלין מיטב כסף הוא שאם לא ימכור בכאן ימכור במקום אחר וכן אם המלוה רוצה בקרקע והלוה רוצה לשלם לו במטלטלין שומעין להלוה וכ"ש אם רוצה לשלם לו במעות שאין ביכולת המלוה לומר תן לי קרקע או מטלטלין ואם אין להלוה מעות רק קרקע ומטלטלין ובא לשלם לו בקרקע או במטלטלין וא"ל המלוה איני מבקש עתה ממך החוב ואין רצוני לקבל שוה כסף ואמתין עד שיהיה לך מעות הדין עם המלוה דכל זמן שאינו תובע חובו אינו צריך ליקח דבר שאינו חפץ בו [טור סי' ע"ד וע"ש מ"ש בסעי' ז' :

ג י"א דבמוכר סחורה בהקפה שישלם לו לאחר זמן דינו כמו בשביר שיתבאר בסי' של"ו שמחוייב לשלם לו במעות אף כשאין לו ויטריח למכור חפציו ולשלם לו במעות דאנן סהדי שלא מכר לו זה סחורתו שיקבל שוה כסף דכל סוחר מוכר סחורתו לקבל מזומן דווקא ולא דמי להלואה שגמל חסד עם הלוה דעתו היה מתחלה דכשלא יהיה לו מזומן יקבל שוה כסף אבל הסוחר לא יתרצה בשום פנים לקבל שוה כסף וי"א עוד דמטעם זה גם בשטרי עסקות כיון שכוונת המלוה הוא להרויח ולא לגמול חסד צריך הלוה לשלם לו במעות בכל ענין אבל הנותן לחבירו מעות לישא וליתן בו למחצית שכר שלא בדרך הלואה כיון שדרך משא ומתן הוא להחליף סחורה בסחורה ומרויח בסחורה שלקח במקום סחורתו וזה עשה ג"כ כן צריך הנותן להמתין להמקבל עד שימכור סחורתו בעד מזומן או יקבל הסחורה בעין עם הריוח שעלה על הסחורה [סמ"ע] וי"א דשטרי עיסקות דינם כמו בע"ח ג"כ דאין תלוי הטעם אם כוונתו היתה למצוה או כדי להרויח ולכן יכול לסלקו בשוה כסף ויש חולקים בעיקר דין זה וס"ל דגם מוכר סחורה שוה לבע"ח [תו"ת] והעיקר לדינא דמוכר סחורה חייב לשלם לו במזומן דכן מנהג הסוחרים ושטרי עסקות שוה לבע"ח [וכ"מ בקצה"ח סק"ד] ואם התנו ביניהם שישלם לו הלוה במזומן או במכירת סחורה שהתנו לשלם לו בשוה כסף תנאו קיים דכל תנאי שבממון קיים כשהתנאי היה בעת ההלואה או בעת המכירה אבל אח"כ צריך קניין לתנאי כזה [נ"ל] :

ד אם היו מעות הלוה מופקדים ביד אחרים מוציאין מהם ומשלמין למלוה אע"פ שיש להלוה שוה כסף דמעות פקדון הם כמו ביד הלוה אבל אם היו המעות בהלואה אצל אחרים לא מיבעיא אם הוא עדיין קודם זמן הפרעון דאין מוציאין מידם אף אם אין להלוה שוה כסף כלל אלא אפילו אם הוא אחר הזמן אם רק יש להלוה שוה כסף אין המלוה מוציא מהם אם הלוה רוצה להרויח להם הזמן כמו שאין נפרעין ממשועבדים במקום שיש בני חורין [ס"ך וט"ז] ויש חולקין בזה וס"ל דכשהגיע זמן פרעון אין ביכולת הלוה להרויח ללויו הזמן אף כשיש לו שוה כסף ומוציאין מהם ומשלמין במזומן להמלוה הזה אא"כ מפורש בשטרם שאין ביכולתו להכריחם לשלם בעת הזמן וכמ"ש בס"ס פ"ו ע"ש [תו"ת] :

ה אם יש ללוה שטרי חובות על אחרים יכול להגבותם לו וישומו אותם כפי שוויים עתה לפי ערך הלוים לפי מצבם ואלמותם ולפי נכסיהם אם הם עידית או זיבורית כללו של דבר שהם ככל המטלטלין ואפילו יש לו שארי מטלטלין יכול להגבות לו שטרות בשוויים וכמו שביכולת הלוה ליתן להמלוה איזה מטלטלים שירצה כמו כן יכול ליתן לו שטרות אף כשיש לו שארי מטלטלין ואין ביכולת המלוה לומר לא אקבל ממך שטרות דשמא לא יסלקו בעדם דהא הב"ד שמין אותם ואם אינם עומדים להפרע כלל הלא לא ישומו אותם בכלום וי"א דכשיש ללוה שארי מטלטלין אינו יכול לכוף את המלוה לקבל שטרות [ש"ך] והעיקר כדיעה ראשונה [תו"ת] ואפילו הגיע הזמן של השטרות מ"מ צריך לשומם בשומת ב"ד כמה הם שוים ומגבים אותם לבע"ח [סס] ולא דווקא שטרות ה"ה חובות בע"פ או אפילו של כותים שמין אותם ומוסרים אותם לבעלי חובות כפי השומא [סס] ואם יכול המלוה למחול אח"כ לבעלי השטרות י"א דיכול למחול כמו בכל מכירת שטרות שנתבאר בסי' ס"ו [ש"ך] אם לא שמסר לו במעמד שלשתן דאז אינו יכול למחול כמ"ש שם [ט"ז] או שיש לו קרקע וממילא כשימחול יגבו קרקעותיו [סס] ויש חולקין בזה וס"ל דאינו יכול למחול דאינו דומה

דומה למכירת שטרות דמן התורה אין עיקר למכירתם כמ"ש שם אבל גיבוי לבע"ח הוי מן התורה א"כ לא נשאר לו שום כח שיהיה ביכולתו למחול [תו"ת] וזהו דבר פשוט דאם יש ביכולתו למחול אינו יכול לכופו לקבל שטרות [ודיעות הלו הולכות לשיטתן ודו"ק]:

ו כל מה שיתן לו מקרקע או מטלטלין ישומו לו כפי מה שביכולת למוכרם מיד ובקרקע אחר ימי השומא וההכרזה ושלא יצטרך להמתין עד יום השוק ושיהיה ביכולת למכור בעירו ולא שיצטרך לחזור למוכרו בעיירות ובשווקים וישומו לפי השעה ולפי הזמן שלא יצטרך לעכב עד שימצאו לו קונים או עד שיתייקר דא"כ נעילת דלת בפני לוין כללו של דבר שישומו כמה יתן הקונה בהחפץ הזה או בקרקע זו פה על המקום מיד ובכך יתנו להמלוה ובקרקע אחרי ימי השומא וההכרזה:

ז מגבין למלוה כל מטלטלין שימצאו ללוה ואם לא הספיקו המטלטלים מגבין לו קרקע אחר שיתנו איסור מפורש אם יש לו עוד מטלטלים [ט"ז] וגם נותנים ח"ס על כל מי שיודע שיש לו מטלטלים ואינו מודיע לב"ד ודלא כי"א שצריך לישבע על זה שאין לו עוד מטלטלים דכיון דעכ"פ משלם לו בקרקע לא תקנו רבנן שבועה על זה ואם המלוה אומר שברי לו שיש להלוה עוד מטלטלין או מעות י"א שנותנין לו שבועה על זה אם יש הפרש בשוה פרוטה עכ"פ בין הקרקע להמטלטלין או המעות [תו"ת] וכשמגבין לו קרקע מגבים מכל קרקע שיש לו להלוה אפילו הקרקע משועבד לכתובת אשה או לבע"ח מוקדם עכ"ז מגבים לזה מיד ואם יבא הראשון ויטרוף ממנו יטרוף אבל לע"ע מגבים לזה הבע"ח שלפנינו כיון שאין מה לגבות חוץ מזו [ע' בירושלמי שהביא הרח"ש פ"י דכתובות סי' ה']:

ח היה לו מטלטלין או קרקע או מעות ויש עליו חובות שחייב לעובדי כוכבים וצועק הלוה שכל מה שיש לו משועבד להם ואם הישראל יטלו אותם יבואו הם ויאסרו אותו בשביה והב"ד יודעים שכדבריו כן הוא מ"מ יגבה הישראל חובו כשהגיע זמנו ואם יאסרוהו בשביה כל ישראל מצווים לפדותו דדווקא כשרוצה ליתן להישראל קרקע הרשות בידו ויכול ליתן המעות להכותים אם יש לו סכנת שביה כמו שנתבאר אבל שיאבד חובו של זה מפני שבייתו למה יסבול המלוה הזה יותר מכל ישראל:

ט כמו שבע"ח אם יש לו מעות מחוייב לשלם במעות ומטלטלין קודם לקרקע כמו כן הדין בגביית כתובה אפילו כשבאה לגבות מיתומים [ס"ך] ויש חולקין בזה וכן משמע באהע"ז סי' ק' ע"ש [ע' בתו"ת וגס"מ]:

סימן קב [מאיזה קרקע מגבין החוב לבע"ח ובו ז' סעיפים]:

א מדין תורה כשהמלוה בא לגבות חובו מקרקע אינו גובה אלא מן הזיבורית שנאמר והאיש אשר אתה נושה בו יוציא אליך את העבוט החוצה ודרכו של אדם להוציא פחות שבכלים ואע"ג דבמטלטלי אין הפרש בין עידית לזיבורית כמ"ש בסי' ק"א סעי' ב' דמטלטלין כל מילי מיטב הוא זהו כשבא לגבות מהן דאם לא ימכרם בכאן ימכרם במקום אחר אבל הפסוק דיבר במשכון ובמשכון פשיטא דיש חילוק בין משכון טוב לאינו טוב [ס"מ ב"ק ח'.] וממשכון אנו למידין על גביה דקרקעות דאינן אלא מן הזיבורית [ירושלמי פ"ס דגיטין] אבל חכמים תקנו שיגבה מן הבינונית כדי שלא לנעול דלת בפני לוין ומפני מה לא תקנו מן העידית כדי שלא יראה אדם אצל חבירו שדה מעולה ויאמר אקפוץ ואלונו כדי לגבותה [שם מ"ט:]:

ב והבינונית שמין בשלו ולא בשל עולם כגון אם הבינונית שלו אינה רק כזיבורית דעולם או שטובה היא כעידית של עולם גובה מבינונית שלו ולמדנו זה מנזקין דכתיב בהו מיטב שדהו ומיטב כרמו ישלם דהולכין אחר מיטב שלו וה"ה בבע"ח בבינונית ואם יש להלוה כמה שדות בינונית נותן לו איזה שדה שהלוה רוצה כמו שבמטלטלין הברירה בידו ליתן מאיזו שירצה כמ"ש בסי' ק"א ואם יש להמלוה שדה סמוכה לשדה בינונית אחת של הלוה אם ביכולת המלוה לכופו שיתן לו זו השדה כדי שיהיו לו שתי השדות סמוכות זו לזו דהוה ליה זה נהנה וזה אינו חסר תלוי במחלוקת שיתבאר בסי' קע"ד לעניין חלוקה ע"ש וכן במטלטלים כשיש להמלוה טובה במה שיתן לו חפץ זה אם יכול לכופו ג"כ תלוי בזה אמנם אפשר דאף לאותה דיעה שיתבאר שם דאינו יכול לכופו אולי דבבע"ח גם לדיעה זו יכול לכופו דהוא צריך לשלם לו במעות מזומן כמו שהלוהו אלא שלא הטריחו בזה על הלוה שימכור וישלם לו במעות וא"כ לכל הפחות יהיה כח המלוה יפה שיתן לו הבינונית או החפץ שהוא רוצה כשיש לו טובה מזה וכן נ"ל עיקר וראיה לזה מזיבורית שיתבאר בסעי' ג':

ג אם חפץ המלוה בזיבורית וא"ל להלוה תן לי זיבורית מעט יותר מהבינונית שומעין לו דהא מן התורה דינו בזיבורית אלא שחכמים תקנו לטובתו שיגבה מבינונית וכיון שטובתו הוא ליתן לו כדין תורה הדין עמו ויותר מזה אמרו חז"ל דאפילו אם אותה הזיבורית עומדת עתה המקח בזול ועתידה במשך הזמן להתייקר אין ביכולת הלוה לומר אם חביבה עליך שדה זו תטול אותה כפי המקח העתיד להתייקר מפני שיכול המלוה לומר

לומר לו אלו היה לי מעות שהלויתיך הלא קניתי שדה כזו כפי המקח דכעת והרי גם הבינונית אקח ממך כפי המקח ההוה ולמה יגרע כחי בזיבורית וי"א דאין כופין אותו ליתן לו זיבורית דיכול הלוה לומר לו כמו שיפה כחי ליתן לך מאיזו בינונית שאני רוצה כמו כן יפה כחי בזה לבלי ליתן לך זיבורית והרי אף מדין תורה שדינך בזיבורית כשארצה ליתן לך בינונית לא תמנעיני התורה בזה ואף לדיעה זו אם רצונו ליתן לו זיבורית ולחשוב לו כפי המקח העתיד להתייקר אין ביכולתו ויכול המלוה לכופו ליתן לו הזיבורית ובמקח ההוה דהמלוה יכול לומר לו ביכולתך ליתן לי בינונית או זיבורית אבל הכל ע"פ מקח ההוה אמנם העיקר לדינא כדיעה ראשונה [רס"ל וס"ך] :

ד אין לו אלא זיבורית אינו מחוייב למוכרם על בינונית וכן אם אין לו אלא עידית אין ביכולתו להחליפה על בינונית דחז"ל השוו מדותיהם דבמה שיש לו ישלם אלא דאם יש לו עידית ובינונית וזיבורית ישלם לו בבינונית אבל למכור אין ביכולתו ואינו צריך ואם יש לו עידית ובינונית יתן לו בינונית יש לו עידית וזיבורית לא יתן לו אלא זיבורית ואין להקשות דלפי מה שנתבאר דבשלו הן שמין איך משכחת לה להאי דינא ואם אין לו אלא מין אחד מה שייך על זה שם עידית או זיבורית וכן בשני מינים איך שייך לומר עידית ובינונית די"ל כגון שבשעת הלואה היו לו כל השלשה מינים ואח"כ מכר מין אחד או שתים וחלה על הנשאר שם הקודם דהעיקר תלוי השמות שהיה לשדותיו בעת ההלואה דאז נשתעבד להמלוה ולכן כשמכר העידית ונשאר לפניו הבינונית והזיבורית משלם לו בהבינונית אף שעתה הם עידית אצלו ואם נשתדפה העידית אינו משלם לו אלא מזיבורית [כס"מ] דכשנשתדפה נסתלק שיעבודו מעליה ונחשבה הבינונית כעידית ואם לא היה לו בשעת הלואה רק מין אחד ואח"כ לקח זיבורית הימנה י"א דאינו משלם לו אלא הזיבורית [סס] ויש להתיישב בדבר :

ה זה שהלוה משלם בבינונית זהו דווקא כשכל השדות או הבתים הם במקום אחד אבל אם העידית הם בעיר או סמוך להעיר והבינונית רחוק מהעיר אין יכול הלוה לומר לו קח לך מהבינונית שברחוק דאין לך נעילת דלת גדול מזה אלא מחוייב ליתן לו מהעידית שבקירוב מקום ושיעור הקירוב והריחוק תלוי בראיית עיני ב"ד ומ"מ אם העידית והזיבורית הם בקירוב מקום והבינונית בריחוק מקום אם אין רצון המלוה לקבל הבינונית יכול הלוה לדחותו אצל הזיבורית דכיון דהבינונית אינו בחשבון ה"ל כאין לו אלא עידית וזיבורית דאינו גובה אלא מן הזיבורית [כ"ל] :

ו היו לו עידי עידית ועידית ובינונית וזיבורית והתנה בשעת הלואה ליתן לו עידית וכל תנאי שבממון קיים ואח"כ נפסדה העידי עידית אינו משלם לו אלא מהבינונית אף דהעידית קיים דזה שהתנה ליתן לו העידית מפני שנשאר אצלו עידי עידית אבל אם היה יודע שיפסיד העידי עידית לא היה מבטיחו ליתן לו העידית ויש חולקין בזה וס"ל דזהו כמו דברים שבלב וכיון דהעידית קיים ישלם לו כתנאו דדווקא אם גילה דעתו מתחלה שא"ל אתן לך עידית כי יש לי עידי עידית בזה וודאי כשנפסדה העידי עידית יעכב העידית לעצמו אבל כשלא גילה דעתו הוה דברים שבלב ואינם דברים [רס"ל וט"ז] אא"כ נתקלקלה העידי עידית עד שהם גרועים מהזיבורית ונמצא דעתה העידית הם כעידי עידית והבינונית הם כעידית והזיבורית כבינונית והעידי עידית כזיבורית דאז גובה מהבינונית שעתה הם עידית אבל כשנפסדה העידי עידית לגמרי גובה מהעידית [הו"ת ע"ש] :

ז בעיסקא גובה המחצה של הלואה בבינונית כבע"ח והמחצה של פקדון גובה בעידית [סס בסס ריה"ז] וזהו לפמ"ש בסי' ק"א סעי' ג' דעיסקא דומה לבע"ח וא"צ ליתן לו מעות דווקא כבשכיר האמנם עידית פשיטא דצריך ליתן על מחצה דפקדון דלא גריע מנזקין דצריך לשלם לו ממיטב :

סימן קג [שמין קרקע של לוה ואם טעו בשומא ושומא הדרה לעולם ובו כ"א סעיפים] :

א כשנצרך להוריד את המלוה לנכסי הלוה שמין ג' שמאין בקיאים בשומא ואין שמין אלא כפי הזמן וכפי השער שנמכרים עתה נכסים באותו מקום והשמאים יכולים להיות קרובים זה לזה דאין זה דין אלא שומא בעלמא ומ"מ לא יהיו קרובים לבעלי הדינים שלא יפנה לבם לטובתם ואח"כ מכריזין עליה מי שירצה להוסיף על השומא וזמן ההכרזה אינו קצוב אלא כפי מה שיראו ב"ד עד שיפסקו הלוקחים להוסיף על המקח ואם קרקע זו טורף מלקוחות צריכים להכריז שלשים יום כמו בנכסי יתומים שיתבאר בסי' ק"ט וי"א דגם כשגובה מלוה עצמו כיון שנמכר בב"ד שלא מרצונו צריך שומא והכרזה כבנכסי יתומים וכשמכריזים והלוקחים באים וקוצבים המקח כרצונם ואם נותנים כפי השומא או יותר מוכרין להם ולוקחין הדמים ומשלמים להמלוה ואם המלוה רוצה לעכבה לעצמו באותו המקח שהלוקחים נותנים הוא קודם ואם הלוקחים נותנים פחות מהשומא מחליטים אותה להמלוה כפי השומא ואין פוחתין מהשומא דמסתמא שמו כהוגן אלא הלוקחים רוצים ליקח בזול דההכרזה היא לטובת הלוה אולי יוסיפו על השומא ובשעת ההכרזה מכריזין איך שמוכרין שדה זו או בית זה כדי לפרוע לבע"ח חובו או לאשה כתובתה ולמה צריך לפרסם זה מפני שלהלוקחין

שלהלוקחין יש נ"מ בזה דאשה אינה בעלת מסחור ותתרצה לקבל הדמים מעט מעט ונגד זה יש מעלה בבע"ח שאינו מדקדק כל כך במטבע הטובה היא כמו אשה [ערכין כ"א:] ונוסח ההכרזה כך היא שמכריזין שדה פלונית שסימניה ומצריה כך היא ועושה תבואה כך וכך ושמאוה בכך וכך כל הרוצה ליקח יבא ויקח [שם] ואם אחד קנאה נותנין לו שטר אכרזתא איך שעשו אכרזתא כדין ומכרו לזה קרקע זו לפרעון בע"ח או לכתובת אשה ואחריות קרקע זו היא על הלוה ואין לו רשות להלוה בקרקע זו עד עולם [סמ"ע] וב"ד שמכרו שלא בהכרזה נעשו כמו שטעו בדבר משנה וחוזרין [כתובות ק':] וכמ"ש בסי' כ"ה ואם המלוה אומר אקבל השדה בחובי בלא שומא או בלא הכרזה אין שומעין לו כשהלוה אינו מתרצה לזה ויתבאר עוד בסי' ק"ט וגם במטלטלין צריך שומא אבל הכרזות א"צ על מטלטלין ל' יום כבקרקע אלא מכריזין בבתי כנסיות פעם אחת שמוכרין מטלטלין במקום פלוני כל הרוצה ליקח יבא ויקח ואם יש מנהג למכור גם קרקע בלא הכרזה הולכין אחר המנהג [שם]:

ב מקום שנהגו לכתוב בשטרות שיוכל המלוה לירד לנכסי הלוה ולמכור בלא שומא והכרזה אם המנהג בעיר לעשות כן כל תנאי שבממון קיים דאע"ג דהתורה אסרה להמלוה לירד לנכסי הלוה בעצמו כמ"ש בסי' צ"ז מ"מ כיון שנתפשט המנהג לעשות כן נתרצה הלוה לזה ועל דעת כן לוה וברצון הלוה לא אסרה התורה אבל אם אין מנהג קבוע לעשות כן ואנו רואים שאף שכתוב בשטרות נוסח זה מ"מ הרבה אין מוכרין בלא שומא והכרזה אינו מועיל כתיבה זו כיון שהיא לעבור על ד"ת ותלינן דנוסח כתיבה זו כוונתה כשלא ימצא דיין אז יכול לעשות דין בעצמו אבל כשיש דיין אסור לו לירד מעצמו דכיון שכתיבה זו הוא שלא כד"ת תלינן אף בדבר רחוק אם לא שיש מנהג קבוע בעיר [כנ"ל לפי פי' הלבוש וסמ"ע והש"ך סי' ס"א ס"ק י"ח] וכבר נתבאר זה שם סעי' ג' ע"ש ודווקא כשכתוב בשטר שיכול מעצמו לירד לנכסי הלוה שזהו נגד ד"ת בזה תלינן אף בחשש רחוק אבל אם כתוב רק שיכול למכור בלא שומא והכרזה כל תנאי שבממון קיים וקיים כפי הכתוב בשטר דשומא והכרזה אינם מן התורה ולכן יורדין ב"ד לנכסיו ומוסרין להמלוה והמלוה מוכרן בעצמו דכל תנאי שבממון קיים [הו"ת וסגס סמ"ס בכוונת הסמ"ע היינו כן מ"מ סדין המת ודו"ק] וי"א עוד דאפילו לירד לנכסי הלוה בשעת פרעון אין כאן איסור לדעת כמה מרבותינו שהבאנו בסי' צ"ז סעי' י"ח דלא אסרה התורה להמלוה לילך לבית הלוה רק כשבא למשכנו אבל לא ליפרע ממנו וא"כ כשכתוב כן בשטר הולכין תמיד אחר לשון השטר [קל"ס"ח] אם לא שהמנהג בכל העיר להיפך דאף שכותבין כן מ"מ אין גם אחד שימכור בלא שומא והכרזה דאז אין משגיחין במה שכתוב בשטר [כ"ל]:

ג וכל זה כשכתוב כן בשטר אבל אם אין כתוב כן בשטר והמלוה ירד לנכסי הלוה בלא רשות ב"ד אין מעשיו כלום וכל הפירות שאכל מנכין לו מחובו וחזקתו בהנכסים אינו כלום ואם מכרן מכרו בטל אפילו לא מצא דיין שיעשה לו דין אם לא שיש מנהג קבוע בעיר לעשות כן דאז הלוהו וודאי ע"פ המנהג והוי כנתינת רשות מהלוה [כ"ל] ובלא זה הכל בטל וחוזר אצל הב"ד והם עושים שומא והכרזה ואפילו הקרקע משכונא היא בידו או אפותיקי מפורש שכתב לו לא יהא לך פרעון אלא מזו מ"מ כיון שיכול לסלקו במעות אין עשייתו בלא ב"ד כלום ואף שי"א דאם עבר הזמן שקבע לו לפרוע או שהיא משכונה מוחזקת ביד המלוה יכול למוכרה אין הלכה כן [ש"ך] וכן קרקע שעשו בה ב"ד שומא והכרזה להוריד בה המלוה ואירע שנשתהה זמן ולא הורידוהו בה כל זמן שלא החליטו ב"ד את הקרקע למלוה כשנתייקרה או הוזלה ברשותיה דלוה הוקרה והוזלה וצריכין לעשות שומא והכרזות מחדש:

ד יראה לי דכל הדינים שנתבארו זהו הכל אם לא עשו ביניהם המלוה והלוה בשעת ההלואה תנאי מפורש שהמלוה ימכור בעצמו נכסיו בלא ב"ד ובלא שומא והכרזה אבל אם עשו תנאי מפורש כל תנאי שבממון קיים אם הלוה אינו מכחישו בהתנאי דהא הלוה סביר וקביל ובבכה"ג לא אסרה תורה וכמ"ש במשכון בסי' ע"ג סעי' כ"ב דכל מה שנתבאר זהו רק כשנמצא כתוב בשטר כן והם לא התנו מפורש בשעת ההלואה כן אבל כשהתנו מפורש כן אף אם אין כתוב זה בשטר כל תנאי שבממון קיים ואם התנו ביניהם ובשטר כתוב להיפך שתהיה שומא והכרזה ע"פ ב"ד הולכין אחר השטר ואמרינן דאח"כ חזרו במה שהתנו ביניהם ודע דלגבות מלקוחות אינו מועיל שום תנאי כמו שיתבאר בסי' קי"ד בס"ד:

ה שמאוה ג' שמאים ואומר המלוה או הלוה שישומוה ג' אחרים הבקיאים יותר בשומא אין שומעין לו אם השני אינו רוצה בכך דכיון שהשמאים היו ע"פ ב"ד מסתמא הם בקיאים בשומא ואם יש מחלוקת בין השמאים כגון אחד אומר שהיא שוה מנה ושנים אומרים מאתים או אחד אומר מאתים ושנים אומרים מנה נתבטל דעת היחיד נגד השנים ואף שנתבאר בסי' י"ב סעי' ט"ו דאין הולכין אחר הרוב רק בדין תורה שומא שאני כמו שיתבאר בסי' ר"ו ואפילו להרמב"ם שם דאין חילוק בין לשון שומא ללשון אחר מ"מ הכא דמי לדין כיון שנעשה ע"פ ב"ד ובד"ת אבל אם המלוה והלוה הסכימו שישומו אותה יותר מג' שמאים אין הולכין אחר הרוב אא"כ פירשו שילכו אחר הרוב כ"ל

[כ"ל וכ"מ מסי' ר"ו] ואם אחד אומר במנה ואחד אומר בשמונים ואחד אומר בק"ך י"א שנדונה במאה לפי שאנו ממצעין מה שיש בין המועט להמרובה ומוסיפין המחצית על המועט וגורעין המחצית מן המרובה וכיון שבין שמונים לק"ך יש ארבעים מעמידין אותה על מאה ולפ"ז אם אחד אומר במנה ואחד אומר בתשעים ואחד אומר בק"ל מעמידין אותה על ק"י דממצעין את הארבעים ועל דרך זה שמין בכל השומות כשיש מחלוקת בין השמאין וי"א שאין דנין כן אלא לעולם דנין בסכום ששני שמאים מודים בו לפיכך במנה ושמונים וק"ך שפיר מעמידין במאה לפי ששנים מודים שהיא שוה מאה בעל המנה ובעל הק"ך אבל במאה ותשעים וק"י איך נעמידה בק"י הא שנים אומרים שאינה שוה יותר ממאה ולכן באמת מעמידין אותה על מאה ועל דרך זה שמין בכל השומות [סמ"ע] והסכימו האחרונים לדיעה זו ודיעה ראשונה היא דעת הרמב"ם ז"ל [ומפרש מילתא מליעתא סבב"ב ק"ז. כפשטא דליסנא וע"ש ברשב"ס ומ"ש הסמ"ע בס"ק ס' שאין כן דעת הרי"ף והרא"ש לא ידעתי מנ"ל וראיית התומים מכתובות ק'. תמוה וע"ש בתוס' ד"ה מס ודו"ק]:

ו וכן אם יש הרבה שמאין דנין כן ואם התנו ביניהם בשעת הלואה שכל הג' שמאים יסכימו על המקח דנין כפחות שבכולם וכן אם התנו שישומו יותר מג' שמאין אין הולכין אחר הרוב כמ"ש וכן אם התנו שישום פלוני ושיעשו בשומתו כל תנאי שבממון קיים ואם לא התנו בשעת הלואה צריך קניין [כ"ל] וכל השמאין צריכין להיות ביחד בשעת השומא דבזה יוצא יותר לאמיתה ואם לא שמאוה ביחד אינה שומא [כס"מ] דביחד אולי היו השנים מודים להיחיד כשהיה מראה להם ראיות והוכחות ועוד דאף שאינו דין מ"מ תורת ב"ד עליהם בענין השומא וצריכים להיות ביחד כעין ב"ד [כ"ל]:

ז ב"ד ששמו וטעו כגון שנכנסו ארבעה אנשים ואמרו שהשלשה ששמו טעו ובכזה הולכין אחר רוב דיעות ולא אמרינן תרי כמאה [כס"מ] אם השומא היה בנכסי הלוה בני חורין דינם כב"ד שמכרו בנכסי יתומים וטעו שיתבאר בסי' ק"ט אבל אם השומא היתה בנכסי לקוחות שטרפו מהם אף אם טעו בב"ש מכרן בטל מפני שהם כשלוחים ושליח שטעה אף בכל שהוא חוזר כמו שיתבאר בסי' קפ"ב דיכול לומר לתקוני שדרתיך ולא לעוותי ובין שהטעות הוא על פחות משויו כ"ש ובין על יתר משויו כ"ש בטלה השומא [סמ"ע] ולמה בלקוחות הם כשלוחים ולא בבני חורין מפני שעל הלקוחות אין מוטל לטרוח ולמכור ולשלם חובו של מוכר ולכן אין כחם גדול יותר מכח השליח אבל בבני חורין שמוטל על הלוה לפרוע חובו וכן על יתומים מוטל לפרוע חוב אביהם הב"ד המה כבעלים ולא כשלוחים [סס] ויש חולקין בזה וס"ל דגם בבני חורין דין הב"ד כשליח ודווקא ביתומים שהב"ד הם אביהם של יתומים דינם כבעלים אבל הלוה עליו בעצמו מוטל הדבר וכשמכרו ב"ד הם כשלוחיו ומכרן בטל אף בכ"ש [ט"ז ואו"ת וכ"מ מסמ"ע] וי"א להיפך דגם בלקוחות דינם כמו בנכסי יתומים דהב"ד דינם תמיד כבעלים כיון שעושים בדין תורה ויתבאר בס"ד בסי' קי"ד:

ח אם אין החוב נגד כל הקרקע או כל הבית כגון שהחוב הוא מנה והקרקע או הבית שוה חמשה מנים אין אומרים שיתן לו חמישית מהקרקע או מהבית דהא לא יתרצה אדם ליקח חלק חמישית בחמישית משווייה ולכן שמין כמה שיכול למכור מקרקע זו או מבית זה במנה ונותנים שיעור זה למלוה ויעלה יותר מחלק חמישית כללו של דבר אין שמין למלוה אלא דבר שיוכל למכור מיד ולגבות חובו ואין חוששין להפסד הלוה שאם לא תאמר כן אתה נועל דלת בפני הלוין:

ט וכן אם החוב הוא דבר מועט שלא יגיע להמלוה חלק ראוי לפי מה שהוא קרקע בית או שדה או כרם כפי השיעורים שיתבארו בסי' קע"א ואומר המלוה להלוה או מכור לי מהנשאר לך כדי שיגיע לי שיעור הראוי ואשלים לך היתר על חובי במזומן או פרע לי מעות הדין עמו כי איך נכריחו לקבל קרקע שאינו שוה לו ולא עוד אלא אפילו אם המלוה אין רצונו לקנות יותר מכדי חובו ואומר פרע לי מעותי כיון שבכדי חובי אין שיעור הראוי הדין עמו וכופין את הלוה למכור הקרקע או למשכנה או להשכירה באופן שהשוכר ישלם להמלוה מיד המגיע לו [ס"ך] ואין חוששין להפסד הלוה ואין מרחמין בדין לומר כיצד נוציא הלוה מביתו בשביל החוב המועט ודווקא כשהלוה מוצא קונה שיקנה את הקרקע או הבית בשוויה דאז יכול המלוה להכריחו בדינא דגוד או איגוד כמו שיתבאר בסי' קע"א ויכול לומר לו או פרע לי חובי או אקנה חלקך דמה לי אם היה שותף עמו בקרקע זו או שיש לו חוב עליו וימכרם לאחר אבל אם אין הלוה מוצא קונה שיקנה רק בפחות משוויה אין כופין אותו למכור דבכה"ג לית דינא דגוד או איגוד אא"כ הוא בעצמו רוצה לקנות אותה כולה בשוויה או כדי שיגיע לו חלק הראוי וישלים מזומן להחוב [כס"מ] ודבר פשוט הוא דגם לקנותה כולה בשוויה אין יכול לכופו אלא שישלים לו עד חלק הראוי דהרי אינו שותף עמו אלא חוב יש לו עליו וכשנותן לו חלק הראוי במה יכריחו למכור לו כולה:

י ואם היה הדבר בהיפך שלא נשאר ללוה כשיעור אחר סילוק החוב מהשדה אינו יכול לכוף להמלוה שיקח ממנו המותר במעות כי המלוה יאמר לו הלא אין רצוני לקנות קרקע ואני מוכרח ליקח בחובי ואיך תכריחני

תבריחיני ליקח עוד מפני הפסידך אבל אם יאמר הלוה אם אין רצונך ליקח המותר תן לי עוד מעט מקרקע שלך כדי שיהיה לי שיעור הראוי ואשלם לך במזומן או בשוה כסף הדין עם הלוה [סמ"ע] ודווקא כשישאר גם להמלוה שיעור הראוי דאל"כ למה יפסיד המלוה [ש"ך] אבל כשטורף מלוקח ובניכוי חובו לא ישאר להלוקח שיעור הראוי יכול הלוקח לכופו ליקח ממנו המותר בהמעות דלוקח לא דמי ללוה ואם המלוה אומר לא אקנה ממך המותר אלא אשייר לי כדי שיעור והנשאר אהיה עמך בשותפות ובהנשאר יש ג"כ שיעור הראוי הדין עם המלוה [שם] וי"א דגם הלוה יכול לכוף להמלוה כמו לוקח [שם] והעיקר כדיעה ראשונה [תו"ת] :

יא כשמורידין ב"ד את המלוה לנכסי הלוה קורעין לו האדרכתא וכותבין לו שומא וזהו נוסחתה במותב תלתא הוינא ואפיק פלוני אדרכתא דאיתעבידא ליה על שדה פלונית מחוב פלוני שהוא כך וכך ומזומן כך וכך כדכתיב באדרכתא דיליה וקרענא ליה ואנחנא בתר הכי שמנא ליה ואכרזנא ליה להאי ארעא ל' יום כתקון חכמים ולא אסיקו דמי דההיא ארעא אלא כך וכך זוזי ולא אשכחנא מאן דבעי לזבנה ושדרנא מבי דינא תלתא אינשי מהימני ובקיאין בשומא ושמו ליה ההיא ארעא בכך וכך זוזי דליהוי דיליה למיכל פירי דארעא בלא נכייתא ולהוי ליה רשותא למיבני ולמיסתר ולמעבד מינה כל רעות נפשיה ולא ימחא ביה אינש כלום דהכי איפסיק דינא קדמנא דיינים דחתימי מתתאי ואי אתי אינש מעלמא וטריף ליה מהדין פלוני דשמינן ליה בדינא אחריותיה על הדין פלוני דהות דיליה מן קדמת דנא ובתר דשמינא ליה האי ארעא קרענא לשטרא דאדרכתא וכתבנא ליה הדין שטרא ומה דהות קדמנא אנחנא ב"ד כתבנא וחתמנא להיות בידו לזכות ולראיה וחותמין שמותיהם [טור] :

יב אמרו חז"ל דשומא הדרא לעולם משום שנאמר ועשית הישר והטוב ולכן ב"ד ששמו קרקע לבע"ח בין בנכסי לוה בין במשועבדים שביד הלוקח ולאחר זמן השיגה ידו של לוה או נטרף או יורשיהם והביאו לבע"ח מעותיו מסלקין אותו מאותה קרקע אפילו שהתה בידו כמה שנים וא"צ שום קניין להקנותה להלוה אלא סילוק בעלמא [ש"ך] וזהו ישר וטוב לעשות בענין כזה לפנים משוה"ד שקרקע הנלקחת מאדם בעל ברחו הגם שנלקחה ממנו בדין ע"פ ב"ד מ"מ ישר וטוב הוא להחזירה לו כשמשלם המעות מפני עגמת נפש דלכל אדם חביב קרקע שלו ולזה המלוה אין נ"מ בזה דהרי הלוה לו שישלם לו במעות וי"א דלוקח לא יוכל לסלק את המלוה אחר שנבאה דרק ללוה ויורשיו יש בזה הישר והטוב ולא ללוקח דהוא עשה שלא כהוגן שנכנס בשיעבודו של מלוה ודי לו אם יקבל מעותיו מן המוכר ולמלוה ישאר שיעבודו ואם אין ביכולתו להוציא מעותיו מן המוכר איהו דאפסיד אנפשיה במה שקנה שיעבודו של אחר [לבוש] ויש מי שאומר דאפילו לדיעה ראשונה שהלוקח יכול לסלקו מהקרקע היינו דווקא אם משלם לו כל חובו אף שהקרקע אינו שוה כל כך מ"מ יכול המלוה לומר לו או תפרע לי כל החוב אם הקרקע חביבה עליך או לא אסתלק מהקרקע [סגר"ח סי' קי"ד ס"ק ך'] ואם המלוה ששמו לו הקרקע הוא קטן א"צ להמתין עד שיגדל ונוטלין אותה גם בקטנותו [ש"ך] ויש מי שחולק בזה משום דס"ל דכשהמלוה מחזיר הקרקע צריך להקנותה בקניין ואין קניינו של קטן כלום אבל לפי מה שנתבאר דא"צ קניין גם בקטנותו מחזירין ויש מפקפקים בזה מטעם אחר כיון דמדינא לא הדרא אלא משום ועשית הישר והטוב וקטן לאו בר ועשית הישר והטוב כמו בדינא דבר מיצרא שיתבאר בסי' קע"ה [תו"ת] ולפ"ז גם כשיגדל אין לו להחזיר וצ"ע לדינא ודווקא שומת קרקע הדרה אבל שומת מטלטלין לא הדרה דבמטלטלין לא שייך עגמת נפש כל כך דביכולת להשיג אחרים ואף אם הוא חפץ יקר שקשה להשיגו מ"מ לא תקנו במטלטלין שיוחזר [שם] :

יג אם המלוה סתר ובנה ולא השביח הקרקע בכך אינו נוטל הוצאתו דחשבינן לקרקע תמיד בחזקתו של לוה וי"א דנוטל הוצאתו דהקרקע היא ברשות המלוה ובחזקתו ולזה הסכימו האחרונים דהא מדינא לא הדרה אלא דחכמים תקנו זה מפני הישר והטוב ואיך נאמר שהיא בחזקת הלוה ולכן אפילו אם הוי ספיקא דדינא המלוה הוא מוחזק והלוה בא להוציא מידו [סמ"ע] :

יד ואם השביחה הקרקע אם השביחה מאליה שלא מחמת הוצאת המלוה כגון שנתעבו האילנות וכה"ג או שנתייקרו קרקעות אינו נותן לו אלא דמי חובו בלבד דכיון שע"פ תקנת חכמים שומא הדרה לעולם הרי המעות שביד הלוה כהלואה ואם יטול המלוה יותר מחזי כריבית אף שהוא כמקח גמור שהרי אוכל פירות וי"א דאם נתייקרה לא הדרה אלא כשעת היוקר דאין סברא שיצפה הלוה על שעת היוקר ויפדנה במקח הזול ואיכא נעילת דלת בפני הלוין ואם הוזלו קרקעות לא הפסיד המלוה כשרוצים לסלקו ויתנו לו כל דמי חובו וכן הדין בשנתקלקלה מעצמה [כ"ל] דיכול המלוה לומר לדידי שוה לי כל דמי חובי אבל במה שהוציא ולא השביח כבסעי' הקודם אינו יכול לומר כן לדיעה ראשונה שבשם מפני דאין זה ממעות החוב [כ"ל] :

טו ואם השביחה הקרקע מחמת הוצאה שהוציא המלוה נשבע המלוה כמה הוציא ונוטל הוצאותיו או שמברר כמה שהוציא או ע"פ שומת בקיאים ובהשבח נוטל חלק כדין יורד ברשות שיתבאר בסי'

שע"ה וי"א דאם הוציא עליה והשביחה לא הדרה כלל דפנים חדשות באה לכאן [סמ"ע] ועוד דאם אף בכה"ג יהיה לו רשות להלוה לקבלה בחזרה לעולם לא יטריח המלוה להוציא הוצאות כי למחר יבא איש אשר לא עמל בו ויקחנו ואין זה ישר וטוב לפיכך אפילו אם רצונו לשלם לו כל שוויה אינו מחוייב להחזירה [או"ת] וכן עיקר :

טז אם קנו מיד הלוה שלא יוכל לסלקו אין אחר קניין כלום ושוב אינו יכול לסלקו ואין זה קניין דברים דהקניין הוא על הקרקע שתהיה של המלוה עד לעולם וכן אם הלוה עצמו הגבה למלוה בחובו קרקע בלא ב"ד לא הדרה ליה ואף שמקודם נדונו בעד החוב בב"ד מ"מ כיון שהגביה היתה שלא בב"ד לא הדרה ליה [ס"ך] דדווקא כשגבגה ע"פ ב"ד ולקחוה בעל כרחו של לוה יש בזה ישר וטוב להחזירו אבל כשהלוה עצמו שילם לו בקרקע הוה כמכירה ולא שייך בזה הישר והטוב :

יז קרקע שב"ד שמו אותה לבע"ח ואח"כ שמאוה ב"ד לבע"ח של זה המלוה הרי זו חוזרת ללוה ראשון דלא יהא כח בע"ח זה גדול מכחו של בע"ח הראשון ומיהו בזה יפה כחו שאם שמאוה לראשון במאה ושמאוה לו במאתים או ששמאוה לראשון במאתים ולו במאה לעולם לא יחזירנה אלא במאתים דכששמו לראשון במאתים יכול לומר לו כיון דבאת מכח המלוה שלך ולו הוכרחת ליתן מאתים ואני בא מכחו תתן לי ג"כ מאתים ואם שמאוה לו במאתים וודאי דאין זה ישר וטוב שיפסיד מחובו אף שהראשון לא היה נוטל אלא מאה :

יח קרקע ששמו לבע"ח ומכרה הבע"ח או נתנה במתנה אינה חוזרת דדווקא בע"ח בעצמו יש עליו בזה הישר והטוב להחזירה דלא היה לו על הלוה רק חוב ממעות אבל זה הלוקח או המקבל מתנה לא ירדו לה אלא על דעת קרקע שהוצרך להם ואין זה ישר וטוב שיחזירו ואף מקבל מתנה שאין לו הפסד מ"מ כל מתנה קיבל גם הנותן הנאה מהמקבל דאל"כ לא היה ניתן לו המתנה וה"ל כמכר ואע"ג דהם אינם באים אלא מכח הבע"ח והוא היה מחוייב להחזיר ואיך יפה כחם ממנו מ"מ כיון דגם הוא לא היה מחוייב להחזיר אלא מפני הישר והטוב ואצלם אין זה ישר וטוב הלכך אין מחזירים [תוס' ב"מ ל"ס.] וכן אם מת המלוה ונשארה בירושה אינה חוזרת דאף דיורש הלוה יש לו כח הלוה עצמו דהדרה גם לו אבל יורש המלוה אינו כמלוה כיון דבמלוה עצמו אינו אלא מפני הישר והטוב לא הטילו על היורש וי"א דדין יורש המלוה כמלוה עצמו וצריך להחזיר ודווקא כשאין כאן אלא יורש אחד אבל אם היו יורשים הרבה וחלקו הירושה ביניהם ונפלה קרקע זו לאחר בחלקו שוב אינה חוזרת דאין זה כירושה אלא כמכירה דאחין שחלקו כלקוחות הן דזה שירש קרקע זו כמו שמכר להאחר חלקו בקרקע האחרת שבאה לחלקו של האחר והאחר מכר לו חלקו שבקרקע זו וכן אם האב הוריש מחיים לאחד מבניו במהיום ולאחר מיתה שאותו הבן יקח קרקע זו לבד חלק ירושתו עם אחד הוה כמכירה ומתנה [סמ"ע] וכן אם מלוה זה שמאה לקרקע זו לבע"ח שלו מדעתו בלא ב"ד אינה חוזרת והכל מפני הטעם שבארנו :

יט קיי"ל דבעל בנכסי אשתו דינו כלוקח כמ"ש באהע"ז סי' צ' ולכן אם המלוה היתה אשה ושמו לה קרקע ונשאת דין הבעל כלוקח ואינו מחזיר וכן אם הלוה היתה אשה ושמו ממנה קרקע לבע"ח ונשאת אין מחזירין להם הקרקע לפי שהבעל הוא כלוקח אחר השומא ואין לו שייכות בקרקע זו ולה ג"כ אין מחזירין דהיא כמי שמכרה כל נכסיה לבעלה וי"א דזה הוא דווקא כשמתה האשה אבל בחייה דין הבעל כדין האשה קודם שנשאת ואף דגם בחיי אשתו דינו כלוקח מ"מ לענין זה אינו רק לאחר מיתה ולא בחייה וזהו רק לי"א שבסעי' הקודם דיורש דמלוה מחזיר כמלוה עצמו דאלו לדיעה ראשונה אין אנו צריכין על לאחר מיתתה הטעם מפני שהוא כלוקח דאפילו אם דינו כיורש אינו מחזיר ובאה"ע סי' צ"א בארנו עוד בזה בס"ד :

כ קרקע ששמו לאשה בכתובתה י"א דלא הדרה [רס"ל וב"ח] דעיקר שיעבוד כתובה הוא על הקרקע וי"א דהדרה [ס"ך] ויש מי שכתב דאם היתומים היו גדולים ונעשה שומא בב"ד דינה כמו כל בע"ח והדרה ואם היתומים היו קטנים דהב"ד הם יד יתומים וה"ל כאגבוהו מרצונו ולא הדרה [או"ת] :

כא היתה השומא בטעות כגון שומר חנם שפשע וחייבוהו לשלם ושמו קרקע שלו ואח"כ נמצא שהפקדון היה ברשותו והרשות ביד המפקיד לחזור דהשומא היתה בטעות או שנאבד הפקדון ונמצא דיש רשות לשניהם לחזור לא הוי שומא והדרה ואפילו מכרה הראשון או הורישה דכל שומא בטעות חוזר ונמצא הפקדון והפירות שאכל חוזרין [ע' בא"ת] וה"ה אם שמוהו לבע"ח בחובו ואח"כ נודע שהיה ללוה מעות דהוה שומא בטעות ואם ירצה המלוה יכוף ללוה שיקחנה ויתן לו מעותיו אבל אם העשיר אח"כ אינו יכול לכופו שיחזור ויקחנה :

סימן קד [דין בע"ח מאוחר שקדם וגבה מקרקעי או מטלטלי ומלוה ע"פ מוקדמת אם קודמת למלוה בשטר ובו כ"ב סעיפים]:

א כבר נתבאר בסי' ל"ט דשיעבודא דאורייתא דמן התורה כיון שלוה מחבירו נשתעבדו לו כל נכסיו והרי הם כשלו בין קרקע בין מטלטלין ואם הלוה מכרן המלוה מוציאן מהלקוחות ואם גבאן בע"ח מאוחר מוציא ממנו דשיעבודו קודם רק במטלטלין תקנו רבנן שלא לטרוף מלקוחות ומבע"ח מאוחר מפני תיקון העולם כמ"ש שם ויראה לי דאף שאין במטלטלין דין קדימה זהו לענין מכירה או בבע"ח מאוחר שקדם וגבה או כששני הבע"ח באין לגבות כאחת ויחלוקו ביניהם אבל כשהבע"ח מוקדם בא לפנינו והמאוחר אינו לפנינו או שעדיין לא הגיע זמנו של המאוחר מגבין להמוקדם כל המטלטלין של הלוה אבל המאוחר שבא קודם אין מגבין לו אלא מחצה דכיון דמן התורה המוקדם קודם נהי דבטלו רבנן לקדימתו זהו לענין מכירה או בבאו לגבות כאחת או שכבר גבה המאוחר דיש בזה תיקון העולם דא"א לידע במטלטלין כמ"ש שם אבל כשהמוקדם לפנינו והמאוחר אינו לפנינו איזו נעילת דלת יש בזה כשנגבה לו הכל ולמה לא נוקמה אדין תורה [ובזה א"ש סתירת המחבר מסעי' ה' לסעי' י' שהקשה הסמ"ע וכ"מ ברש"י ערכין ז': ד"ה מה שגבה ובתוס' כתובות צ'. ד"ה מה שגבה וא"ש קושית הגר"א מסתירת הרי"ף שם מפ"ע לפ"י ע"ש ודו"ק]:

ב מי שיש עליו בעלי חובות הרבה בשטרות כל מי שקדם זמן קניין של שטרו קודם הוא לגבות אפילו אם הגיע זמן פרעון של המאוחר קודם כגון שלוה בשטר מראובן בניסן על משך שנה ואח"כ לוה משמעון באייר על חצי שנה והטעם משום דמזמן ההלואה נשתעבד לראובן וגובה בין מלוה עצמו בין מלקוחות שקנו קרקע מלוה ואם קדם המאוחר וגבה קרקע אפילו הגבו לו בפני המוקדם ושתק מוציאין מידו דבע"ח מאוחר שקדם וגבה קרקע מה שגבה לא גבה מיהו כשהמאוחר בא לגבות גובין לו וכשיבא זמנו של המוקדם לגבות טורפין ממנו ודווקא כשבא לגבות קרקע אבל כשבא המאוחר לגבות מטלטלין יכול המוקדם לעכב שלא להגבותן לו אף שלא הגיע זמנו של המוקדם עדיין פן יבריחם או יפסידם ועוד דאם יגבה המאוחר שוב לא יוכל המוקדם להוציא ממנו דאין קדימה במטלטלין כמ"ש בסעי' א' וכתב רבינו הרמ"א דאם הלוה עצמו נותן המטלטלין להמאוחר י"א דאין בע"ח המוקדם יכול למחות עכ"ל ודווקא כשעדיין לא הגיע זמנו של המוקדם דאז כמו שיש לו רשות למכור כן יש לו רשות ליתן לבע"ח אבל כשהגיע זמנו וודאי דיכול למחות וחולקים ביניהם [נ"ל]:

ג אע"פ שאם קדם המאוחר וגבה קרקע מוציא המוקדם ממנו מ"מ אם גבה המאוחר בינונית והניח זיבורית בני חורין להמוקדם מה שגבה גבה דהא מן התורה אין דינו של בע"ח אלא בזיבורית כמ"ש בסי' ק"ב ולמה יוציא מהמאוחר ואין בזה נעילת דלת וכן אם הניח המאוחר אצל הלוה מטלטלין בשביל המוקדם מה שגבה גבה דהא מטלטלין טוב מזיבורית כמ"ש בסי' ק"א סעי' ב':

ד בע"ח מאוחר שקדם וגבה קרקע ומכרה קודם שהספיק הראשון להוציא מידו אין המוקדם חוזר עליו אפילו אם המעות עדיין בידו אלא חוזר על הלקוחות ששיעבודו בידם והטעם דגבייתו לשעתו גבייה היא אלא דרשות ביד המוקדם להוציאה מידו וכשם שאם הלוה בעצמו מכר מוציא מהלקוחות והלקוחות חוזרין על הלוה כמו כן חוזר המוקדם על הלקוחות שקנו מהמאוחר והם חוזרים על המאוחר והמאוחר יחזור על הלוה ואם מכרה לאלם שאין ביכולת להוציא מידו חייב המאוחר לשלם להמוקדם אפילו אין המעות בידו מדינא דגרמי דמזיק שיעבודו של חבירו חייב לשלם ואם הניח זיבורית ביד הלוה והלוה מכרם גובה המוקדם מהלקוחות שלקחו מהלוה אף שהם זיבורית מטעם שנתבאר בסעי' ג' ואם נתקלקלו הזיבורית ביד הלוה או ביד הלקוחות גובה הבינונית מהמאוחר דכמו דקיי"ל בלקוחות כשהניחו בני חורין ביד הלוה ונתקלקלו גובה המלוה מהלקוחות כמו שיתבאר בסי' קי"א כמו כן לא עדיף בע"ח מאוחר מלוקח ומטעם זה אם הניח המאוחר מטלטלין אצל הלוה והלוה מכרם דחוזר וגובה הקרקע מהמאוחר [נ"ל] ואף דאפשר לומר כיון דגם הוא בע"ח ויש לו שיעבוד על הלוה כמו המוקדם וכיון דבעת הגבייה הניח לו מקום להמוקדם ומה שגבה גבה לא משגחינן במה שנתקלקל אח"כ מ"מ נראה דלא עדיף מלקוחות:

ה במטלטלין וכן בעבדים אין בהם דין קדימה לענין שאם קדם המאוחר וגבה אין מוציאין מידו וכן אם באו שניהם כאחת חולקין ולא עוד אלא אפילו שאם עמד המוקדם ותפסם מהמאוחר אחר שקדם וגבה אין תפיסתו תפיסה ומוציא המאוחר מיד המוקדם בב"ד ועבדים דווקא כשלא עשה אפותיקי דבעשאם אפותיקי דינם כקרקע כמ"ש בסי' קי"ז:

ו שטרות אין בהם קדימה כמטלטלין וגרועים עוד ממטלטלין

ממטלטלין שאין בהם דין תפיסה כלל ואפילו המוקדם שתפס שטרות של הלוה לא הוה כתפיסת מטלטלין ויחלוקו מפני שאין גופן ממון ואין זה כקדם וגבה דגוף השיעבוד נשאר עדיין אצל הלוה שהוא המלוה של השטרות ובידו עדיין למחול החוב כמ"ש בסי' ס"ו ועוד דצריכן כתיבה ומסירה כמ"ש שם ולכן אם כתב ומסר לו אפילו להמאוחר זכה אף דיכול למחול מ"מ כיון דכתב ומסר הוה כמכר שאינו יכול להוציא מהלוקח [קל"ח] ובממרנו"ת ושטרות הנכתבים לכל מוכ"ז אף שא"צ כתיבה ומסירה מ"מ אם תפסם מעצמו אין תפיסתו תפיסה כיון דליכא דעת אחרת שיקניהו לו ולכן אם תפסם מעצמו יחלוקו ואם מסר לו הלוה הויין כמטלטלין [סס]:

ז לא מקרי גבייה אא"כ שמו ב"ד המטלטלין ונתנום בידו או אפילו מסרו לו בלא שומא או אפילו תפסם המלוה מעצמו כיון שהם ת"י הוה תפיסה [ס"ך] אבל אם הב"ד סגרו חנותו של לוה בעד בע"ח אחד או המלוה בעצמו סגרה אין זו גבייה ואם באו עוד בעלי חובות גובים ג"כ מהחנות דכל זמן שלא בא ליד המלוה אין זו גבייה ויחלוקו כולם וכן אם מסרו ב"ד מטלטלי הלוה ליד שליש בעד בע"ח אחד עד שיבררו סכום החוב או עניין אחר הנצרך לברר בהחוב לא הוה כגבוי עדיין ואם באו עוד בע"ח יחלוקו אבל אם המלוה בעצמו תפסם אף אם מסרם לשליש מפני איזה טעם או אם ב"ד מסרו לשליש שיזכה בעד הבע"ח הוה כגבוי [כ"ל] וב"ד שעקלו מעות של ראובן שביד שמעון בעד חובו של לוי ושמעון עבר ונתנם לראובן חייב שמעון לשלם אם לא ימצא לוי ממה לגבות מראובן כמ"ש בסי' פ"ו ואם חובו מאה ותפס חמשים מטלטלין דמה שגבה גבה מ"מ בהחמשים הנותרים יטול חלקו ככל הבע"ח ואין מנכין לו מה שגבה [תו"ת]:

ח אע"פ שבע"ח מאוחר שקדם וגבה מטלטלין מה שגבה גבה מ"מ חוב על הב"ד כשבאים בעלי חובות לפניהם לעשות חלוקה ביניהם וסידור עם הלוה אם יודעים שיש עוד בע"ח אף שאינם בכאן להפריש בעדם כפי חלקם כיון שאין בהם דין קדימה [ס"ך] וגם על הלוה בעצמו החיוב לעשות כן כי מה חטאו אלו הבעלי חובות שאינם בכאן והתורה דרכיה דרכי נועם וע' מ"ש בסעי' א':

ט בע"ח שגבה חובו מקרקע של הלוה ע"פ הכרזות שעשו ואח"כ בא בע"ח המוקדם להוציא ממנו וטען המאוחר כיון שלא ערערת בעת ההכרזות הפסדת בכך אם היה הכרוז יוצא שכל מי שיש לו זכות ושיעבוד על קרקע זו יבא ויערער ואם לא יבא יתבטלו זכיותיו אע"ג דמדינא אין כח בהכרזה לבטל זכיות של זה מ"מ אם נהגו כן שכל ששמע ולא בא בטלו זכיותיו הולכין אחר המנהג ואינו יכול להוציא מיד המאוחר ויגבה מהלוה כשיהיה לו ואם המוקדם טוען שלא שמע מההכרזה טענתו טענה ולא הפסיד זכותו ולא אמרינן דמסתמא שמע דחברא חברא אית ליה כמו במחאה שיתבאר בסי' קמ"ו דלא דמי דבשם הכל רואין שזה מחזיק השדה שעשה פלוני עליה מחאה ובוודאי הגידו לו ואינו נאמן לומר שלא שמע אבל בכאן מי יודע שיש לזה חוב על קרקע זו ויכול להיות באמת שלא ידע כלל מההכרזה וכן אם הכריזו סתם כל מי שיש לו זכות על קרקע פלונית יבא ויערער ולא סיימו דמי שלא יבא יתבטלו זכיותיו לא בטלו זכיותיו אף כששמע ההכרזה דיכול לומר שלא היתה לו שעת הכושר לבא וכיון שלא הכריזו ביטול זכיות לא חשש לבא עד שיהיה לו שעת הכושר ומוציא מהמאוחר ויראה לי דלזה לא מהני מנהג ומ"ש גדול אחד בתשו' דאם הכריזו הקהל דאף מי שלא ישמע ההכרזה יפסיד הרשות בידם דהפקר ב"ד הפקר צ"ל דהוכרחו לתקן זה מפני איזה צורך גדול שנגע לכלל העיר דאל"כ מי נתן להם כח זה:

י אם הלוה מצרי ולוה מכמה ישראלים ובדיניהם הוא שכל מי שמעקל נכסי הלוה הוא קודם או כל מי ששר העיר או השוטר ממשכן בעדו שוב אין לבע"ח אחר חלק בזה ונעשה בין המלוים מחלוקת שכל אחד אומר שהוא עיקל קודם ובב"ד אינו ידוע מי עיקל קודם והשוטר מעיד כדברי אחד מהם נאמן מכח דינא דמלכותא אם המנהג כן וכשהשוטר הוא איש אמת ולא ישקר וכן אם אחד גבה מהמצרי והשני טוען עליו שגבה שלא כדין שלא היה חייב לו כלל כיון שגבה בדינא דמלכותא מה שגבה גבה וזהו הכל בלוה מצרי אבל לא בלוה ישראל דלא כיש מי שחולק בזה [נתיבות והאחרונים]:

יא זה שנתבאר דבקרקע שייך דין קדימה זהו בקרקעות שהיו לו קודם שלוה דאז חל שיעבודו דמלוה מיד על אותה קרקע קודם שלוה מהשני אבל אם קנה הקרקע אחר שלוה גם מהשני אע"פ ששיעבד לכל אחד מהם גם מה שעתיד לקנות כגון שכתוב בהשטרות דקנאי ודעתיד אנא למקני אין בהם דין קדימה להבע"ח המוקדם מפני דכשקנה הקרקע חל שיעבוד שניהם בשוה וכיון שאין בזה דין קדימה כל שקדם וזכה בתפיסתו זכה אפילו הוא המאוחר וי"א דזהו דווקא אם הגבוהו ב"ד או הלוה עצמו אבל כשתפס מעצמו לא זכה לבדו ויחלוקו דבקרקע לא שייך תפיסה [ס"ך] דבקרקע לא שייך רק לשון גבייה ולא תפיסה ודין זה הוה ספיקא דדינא וקשה להוציא מיד המוחזק [תו"ת] ואם קנה קרקע אחר שלוה מן הראשון וקודם שלוה מהשני אם לא כתב לראשון דאיקני יש מי שאומר שהשני זכה בו לבדו ולא הראשון [סמ"ע] ויש מי שאומר דיחלוקו [ס"ך] והטעם דהא לבני חורין א"צ לכתוב

לכתוב דאיקני דהלוה מחוייב לשלם וכל נכסי בני חורין של הלוה גם אלו שקנה אח"כ ערבים בעדו ולכן אע"פ שלעניין גבייה מלקוחות השני קודם ולהראשון אין כח זה מ"מ לבני חורין שוין הן ולכן יחלוקו [כ"ל] ויש מן האחרונים שהסכימו לדיעה ראשונה וצ"ע לדינא ואם כתב להראשון דאיקני משועבדת הקרקע להראשון והוא קודם לגבות וכן אפילו היו מאה והטעם דמיד כשקנה הקרקע הל שיעבודו של ראשון עליה קודם שלוה מהשני וה"ל מוקדם אע"פ שכתב גם להשני דאיקני [סמ"ע] ואם לוה ולוה ואח"כ קנה וכתב לאחד דאיקני ולאחד לא כתב והם בני חורין ביד הלוה י"א דגובה זה שכתב לו דאיקני [ב"י וב"ח] וי"א דיחלוקו [ס"ך] דכיון שלא יצא עדיין השדה מרשותו ובאו לגבות ממנו נשתעבד לשניהם בשוה :

יב שיעבד להמלוה מטלטלי אגב מקרקעי דינם כמקרקעי וגובה מלקוחות ומבע"ח מאוחר ואם כתב לו דאיקני גם על המטלטלים גובה אף מן המטלטלין שקנה אח"כ ומכרם או נתנם וכבר נתבאר בריש סי' ס' דאע"פ שמעיקר הדין כן הוא מ"מ כבר נהגו מפני תקנת השוק שלא לגבות ממטלטלי שמכר או נתן דאל"כ אין לך אדם שיקנה ממטלטלין ואם גובים אותם מהמאוחר בא"נו שם דיש בזה מחלוקת הפוסקים ואף לאותה דיעה דאם קדם המאוחר וגבה דמוציאין מידו זהו דווקא כשנתברר בעדים שמטלטלין אלו היו בידו קודם שלוה משניהם אבל אם לא נתברר כן בעדים מחזיקין אותם כלוה ולוה וקנה דיחלוקו כשבאו כאחד ואם קדם השני וגבה זכה כמ"ש ואם המאוחר קדם וגבה מעות אין ביכולת להוציא מידו בשום אופן שהרי אין סימן במטבע שיוכלו העדים להעיד על אלו המעות שראו אותם ביד הלוה ולכן זכה התופס אפילו כשהוא אחרון ואפילו אם כשלוה הקנה לו מטלטלי אג"ק וגם המעות הקנה כן וגם כתב לו דאיקני מ"מ כיון די"ל דלוה ולוה באגב ובדאיקני ואח"כ קנה זכה התופס ואם אפשר לברר בעדים זכה הראשון והכל לפי ראות עיני הדיין :

יג אע"ג דבע"ח טורף קרקע מלקוחות מ"מ לפעמים אף שנמכרה לאחר הלואתו אינו יכול לגבותה כיצד הרי שב"ד מכרו קרקע של לוה להגבותה לבע"ח מוקדם אין המאוחר יכול לטרוף אותה מהלוקח מפני שיש להלוקח כל כחו של מוקדם כיון שנמכר ע"פ ב"ד אבל אם הלוה עצמו מכרה כדי לפרוע להמוקדם טורף המאוחר מהלוקח דהרי הלוקח עומד במקום הלוה וכשם שטורף מהלוה כמו כן טורף ממנו אבל כשקנה מב"ד אלים כח ב"ד שתהא כחו יפה ככח מי שנמכר בעדו :

יד דין קדימה אינו אלא בשזמן שטר המוקדם נכתב ביום הקודם להמאוחר אבל אם נכתבו שניהם ביום אחד אע"פ שמאחד לוה בבוקר ונמסר לו השטר בבוקר ומאחד לוה בערב אין בהם דין קדימה ואע"ג דבמתנה יתבאר בסי' ר"מ דלמי שנמסר קודם באותו יום זכה זהו במתנה ומכירה אבל בשט"ח דאין גובין מלקוחות אלא ממי שלקח ביום יד שניהם שוה בשיעבודם אף שנמסר לאחד קודם ובמקום שכותבין שעות בשטרות דין השעה כדין היום :

טו שטרי חובות שזמן כולם יום אחד או שעה אחת במקום שכותבין שעות ובאו כולם ביחד לגבות וכן אף אם אחד מהם קודם אך שבאו לגבות מטלטלין שהרי אין בהם דין קדימה כמ"ש בסעי' א' או שבאו לגבות מקרקעות שקנה הלוה לאחר שלוה מהאחרון שבהם ששיעבוד כולם בשוה כמו שנתבאר ואין בהנכסים כדי שיגבה כל אחד מהם חובו בשלימות מחלקים ביניהם ואם טורפים מלקוחות נוטלים גם הלקוחות חלקם בשכולם נוטלים כי למה יגרעו מכל הבע"ח כיון שאין מה לגבות מהלוה [מ"מ פ"ך ממלוס] וכיצד חולקין אם כל הבע"ח שוין בסכומן חולקים הלק כחלק כפי שיגיע לכל אחד ואם אינם שוין בסכומן חולקין מקודם את הסכום כפי שיגיע להפחות שבהם כשיעור חובו וחוזרים הנשארים מהבעלי חובות וחולקים המותר ג"כ בדרך זה כיצד היו שלשה חובות של זה מאה ושל זה מאתים ושל זה שלש מאות אם היה כל הנמצא שם רק ג' מאות וכ"ש פחות חולקים כולם בשוה נמצא שם יתר על ש' חולקים מקודם ש' בשוה ומסתלק בעל המאה והמותר חולקים השנים ג"כ על דרך זה כיצד נמצא שם ת"ק או פחות חולקים ש' בשוה ומסתלק האחד וחוזרים וחולקים המאתים או פחות מזה בין השנים נמצא שם ת"ר או פחות רק יתר על ת"ק חולקים ש' בשוה ומסתלק בעל המאה וחוזרים וחולקים מאתים בין השנים ומסתלק בעל המאתים והנשאר מקבל בעל השלש מאות ובדרך זה חולקים אפילו הם מאה כשבאים לגבות כאחד ולמה חולקין בכמה פעמים ולא בפעם אחת על דרך זה מפני שמקודם חולקין הבינונית שדינם בבינונית ואח"כ חולקין הזיבורית ואח"כ חולקין העידית [סמ"ע] ויש מי שסובר שחולקין כל הנמצא לחלקים כגון אם לאחד מגיע מאה ולאחד מאתים ולאחד שלש מאות חולקין כל הנמצא לששה חלקים ובעל המאה נוטל חלק אחד ובעל המאתים שני חלקים ובעל השלש מאות ג' חלקים ולפ"ז לעולם לא יטול בע"ח הקטן בשלימות אם הגדול אינו נוטל בשלימות וחלוקה זו היא כמו בשותפים שהרויחו שיתבאר בסי' קע"ו אמנם העיקר כדיעה ראשונה ולא דמי לשותפות דבשם חלקו של כל אחד מבורר ולכן נוטל כל אחד לפי חלקו אבל בבע"ח השיעבוד של בעל המאה חל על כל הנכסים כמו השיעבוד של בעל השלש מאות וכל זמן שהוא לא יקבל המאה שלו לא

יניח גם את הבעל ג׳ מאות לקבל אף מאה כי יש לו שיעבוד על כל הנכסים כמו בעל חוב של שלש מאות ולכן העיקר לדינא כדיעה ראשונה ומיהו חזינן מעשים בכל יום כשעושין חלוקת בעלי חובות חולקין לפי ערך החובות וכדיעה שנייה ולכן נכון לפשר בזה ע״פ רצון בעלי החובות דהעיקר לדינא כמ״ש:

טז אם יש לאחד שני חובות שהלוה לו בשני פעמים הוא כשני בני אדם ונוטל בכל שטר חלקו כפי החלוקה שנתבאר ואף מי שהוציא שני שט״ח על אחד שנעשו ביום אחד מסכום אחד בין שעדים אחרים חתמו על השטר השני ובין שאותם העדים שחתמו על הראשון חתמו על השני הרי זה גובה שניהם ואין אומרים ששניהם נעשו על הלואה אחת כמו דאמרינן בשטרי מכירות ומתנות בכה״ג דביטל שני את הראשון כמו שיתבאר בסי׳ ר״מ דהתם בהכרח לומר כן דא״א לקיים שני מכירות על שדה אחת אבל בהלואה איך נבטל שטר בעדים ואמרינן שהיה שני הלואות ועוד דמסתמא לא היה מניח הלוה אצלו שני שטרות על הלואה אחת [סמ״ע] ושני שטרות שנעשו על הלואה אחת חצי הלואה בשטר אחד וחציה בשטר השני ונכתבו ביום אחד ונתברר שהלואה אחת היא אלא שחלקום בשני שטרות אם הם שטרות בעדים חשבינן כל שטר בפ״ע לעניין החלוקה ואם הם רק בכת״י הלוה אינו אלא חוב אחד ואין חילוק בין אם כתוב על שם המלוה או לכל מי שמוציאו [תו״ת] ואפילו מלוה ע״פ אם הם בשני הלואות חשבינן כל חוב בפ״ע וי״א דזה דחשבינן בשטרות בעדים כשחלק החוב כשני הלואות דווקא לעניין קרקעות ששיעבודן עליהן אבל לענין מטלטלין אינן אלא כהלואה אחת [כה״מ]:

יז בכל מקום שאנו אומרים בסי׳ זה יחלוקו או שזכה הראשון התופס בהנכסים ישבע תחלה שעדיין לא נפרע מחובו ואפילו אם יש נאמנות בשטרו דכמו דנגד לקוחות צריך לישבע ולא מהני הנאמנות שנתן לו הלוה כמו כן נגד הבע״ח האחר דאין כח ביד הלוה להאמינו על אחרים ולכן כל בע״ח יכול להשביע להבע״ח האחר אם יש לו הפסד ע״י גביית האחר כמ״ש בסי׳ פ״ב ע״ש ואולי מזה המנהג אצלינו שלא לדקדק בחלוקת חובות כפי עיקר הדין שבסעי׳ ט״ו כמ״ש שם בסיף הסעי׳ משום דאם בעל הסכום הקטן ירצה לגבות כל חובו ישביעו אותו שארי הבעלי חובות:

יח כתב רבינו הרמ״א בסעי׳ א׳ י״א דבדבר שאינו עתה בעולם ועתיד לבא אח״כ לא שייך בו דין קדימה ואם קודם שבא לעולם נשבע לתת אותו לבע״ח מאוחר צריך לקיים שבועתו עכ״ל ויש חולקים בזה וכבר בארנוהו בסי׳ צ״ט סעי׳ ה׳ ע״ש:

יט כתב רבינו הב״י בסעי׳ י״ג מלוה בשטר ומלוה ע״פ מוקדמת מלוה ע״פ קודמת לגבות מבני חרי כיון שעדים מעידים שקדמה עכ״ל ורבינו הרמ״א כתב בסעי׳ א׳ לעניין דאם קדם המאוחר וגבה קרקע דמוציאין מידו דכל זה הוא במלוה בשטר אבל מלוה ע״פ אם קדם המאוחר וגבה מה שגבה גבה עכ״ל ומתבאר מדבריהם דאע״פ דמלוה ע״פ אין מוציא מלקוחות מ״מ מהלוה עצמו דינו כמלוה בשטר כיון דמן התורה נשתעבדו נכסי הלוה גם במלוה בע״פ לכן נוהג דין קדימה בקרקע גם במלוה בע״פ ואפילו למלוה בשטר קדמה כשהיא מוקדמת וכ״ש שקדמה למלוה ע״פ מאוחרת מיהו לענין להוציא מיד המאוחר אינה דומה למלוה בשטר ואם קדם המאוחר וגבה מה שגבה גבה וזהו דעת רב האי גאון דלענין בני חורין יש דין קדימה גם במלוה בע״פ כיון דאין כאן נעילת דלת ולכן להוציא מהמאוחר א״א דיהיה בזה נעילת דלת כיון דלית לה קלא ואינה ידועה ההלואה לא היה לו להמאוחר לשמור א״ע [כ״ל] אבל יש מרבותינו שחולקים בזה דהרי״ף ז״ל ס״ל דמלוה בשטר מאוחרת קודם למלוה ע״פ מוקדמת דגם בזה יש נעילת דלת דכל אחד יהיה ירא להלות אף בשטר מפני חששא דשמא יש מלוה ע״פ מוקדמת כיון שאין לזה קול ולהלכה י״א דיחלוקו [ט״ך] ויש שהכריע דאם שניהם הם בע״פ המוקדם קודם כיון דשיעבודא דאורייתא ואין כאן נעילת דלת למה לא תהיה קודם אבל בע״פ מוקדמת ובשטר מאוחרת הוה ספיקא דדינא [תו״ת] וכל זה לעניין קרקע שהיה לו בעת ההלואה אבל לנכסים שקנה אח״כ ולא כתב דאיקני ולמטלטלין וודאי דאין קדימה וחולקין [סס] וזה שמלוה ע״פ חולק או נוטל כולו כשהוא מוקדם לדיעה ראשונה זהו דווקא כשבעלי השטרות מודים לו או שמביא עדים אבל בלא זה אינו נאמן דשמא עשה קנוניא עם הלוה על בעלי השטר [רדב״ז] ושטר בכת״י דינה כמלוה ע״פ כמ״ש בסי׳ ס״ט ושטר פקדון אפילו בעדים דינו כמלוה ע״פ ואינו גובה ממשעבדי [ש״ך סס ס״ק י״ד] ולכן בשטרי עיסקא אינו גובה ממשעבדי רק החצי מלוה [כ״ל]:

כ בסי׳ רמ״ח יתבאר כשאחד אמר נכסיו לראובן ואחריו לשמעון אוכל ראובן הפירות כל ימי חייו וכשימות נשארו הנכסים ביד שמעון ואם עבר ראובן ומכרן אין שמעון מוציא מיד הלקוחות דאין לשני אלא מה ששייר ראשון ולכתחלה אסור לראובן לעשות כן ואם ראובן זה היה עליו חובות והמלוה לא מצא לו נכסים להפרע מהם חובו אלא מה שניתן לו בואחריך לפלוני ובא המלוה לב״ד לגבות לו מנכסים אלו אע״פ שראובן קיים אין ב״ד מגבין לו מגוף הנכסים אלא מהפירות בלבד ואף שי״א דכמו שביכולתו למכרם כמו כן ביכולתו לשעבדם וגובה המלוה גוף הקרקע אין

אין הלכה כן דכשמכר לא נשתייר לו שום כח אבל בשיעבוד דיכול לפדותה ואם היה פודה אותה היה להפלוני זכות בה וכיון שיש לו זכות לא חל שיעבודו של המלוה [סמ"ע] ואם מת ראובן ובא בע"ח לגבות מנכסים אלו אין מגבין לו כלום אפילו עשאן אפותיקי אלא הרי הם של השני דמשמת פקע כחו והם של השני :

כא שנים שהלוו למצרי בזה אחר זה ואין בנכסי הלוה כדי לזה ולזה וכשבא ראובן המוקדם לגבות שטרו קרן וריבית טען שמעון דריבית שעלה מזמן שטרו של שמעון לא תגבה עד שאגבה קרן חובי דהקרן שלי קודם הוא לריבית שלך שעלה אחר שהלויתי לו דריבית לא חל מזמן השטר אלא בכל יום מתרבה אין בדברי שמעון כלום דמשעת זמן שטרו של ראובן חייב הלוה עצמו בכל הריבית שיעלה עד סוף זמן ההלואה וה"ה אם היה הלוה ישראל והריבית היה ע"פ התירים שבה' ריבית מבוארים [כ"ל] ודווקא הריבית שעלה עד שעת הסילוק אבל אם רצונו לסלק לו הריבית שעלה עד היום אף שההלואה היתה על משך זמן יותר יכול להכריחו בזה כמ"ש בסי' פ"ו ע"ש :

כב לוה שאין לו ממה לפרוע ונפל הבית על הלוה ועל מורישו כמו אביו שראוי ליורשו ואינו ידוע מי מת ראשון הלוה או מורישו ובני הלוה אומרים אבינו מת ראשון וירש את מורישו בקבר והוריש לנו ואין לבע"ח ליטול כלום ממנו והמלוה אומר המוריש מת ראשון וירשו הלוה כשחי עדיין ואגבה מיורשיו הדין עם היורשים משום דהנכסים המה בחזקת משפחת היורשים שמוחזקים בהם והבא להוציא מחזקתם עליו להביא ראיה ברורה שכדבריו כן הוא והנה דין זה איתא בש"ס ויש מהפוסקים שדקדקו מזה דאין בע"ח נוטל בראוי והיינו שלא בא ליד הלוה מחיים אלא ראוי לבא וכיון שלא בא לידו מחיים אינו גובה בע"ח מהם ולפ"ז אם הלוה השכיר א"ע לאחד ומת ולא קיבל שכרו מחיים אינו גובה בע"ח מזה ושייך ליורשים וי"א דבע"ח גובה מראוי ומה שאינו גובה בנפל הבית מפני שבני הלוה יכולים לומר אין אנו יורשים מכח אבינו אלא מכח זקנינו דאחרי שאבינו אינו בחיים אנחנו היורשים לזקנינו וכן בשארי מורישים ולכן משכר פעולה או משאר ראוי נוטל הבע"ח וכיון שאין הכרעה בזה הוה ספיקא דדינא מיהו בשכר פעולה הסכימו גדולי אחרונים דנוטל הבע"ח וכן מהמלוים שלו נוטל ג"כ הבע"ח לאחר מותו של הלוה אע"פ דלענין בכור מקרי מלוה ראוי כמו שיתבאר בסי' רע"ח דכיון דהמעות היו בידו וכן שכר פעולה הרויח בעצמו נוטל הבע"ח מזה וכן עיקר לדינא וכ"כ הטור בסי' ק"ו דבע"ח גובה מהלואה שהניח הלוה לאחר מותו ולעניין שטר חצי זכר אם גובה מראוי נתבאר באהע"ז :

סימן קה [דין תופס לבע"ח במקום שחב לאחרים ודין נפקד שתפס הפקדון בשביל בע"ח ובו ו' סעיפים] :

א ראובן שחייב לכמה אנשים ואין לו כדי לפרוע לכולם וקדם אחד מן השוק ותפס ממטלטלין של ראובן בשביל אחד מהבעלי חובות לא זכה בשבילו וכולם חולקים בו כאלו הוא עדיין ביד הלוה שכל התופס בשביל בע"ח במקום שע"י זה יפסידו בעלי חובות אחרים לא קנה ואפילו זה הבע"ח עשאו להתופס שליח שיתפוס בשבילו לא קנה ויש מי שאומר דאם יש לו הרשאה מהני תפיסה [תו"ת] דע"י ההרשאה נעשה כבע"ח עצמו אמנם אם הלוה אמר לאדם מן השוק זכה בחפץ זה לפלוני או תן מנה זה לפלוני זכה לו ואפילו אין הזוכה מכיר לאותו פלוני ואפילו לא א"ל זכה לפלוני בעל חובי אלא לפלוני סתמא [סמ"ע] ואין אחד מבעלי החובות יכולים לגבות מזה והטעם בשני דינים אלו דאע"ג דבכל התורה שלוחו של אדם כמותו ולמה לא יזכה בעדו כשעשאו שליח ואפילו בלא שליחות הא זכין לאדם שלא בפניו וזכייה היא מטעם שליחות לרוב הפוסקים וכן להיפך יש להבין דכיון דמשום שיש בזה חוב לאחרים אינו יכול לזכות בעדו א"כ למה כשא"ל הלוה זכה לפלוני זכה לו הרי חב לאחרים ומה מועיל ריבור הלוה אבל כן הוא ביאור הדבר דזהו וודאי כשאדם עושה שליח לקבל הפץ או מעות מחבירו בע"כ צריך שיהיה גם שלוחו של הנותן דאל"כ איך יכול לעשות שליח על חפצו ומעותיו של אחרים [כ"מ בנמק"י פ"ק דב"מ ותוס' סס ע"ה:] אך אם אין בע"ח זולתו אין הלוה יכול לעכב דכיון שמחוייב לשלם הוי הבע"ח בעליו של החפץ והמעות אבל כשיש עוד בע"ח כולם שייכים להמעות והחפצים של הלוה ולכן אם הלוה זיכה להשליח גם בלא שליחות המלוה זכה השליח דכמו שיש רשות להלוה להוציא מעותיו וחפציו קודם שגבו הבעלי חובות כמו כן אם זיכה לבע"ח אחד ע"י אחר זכה לו אבל בלא רשיון הלוה איך יכול המלוה לעשותו שליח בדבר שיש לאחרים זכות בהם ג"כ בלא רשיון הלוה ומה יועיל שליחותו על של אחרים [כנלע"ד וה"ם כל מס ספקפקו בזס] :

ב ואם הלוה חייב גם להתופס זכה בתפיסתו מיגו דאי בעי זכי לנפשיה זכי לחבריה כמו שיתבאר בסי' רס"ט וי"א דאינו יכול לתפוס רק בכדי חובו של עצמו

עצמו דבזה אמרינן מיגו אבל ביותר ממה שמגיע לו דאין יכול לזכות לעצמו אינו יכול גם לזכות לאחרים [סמ"ע ב"ח תו"ת נס"מ] וי"א דיכול לזכות אף יותר מחובו כיון שיש לו שייכות במעות וחפיצי הלוה [ב"י לבוש ש"ך קל"ח] וכן נראה עיקר דהא בע"כ גם לדיעה ראשונה הוא תופס יותר מחובו שהרי אחר תפיסה זו תיבע גם חובו מהלוה ואיך יתבענו הלא כל מה שהיה יכול לזכות לעצמו מסר לחבירו אלא בע"כ כיון דהיה לו זכות לעצמו זכה גם לחבירו וגם ליתבע ממנו ג"כ וא"כ למה לא יוכל לזכות בפעם אחד יותר מחובו וכל דראיות שהביאו דיעה ראשונה יש לדחותם ויש ראיות לדיעה אחרונה [כמ"ש בתל"י סי' פ"ז] וכל זה דווקא כשא"ל המלוה זכה לי או שמעצמו זכה בעד המלוה אבל אם א"ל המלוה לך ותפוס והבא לי דגלי אדעתיה שאין רצונו שיזכה בעדו לא זכה [תו"ת] דלא אמרינן אלא מיגו דזכי לנפשיה זכי נמי לחבריה אבל שיזכה חבירו שלא ע"י זכייתו לא אמרינן וזה דאמרינן מיגו אפילו אם הוא בעצמו עדיין תוך הזמן דמחוסר זמן לאו כמחוסר מעשה דמי [ט"ז] :

ג אפטרופס יכול לתפוס בעד חוב היתומים דידו כיד בעלים ממש כיתומים עצמם וי"א דגם בכל בע"ח אם שכרו לשליח ומשלם לו שכר יכול לתפוס בעדו אף אם אינו חייב להשליח [ש"ך] דכיון דשכרו יש לו ג"כ זכות בתפיסה זו ואמרינן מיגו אבל האחרונים חלקו בזה דמיגו לא שייך אלא כשיש להשליח בעצם חוב על הלוה אזי אמרינן מיגו וכן גם פועל אף שבכמה דברים ידו כיד בעה"ב מ"מ לא זכה [תו"ת] אבל אם היו חפיציו של הלוה ברשות המלוה בחצירו או בביתו הוה תפיסה אע"ג דחצר הוא מטעם שליחות מ"מ דמי לפעמים גם לידו [ב"מ י"ב.] ובכמה דברים דמי חצר לידו ולכן הוה תפיסה [נ"ל] ואפילו אינו עומד בצד חצירו וגם אינו יודע שהחפצים ברשותו דחצירו של אדם קונה לו שלא מדעתו אם הוא חצר המשתמר כמו שיתבאר בסי' רמ"ג ואין חילוק בין אם היה הלוה ישראל או אינו ישראל [ע' תומים סק"ד] ואם היה השליח אינו ישראל לא זכה בעד משלחו אפילו אם הלוה חייב גם לו דאין לו שליחות כמ"ש בסי' קפ"ח [נ"ל] :

ד אם אין עליו חוב לאחרים זכה התופס לבע"ח כמ"ש בסעי' א' ודווקא במקום דאיכא פסידא לבע"ח אם זה לא היה תופס בעדו כגון שהלוה מפסיד נכסיו או העני או שהוא קרוב למות ויורשיו הם בחזקת שיבריחו הנכסים ואפילו תוך זמן מהני תפיסה אם אין לו נכסים אחרים ויפסיד חובו אבל אם הלוה הוא איש בטוח לא מהני תפיסה דאל"כ לא שבקת חיי לכל בריה דיבא מי שהוא ויתפוס מהלוה ויאמר לי בשביל בעל חובך אני תופס [רח"ש ספ"ק לגיטין] ואף אחר שהגיע הזמן לא מהני תפיסה בלא שליחות המלוה ובלא הגיע זמן לא מהני אפילו בשליחותו כיון שאיש בטוח הוא [נ"ל] ואף במקום דמהני תפיסה אינו אלא דווקא כשיש שט"ח ביד המלוה דביכולתו לעשות עליו קיום ב"ד דאז אפילו כשהלוה טוען פרוע וצריך המלוה לישבע כמ"ש בסי' פ"ב מ"מ תפיסתו תפיסה [סמ"ע] דמדינא א"צ לישבע אלא שתקנת חכמים היא כשהלוה טוען השבע לי כמ"ש שם וכן אפילו אם היא מלוה בע"פ רק שידוע שעדיין חייב לו אבל אם אין לו שטר בעדים ואין ידוע שחייב לו והלוה מכחיש את החוב לא מהני תפיסה כלל ומחזיר כל מה שתפס ללוה ושטר בחת"י הלוה דינו כמלוה ע"פ כמ"ש בסי' ס"ט ובזה דלא מהני תפיסה אינו מועיל אף שמבקש המלוה או התופס בעדו זמן שיברר חובו אלא אומרים להלוה שישבע לו מיד שאינו חייב לו ונוטל מיד התופס [סמ"ע] ועד השבועה יכול לתפוס וכן בשטר מקויים והלוה טוען פרוע דתפיסתו תפיסה קובעין זמן להמלוה שישבע ואם לא ישבע מחזירין וכן אם אינם בעיר והם במקום קרוב קובעים זמן עד שיודיעו להמלוה או להלוה ויבא וישבע [שם] וכשהם במקום רחוק אין מעכבין בעד השבועה ובמקום שצריך שבועה יראה לי דעד השבועה מניחין הדבר שתפס ביד ב"ד או ביד שליש וכלל דין זה תלוי בראיית עיני הדיינים לפי נושא הענין :

ה התופס לבע"ח במקום שאינו חב לאחרים חייב באחריות החפץ או המעות שתפס ואפילו באחריות אונסין דהא שויה נפשיה עבד לוה לאיש מלוה דעתה הוא במקום הלוה ודווקא כשקנה בק"ם ומיד שקנה נפטר הלוה והתופס חייב באחריותו [טור] ואם אינו רוצה לקבל אחריות לא הוה תפיסה כלל וצריך להחזיר [ב"ח] ועכ"ז אם יבא המלוה יכול לתבוע את הלוה שישלם לו כי אין לו דין ודברים על התופס שהרי לא עשאו שליח לזה והלוה חוזר על התופס [האחרונים] דלא כיש מי שחולק בזה ומ"מ יראה לי דאם הדבר התפוס מוכן הוא ביד התופס שחוזר המלוה על התופס וי"א דהתופס אינו חייב באחריות אונסים בסתם אפילו כשקנה בק"ם [כ"מ מהטור] אא"כ יאמר הלוה לתופס קבל עליך אחריות בפירוש או החזר לי מה שתפסת דלא מהימנית לי ושומעין לו אבל אם לא א"ל כן אינו חייב באונסין רק בגניבה ואבידה [נס"מ] וכשמקבל אחריות בפירוש י"א דיכול לכופו שיקבל עליו גם אם יוזל החפץ שישלם להמלוה כפי מקחו עתה דהא בידו למוכרו ולקבל דמיו [תו"ת] וחייב באחריות מעת שקבלו להחפץ ודבר פשוט הוא שכל תופס לבע"ח שנתבאר זהו דווקא כשהתופס איש ישר וידוע שתופס רק לטובת הבע"ח למסור לו אבל אם אינו מוחזק לאיש ישר או שאינו ידוע מהותו אין ביכולתו לתפוס ממנו דאל"כ כל רמאי יבא ויתפוס :

ז כבר נתבאר דגם במקום דליכא פסידא לאחרים אין התופס יכול לתפוס אא"כ יש חשש פסידא לבע"ח אמנם לפעמים יכול התופס לתפוס גם במקום דליכא חשש פסידא לבע"ח כגון שהלוה הפקיד חפץ אצל אחד יכול הנפקד לתופסו בשביל חוב המלוה דכיון דבידו הוא יכול לעשות כן אם אין חוב לאחרים ואיזה תועלת יש להבע"ח בזה הלא בלא"ה ליכא פסידא לבע"ח התועלת הוא שלא תשמט שביעית דהוה כגבוי ולפי דינא דגמ' דמטלטלי דיתמי לא משתעבדא לבע"ח יש עוד תועלת שאף אם ימות הלוה המפקיד לא תתחשב כמטלטלין אצל בניו וכן אם הלוה נתן זה הפקדון לאחר שהקנהו אג"ק או בק"ס או במתנת שב"מ שבכל קניינים אלו יכול להקנות גם אם אין החפץ אצלו אינו נתון משום דהוה כגבוי ודווקא כשהגיע זמן הפרעון אבל תוך הזמן אינו יכול לעכב כדלית ליה פסידא [הו"ת] וכן דווקא כשהבע"ח בכאן אבל כשאינו בכאן או סמוך לעיר אלא הוא במקום רחוק אין הנפקד יכול לעכב הפקדון בשבילו אפילו אם הלוה מודה בהחוב כיון דליכא פסידא לבע"ח שהרי באמת הדין נותן בפקדון להחזירו להמפקיד ואם יש לאחר זכות בו הרי יש דין בישראל ואם עכ"ז עכבו ומסרו אח"כ להמלוה פטור דהרי צריך לשלם להמלוה ואם אין נכסים ללוה יכול לכתחלה ליתן לו דמשתעבד ליה מדר' נתן כמ"ש בסי' פ"ו ואע"ג דקיי"ל דפורע חובו של חבירו שלא מדעת הלוה פטור הלוה מלשלם לו ואפילו פדה משכונו חייב להחזיר לו בחנם כמ"ש בסי' קכ"ח זהו כשבא להוציא מהלוה יכול לאמר מי בקש זאת מידך אבל כשהוא מוחזק אינו יכול להוציא מידו [התרומות] ועמ"ש בסי' קכ"ה :

סימן קו [דין הבא ליפרע שלא בפני בעל חובו ובו ה' סעיפים] :

א מלוה שבא ליפרע בשטר מקויים שבידו שלא בפני הלוה אם יכולין ב"ד לשלוח לו ולהודיעו עד שיעמוד עמו בדין שולחין ומודיעין לו דאולי יש שובר בידו שכבר פרע לו או בירור אחר ששילם לו וזהו דווקא אם הוא בכדי שילך השליח ויחזור תוך שלשים יום שהוא זמן ב"ד או להודיעו ע"י בי דואר והמלוה יתן שכר השליחות ויגבנו מהלוה נוסף על חובו כשיצא הלוה חייב בדין לפי שהשליחות הוא לטובת הלוה אבל לכשיצא המלוה חייב בדין צריך הוא לסבול הוצאת השליחות ואם אין יכולת לשלוח שליח או שאין השליח יכול לילך ולחזור תוך ל' יום או שאינו ידוע איפא הוא הלוה מגבין לו חובו מיד אחר שישבע המלוה בנק"ח ויטול בין ממקרקעי בין ממטלטלים ואין חוששין שפרוע הוא כיון שהוא מקויים מחזיקין אותו לשטרא מעליא ואפילו כתוב בשטר נאמנות חייב לישבע דלא האמינו רק כשיפרע בפניו אא"כ כתוב בפירוש נאמנות על פרעון שלא בפניו או שכתוב בו נאמנות עליו ועל באי כחו דאז א"צ לישבע דגם ב"ד הם בכלל באי כחו רק רואין אולי יש איזה זכות להלוה טוענין בעדו ומ"מ לענין ליתן ידיעה להלוה אין חילוק בין יש בו נאמנות או לאו [כ"מ מסמ"ע] ולמה אמרו חכמים שיורדין לנכסי הלוה שלא בפניו כדי שלא יטול כל אחד מעותיו של חבירו וילך לו למרחקים ואין לך נעילת דלת גדול מזה אם לא נגביהו ולפיכך דווקא בהלואה או פקדון אמרו כן אבל בסיבה שאירע אין גובין שלא בפניו כמו בבית ועליה שנפלו ובעה"ב אינו בכאן אין בונים שלא בפניו כמ"ש בסי' קס"ד וכן כל כיוצא בזה [הו"ת] וכן דווקא בשטר מקויים אבל במלוה ע"פ ובשטר בכת"י הלוה דנאמן לומר פרעתי אף אם הב"ד יודעים שעדיין לא נפרע אין נזקקין לו שלא בפניו דלא חשו לנעילת דלת רק במלוה בשטר ועוד דכיון דיש שאמרו שאף במלוה בשטר אין נזקקין וזהו שיטת הירושלמי [פ"ט דכתובות ס"ע] נהי דפסקינן דגובין אבל שלא בשטר אין גובין ויראה לי דאם התרה אותו לדין במלוה בע"פ ובשטר בכת"י וברח הלוה גובין שלא בפניו וכן משמע בירושלמי שם ויש מי שאומר דדווקא כשההלואה בשטר היתה בכאן והלך הלוה למדה"י גובין שלא בפניו אבל כשההלואה נעשית במקום אחר ובא אח"כ המלוה למקום הלוה ובקש מב"ד לירד לנכסי הלוה אין שומעין לו כשאין הלוה לפנינו [הו"ת] :

ב י"א דאין גובין שלא בפניו תמיד רק מהלוה עצמו אבל מיורשיו לפעמים אין גובין שלא בפניהם וצריך המלוה לילך אחריהם כגון דהנכסים שהניח הלוה שמהם חייבים היורשים לשלם הם במקום אחר והיורשים יש להם נכסי עצמם במקום הזה אין יורדין לנכסיהם שבכאן שלא בפניהם שהרי לא על נכסים אלו מוטל שיעבוד החוב אבל אם נכסי הלוה הם בכאן נפרעין שלא בפני היורשים כמו שנפרעין שלא בפני הלוה [סמ"ע] ואע"ג דמנכסיהם א"א לו לגבות אף כשהם בכאן מ"מ לפעמים גובין מנכסיהם כגון שהפסידו נכסי אביהם לאחר מותו אבל שלא בפניהם גם בכה"ג אין לו לגבות [ככ"ל לפרש דברי הריב"ש וסמ"ע ודו"ק] ואם נפרעים מלקוחות שלא בפניהם יתבאר בסי' קי"ד :

ג שלשה ראיות צריך המלוה להביא לב"ד ואח"כ יפרע שלא בפניו ראיה ראשונה לקיים שטר שבידו דבשטר שאינו מקויים אין גובין שלא בפניו ולא מלקוחות ולא מיתומים [ש"ך] ראיה שניה שבעל חובו במדינה אחרת

אחרת רחוק יותר מכדי שילך השליח ויחזור תוך שלשים יום ראיה שלישית שאלו הנכסים בחזקת פלוני הלוה הם עד עתה אע"פ שאינו ידוע איך באו לידו אם בירושה אם קנאם ואע"ג דגם בפניו צריכים לידע שהנכסים הם של הלוה אמנם בפניו א"צ חקירה ודרישה בזה דהלא רואים שמוחזק בהם אבל שלא בפניו צריך דרישה וחקירה :

ד הבא ליפרע שלא בפני לוה כשם שב"ד יכולין לפורעו מנכסיו שלא בפניו כמו כן יכולים למשכן לבע"ח קרקע של לוה בחובו אם רואים שזה יותר טוב לו להלוה דכללו של דבר דכשהלוה אינו בפנינו יעשו הב"ד כאלו היה בפנינו ומבקש זכותו וטוען טענה שהיא טובה לו כך יעשו ב"ד ויחפשו וידרשו כל דבר שטוב לו וזכין לו שלא בפניו [טור] :

ה שטר שאינו מקויים כשבא ליפרע שלא בפניו אם כשהיה הלוה כאן הודה שכתבו דינו כמקויים וגובין מנכסיו שלא בפניו אבל מלקוחות אין גובין ע"פ הודאתו אם לא נתקיים בעדים דחיישינן לקנוניא [ס"ך] ואם הלקוחות בעצמם מכירים חתימות העדים גובין מהם דאין עוד חשש זיוף והרי הוא כמקויים [עקלס"ח] :

סימן קז [כופין את היתומים לפרוע חוב אביהם ובו י"ז סעיפים] :

א כבר נתבאר בסי' ל"ט דשיעבודא דאורייתא ומדין תורה בין מלוה בשטר ובין מלוה בע"פ גובין מלקוחות ומיורשים רק בלקוחות תקנו רבנן מפני תיקון העולם שלא לגבות במלוה בע"פ משום דלית לה קלא אבל ביורשים נשאר על דין תורה לגבות מהם גם מלוה בע"פ ואדרבא אם לא יגבו מיורשים מלוה בע"פ תהיה נעילת דלת בפני לוין [רי"ף שילסי ב"ב] דיתייראו להלות בע"פ שמא ימות ולאו בכל שעתא אפשר לכתוב שטר בעדים ואלקוחות לא חייש כל כך שמאמין להלוה שלא ימכרם אבל החיים והמות אינם בידו [כ"ל] ולכן חוב גמור על היורשים לפרוע חוב מורישם וכופים אותם בכך כמו שכופין את מורישם ולבד החוב המוטל עליהם משיעבוד נכסים עוד יש על בנים כשירשו אביהם מ"ע דכיבוד אב לפרוע חובותיו בד"א כשהניח קרקעות אבל אם לא הניח אלא מטלטלין אין החוב עליהם לפרוע מדין תורה דמטלטלי דיתמי לא משתעבדא לבע"ח דאין המלוה סומך על מטלטלים ואין שיעבודו עליהם ולכן כשמת ובאו המטלטלים לרשות היורשים והוא לא הלוה להם אינו גובה מהם [רש"י פסחים ל"א.] אבל מצות כיבוד מוטל עליהם לפרוע ממטלטליו דגנאי הוא לאביהם שיהיה לוה רשע ולא ישלם והם יירשו ממונו ולכן ישלמו ממטלטלין שהניח [סמ"ע] ומה שאין כופין אותם על מצוה זו מפני שמתן שכרה בצדה דגבי כיבוד אב כתיב אריכת ימים וכל מצוה שמתן שכרה בצדה אין ב"ד של מטה מוזהרין עליה כמ"ש בסי' צ"ז לעניין השבת העבוט וכ"ז מדינא דגמ' והגאונים תקנו שיהא בע"ח גובה מטלטלים מיורשים כשהניח להם אביהם וכתב הרא"ש ז"ל דזהו מעיקר דין תורה בזמן הזה דמטלטלי כקרקעי לכל דבר דבימים ראשונים שהיו ישראל על מכונם היה עיקר עסקם רק בקרקע ולכן כל שיעבודי המלוים היה רק על קרקעות אבל בדורות הללו שאין אנו מיושבים בקרקעות ובכמה מקומות אין מניחין אותנו לקנות קרקעות וכל עסקינו במטלטלים כל השיעבודים מדין תורה על המטלטלין לבד בלקוחות א"א לטרוף מהם כיון דאין קול למכירתם והמלוים אין סומכין על זה על טריפת לקוחות [ס"ך] ולכן האידנא כופין את היורשים לפרוע חובות מורישם אפילו מלוה בע"פ מהמטלטלים או מעות שהניח מורישם ואפילו קנאם הלוה אחר שלוה ולא כתב דאקני משום דיורש במקום מורישו עומד וכן חייבים לפרוע חוב מורישם ממלוה שהיתה למורישם ביד אחרים בין שגבו מהלוים קרקע בין שגבו מעות דאף דמדינא דגמ' יש חילוק בזה דבגבאו מעות אינו גובה מפני שזהו מטלטלין אבל האידנא אין חילוק בזה מטעם שנתבאר ואע"ג דלענין בכור מקרי מלוה ראוי ואינו נוטל בזה פי שנים כמו שיתבאר בסי' רע"ז מ"מ בע"ח גובה מזה ולא עוד אלא שהבע"ח של המת יכול להוציא מהלוה של המת מדר' נתן שבסי' פ"ו ואם ירשו קרקע ומטלטלין ובשטר אינו מפורש שיגבה מטלטלים בין בחייו בין במותו והיורשים רוצים לשלם לו בקרקע והוא רוצה במטלטלין דווקא הדין עם היורשים ואפילו תפס מטלטלין לאחר מיתה לא מהני כשרוצים ליתן לו [ס"ך] כיון דמדין תורה לא משתעבדי מטלטלי דיתמי כלל ולע"ד נראה כיון דלפי דברי הרא"ש האידנא קרקע ומטלטלין שוים דינם כדין מורישם שאין ביכולתו לדחותו אצל מקרקעי כמ"ש בסי' ק"א ואפילו לא תפס חייבים ליתן לו מטלטלין :

ב אם הבנים לא ירשו כלום מאביהם אין חייבים לפרוע חובותיו ואפילו מצות כיבוד אין כאן דכיבוד אינו אלא משל אב כמ"ש ביו"ד סי' ר"מ ואף שנתבאר שם דאם אין לו לאב ויש לו לבן מחוייב לזונו משלו זהו לענין מזונותיו ולא לתשלום חובותיו אך ממדת חסידות כשהבן עשיר והאב יש לו עון במה שלא שילם כגון שמקודם היה ביכולתו לשלם ולא רצה ואח"כ ירד מנכסיו או שלוה לכתחלה באופן שלא היה לו במה לשלם דנשאר לוה רשע ולא ישלם ראוי להבן להצילו מעונש ולהשות עם הבע"ח שימחלו לו [כ"ל] :

כתב

ג כתב רבינו הרמ"א בסעי' א' ירש קצת נכסים א"צ לפרוע רק מה שירש עכ"ל ואיני יודע מאי קמ"ל ונראה דכוונתו דאם ירש שוה כסף מנה והחוב כפלים יכול לסלק את הבע"ח במנה ואין הבע"ח יכול לומר תן לי כל חובי או תן לי מה שירשת ולדידי שוה לי כל חובי כמו שיכול הלוקח לומר לבע"ח כמו שיתבאר בסי' קי"ד והבע"ח אין יכול לומר כן ליורש כמ"ש בסי' ק"ט ושם יתבאר דיש חולקין בזה עוד כתב דאם אומר איני יורש ואיני משלם ע' לקמן ס"ס רע"ח אם שומעין לו עכ"ל ושם נתבאר דלחלק בכורה יכול לומר ובחלק פשיטות יש מחלוקת הפוסקים כמ"ש שם בטור [ורשב"ס בב"ב קכ"ד. פשיטא ליה שאינו יכול לומר ולסתוס' שם רק בקנין יכול לסםתלק] :

ד טען היורש שאביו לא הניח לו כלום ואינו חייב לפרוע חוב אביו משלו אם טוען המלוה וודאי שאביו הורישו ממון או מטלטלים או קרקעות או הובות נשבע היורש היסת ונפטר ואם טוען המלוה שמא אין לו על היורש אלא ח"ם ולמנהגינו שבארנו כמה פעמים יוכל להטיל עליו קב"ח אבל אין להשביע להיורש שבועה שתקנו הגאונים שנתבאר בסי' צ"ט דלא תקנוה אלא ללוה בעצמו ולא על יורשיו [סמ"ע] :

ה אם הלוה נתן במתנת שכ"מ מטלטליו לבניו או לאחרים גובה הבע"ח מהם דאע"ג דאינו גובה ממטלטלים שמכר או נתן במתנת בריא אבל מה שנתן במתנת שכ"מ גובה מהם לאחר תקנת הגאונים דמטלטלי דינם כקרקע דאף דמתנת בריא הוה כמכירה דאי לאו דהוה ליה הנאה מיניה לא הוה יהיב ליה מתנה והוה כמכר מ"מ במתנת שכ"מ אינו כן דמתנת שכ"מ לא עדיפא מירושה [תוס' כתובות מ"ע: ורה"ס] ואף שיש חולקים בזה מ"מ כן נראה עיקר להלכה וכן נראה דעת רבינו הב"י בספרו סי' רנ"ג ע"ש וכ"ש אם נראה שעשה זאת בערמה להפקיע מבע"ח ואפילו להחולקים באהע"ז סי' צ"ג לענין מזונות אשתו מ"מ לעניין בע"ח אפשר דמודים דהא גם לפי דינא דגמ' אינו יפה כה מזונות ככח בע"ח דמזונות אינה גובה ממשועבדים אפילו מקרקעות [כ"ל וע' בתו"ת] :

ו כתב רבינו הרמ"א בסעי' ב' כתבו הג"א פ' מי שמת בשם ר"ת ור"ש ראובן שהיה חייב לשמעון ומת ראובן יכול שמעון לעכב קבורתו עד שיפרעו לו ואם שמעון הוא קרובו של ראובן בני המשפחה מוחין בידו שלא לעכב קבורתו שלא לנוולו וכן אם בא בע"ח וגבה כל נכסיו אין מחוייב לקברו עכ"ל וביאור הדברים כגון שהחוב ברור ויש ממה לשלם ולפי ראות עיני הב"ד יהיה קשה להוציא אח"כ מיורשיו כגון שהם אלמים ולא צייתי דינא בזה וודאי ביכולת הבע"ח לעכב הקבורה [ח"ל] וכן נהגו דאם לפי ראות חשובי העיר שאחר הקבורה יהיה קשה להוציא מיורשיו וע"פ הדין צריכים לשלם מעכבין הקבורה כי זהו זכות להמת עיכוב קבורתו אבל אם אין ממה לשלם או שאין החוב ברור או שהיורשים המה אנשים ישרים אסור לעכב הקבורה ויש שפירש דמיירי כשרוצים היורשים לפזר הממון שנשאר על צרכי הקבורה והבע"ח מעכב שישלמו לו תחלה כי הקבורה מוטלת על כל ישראל ולמה יסבול הבע"ח לבדו וגם זה וודאי אמת לדינא אבל לשון הג"א משמע כמ"ש דלפירוש זה מאי וכן וכו' הלא ק"ו הוא :

ז יורש שמכר כל נכסי מורישו טורף הבע"ח מהלקוחות כשהיא מלוה בשטר ואפילו אם יש להיורש קרקעות שלו ורוצה ליתנם להבע"ח ביכולת הבע"ח שלא לקבלם דיכול לומר שמא על קרקע שלכם תצא עירעור ויטרפוה ממני ואני אין שיעבודי עליכם אלא על נכסי אביכם ואפילו כשקרקע המת היא זיבורית ושלהם עידית אינו יכול לסלקו בעידית שלו שלא ברצונו אבל אם היורש נותן לו מעות או מטלטלין שלו כדי שלא יטרוף מלקוחות יכול לסלקו בע"כ כיון דאין חשש עירעור על זה אא"כ עשה מורישו נכסים אלו אפותיקי מפורש לבע"ח דאז גובה מהאפותיקי וכן אם יש חשש על המטלטלים שיטרפוה ממנו באלמות ביכולת הבע"ח שלא לקבלן והכל לפי ראות עיני הב"ד :

ח יורש שמכר כל נכסי מורישו ואין בע"ח יכול לטרוף מלקוחות כגון שמכרם לאלם או שהיתה מלוה ע"פ או שמכר מטלטלין שאינם גנבים מלקוחות [ב"ך] אפילו כששיעבד לו מטלטלי אג"ק כמ"ש בסי' ס' וכיוצא בזה גובה הבע"ח מהמעות שביד היתומים משני טעמים האחת דכיון דעכשיו מטלטלים הם כקרקע א"כ מה לי הדבר שמכר או דמי חליפי המכירה ועוד דכיון דהיורש הזיק שיעבודו של בע"ח צריך לשלם כדקיי"ל המזיק שיעבודו של חבירו חייב לשלם כמו שיתבאר בסי' שפ"ו וכמ"ש בסי' ק"ד לענין בע"ח מאוחר [סס] ולטעם השני אפילו איבד היורש המעות חייב לשלם [נ"ל] וכן אם נתן במתנה חייב לשלם אע"פ שלא קיבל מעות [תו"ת] ואף שיש חולקים בזה מ"מ כן עיקר לדינא וזהו דעת רב האי גאון והטור ואף החולק יודה דבזמה"ז אין ספק בדין זה דאם נאמר דאינו גובה הרבה מיורשים יעשו כן :

ט היה על אביהם חוב של מנה ולא הניח לא מקרקעי ולא מטלטלי כדי שיוי כל החוב אלא קרקע שוה חמשים ובא בע"ח וטרפה ונתנו לו היורשים חמשים זוז משלהם אפילו לא אמרו לו שבדמי קרקע זו הם נותנים לו אינו יכול לחזור ולטורפה מהם בשארית חובו שיאמר להם החמשים ששלמתם מצוה עשיתם לשלם חוב של אביכם והקרקע של אביכם נשארת משועבד לחובי

לחובי כמקדם דהן אמת בזמן הגמ׳ דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי לבע״ח והיה נשאר מאביהם מטלטלין היה יכול לומר כן כיון שלא פירשתם שבעד הקרקע נתתם לי אני אומר ששילמתם זה ממה שאביכם הניח מטלטלין דהא מצוה יש לשלם גם ממטלטלין כמ״ש בסעי׳ א׳ אבל עכשיו דקיי״ל מטלטלין כמקרקעי דמי ואם היה נשאר מטלטלין היה גובה מדינא ובע״כ מיירי שלא נשאר ממנו כלום לבד הקרקע ששילמו בעדה משלהם ממילא כששילמו אף אם סתמא שילמו הוה כפירשו בעד הקרקע דמשלהם אין מצוה לפרוע וכן אם יש בע״ח מאוחר מזה הבע״ח אינו יכול לטרוף קרקע זו אף כשפרעו להמוקדם החמשים סתם דהוה ליה כמו שהגבו את הקרקע לו בחובו וחזרו ולקחוהו ממנו :

י ירשו האחים קרקעות מאביהם וחלקום ובא בע״ח לטרוף אם לא ירשו אלא שתי שדות ולקח כל אחד אחת אינם יכולין לומר לבע״ח קח לך מכל אחד מאתנו חצי שדה מפני שהם במקום אביהם וכשם שאביהם לא היה לו רשות לסלק בשני חצאי שדה כמו כן גם הם אין יכולים לומר כן וצריכים ליתן לו שדה שלימה אם עולה כדי חובו ויכולים ליתן לו אפילו זיבורית דאין גובין מיתומים אלא זיבורית ואם היורשים אין יכולים להשוות את עצמם ממי שיטול נוטל איזה שדה שירצה ויכול לעשות טובה לאחד ולטרוף מהאחר שדהו כיון דשיעבודו על כולם והם אינם משוים עצמם יכול לטרוף אפילו העידית ואין זה יכול לומר לו הלא אין דינך בעידית לך אצל הזיבורית או הבינונית שביד השני מפני שהבע״ח יכול לומר לו כיון שהאחר מרשיני ליקח גם מהעידית הרשות בידי ואני ביכולתי ליקח ממי שארצה כשאין אתם משתוים ביניכם כי שיעבודי על שניכם אבל אם ירשו ד׳ שדות וחובו כנגד שתי שדות אינו יכול ליקח השתים מאחד אלא נוטל מכל אחד שדה אחת דגם אביהם היה ביכולתו לעשות כן אפילו השתי שדות אינם סמוכים זל״ז כיון שהם שדות שלימות אא״כ עשה לו הלוה אפותיקי השתי שדות שנפלו לאחד דאז נוטלן ואפילו לא עשאן אפותיקי מפורש אלא שיעבד לו כל נכסיו וסיים לו אותן שדות במצריהן להיות תחלה לפרעון דאז הרשות בידו ליקח לו שתי שדות אלו מפני שיש לו עליהם יותר שיעבוד מעל השדות האחרים :

יא הניח להם אביהם מעות ומטלטלין וחלקו ובא בע״ח לגבות מהם לדידן דגובין ממטלטלים של יורשים וכן אם אחד נטל קרקע והשני נטל מטלטלין [ס״ך] אם הם מצויים לפנינו גובה מכל אחד חלקו דהא על שניהם מוטל לפרוע חוב אביהם רק שתי חצאי שדות אינו מחויב ליקח אבל בחצי מטלטלין מחויב ליקח וממילא דכשאחד ירש קרקע אינו גובה אלא חצי קרקע ודווקא כשיש שיעור שדה שיתבאר בסי׳ קע״א ואם אין כולם מצויים לפנינו אינו צריך לחזור אחריהם אלא יקח כל חובו מזה שלפנינו והוא יחזור אחר האחרים וכן כששניהם ירשו קרקעות וקרקע אחת רחוקה מכאן גובה כל חובו מהקרקע שבכאן דהא אפילו בלקוחות יכול לטרוף מהם מנכסים שבכאן אפילו כשיש בני חורין בריחוק מקום כמ״ש בסי׳ קי״א [סמ״ע] :

יב ירשו קרקעות וחלקום ומכר אחד מהם חלקו או נתנו במתנה ובא בע״ח של אביהם לגבות חובו טורף חצי החוב מהלוקח שקנה מהיורש והחצי מהיורש האחר ואין הלוקח יכול לומר הנחתי לך בני חורין אצל האח השני דזהו רק בלוה עצמו אבל ביורשים דעל כל אחד לשלם חלקו ואצל היורש שמכר אין אצלו בני חורין והבני חורין שיש לאחיו אינו שייך לתשלום חלקו [סס] ויראה לי דבזה מחויב לקבל אפילו שתי חצאי שדה דהרי מהלוקח וודאי דאינו יכול לקבל יותר מחצי שדה המוטל על היורש שמכר לו אלא אפילו מהיורש האחר אינו יכול לקבל כל שדה שלו דבשלמא כשהשני לא מכר יכול לקבל שדה שלימה והמה יהיו שותפים בהשדה השנייה שירשו שניהם אבל בכאן יכול זה האח לומר אין חפצי להיות בשותפות עם הלוקח שלקח מאחי ורק אם אין בכל שדה כשיעור שיתבאר בסי׳ קע״א יקוב הדין את ההר בגוד או איגוד כמ״ש בסי׳ ק״ג [כ״ל] :

יג בע״ח שבא אל מקצת היורשים ואמר להם שאביהם חייב לו ולא רצו לעמוד עמו בדין ונתפשרו עמו יכולים היורשים האחרים לתבוע מהם אי מהבע״ח מה שמגיע על חלקם מהפשרה דיכולים לומר אין רצונינו בפשרה אלא בדין תורה [ככ״ל כוונת הרח״ם שבסמ״ע סקכ״ג] ועכ״ז אין ביכולתם לבטל כל הפשרה כבסי׳ קע״ה דכשבא אח שלישי בטלה החלוקה דבשם חלקו אדעת שנים ולא ידעו שיש להם עוד אח והיתה חלוקה בטעות אבל בכאן נתפשרו על כולם אלא דאותם שלא היו בזה יכולים לבטל על חלקם את הפשר אבל אותם שקבלו קבלו דלא היתה פשרה בטעות ומיהו הבע״ח יכול לבטלה כולה דיכול לומר סבור הייתי שכולם יתרצו ולא אצטרך לעמוד בדין אבל כיון שאני צריך לעמוד בדין טוב לי יותר לעמוד בדין על כל החוב [כ״ל] :

יד שמעון שאמר ליורשים מנה לי בידכם ולא פירש להם אם מאביהם מגיע לו או שתובע מהם עצמם והודו לו בפני עדים ג״כ בסתם וכשחזר לתובעם אמרו לו לא הודינו לך שאנו חייבים לך אלא מחמת אבינו ולא הניח ממה לפרוע והוא אומר לא כי אלא מחמת עצמיכם אתם חייבים לי מאחר שהודיתם סתם חייבים לפרעו ואין מקבלים אמתלאות על הודאה גמורה ודווקא כשאין להם מיגו דפרעתי כגון שהוא תוך זמנו וכה״ג
אבל

אבל כשיש להם מיגו נאמנים [ס"ך] דאין זה חזקה ברורה שלא על חוב אביהם הודו שלא נאמר מיגו בזה וכן כשלא הודו בפני עדים יש להם מיגו דלהד"ם ואם הודו בפני עד אחד והם אומרים שלא הודו נשבעים שד"א להכחיש את העד ואם מודים שהודו בפני העד בסתם אלא שאומרים שלא מחוב עצמן הודו אלא מחוב אביהם חייבים לשלם דהו"ל מחוייבים שבועה להכחיש העד ואין יכולים לישבע שבועה זו שהרי בטענתם זו אין העד מכחישם ושישבעו שההודאה היתה על חוב אביהם לא זו היא שבועה שחייבתה תורה וכל מחוייב שבועה ואינו יכול לישבע משלם כמ"ש בסי' ע"ה וגם זהו דווקא כשאין להם מיגו דפרעתי כגון שמעיד שהוא עדיין תוך זמנו או שלא זזה ידו מתוך ידם וכה"ג אבל כשיש להם מיגו נאמנין בשבועה כמ"ש שם דבזה לא אמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם [סס] וגם בשני עדים שבארנו דכשיש להם מיגו נאמנים מ"מ צריכים לישבע היסת שכדבריהם כן הוא [כ"ל]:

טו הניח להם אביהם מטלטלים וקדמו ופרעו לבע"ח מאוחר אין בע"ח מוקדם יכול להוציא מידו דבמטלטלים מהני תפיסה כמ"ש בסי' ק"ד וגם היורשים אין חייבים לשלם להמוקדם מטעם מזיק שיעבודו של חבירו כבסעי' ח' דכיון דגם להמאוחר יש שיעבוד על מטלטלין אלו וכשתפסן בעצמו אין המוקדם יכול להוציא מידו מדינא נהי שלא יפה עשו במה שמסרו להמאוחר מ"מ אין זה כמזיק שיעבודו של חבירו [קצ"ק] וגם הלוה עצמו אם מסר להמאוחר אין המוקדם יכול להוציא מידו מטעם זה דאף דבסי' ק"ד סעי' ב' נתבאר דהמוקדם יכול לעכב זהו שלא למסור להמאוחר אבל כשמסר מה שעשה עשוי [כ"ל]:

טז מלוה ע"פ אין גובין מיתומים אלא ע"פ הפרטים שיתבארו בסי' ק"ח ולא עוד אלא אפילו ראובן שמת ונמצא בפנקסו כתוב בכתיבת ידו שהוא חייב לשמעון מנה אין היורשים חייבים לשלם ואף שדנין ע"פ פנקסו של אדם כשיש רגלים לדבר כמ"ש בסי' צ"א מ"מ פטורים בכאן דוודאי הפנקס אמת שהיה חייב לו אבל שמא פרעו ולא חשש למחקו כיון שהוא תחת ידו וממילא דאין רגלים לדבר שלא פרעו דמלוה ע"פ אינה נגבית מיורשים אא"כ היה תוך זמנו דליכא חששא דפרעון כמו שיתבאר שם ואם המלוה טוען שהיורשים יודעים שעדיין לא נפרע והיורשים אומרים שאינם יודעים ישבעו היסת שאינם יודעים ונפטרים:

יז במקום שאינו גובה מדינא אמרו חז"ל דלא מהני תפיסה לאחר מיתה לא בקרקע ולא במטלטלין דבקרקע לא שייך תפיסה דבחזקת בעליה עומדת ובמטלטלין לא מהני לפי דינא דגמ' דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי לבע"ח ולא מהני התפיסה רק אם תפסן בחיי הלוה אמנם האידנא שתקנו הגאונים לגבות מהיורשים גם ממטלטלים שהניח אביהם ממילא אם תפסן המלוה גם לאחר מיתה מהני אפילו אין לו עדים על חובו ואם לא היה תופס לא הוינן מגבינן ליה מ"מ כשתפס נאמן לגבות מהם בשבועה כשאין עדים על התפיסה ויש לו מיגו דלא תפסתי וכמ"ש בסי' ס"ד וכן אפילו כשיש עדים על התפיסה אמנם אין עדים שראו המטלטלין אלו עתה ביד המלוה נאמן בשבועה עד כדי דמיהם במיגו דאי בעי אמר החזרתי דאפילו אם נחשבנו כגזלן קיי"ל הגוזל את חבירו בעדים א"צ להחזיר לו בעדים ואם טוען המלוה שהיורשים יודעים שמגיע לו ממורישם ורוצה ליתן להם שבועה שאין יודעים מזה החוב ולהחזיר להם מה שתפס הרשות בידו ודע שבכל מקום שגובין מיתומים גובין גם ממקבלי מתנות שכ"מ כמ"ש בסי' רנ"ג ע"ש:

סימן קח [מלוה ע"פ אם נפרעין מיורשין ודין יורשים קטנים ואיזה שבועה מוריש לבניו ובו כ"ט סעיפים]:

א מלוה ע"פ אינה נגבית מיורשים אפילו כשהם גדולים ואינם יודעים אם מגיע להתובע ממורישם אם לאו אלא באחד משלשה דרכים ואז גובין אפילו מיתומים קטנים אבל בלא זה אין גובין מהם דכיון דאביהם היה נאמן בשבועת היסת לומר פרעתי טוענים הב"ד בעד היורשים כל מה שמורישם היה יכול לטעון ופטורים אפילו מהיסת שישבעו שאינם יודעים שעדיין מגיע לתובע זה חוב זה וגם אין נשבעים שבועת היורשים שבועה שלא פקדנו אבא שמגיע לזה חוב זה דשבועה זו אין נשבעים אלא יורשי מלוה כשבאים ליטול כאשר יתבאר בסי' זה אבל לא יורשי הלוה כשבאים לפטור א"ע דאיך יטילו על יורשים שבועה זו בלא טענת בריא אמנם אם המלוה טוען בריא שיודעים שעדיין מגיע לו חוב זה או שטוען שאביהם פקד עליהם לשלם חוב זה והם מכחישים אותו חייבים לישבע היסת ככבל טענות ותביעות [כ"ל] ובסי' ס"ט נתבאר דנהגו בדורות אחרונים להחמיר על היורשים לישבע אם יש קצת רגלים לדבר ויש להסתפק אם חייב לו ודבר זה תלוי בראיית עיני ב"ד:

ב אלו הן השלשה דרכים האחד כשהחייב הודה בחוב זה בחייו וצוה בחליו שיש לפלוני חוב עליו ובאופן

ובאופן שלא היה חשש שאמר כן כדי להשביע א"ע ע"פ הפרטים שנתבארו בסי' פ"א ואם הודה בהחוב קודם שהיה חולה ואח"כ בחליו אמר שמגיע לאותו פלוני אין עוד חשש שלא להשביע א"ע כיון שקודם חליו הודה [זהו כוונת הסמ"ע בס"ק ג' ול"ש קושית הש"ך סק"א] והשני שהיתה הלואה לזמן ועדיין הוא בתוך הזמן דחזקה שאין אדם פורע תוך זמנו כמ"ש בסי' ע"ח והיא חזקה אלימתא דאמרינן לה אפילו נגד יתומים קטנים ובסתם הלואה שהוא ל' יום אין אומרים חזקה זו כמ"ש שם והשלישי כגון שב"ד הטילו עליו איסור שישלם ומת באיסורו או שנתברר לב"ד שלא שילם לו עדיין ובלא זה אין צריכין לשלם אפילו באו עדים והעידו שאביהם היה חייב לזה מנה ושבפניהם לוה אינו גובה מהם כלום שמא פרעו דהמלוה לחבירו בעדים א"צ לפורעו בעדים מיהו אם טענו היורשים טענת וודאי שמורישם לא לוה מזה כלל ואח"כ באו עדים שלוה מחוייבים לפרוע דכל האומר לא לויתי כאומר לא פרעתי דמי כמ"ש בסי' ע"ט דאף ביורשים אמרינן כן וכמו שיתבאר עוד בסי' זה אבל אם לא טענו טענת וודאי יכולים לטעון מה שירצו ויכולים לחזור מטענה לטענה [סמ"ע]:

ג וכן אם הוציא כת"י של אביהם שהוא חייב לו אינו גובה בו שמא פרעו כמ"ש בסי' ס"ט דנאמן לומר פרעתי על כת"י וכיון דהלוה נאמן לטעון כן טענינן אנן בשביל היורשים וכבר נתבאר שם דזה תלוי בראיית עיני הדיין אם נאמן לומר פרעתי ואם השטר כתוב על נייר מחותמי המלוכה כמו וועקסיל וכדומה דאינו נאמן לומר פרעתי גובין בו מיתומים ג"כ כיון שהשטר ניתן כדי לגבות בו בערכאות אם היה משלם לו היה נוטלו מידו ולאו דווקא בהלואה דה"ה בכל עניני תביעות ממון אם אביהם היה נאמן בשבועה לומר פרעתי טוענין כן ליורשיו ואם הוציאו אנשים הוצאות על מורישם בעת חליו על רפואות ורופאים אף שהחולה לא ציום מ"מ יש לזה דין שאר חוב שאם ידוע כמה הוציאו ושלא נפרעו בחייו נפרעים מן היורשים אבל בלא"ה אין נפרעין ואין חילוק בזה בין קרובים לאינם קרובים ולא אמרינן בקרובים שהיתה כוונתם בתורת מתנה אא"כ ידוע שכיונו לשם מתנה ואשתו של המת אינה נאמנת לומר שלא נפרעו בחייו דאין ביכולתה לחוב ליתומים בהודאתה אא"כ נראה לפי ראות עיני הדיין שאומרת אמת דאז עושין כדבריה וכן בשארי חובות אם ברור הוא לב"ד שכל מה שאומרת הוא אמת ושאין לה שום פנייה בזה עושין על פיה ויש להתיישב בזה הרבה ואם אחד מהיורשים הודה בחוב זה והיורש האחר אינו יודע אין זה שהודה ביכולתו לחייב בהודאתו את האחר שלא הודה ואינו משלם אלא חלקו שהודה ואם נראה ברור לב"ד שזה שהודה אומר אמת עושים על פיו ויש להתיישב בזה ואם היורשים תובעים לאחד מהוב שמגיע למורישם ואחד מהם הודה שאינו מגיע למורישם יתבאר בסי' זה די"א דאם אין לזה שהודה מיגו אינו נאמן על חלק האחרים וביש לו מיגו נאמן ולכן נ"ל דג"כ כשהם נתבעים אם יש מיגו לזה שהודה שהיה משלם נאמן על כולם לדיעה זו ואף דהוה מיגו להוציא מ"מ הרי ניכרים הדברים שכדבריו כן הוא שמגיע לזה מהמת ולמה לא נפרע לו:

ד בסי' שפ"ה יתבאר דבמקום שחייבו חכמים מקנסא ולא מדינא אם מת ועדיין לא שילם פטור היורש דלא קנסו בנו אחריו ובסי' שפ"ח יתבאר דבמלשינות צריך היורש לשלם משום דחיובו הוא מדיני דגרמי וגרמי הוא חיוב גמור ולא מצד קנס ולכן אם אפילו מורישו לא עמד עדיין בדין מחוייב היורש לשלם ואם עמד בדין אף בקנס חייב היורש לשלם דכבר נשתעבדו נכסיו משעה שעמדו בב"ד [ש"ך סס] וי"א דגם במלשינות אין החיוב על היורש רק כשעמד בדין דס"ל לדיעה זו דגם גרמי אינו אלא קנסא [ש"ך סס] ובסי' שפ"ו בארנו בס"ד העיקר לדינא ויש מי שאומר דבקנסות אף כשעמד בדין א"צ היורש לשלם כיון שחכמים לא קנסו בנו אחריו [תו"ת]:

ה באחד משלשה דרכים אלו שנתבארו גובין ג"כ גם אם מת המלוה ויורשיו באים לגבות מיורשי הלוה ואע"פ שמת הלוה בחיי מלוה דיתבאר בסי' זה דאם היה המלוה צריך שבועה אין ביכולת יורשיו לגבות משום דאין אדם מוריש ממון הצריך שבועה לבניו מ"מ באחד מדרכים אלו גובין דהא דהרי המלוה לא היה צריך שבועה וגם יורשיו גובים בלא שום שבועה אבל כשאינה על אחד משלשה דרכים אלו אין גובין יורשים מיורשים בשום פנים במלוה בע"פ אפילו אם יורשי הלוה אין טוענים כלל דאנן טענינן להו שמא אביהם פרע ואף שי"א דבמקום יורשי המלוה לא טענינן ליורשי הלוה כשהם בעצמם אין טוענים כיון דשניהם יורשים ואינם יודעים בעסקי מורישיהם לא קיי"ל כן דכיון דיורשי המלוה באים להוציא טענינן בשביל יורשי הלוה שבאים להחזיק מה שבידם [סמ"ע]:

ו כל חוב שנשאר על המת מחוייבים היורשים לשלם אם הניח נכסים כשיודעים מהחוב ואפילו אם המת עצמו לא הודה בהחוב אלא שיצא חייב מב"ד וידוע שלא שילם בחייו כגון במה דאמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם או שנתחייב ע"פ מה שאמר איני יודע אם פרעתיך או כשטען פרעתי או טענה אחרת בשטר מקויים שאינו נאמן מדינא ויצא חייב מב"ד וכיוצא בזה חייבים היורשים לשלם ואף שיש מי שנסתפק בזה העיקר לדינא כמ"ש דהא אפילו בקנס גמור אם עמד בדין חייבין היורשים לשלם כמ"ש בסעי' ד' ואף להחולק בזה

בזה אינו אלא משום דעיקר הממון הוא קנס אבל במה שחיובו מדינא פשיטא דחייבים לשלם וראיה לזה ממה שנתבאר גבי שכיר בסי׳ צ״א ע״ש ואפילו בכל דיני גרמי ובמזיק שיעבודו של חבירו למי שסובר דקנסא הוא חייבים ג״כ כשעמד מורישם בדין אפילו למי שסובר דבדבר שעיקרו קנס פטורים [כ״ל וכ״מ מס׳ סע״מ]:

ז אין נפרעין מיורשים קטנים בין שהם בני המת או אחי המת או שארי קרובים שיורשים אותו כל זמן שאינם בני י״ג שנה ואפילו יש להם אפטרופס ואפילו היה על מורישם שטר מקויים וגם יש בו נאמנות וכל תנאי שבעולם דחיישינן שמא יש להם ראיה ששוברים בה את השטר ולמה חיישינן לזה משום דחוששין שמא לוה זה קודם מיתתו התפים להמלוה על חובו ולא הספיק לקבל ממנו השטר עד שמת [רס״י ערכין כ״ג.] דביתומים קטנים צריכים לחשוש כל החששות שיש לחשוש וגם איננה חששא רחוקה דדרך האדם קודם מותו לחשוב חשבונותיו ולפרוע חובותיו ולכן אם אין שום חשש פרעון כמו באחד מהשלשה דרכים שנתבאר גובין אפילו מיתומים קטנים ואפילו במלוה בע״פ ורק באחד מהשלשה והיינו בתוך זמנו צריך שנתקבל העדות בחיי מורישם שההלואה היא עדיין תוך הזמן אם היא מלוה בע״פ שאל״כ אין מקבלין עדות על קטן אפילו בפניו דקטן אין בו דעת והוה כשלא בפני בע״ד דאין מקבלין עדות כמ״ש בסי׳ כ״ח אבל במלוה בשטר תוך הזמן א״צ לעדות להזמן דניכר בהשטר [כ״ל]:

ח ואם היורשים גדולים והוציא המלוה עליהם שטר מקויים אפילו אין שם אחד מהשלשה דרכים שנתבארו גובה מהם בלא שבועה אם יש בו נאמנות מפורש שהאמינו עליו ועל יורשיו או על באי כחו שיורשיו בכלל באי כחו הם שהרי מכחו באים לירש אבל אם אין כתוב בשטר נאמנות מפורש אפילו כתוב בו נאמנות סתם ולא פירש על יורשיו או באי כחו צריך המלוה לישבע כעין של תורה בנק״ח וגובה כמו בלוה עצמו אם היה טוען השבע לי שלא פרעתיך כמ״ש בסי׳ פ״ב וכלל גדול הוא שכל מה שביכולתו לטעון טענינן אנן בשביל יורשיו ואין נפרעים מיורשים אלא בשבועה אא״כ האמינו מפורש עליהם ואפילו אם מצא המלוה המעות או המטלטלין שנתן להלוה בעין כמו שהיו אצלו וניכר ששלו הם מ״מ אינו נוטל אלא בשבועה [סמ״ע] דחיישינן שמא נתן לו אחרים תחתיהם מיהו זה תלוי בראיית עיני ב״ד דאם נראה להם שלא החזיר לו אחרים א״צ לישבע ותפיסה לא מהני מיתומים ואפילו תפס משלהם בלא עדים משבעינן ליה ואם אינו רוצה לישבע אין מוציאין ממנו אפילו תפס בעדים שאין לו מיגו כיון שיש לו שטר מקויים וכמ״ש בסי׳ פ״ב:

ט הוציא על היורשים שטר עיסקא והיא חציה מלוה וחציה פקדון כמ״ש ביו״ד סי׳ קע״ז ולכן על חצי המלוה נשבע בנק״ח ונוטל כמ״ש בדין מלוה בשטר אבל על חצי הפקדון אינו נוטל אפילו בשבועה דכיון דאביהם היה יכול לטעון החזרתי במיגו דנאנסו או היה טוען נאנסו דהא על חציו דפקדון יש לו דין שומר שכר דפטור מאונסין והיה נשבע שד״א כדין שבועת שומרין ונפטר לפיכך טוענין זה ליתומים ג״כ לפי הכלל שנתבאר והיורשים פטורים משבועה דשישבעו שנאנסו או שהחזיר הלא אינם יודעים ושישבעו שבועה שלא פקדנו לא נתקנה אלא כשבאים ליטול ואין לו עליהם רק הטלת ח״ס אם אינם יודעים שלא נאנסו ושלא החזירם ואם אין יכולים לטעון טענת חזרה כגון שהודה מורישם קודם מותו שלא החזיר או שהאמין לבעל השטר אם יאמר שלא החזיר לו והנאמנות כתוב בשטר ואפילו נאמנות סתם [נה״מ] או שמת תוך זמן העיסקא יש מחלוקת בין רבותינו אם טוענים טענת נאנסו להיורשים די״א דאין טוענין להם נאנסו דאונס הוה מילתא דלא שכיחא ואין טוענין בעדם דבר שאינו מצוי לפיכך כשאין כאן טענת הזרה חייבים לשלם ואין להקשות דלפ״ז איך אנו טוענים בעדם טענת חזרה הרי הלוה בעצמו לא היה נאמן בטענת החזרתי רק במיגו דנאנסו וכיון דלהיתומים לא טענינן להו נאנסו גם חזרה לא נטעון בעדם דהאמת דאינו כן דאנן טענינן ליתומים כל מה שהיה יכול לטעון בעצמו אם הטענה מצויה אף דטעם הטענה אינו שייך ביתומים דכיון דעכ״פ הלוה היה ביכולתו לטעון טענת החזרתי מאיזה טעם שהוא למה לא נטעון כן ליורשיו וי״א דגם טענת אונס טענינן ליתומים ולדיעה ראשונה גם בשומר חנם אין טוענין ליורשין טענת גניבה ואבידה כמו טענת אונסין דגם זה לא שכיח ולא טענינן רק טענת חזרה [תו״ת] ודין זה אם טוענים ליתומים נאנסו יש שרצה להכריע כדיעה שנייה [ס״ך] והעיקר דהוה ספיקא דדינא [תו״ת] ואם יש מהעיסקא מעות או סחורה בעין ויש עדים שהם מאותו עסק או חליפיו נוטל המלוה בלא שבועה ואם יש ריוח נוטלים בו יורשי הלוה חלקם ואין בעל השטר יכול לעכב עליהם כמו שהיה ביכולתו לעכב על אביהם כשהיה נוטל הריוח קודם כלות זמן העיסקא מפני שבעל השטר היה אומר לו שהריוח משועבד להקרן עד הזמן שקבעו כמ״ש ביו״ד סי׳ קע״ז דבזה לא דמו לאביהם דדווקא גבי אביהם היה יכול לעכב משום דגם בעל השטר לא היה יכול ליטול ממנו העיסקא קודם הזמן לפיכך גם הוא מעכב עליו שלא יטול הריוח קודם משא״כ ביורשים דביכולת בעל השטר לבטל העיסקא גם קודם הזמן מפני שיכול לומר לאביכם האמנתי ולא לכם כמ״ש שם ולכן גם הם יכולים לקבל הריוח קודם כלות הזמן אף אם אין רצון בעה״ש לבטל העיסקא [ככ״ל

כוונת

כוונת הסמ"ע סקי"ט ודברי הש"ך ס"ק ל"ע והו"ק] וכבר נתבאר בסמוך שאין מקבלין עדות לפני יתומים קטנים אם לא נתקבלה העדות בחיי מורישם ועכ"ז אם לפי ראות עיני ב"ד יתקלקל העסק ויאבדו המעות אם נמתין עד שיגדלו מקבלים העדות מיד שאלו המעות או המטלטלין הם מהעיסקא ומחזירין אותם לבעל השטר ולא גרע מכמה דברים שנתבאר בסי' כ"ח שמקבלים עדים לפעמים שלא בפני בע"ד וכן בכל ענייני יורשים אם לפי ראות עיני הב"ד יגיע הפסד לאחרים במה שנאריך הזמן מקבלין העדות ומבררין העניין מיד [נ"ל] ומה שהב"ד טוענים בשביל היתומים זהו כשאין אפטרופס שמינהו אבי היתומים אבל אם יש אפוטרופס ממתינים הב"ד עד שיטעון הוא בעדם ואם אינו טוען טוענים הב"ד בעדם אבל באפטרופס שמינוהו ב"ד טוענים הב"ד מיד ואין ממתינים על טענת האפטרופס כיון שגם הוא בא בכח ב"ד [וע' ברמ"ם פי"ג דכתובות סי' י"ב וכר"ן שם] :

י אם המלוה מת והלוה חי ובאים יורשי המלוה לתבוע מהלוה דין היורשים כמו דין אביהם דאם היא מלוה ע"פ והיורשים אומרים שעדיין לא פרע והלוה אומר שפרע לאביהם והוא אחר זמנו נשבע הלוה היסת שפרע ונפטר ואם היא מלוה בשטר ובאים לתבוע בהשטר והוא אומר פרעתי לאביכם והם אומרים לא ידענו אומרים לו המלוה לך ושלם דטענתם לא ידענו הוה כטענת ברי של המלוה כיון שיש בידם שטר ואם הלוה אומר השבעו לי אם יש בשטר שהאמין את המלוה ואת יורשיו עליו גובין בלא שבועה שהרי אין שבועה מוטלת על היורשים כי אם שלא פקדנו אבא כמו שיתבאר ומשבועה זו פטרם במה שנתן הנאמנות ליורשיו [טור] ושישבעו על עצם הפרעון אין עליהם מוטל שבועה זו ולכן אף כשאמרו לא ידענו פטורים משבועה ואין לו עליהם רק ח"ם ואם אין מפורש בשטר נאמנות על היורשים נשבעין שבועת היורשין [טור] ואם יש להם עד אחד שאמר האב דשטר זה אינו פרוע גובין בלא שבועה [ש"ך] דהעד המסייע פוטרו וגם השטר נפגם או עד אחד מעיד שהוא פרוע או שבאו ליפרע מנכסים משועבדים צריכים לישבע בכל עניין אפילו כשאין הלוה תובע מהם השבועה כמו המלוה עצמו ובסי' פ"ד סעי' ה' בארנו בזה ע"ש ובמלוה ע"פ אם הלוה רוצה להפך השבועה עליהם שישבעו שיודעים שלא פרע לאביהם ויטלו הרשות בידו [נ"ל] ואם יש עד אחד שמעיד שפרע פוטר את הלוה משבועה ואם יש עד אחד שמעיד שעדיין לא פרע במלוה ע"פ נשבע הלוה שר"א להכחיש העד דדין יורשי המלוה בכל דבר במלוה עצמו לבד במלוה בשטר הוה שמא שלהם כברי דמלוה כיון שיש שטר בידם ואין עליהם לידע אם פרע אם לאו :

יא כיצד היא שבועת היורשים ישבעו בנק"ח שלא צוה להם אביהם ע"י אחר ושלא אמר להם בפיו ששטר זה פרוע ושלא מצאו שובר בין שטרותיו ששטר זה פרוע והשטר היה מונח בין שטרות הקרועים דבשובר בלבד או במה שנמצא בין שטרות קרועים בלבד אינו ראיה שהוא פרוע כמ"ש בסי' ס"ה דשמא המלוה הכין השובר דלכשיפרענו יהיה מוכן השובר בידו דשובר שביד המלוה אינו כלום אך אם נוסף לזה נמצא השטר בין שטרות קרועים הוה הוכחה שנפרע מהלוה והלוה האמינו והפקיד השובר בידו עד שימצא השט"ח וכשלא ימצאנו יקח מידו את השובר ולכן צריך לישבע על שני הדברים וגם יכללו בהשבועה שלא אמר להם אביהם שהיה לו שטר פרוע בין שטרותיו דאלו היה לו שטר פרוע אין ביכולתם לגבות שום שטר כמ"ש שם ואפילו היה היורש קטן מוטל בעריסה כשמת מורישו הרי זה נשבע לכשיגדיל ונוטל ומיהו אינו צריך לישבע אלא שלא מצאתי שובר וכו' אבל שלא פקדני לא שייך שישבע דקטן כזה לאו בר ציוי הוא וגם א"צ לישבע שלא צוה לו ע"י אחר דכל שאינו ראוי שיצוו לו בעצמו אין מצוים לו ע"י אחר ג"כ אלא היה מורישו כותב הדברים בפנקסו לזכרון או שהיה מצוה לאפטרופס [סמ"ע] ואם נולד היורש לאחר מיתת מורישו י"א דא"צ לישבע כלל דלא נתקנה שבועה של הנולדים לאחר מיתת מורישם וי"א דנשבע שבועה על קטן שנתבאר [טור] ודיעה ראשונה היא דעת הרמב"ם וזה שאמרנו דקטן המוטל בעריסה א"צ לישבע שלא פקדני אבא כן הדין בכל קטן עד שיהא י"ג שנים כשמת מורישו דקטן לאו בר צוואה הוא [כ"מ מהטור] וזה שכתבו הפוסקים קטן המוטל בעריסה לאשמעינן דאפילו מוטל בעריסה צריך לישבע כשיגדיל שלא מצא שובר ושבועה זו תקניה רבותינו חכמי המשנה ולא תקנוה אלא כשהיורשים באים להוציא ממון ולא כשבאים לפטור א"ע כמו שנתבאר :

יב אם יש לקטן אפטרופס שמינוהו אביו ומבקש חובותיו של הקטן והמלוה תובע שבועה צריך האפטרופס לישבע שלא ציוהו המוריש ושלא מצא בין שטרותיו ששטר זה פרוע כמו שבועה של היורשים והגם שבסי' ר"צ יתבאר שאין האפטרופס צריך שבועה שאם נזקיקנו לשבועה ימנע מלהיות אפטרופס זהו בשבועה שלא גנב מהיורשים אבל שבועה זו שאין בו חשד עליו לא ימנע א"ע מלהיות אפטרופס בשביל שבועה כזו שהיא לטובת היתומים ועושה מצות [טור] אבל אם ב"ד מינוהו לאפטרופס א"צ לישבע שלא ציוהו אבי היתומים דוודאי לא צווהו כיון שהוא לא מינה אותו לאפטרופס אלא ישבע שלא מצא בין שטרותיו ששטר זה פרוע כשבועת הקטן שנתבאר ובמלוה בע"פ אם רוצה הלוה להפך השבועה על

האפטרופס

האפטרופס שישבע ויטול ג"כ ביכולתו להפך כשמינהו אבי היתומים ולא כשמינוהו ב"ד [נ"ל] דכשמינוהו אבי היתומים עומד לענין שבועה כמו יורשיו הגדולים דהרי קודם מותו מסר לו הכל ולמה אין האפטרופס כעד בדבר מפני שנושא ונותן בנכסי היתומים והרי הוא כבע"ד [כס"מ] משא"כ בסי' ר"צ מיירי שלא הוקם רק לטעון בעדם או לשמור את שלהם ולכן יוכל להיות כעד ע"ש [וכ"מ מתשו' מהר"מ מר"ב סי' תנ"ט] :

יג כשהיורשים קטנים וצריכין לישבע כשיגדלו אין נוטלין הממון עד שיגדלו וישבעו ויטלו ומניחין המעות ביד ב"ד או ביד שליש ואין מניחין אותם ביד המלוה שמא יאבדם עד שיגדלו [כ"ל] ואם הניח יורשים גדולים וקטנים אין הגדולים צריכים להמתין עד שהקטנים יגדלו אלא הם נשבעין שבועת היורשים וגובין הכל שאין שבועה מוטלת על הקטן כלל כשיש גדול מפני ששבועה שלא פקדנו אבא אינה מוטלת על הקטן כלל כמ"ש וגם שלא מצא שובר אינה מוטלת עליו כיון שיש גדול וכבר מסתמא מצא מה שמצא לפיכך גובין הכל בשבועה ונותנים חלקו של קטן ביד האפטרופס או ביד ב"ד ואם מת הקטן זוכה הגדול בחלקו ונוטל הכל [לבוש] ולא אמרינן אלו היה חי אפשר שהיה מודה בגדלותו שאמרו לו אחרים שהוגד להם מפי מורישו שנפרע והיה נאמן על חלקו [סמ"ע] ואם הלוה טוען שיש אנשים שיודעים שחובו פרוע ורוצה שישבעו אין ביכולתו דממ"נ אם יודעים מזה יגידו לפני ב"ד בתורת עדות ויפטר [נ"ל] :

יד אם אחד מהיורשים אומר אמר לי אבא שהשטר פרוע והאחרים אומרים לא פקד לנו אם השטר יוצא מת"י זה שאומר פרוע הוא נאמן על כולם במיגו שאם היה רוצה היה שורפו ואם לאו אינו נאמן אלא על חלקו בלבד והאחרים נשבעים שבועת היורשים ונוטלים דאין אדם נאמן בלא מיגו להפסיד לאחרים בהודאתו ויש מי שאומר שאפילו כשהשטר יוצא מת"י זה שאומר פרוע הוא אינו נאמן אלא על חלקו בלבד אף שיש לו מיגו והטעם דהנה זה שהלוה הניח השטר ביד המלוה הוה חזקה גדולה שלא פרעו ומיגו במקום חזקה אלימתא לא אמרינן כמ"ש בכללי מיגו בסי' פ"ב ודווקא כשהשטר היה מתחלה ביד שליש נאמן השליש במיגו כמ"ש בסי' נ"ו משום דשניהם האמינוהו ועל זה סמך הלוה שהניח השטר אצלו אבל בכאן מאין ידע הלוה שהמלוה ימות והשטר יהיה ביד היורש שיאמר שפרוע הוא [טו"ת] ולפ"ז במקום דלא הוה חזקה אלימתא מה שהניח השטר ביד המלוה כגון שהיה לו טובה מזה וכה"ג שפיר אמרינן מיגו גם לדיעה זו אבל הטור שכתב דאין כח ביד אחד להפסיד לחבירו כלום בהודאתו ולא אמרינן אי בעי קלתיה אלא גבי שליש שהשלישו שניהם בידו עכ"ל משמע מלשונו דבכל עניין לא אמרינן מיגו והטעם יראה לי דכל עיקר טעם מיגו הוא שאנחנו מאמינים לו בטענה זו שאומר מפני דאמרינן אלו היה רוצה לשקר היה עושה איזה פעולה או היה טוען טענה יותר טובה מטענה זו והנה זה לא שייך אלא במי שבא לפטור א"ע או במי שבא להוציא ממון לעצמו למאן דס"ל דאמרינן מיגו להוציא דבוודאי כל אדם מחשב מחשבות בדבר הנוגע לעצמו וכן עדים שבאו להעיד דוודאי מדקדקים בעדותם שלא להעיד שקר וכן שליש שהושלש בידו מדקדק מפני שמוטל עליו אבל בדבר שאינו עד ולא שליש ואינו נוגע לעצמו לא להוציא ממון ולא לפטור א"ע כמו בכאן שזה שהודה אינו נוגע לו חלק היורשים האחרים אם יפטרו או יתחייבו בזה לא אמרינן מיגו כלל דאולי לא עלה על לבו לעשות דבר זה כיון שאינו נוגע לעצמו ולכן לא אמרו חז"ל מיגו זה רק גבי שליש ואף גם בשליש לא מצד עצם המיגו עיקר נאמנותו אלא משום דהאמינוהו על עצמם וכעין סברא זו בארנו בסי' צ"ג גבי הך דלא אמרינן מיגו לאיפטורי משבועה ע"ש ולפ"ז אף במקום דלא הוה חזקה אלימתא לא אמרינן מיגו בדבר שאינו נוגע לעצמו וכמ"ש וזה שנתבאר בסי' צ"ג דאם יש שטר ביד שמעון על לוי שחייב לו ולראובן מנה ושמעון אומר שפרע נפטר לוי בהודאת שמעון זהו מפני שהשטר נכתב על שמו ולכן נאמן בכל מה שהוא אומר [סמ"ע] ולא מטעם מיגו :

טו כל הדינים שיש ליורשי המלוה עם הלוה כשבאים ליפרע ממנו כמו כן יש להם עם יורשי הלוה אם מת ובאים ליפרע מהם אלא שכשטוענים עם יורשי הלוה צריכים ג"כ להוסיף על השבועה שלא נפרעו הם עצמם מאביהם שהרי אם אביהם חיה חי היה יכול לטעון פרעתי להם וכללא הוא דכל מה שהוא ביכולתו לטעון טענינן אנן בשביל יורשיו ועוד יש חילוק דכשהלוה חי אין נשבעים אא"כ טען הלוה תשבעו לי כמו שבארנו וליורשיו נשבעין אף כשלא טענו תשבעו לנו מטעם שבארנו אמנם יש מי שאומר דזהו דווקא כשטענו יורשי הלוה אמר לנו אבינו שפרע דאז נשבעין יורשי המלוה אף אם לא תבעו השבועה אבל כשלא אמרו כלל שאביהם אמר שפרע אין טוענים ליורשים לחובהם של יורשים אחרים . אם הם בעצמם לא טענו בעיקר הטענה [ס"ך] וי"א דאפילו אם לא טענו כלל טענינן בעדם [טור בשם הרמ"ה] כיון דיורשי המלוה באים להוציא טענינן בשביל יורשי הלוה שבאים להחזיק מה שבידם ונראה דזה תלוי לפי הבנת הב"ד לפי ערך נאמנות הלוה והמלוה ויורשיהם וזה שאמרנו שצריכים לישבע ג"כ שאביהם לא פרע להם זהו דווקא אם טוענים יורשי הלוה שאביהם אמר סתם שפרע או לדיעה האחרונה כשלא אמרו כלל אבל אם טענו יורשי הלוה

הלוה אמר לנו אבא שפרעתי לאביהם אין עליהם שבועה שלא נפרעו הם בעצמם וכן אם יורשי המלוה היו קטנים ונשבעין לכשיגדלו אין נשבעין שלא נתן להם כיון שהיו קטנים [כ"ל]:

טז מתו היורשים שהיה להם לישבע שבועת היורשים י"א שאין יורשיהם נשבעין ונוטלין ואין יכולים לגבות כלל מיורשי הלוה והטעם דכמו שיתבאר במת לוה בחיי מלוה שיורשי המלוה אין גובים מיורשי הלוה מפני שכשמת הלוה נתחייב המלוה שבועה להיורשים ובלא שבועה לא היה ביכולתו ליפרע מנכסי יתומים וכשמת אין ביכולתו להוריש לבניו ממון שלא היה יכול לגבותם בלא שבועה כמו כן בדין זה שנתחייבו יורשי המלוה לישבע שבועת היורשים ליורשי הלוה ובלא שבועה לא היו יכולים לגבות לדיעה אחרונה שבסעי' הקודם לכן כשמתו אין מורישין ליורשיהם ממון שלא היה לגבותן בלא שבועה אבל לדיעה ראשונה הרי הם כלוה עצמו [כ"ל] ויש חולקים בזה וס"ל שגם הם נשבעים שלא פקדנו מורישינו ומוריש מורישינו ונוטלים והטעם דזה שיתבאר דאין אדם מוריש שבועה לבניו זהו דווקא כשנתחייב המלוה לישבע שבועת וודאי שלא נפרע ויורשיו אין יכולים לישבע שבועה זו אלא שבועה שלא פקדנו אבא בזה אינו מוריש שבועה לבניו אבל בדין זה שגם מורישיהם לא היו צריכים לישבע רק שבועה שלא פקדנו אבא ושבועה זו יכולים הם ג"כ לישבע לא אמרינן בכה"ג אין אדם מוריש שבועה לבניו ולפיכך אם היו יורשי הלוה טוענים ליורשים שמתו שלהם בעצמם פרע מורישם והיו מחוייבים לישבע שבועת וודאי ומתו אין היורשים שלהם גובים גם לדיעה זו כיון שאין יכולים לישבע שבועה זו [ס"ך ותו"ת] ויראה לי דגם לדיעה ראשונה אם היורשים הראשונים היו קטנים כשמת מורישם ומתו גובין יורשיהם דהא לא היה מוטל עליהם שום שבועה בקטנותם ואף בגדלותם לא היה להם לישבע שבועה שלא פקדנו אלא שלא מצאו שובר כמ"ש בסעי' י"א ולכן נשבעים גם יורשיהם שבועה שלא שמענו ממורישנו מורישינו ושלא נמצא שובר ונוטלים וכן אם הלוה חי ומתו יורשי המלוה קודם שנשבעו נשבעים יורשיהם ונוטלים גם לדיעה ראשונה דבחיי הלוה לא שייך אין אדם מוריש שבועה לבניו כיון שלא נתחייבו שבועה אלא כשטוען הלוה השבע לי כמ"ש [כ"ל] עוד נ"ל דבכל מקום שנתבאר פטור דיורשים קטנים מלישבע ה"ה אם היו גדולים ולא היו זמן רב בחיי מורישם יחד בעירו ואחר מותו באו לכאן דיש להם דין יורשים קטנים כיון שלא היו בעירו בעת חליו ומיתתו בוודאי לא צוה להם כלום:

יז אמרו רבותינו ז"ל דזה שיורשי המלוה נשבעין ונוטלין מיורשי הלוה אינו אלא בשמת המלוה ואח"כ מת הלוה אבל מת לוה בחיי מלוה ואח"כ מת המלוה קודם שנשבע אין היורשים בין שהם בנים ובין שהם אחים או שארי קרובים שיורשים אותם מדינא נוטלים כלום אפילו בשבועה מפני שכבר נתחייב המלוה שבועה ליורשי הלוה כדין הבא ליפרע מנכסי יתומים ואין אדם מוריש ליורשיו ממון שלא היה יכול לגבותו בלא שבועה שחייבוהו ב"ד אבל בחיי הלוה אע"ג דג"כ נתחייב המלוה שבועה להלוה כשטוענו השבע לי כמו שנתבאר מ"מ גובין יורשי המלוה ממנו מפני שאין זה שבועת ב"ד אלא שבועה שחייבו הלוה אבל מיתומים הרי ב"ד מחייבים אותו שבועה אף כשלא טענו היתומים השבע לנו כמו שנתבאר ואפילו נשבע המלוה כבר בחיי לוה שלא נפרע ממנו ואח"כ מת הלוה בחיי המלוה ולא נודע שלא פרעו הלוה בחייו אחר השבועה אין גובין יורשיו כיון שהב"ד היו מחייבים להמלוה שבועה כשהיה בא לגבות מיורשי הלוה דשמא פרע לו הלוה אחר שבועתו ואינו מוריש לבניו ואל יפלא בעיניך כל כך עיקר דין זה דהטעם הוא כיון דאין גובין מיתומים אלא בשבועת וודאי שלא נפרע ממורישם וכל זמן שאין כאן שבועה זו אין להם שום זכות בהממון ולכן אם באמת יודעים היורשים שלא נפרע מורישם ויכולים לישבע שבועת וודאי כמורישם גובין הם ג"כ בשבועה זו ואף שיש מי שאומר שהטעם הוא מפני שאין בו כח להוריש ממון כזה דהוה כדבר שאין בו ממש כיון שאין ביכולתו לגבות אלא בשבועה ולפ"ז אפילו אם ביכולתם לישבע שבועת וודאי אין גובין מ"מ העיקר לדינא כמו שבארנו ובשני טעמים אלו מחולקים השני דיעות שבסעי' הקודם [סגר"ה]:

יח והנה לפי מה שנתבאר היה לנו לומר בכל ממון שהניח המלוה ליורשיו שלא היה יכול לגבות אלא בשבועת ב"ד שלא נפרע אינו מוריש אותם ליורשיו כשאין יכולים לישבע שבועת וודאי כגון בפוגם שטרו ומת קודם שנשבע דהיה חייב שבועה אף כשאין הלוה תובעו כמ"ש בסי' פ"ד וכן כשעד אחד מעיד שהשטר פרוע ומת קודם שנשבע להכחישו וכן הבא ליפרע מלקוחות או שלא בפני הלוה דבכולם אינו גובה אלא בשבועה שב"ד מחייבים אותו וכשמת נאמר אין אדם מוריש שבועה לבניו אבל אמרו חכמים שאין למידין מדין זה לכל הדינין ורק בלקוחות יתבאר בסעי' ך' ודווקא ביתומים מיתומים אמרו כן אבל בכל אלו נשבעים היורשים שבועת היורשים ונוטלים וכיצד נשבעים שבועה שלא פקדנו אבא ע"י אחר ושלא אמר לנו בפיו ולא מצינו בשטרותיו של אבא ששטר זה פרוע ובפוגם נשבעים שלא מצאנו שכל השטר פרוע וגובים כל השטר ובפוגם גובים שאר השטר בין מהלוה בין מיורשיו וכשלא מת הלוה קודם המלוה דבמת קודם היינו יתומים מיתומים דאינו מוריש לבניו וכן

כשיש

כשיש שני עדים שמעידים שהשטר נפרע מקצתו נשבעים שלא פקדנו אבא שיש ממנו פרוע יותר ממה שהעדים מעידים ואביהם אם היה חי היה צריך לישבע שבועת וודאי וכך אמרו חכמים בדין זה הבו דלא לוסיף עלה ואין למידים למקום אחר ואף גם בדין זה אמרו חכמים דדיין שהשביע את יורשי המלוה שבועת היורשים וגבה להם חובם מה שעשה עשוי ואין מוציאין מידם והטעם בכ"ז לפי שאין הטעם חזק כל כך שעל ידי שאין יכולים לישבע שבועת וודאי יפסידו ממונם ולכן לא החזיקו בטעם זה רק בבאים לגבות מיורשי הלוה ולא בשארי דברים הדומים לזה ואף גם בדין זה עצמו לא העמידו חכמים דבריהם ואמרו דאם תפסו תפסו וכן אם הדיין הוציא ממון בשבועת היורשים מה שעשה עשוי כמ"ש ויותר מזה אמרו חז"ל דשט"ח של יתומים הבאים ליפרע מיתומים שמת אביהם הלוה תחלה אין מגבין בו ואין קורעין אותו דשמא יתפסו או יבואו לאיזה דיין שיגבה בו ודווקא האפטרופס או הב"ד המשגיחים על נכסי היתומים אין קורעין השטר אבל הב"ד שבא לפניהם הדין שבאו יורשי המלוה ויורשי הלוה וודאי דקורעין אותו כיון שצריכים לפסוק שאין גובים בו מיהו אם לא קרעוהו ובא אח"כ לב"ד אחר וגבו בו מה שעשו עשוי :

יט אל יפלא בעיניך הדין הזה והמסתעף ממנו שאין דומה לו כמעט בכל דיני ממונות כי גם חכמי הש"ס נחלקו בדין זה ולכן גזרו ואמרו דלכתחלה יפסוק הדיין שלא לגבות בו ואם גבה בו מה שגבה גבה ושלא ללמוד מזה לדינים אחרים כיוצא בו כמ"ש [לבוש] ועוד יראה לי להוסיף בזה טעם נכון דהנה דין זה אינו אלא כשכבר עבר זמן השטר דאלו בתוך זמנו אין בו שבועה להמלוה דהוא אחד מהג' דרכים שנתבאר בסי' זה [סמ"ע] והנה אף שברוב פעמים כשהשטר הוא ביד המלוה הוה חזקה שלא פרעו מ"מ יש ג"כ כשהמלוה והלוה מאמינים זל"ז אינו מקפיד הלוה כאשר נשאר השטר ביד המלוה לאחר פרעון בבטחו בו שלא יתבענו שני פעמים וזהו ברור כשמת המלוה בחיי הלוה וודאי דהלוה היה חרד שיורשי המלוה מפני העדר ידיעתם שכבר פרע למורישם יתבעו אותו שיפרע עוד פעם ולכן אם באמת פרע למורישם יראה לעשות כל עצות וכל תחבולות להביא ראיות שפרע ומדלא הביא ראיות שפרע ומת אח"כ יש בזה סימן שלא פרע ולכן שפיר נשבעים יורשי המלוה שבועת היורשים ונוטלים מיורשי הלוה אבל כשמת לוה בחיי מלוה ויורשי הלוה אינם יודעים מאומה אם פרע מורישם אם לאו ואין מי שיתעורר להביא ראיות על הפרעון והדבר תלוי בספק אמנם כשהמלוה חי ונשבע שבועת וודאי שלא נפרע ממורישם גובה בשטרו דיש ראיה משבועתו שעדיין לא נפרע וכל זמן שלא נשבע מחזקינן הדבר בספק לפיכך כשמת המלוה קודם שנשבע והפרעון אצלינו בספק ויכול להיות שהמלוה לא היה נשבע והיה מודה שהשטר פרוע ואיך יגבו יורשיו בשבועה שלא פקדנו אבא כי אולי לא חשש להזהירם שהרי ידע שכל זמן שלא ישבע שבועת וודאי לא יפרעו יורשי הלוה ולא היה חרד כל כך להזהיר ליורשיו שלא יגבו עוד פעם כמו חרדת הלוה שלא יפרעו עוד פעם כידוע בטיב העולם ולכן אמרו רבותינו ז"ל דהדיין כשבא לפסוק דין זה אין ביכולתו להוציא ממון בשטר זה כיון שהדבר בספק ואין שום ראיה שעדיין לא פרעו אמנם יכול להיות אם הדיין יודע בטיב העניין ולפי השערתו הברורה לפי מצב העסק ברור אצלו שהלוה לא פרע עדיין ופסק שישבעו יורשי המלוה שבועת היורשים וגבו חובם מה שעשה עשה וכהוגן עשה וכן אם תפסו יורשי המלוה מיורשי הלוה מה שתפסו תפסו כיון שיש שטר בידם ולפ"ז יפה עשו רבותינו שצוו שלא לקרוע השטר כי אולי יבא לדיין כזה היודע לפי טיב העניין שלא נפרע עדיין ושאין ללמוד מזה לדינים אחרים כי לפמ"ש אין שייך זה רק במת לוה בחיי מלוה :

כ במת לוה בחיי מלוה שאין גובין יורשי המלוה מיורשי הלוה אם יש ערב בחוב זה שמת הלוה תחלה לא יפרעו יורשי המלוה מהערב אם הניח הלוה נכסים בין קרקע בין מטלטלין שאם יפרעו מהערב הרי הערב יחזור ויפרע מיורשי הלוה כיון שהניח להם נכסים ואין חילוק בזה בין ערב לקבלן אבל אם לא הניח הלוה נכסים גובין מהערב והוא בכלל שנתבאר דאין ללמוד מדין זה למקום אחר כן אמרו חז"ל וגם זה הוי כהלכתא בלא טעמא אמנם לפי הטעם שבארנו נתגלה טעם דין זה דזהו פשיטא דהערב אם יצטרך לשלם מכיסו יברר הדבר שפרע הלוה בעוד הלוה חי אם רק היה המעשה כן שפרע דכיון שהוא ערב בחוב הזה וודאי גלוי לפניו כל מה שעשה הלוה ואם אין ביכולתו לברר הוה סימן שבאמת לא פרע ושפיר חל על הערב החיוב לפרוע משא"כ כשנשארו נכסים מהלוה ואין הדבר נוגע לו כי יתפרע מיורשי הלוה לא יחטט להביא ראיות והדר דינא בין יורשי המלוה ליורשי הלוה ולכן אין גובין מהערב ג"כ וכתב רבינו הרמ"א די"א דאם הערב הוא היורש בעצמו גובה ממנו עכ"ל ורבים חלקו בזה [תו"ת וכנס"ג] ולפי מה שבארנו דין זה מוכרח דכיון דיורש הלוה הוא הערב בעצמו בוודאי יודע היטב בטיב העניין ודקדק בזה ואם רק פרע הלוה היה יודע מזה והיה מברר כן וכשא"א לו לברר הוי סימן מובהק שלא פרע מורישו וגם בלקוחות הדין כן שאם נשארו נכסים מהלוה אף מטלטלים ויתוזרו הלקוחות על היתומים אין גובין מלקוחות כמו מערב [סמ"ע וש"ך] :

לא

כא לא אמרו אין אדם מוריש שבועה לבניו אלא דווקא כשבאים להוציא אבל לא כשבאים להחזיק מה שבידם [ב"י בשם הרשב"א] ולכן במלוה על המשכון אין דנין בו דין זה [רמב"ם פי"ג ממלוה] ואף במשכונא של קרקע אם היה מורישם המלוה מוחזק בה או אפילו מקומות בהכ"נ שהשכין להמלוה [רשב"א שם] אין דנין בו דין זה משום דהמלוה עצמו היה גובה בלא שבועה דכיון שהיה מוחזק בהמשכון לא חיישינן שנתן לו הלוה מעות על החוב כשהמשכון בידו לפיכך גם יורשיו גובין מיורשי הלוה בשבועת היורשים בלבד [סמ"ע] ומ"מ שבועת היורשים צריכים לישבע כיון שאין הפסד בדבר [כ"ל] ואפילו למי שסובר דגם במשכון צריך המלוה שבועה מ"מ לא אמרינן בזה אין אדם מוריש שבועה לבניו [ש"ך] והטעם דכשם שאין כח בידינו להוציא מיורשי הלוה מפני חשש פרעון כמ"ש מכ"ש שאין כח בידינו להוציא מיורשי המלוה כשהם מוחזקים והשטר בידם :

כב בד"א שאין היורשים נוטלים כשמת לוה בחיי מלוה כשאין נאמנות בשטר אבל אם יש נאמנות בשטר אם האמין לו למלוה עליו ועל באי כחו נשבעים יורשי המלוה שבועת היורשים ונוטלים שהרי אביהם לא היה צריך לישבע לא ללוה ולא ליורשים ואם האמין גם לבני המלוה נוטלים בלא שבועה אף אם המלוה נתחייב ללוה שבועה על עסק תביעה אחרת [ע' סמ"ע ס"ק מ"ב ולפמ"ש בסי' ע"א סעי' ט"ו אין מקום לזה ודו"ק] :

כג כשיש בע"ח מוקדם ובע"ח מאוחר והמוקדם מת לוה בחיי מלוה ואין יכולין לגבות כמו שנתבאר גובה המאוחר הוא או יורשיו ואין יורשי המוקדם יכולים להוציא מהמאוחר או מיורשיו זולת אם המוקדם הם יתומים הבאים בכתובת אמם נגד הבע"ח מאוחר יכולין לומר אנו מוחלין שבועת אמנו והם קודמים לגבות מהמאוחר [ב"ש אה"ע סי' ל"ו סק"ד] :

כד זה שנתבאר דבכל השבועות כשמת המלוה נשבעין יורשיו שבועת היורשין ונוטלין זהו דווקא בשבועות שמדינא היה לו להמלוה ליטול בלא שבועה אלא שחכמים הטילו עליו שבועה כמו מלוה בשטר וכיוצא בו אבל שבועות שמן הדין לא היה לו להתובע ליטול כלל אפילו בשבועה אלא שחכמים תקנו שבשבועה יטול אם מת התובע אין יורשיו נשבעים ונוטלים ואין זה מטעם דאין אדם מוריש שבועה לבניו אלא מטעם דכיון דכל נטילתו בשבועה הוה תקון חז"ל לא תקנו אלא לו ולא ליורשיו לפיכך בשכיר שבסי' פ"ט ונגזל שבסי' צ' וחנוני על פנקסו שבסי' צ"א אם מתו קודם שנשבעו כיון ששטר אין להם אין יורשיהם נשבעים ונוטלים אבל בדין פועלים שנתבאר בשם דינם כמלוה בשטר כיון שהחיוב הוי וודאי והפרעון ספק ולכן נשבעים יורשיו שבועת היורשים ונוטלים וכן שבועת היסת שהפכה הנתבע על התובע שישבע ויטול ומת התובע קודם שנשבע אין יורשיו נשבעין ונוטלין ואפילו כשיכולים לישבע ברי כאביהם משום דביכולת הנתבע לומר השבועה הפכתי לאביכם מרצוני כי האמנתי לו על שבועתו אבל לכם איני מאמין [כ"ל] וכן בכולם הדין כן אפילו כשהיורשים יכולים לישבע בברי אין נשבעים ונוטלים ונשבע הנתבע היסת ונפטר ובחשוד נתבאר בסי' צ"ב :

כה מלוה או יורשיו שבאו לגבות מיורשי הלוה וטענו יורשי הלוה שאמר לנו מורישנו לא לויתי בשטר זה מעולם הרי המלוה או יורשיו גובים בלא שבועה ואפילו מת לוה בחיי מלוה ואח"כ מת המלוה ואפילו האמין המלוה להלוה בהשטר כשיאמר פרעתי דכיון דטענו טענת ברי בשם מורישם שלא לוו וכל האומר לא לויתי והוכחש כאומר לא פרעתי דמי והרי יש לפנינו שטר מקויים שלוה ואף שיש בו נאמנות להלוה על הפרעון והרי הם עצמם כהודו שלא פרעו ודווקא כשטוענו ברי אבל אם טוענים שמא לא הפסידו בזה ואם היורש הוא קטן ואומר כן אין באמירתו ממש אבל אם הוא עתה גדול ואומר כך אמר לי אבא בקטנותי נאמן לחוב לעצמו [הו"ת] :

כו יורשי המלוה שהם קטנים והוציאו על הלוה שטר והלוה הוציא שובר שנכתב בחיי אביהם ששטר זה פרוע הוא אין קורעין את השטר ואין מגבין בו עד שיגדלו היורשים דשמא שובר זה מזוייף הוא ולפיכך לא הוציאו הלוה בחיי מורישם ואפילו יש עדים שזוכרין הפרעון אין עדותם עדות שלימה לפי שאין מקבלין עדים שלא בפני בע"ד ואע"ג דקיי"ל מקיימין שטר שלא בפני בע"ד כמ"ש בסי' מ"ו הכא כיון שיש ריעותא בהשובר בזה שלא הוציאו בחיי המלוה אין ב"ד מזדקקין לקיימו קודם שיגדלו [רבינו ב"י] ולכן אפילו מתקיים השובר בחותמיו ואפילו מפי עדים שאמרו אנו חתמנו ונקב יש בו בצד אות פלונית אין מקבלין מהם לפי שאין מקבלין שלא בפני בע"ד וי"א דזהו דווקא כשהמלוה היה תובעו בחייו והוא לא הראה השובר דיש כאן ריעותא אבל אם לא תבעו בחייו מאין לנו להחזיק ריעותא בהשובר [טור בשם הרמ"ה] וי"א דאפילו לא תבעו המלוה כלל בחייו יש כאן ריעותא דלמה לא תבע להמלוה שיחזיר לו שטרו [ר"י מג"ש שם] ואפילו לדיעה זו אינו אלא דווקא כשלא הגיע זמן השטר בחיי המלוה דיש ג"כ ריעותא מחזקה שאין אדם פורע תוך זמנו אבל אם הגיע הזמן בחיי המלוה ולא תבעו הוי ראיה שהשובר אמת [ש"ך והו"ת] ואם השובר על מקצת שטר לא איתרע השובר כלל דהא לא היה ביכולתו לכופו להחזיר לו השטר כיון שלא פרעו כולו ולכן אם השובר מקויים משלם היתרון וקרעינן להשטר [הו"ת] וה"ה כשאינו מקויים

ויש

וי״ש עדים על השובר דמקיימינן ליה עתה דמקיימין שטר שלא בפני בע״ד כמ״ש [נ״ל]:

כז אין נפרעין מנכסי יורשים אפילו גדולים אלא בשבועה כמו שנתבאר ואם נפרע שלא בשבועה כנגד פס״ד של הב״ד כופין אותו בכל מיני כפיות שישבע ואם לאו יחזיר לבד מהשלשה דרכים שנתבארו בריש הסי׳ שגובין אף מקטנים בלא שבועה ואין נפרעין מנכסי יורשים אפילו גדולים אלא מהזיבורית כדין תורה כמ״ש בסי׳ ק״א ואפילו התנה עם הלוה שיגבה ממנו עידית עכ״ז אינו גובה מיתומים רק זיבורית ואע״ג דשורת הדין הוא שיגבה כפי התנאי כיון דשיעבודא דאורייתא מ״מ לא פלוג רבנן לגבות ביתומים יותר מן זיבורית כיון שלא התנה מפורש על היתומים ואפילו כתב כן בתוך השטר אינו מועיל ואפילו כתבה לו אפותיקי סתם אינו מועיל כשלא כתב לו לא יהא לך פרעון אלא מזה [סמ״ע] אא״כ התנה מפורש שיגבה עידית או בינונית ממני ומיורשי דאז מועיל התנאי והא דאמרינן דגובה מזיבורית דווקא כשהקרקע עושה פירות יותר על עבודתה שכדאי לטרוח ולזורעה [נ״ל] דאל״כ אין שם קרקע עליה אלא ארץ גזירה ולכן אם יש שארי נכסים גובין לו משארי הנכסים ואם אין לו שארי נכסים והמלוה רוצה שיגבו לו קרקע זו גובין לו ואין הלוה יכול לומר דקרקע כזו אינה בתורת גביה כלל:

כח אם תפס הבע״ח בינונית בחיי אביהם כגון שלוה אביהם ממנו מנה והוא לוה מאביהם מנה ויש ליתומים זיבורית ובינונית ועידית [נס״מ] ולו יש בינונית ועידית ובאים ליטול ממנו בינונית בחובם וליתן לו זיבורית בחובו הרי הוא מעכב בינונית שלו בחובו דכיון דהבינונית בידו ה״ל כגבוי ואין מוציאין מידו ודווקא בקרקעות מהני סתם תפיסה אבל במטלטלין אינו מועיל אא״כ פירש שתפסם בשביל חובו כמ״ש בסי׳ ק״ד וגם בקרקעות אינו מועיל אלא כשהיה לו הבינונית בחיי אביהם אבל אם קנה הבינונית שלו אחרי מות אביהם ונמצא דתפיסתו אחרי מותו לא מהני תפיסה דבחיי אביהם לא היה כגבוי ולאחר מותו אין שיעבודו כלל על בינונית דנימא דיהא כגבוי:

כט בנזקין אם מת המזיק והניח קרקעות ובא הניזק לגבות דמי נזקו מקרקעות המזיק אם היורשים הם קטנים אינו גובה אלא מזיבורית ואם הם גדולים גובה כדינו מהעידית דדווקא בע״ח דמן התורה דינו בזיבורית ומדרבנן הוא שגובה בינונית אוקמה רבנן ביתומים אדין תורה אבל נזקין דינו מן התורה בעידית לא עבדו רבנן תקנתא רק ביתומים קטנים אבל בגדולים גובה כדין תורה וי״א דגם בגדולים אינו גובה אלא מזיבורית וזהו דעת הרמב״ם ויתבאר בסי׳ ת״ט:

סימן קט [כיצד היא ההכרזה לנכסי יתומים ובו ט׳ סעיפים]:

א כשבאים למכור מנכסי יתומים שמין ב״ד הקרקע ואח״כ מכריזין עליה בבה״כ שלשים יום רצופים כדי שיתפרסם הדבר ויקפצו עליה קונים ויעלוה בדמים ואם אין דרך להכריז רצופים כגון במקום שאין מתקבצין הרבה בכל יום אלא בשני ובחמישי [לבוש] יכריזו ששים יום בכל שני וחמישי שבהם ואף דלא הוה רק י״ח ימים מ״מ כיון דנמשך ששים יום יש לזה קול כשלשים הכרזות בכל יום [ערכין כ״ב.] ומכריזין בבוקר ובערב בבוקר בשעת הכנסת פועלים למלאכתן ובערב בשעת יציאתן ממלאכתן שכל מי שירצה לקנותה יוליך הפועלים לראותה וכיצד מכריזין שדה פלונית שסימניה כך וכך ומצריה כך וכך עומדת למכור וכל מי שרוצה לקנות יבא ויקנה ומודיעים כמה שמו אותה ב״ד וכמה תבואה היא מוציאה בכל שנה ומפני מה רוצים למוכרה אם להגבות לבע״ח או לכתובת אשה דיש שאצלו יותר מעלה ב״ח מאשה שאינו מדקדק כל כך בהמעות ולוקח שבורים וחסירים שהסוחרים אין דרכן לדקדק בזה אבל אשה מדקדקת הרבה ויש שמעלה אצלם כתובת אשה שלוקחת המעות מעט מעט כיון שאינה בעלת מסחור משא״כ בע״ח והכרזות כאלו צריך להיות גם כשגובין בתים ומוכרין אותן ואף דבבתים לא שייך טעמא דפועלים כבשדות מ״מ לא פלוג רבנן וכן נהגו [תו״ת]:

ב אם אומר המלוה אני אקבל השדה בלא שומא בפרעון הובי אע״ג שידוע ומפורסם שהחוב הוא יתר הרבה מאד מכפי שיווי השדה והוא רצונו ליטלו בעד כל חובו והיורש אומר לא כי אלא ישומו אותה ב״ד שומעין ליורש כי אולי רצון היורש לשלם עתה במעותיו ושישאר הקרקע אצלו או אף שאין לו עתה מעות מ״מ רצונו לדעת שומתה דאולי יהיה לו מעות ויפדנה כפי שומתה דזה ביכולתו לומר כן דכיון שלא נשאר מאביו רק קרקע זו יכול לעכבה לעצמו ולשלם דמיה ואין יכול הבע״ח לומר דלדידי שויא לי כל חובי ואם רצונך בהקרקע שלם לי כל חובי ואינו דומה ללוקח שיתבאר בסי׳ קי״ד דיכול לומר כן דבשם הוה טובת הלוה כיון שהוא חי ע״ש ויש חולקין בזה וס״ל דהמלוה יכול לומר כן ולכן א״צ שומא דממ״נ אם יהיה ברצונו לשלם לו כל חובו א״צ שומא ואם אין רצונו בכך אין ביכולתו להוציאה מידו [ש״ך] ויתבאר עוד בסי׳ קט״ו ובסי׳ ק״ז בארנו מזה ג״כ וכשהיא ממושכנת ביד המלוה אף לדיעה ראשונה יכול לומר דלכן הלויתי

הלויתי עליה מפני שהיתה חביבה בעיני [ט"ז] וכמ"ש בסי' ע"ב לעניין משכון:

ג וצריכין הב"ד לחקור היטב כשמכריזין שזו השדה היא של אבי היורש ולא של היורש בעצמו דחיישינן שמא יחליף היורש על שדה שלו שיגבה אותה המלוה וישביחנה והוא יבור ויפסיד שדה ירושתו ואח"כ במשך זמן יחליפנה על שדהו כי יברר שבטעות נתן אז שדהו ויוציאו לעז על הב"ד שלא עיינו יפה בתקנת הבע"ח לפיכך כשכותבים האדרכתא על נכסי יתומים בין גדולים בין קטנים צריכים לכתוב בה והכרנו שהנכסים האלו הם של פלוני המת ואם לא נכתב כך פסולה האדרכתא ואין אוכלים בה פירות אפילו אחר שישלימו ימי ההכרזה דחששו חכמים לזילותא דבי דינא והחמירו בזה:

ד יש דברים שא"צ הכרזה ואין מכריזין עליהם כשמוכרים אותם ואלו הם העבדים והשטרות והמטלטלין אלא שמין אותם כמה שוויין ומוכרים אותם והטעם דבעבדים חיישינן שמא ישמעו העבדים שרוצים למכרן ויברחו ושטרות ומטלטלין דשמא כשיתאספו הרבה אנשים ע"פ ההכרזות יגנבו אותם ואף בקרקעות יש לפעמים שאין מכריזין כגון אפטרופס או ב"ד שלוו לצורך מזון היתומים או למזון האשה והבנות או שלוו לצורך קבורה או ליתן מס המלך כשמוכרים קרקע לפרוע להמלוים מוכרים שלא בהכרזה כיון שלוו לצורך אלו הדברים הנחוצים וכ"ש כשהמכירה היא לצורך דברים אלו והטעם משום דאין באפשרי להמתין במזונות ובקבורה ובמס עד דשלימו יומי דאכרזתא ולכן אף כשלוו לצורך דברים אלו ומוכרים לפרוע להמלוים אין מוכרים בהכרזה כדי שלא לנעול דלת בפני המלוים לדברים אלו שאם יצטרכו להמתין עד דשלימו יומי דאכרזתא לא ילווּ בנקל וכן יש מקומות שנהגו שלא להכריז לעולם מפני שיש בני אדם שלא ירצו לקנות אם יכריזו כדי שלא יקראו אותם אוכלי נכסי הכרזות שקונים נכסים הנמכרין מפני הלחץ והדחק אלא שמין אותם בב"ד ומוכרים אותם מיד כפי ראות עיני ב"ד ובעבדים ושטרות ומטלטלין אם השוק קרוב לאותו מקום מוליכין אותם להשוק וכן אם יום השוק קרוב בימים מיעטים ממתינים ליום השוק [נ"ל] וכן ב"ד שמכרו קרקע של יתומים ונשאר האחריות על היתומים כמו שיתבאר אם טרפו מהלוקח גובה הלוקח מנכסי יתומים שלא בהכרזה וכן אם לוו לצורך היתומים מה שהיה הכרח ללות מוכרים שלא בהכרזה ופורעים כדי שלא לנעול דלת בפני הלוין ודע דלדינא דגמ' דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי לבע"ח לא משכחת לה מכירת מטלטלין ושטרות אלא כשתפסן המלוה מחיים [תוס' כתובות ק':]:

ה ב"ד שמכרו דברים שצריכן הכרזה בלא הכרזה ובמקום שמכריזין נעשו כמי שטעו בדבר משנה ואין מכירתם מכירה כלל אפילו כשלא טעו בהמקח וחוזרים ומוכרים בהכרזה ואם הכריזו כראוי ובדקו יפה ודקדקו בשומא אע"פ שטעו ומכרו שוה מנה במאתים או מאתים במנה מכרן קיים דכח ב"ד יפה לקיים המקח אפילו כשטעו כשעשו כדין דאל"כ לא ירצו לעולם לקנות שמא יתבטל המקח מחמת טעות רק די"א דדווקא עד מחצה אבל אם היתה הטעות יותר מחציה מכרן בטל כמו באונאת קרקע שיתבאר בסי' רכ"ז שיש אומרים כן וכ"ז דווקא כשעשו הכל בדין וגם לבד ההכרזה דקדקו בשומא ועשו אגרת בקורת שהוא שטר הכרזה כמ"ש בסי' צ"ח אבל אם לא בדקו יפה בשומא או שלא כתבו אגרת בקורת וטעו והותירו שתות או פחתו שתות מכרן בטל ופחות משתות מכרן קיים דהוה מחילה כדין אונאה במטלטלין שיתבאר שם ובשתות אע"ג שיתבאר שם דהמקח קיים ומחזיר אונאה מ"מ ביורשים תקנו שאם ביטול המקח הוא לטובת היתומים שתהא המכר בטל ואם רצו ב"ד שלא לבטל המקח ולהחזיר האונאה מחזירין דלא יהא כח הדיוט חמור מיתומים וכן ב"ד שמכרו דברים שאין טעונין הכרזה וטעו בשתות מכרן בטל ופחות משתות מכרן קיים וכן אם מכרו קרקעות במקום שאין מכריזין ובעת שאין מכריזין וטעו ופחתו שתות או הותירו שתות מכרן בטל אע"פ שהכריזו ופחות משתות תמיד מכרן קיים וי"א בקרקע כיון שהכריזו אף שא"צ הכרזה מ"מ מכרן קיים אפילו מכרו שוה מנה במאתים כבמקום שמכריזין אבל במטלטלין אינו מועיל כלל הכרזה גם לדיעה זו כיון שאינם בגדר הכרזה בשום מקום ובשום זמן [נ"ל] ובכל אלו כשהטעות הוא בשתות אם רצו ב"ד לקיים המקח ולהחזיר האונאה שתות הרשות בידם כמ"ש ובאה"ע סי' ק"ד נתבאר דיש חולקין בזה אבל ביותר משתות וודאי דמכרן בטל כמו באונאת הדיוט ואין חילוק בכל זה בין שנתאנו היתומים בין שנתאנה הקונה וגם אין חילוק בין שהה כדי שיראה לתגר או לא שהה כמו שיש חילוק באונאת הדיוט כמ"ש בסי' רכ"ז [כס"מ] דלאו לכל דיני אונאה השווהו:

ו כתב רבינו הרמ"א די"א דאם מכרו הקרקעות בשעת שאין קונין כגון בשעת מגפה או מלחמה מה שעשו עשו דאין לב"ד למכור אלא בשעת הגביה ויש חולקין עכ"ל וי"א דבשעת מגפה אין מוכרין דאין באותה העת מקח כלל וממתינים עד יעבור זעם אבל בשעת מלחמה מוכרין דקץ מלחמה אינו ידוע ואין אדם ממתין כשצריך למכור עד עבור המלחמה ויש עכ"פ מקח בשעת המלחמה [ט"ז] והעיקר לדינא דזה תלוי בראיית עיני ב"ד דוודאי כשהמגפה חזקה ורעש המלחמה גדול במקום המכירה אין מוכרין אז כלל והרי הנביא תמה ואמר הנה הסוללות באו העיר ללכדה וגו' ואתה אמרת אלי קנה לך השדה וגו' [ירמי' ל"ב] וכן אם ב"ד

רואים

רואים שאף אם ימתינו עד יעבור זעם לא תתקלקל הקרקע או המטלטלין בוודאי ממתינים אף אם אין הרעש חזק כל כך ולמה יפסידו נכסי יתומים [או"ת] ואם ב"ד רואים שתתקלקל הקרקע או המטלטלין ואין הרעש חזק כל כך אין להם להמתין ומוכרין מיד וכן אם נראה לב"ד למעט בהכרזות כדי למכור טרם שיבואו ימי המצור הרשות בידם [סס]:

ז ב"ד שמכרו קרקע של יתומים נשאר האחריות על היתומים על שארי נכסים שירשו מאביהם כגון אם יצא עירעור על קרקע הנמכרת וטרפוה מהקונה בדין חוזר הקונה על שארי הנכסים שירשו ולא אמרינן דכל לוקח מב"ד לוקח שלא באחריות דבטוח הוא שאלו היו מערערים היו באים בימי ההכרזה ולכן סבר וקביל לקנות שלא באחריות אלא דהוה ככל הקניות וקונין באחריות אא"כ פירשו הב"ד בשעת המכירה שמוכרין שלא באחריות וזה שלא הטילו חז"ל על הב"ד שימכרו רק שלא באחריות דא"כ לא ימצאו קונים ויזלזלו במכירתן [כ"ל]:

ח י"א דזה שאמרנו שאם טעו ב"ד ופחתו שתות או הותירו שתות מכרן בטל זהו דווקא כשהורידו לבע"ח עצמו ע"פ שומת ב"ד דאז אפילו בקרקעות או עבדים או שטרות שאין בהם דין אונאה כמ"ש בסי' רכ"ז ונתאנה הבע"ח בטלה ההורדה אבל ב"ד שמכרו קרקע או עבדים או שטרות של יתומים אפילו לצורך פריעת בע"ח ומכרו שוה מנה במאתים אין הלוקח יכול לחזור בו דלא יהא כח הדיוט חמור מכח היתומים דדווקא בבע"ח עצמו כשהורידוהו ע"פ שומת ב"ד מה היה לו לעשות אבל הקונה מי הכריחו לקנות ושוה לכל הקונים שלא מיתומים ונהי דכשנתאנו היתומים יפה כחם אבל כשנתאנה הוא למה ניפה את כחו וכן הדין באפטרופס שמכר קרקע ועבדים ושטרות שאין הלוקח יכול לחזור באונאה כדין הדיוט ויש חולקין וס"ל דכל שפחתו שתות או הותירו שתות מכרן בטל דכיון דקנה בשומת ב"ד לא עלה על דעת הקונה שתהא בזה אונאה ולא דמי לקנייה מהדיוט אבל באפטרופס כשלא נמכר ע"פ שומת הב"ד גם לדיעה זו הוה כהדיוט לעניין שאין ביד הלוקח לחזור בו דאפטרופס הוה כשליח בעלמא כמ"ש בסי' רכ"ז וכשנתאנה האפטרופס אפילו בכל שהוא המקח בטל כדין שליח [או"ת]:

ט מכרו ע"י שליח ונתאנה השליח בכל שהוא המכר בטל דא"ל לתקוני שדרתיך ולא לעוותי ואם הקונה נתאנה דינו כשאר כל אדם דאיזה חילוק יש להקונה אם קונה מהמוכר עצמו או מב"ד או משליח דהרי הוא בעצמו קנה ולכן דינו באונאתו כאלו קנה מהמוכר עצמו ובסי' רכ"ז יתבאר דיש חולקין בזה ואין חילוק בין שליח ב"ד לשליח המוכר ואפטרופס ג"כ דינו כשליח כמ"ש וכשנתאנה הקונה זכה המשלח בהיתרון ולא השליח [טור] כמו שיתבאר בסי' קפ"ג וכתב רבינו הרמ"א דדווקא שליח ב"ד אינו כמותם אבל שופט הממונה בהורמנא דמלכא שלוחו כמוהו עכ"ל ועיי' בסי' כ"ו [ע' כס"מ]:

סימן קי [אין נזקקין לנכסי קטן ומתי נזקקין ובו ט"ו סעיפים]:

א כבר נתבאר בסי' ק"ח שאין גובין שום מלוה מיורשים קטנים שלא הגיעו לי"ג שנה אפילו יש עליהם שטר אם אינה אחד משלשה דרכים שנתבארו שם אפילו היה בו נאמנות ואפילו היה בו כל תנאי שבעולם אין גובין בו ואם כתוב בשטר שיגבה אף מיתומים קטנים תנאו קיים וגובה מהם כיון דהתנה כן מפורש [או"ת] וכן אם ראו ב"ד שיש בו שאר תועלת ליתומים לגבות מהם כשהם קטנים כגון שהבע"ח רוצה לוותר להם קצת כדי לגבות עכשיו הרשות ביד ב"ד להגבותו ויש כח ביד ב"ד לפשר בעסק יתומים אם נראה שטובה היא להם כמ"ש בסי' י"ב סעי' ד' וכן אם יש קנס על הפרעון וכשיפרעו עתה יהיו פטורים מהקנס משלמים גם בקטנותם [ס"ך] וכן נפרעים מהם כתובת אשה כמ"ש באהע"ז סי' ק"ד מפני תקנת הנשים וכן נפרעין מהם חוב שעולה עליו ריבית כגון שלוה אביהם מעכו"ם בריבית ואפילו העכו"ם קיבל עליו להמתין עד שיגדלו כדיני ישראל ולא יתבעם בקטנותם אך באופן שישלמו ריבית עד שיגדלו פורעין לו מיד ואפילו ימי אכרזתא אין ממתינים דאינו כדאי מה שיעלה על המקח נגד הריבית שיעלה בימים אלו [או"ת] וכן אם יש עליהם שט"ח מישראל שהלוה לאביהם ע"פ היתר עיסקא והב"ד רואים שהריוח שמקבל המלוה אינו כדאי נגד הריוח שיהיה מהעסק פורעים מיד ואין ביכולתם להכריח להמלוה שימתין עד שיגדלו בלא ריוח [כ"ל] ואם היורש הוא עובר דינו כקטן ובמקום שיש עוד יורשים י"א דלא חיישינן להעובר ואם היורשים גדולים משלמים החוב [קצה"ח] ואע"ג דוודאי יש להעובר חלק ואין אחר יכול לזכות בחלקו וכשיוולד תפול הירושה לפניו מ"מ כיון דעדיין אינו בעולם אין בו כח לעכב תשלום החוב כיון שזה שאין גובין מקטנים הוא רק חששא בעלמא כמו שיתבאר:

ב אם יש יורשים גדולים וקטנים והגדולים צריכים לשלם החוב ולהקטנים צריכים להמתין עד שיגדלו ע"פ הפרטים שנתבארו בסי' הקודמים המלוה נפרע מהגדולים החלק המגיע להם וחלק הקטנים ימתין עד שיגדלו

שיגדלו וכדי שיפרע מהגדולים צריכים ב"ד להעמיד אפטרופס להקטנים ולחלק הירושה עם הגדולים ויגבה הבע"ח מהגדולים חלקם מה שעליהם לפרוע לו :

ג זה שאין נזקקין לנכסי קטנים היינו כשהוא וודאי של הקטנים אבל אם יש לספק שמא מורישם עדיין חי וע"פ הדין נפרעים שלא בפניו כמ"ש בסי' ק"ו גובים מהנכסים אע"פ ששמעו בו שמת אם אין השמועה ברורה והטעם דכיון דמה שאין נפרעין מהם אינו אלא מפני חשש צררי כמו שיתבאר כל זמן שלא נתברר בוודאי שהנכסים שלהם גובין מהנכסים דאין ספק זה מוציא מוודאי חיוב כשיש עוד ספק בעיקר הנכסים של מי הם [כ"ל] :

ד טעמא דאין נפרעין מקטנים משום דחיישינן שמא התפיס אביהם להמלוה צררי על החוב שצרר לו מעות או כסף וזהב למשכון בשעת מיתה ולא הספיק ליטול את השטר מידו [רש"י ערכין כ"ג.] דדרך האדם קודם מיתתו לדאוג בעד חובותיו ואולי יש בין כתביו איזה ראיה או אולי יש עדים בזה וכשיגדלו היתומים יחקרו אחר זה משא"כ בקטנותם ולכן באחד משלשה דרכים שנתבארו בריש סי' ק"ח גובין אף מקטנים כיון דליכא חשש פרעון ולפיכך אם תפס המלוה משלהם אפילו אחרי מות אביהם והוא בענין שיכול להחזיק בו לטעון לקוח הוא בידי כגון שתפס שלא בעדים או שלא ראו עתה בידו דנאמן לומר החזרתי מהני לו תפיסתו וגם ידי שמים יוצא בזה כיון שידוע וברור לו שלא נפרע מאביהם ואף כשבא לב"ד פוסקים לו שתהא בידו [תו"ת] ודלא כיש מי שרוצה לומר דאע"ג דהוא בעצמו רשאי לתפוס בידעו ברור שמגיע לו מ"מ כשבאו לב"ד מוציאין הב"ד מידו ומשלישין ביד שליש אלא גם הב"ד אין מוציאין מידו דהא נאמן במיגו ואם התפיסה הוא מעות מזומן א"צ אפילו שבועה כיון שחובו בידו ואם התפיסה הוא שוה כסף דאינו אלא כמשכון בעד החוב צריך המלוה לישבע שלא קיבל על חובו כלום אבל כשאין לו מיגו על תפיסתו כגון שיש עדים שתפס וגם ראו עתה בידו לא מהני תפיסתו נגד יתומים קטנים אפילו כשתפס בחיי אביהם ואפילו כשטוען שלמשכון מסר לו כיון שאין העדים מעידים כן ואין לו מיגו וי"א דבתפס מעות אפילו אין לו מיגו כיון שיש לו שטר והחוב מבורר אין מוציאין ממנו דה"ל כנפרע כבר ואין זה בכלל אין נזקקין לנכסי יתומים קטנים ונשבע ונפטר [סמ"ע וש"ך ול"ע דדברי רי"ו נראה דבגדולים קאמר כמ"ש הב"י בסי' ק"ח סעי' כ"ב בספרו הגדול ומ"ש שם אפילו ביתומים קטנים אבלא עדים קאי ע"ש ועקלה"ח ודו"ק] :

ה לנכסי ערב נזקקין אע"פ שהיתומים קטנים ואפילו כשאינו ערב קבלן ולא אמרינן כיון שהיתומים קטנים והערב יגבה מיתומים נמצא דנזקקין לנכסי קטנים שהרי אין הערב יכול לגבות מהם עד שיגדלו וכן לא אמרינן כיון שאין ביכולת לגבות כשהם קטנים אינם בני חיוב כלל ולמה יתחייב הערב דבאמת חיובא רמי עלייהו גם עתה אלא שאין ביכולת להזדקק להם עד שיגדלו והרי זה כמלוה שתבע ללוה ונתחייב לו בדין ואין לו במה לפרוע שגובה מהערב וי"א דדווקא מערב קבלן גובין ולא מערב סתם דהרי נכסי דאינש אינון ג"כ ערבים וכשם שאין גובין מנכסיהם כמו כן אין גובין מערב שלהם והעיקר כדיעה ראשונה ולא דמי לנכסים שאין גובין מהם מפני הפסד יתומים דשמא יגדלו ויביאו ראיה כמ"ש משא"כ כשגובין מהערב אין לע"ע הפסד ליתומים ועוד דהערב הוא ערב ממורישם משא"כ הנכסים אף שבעת ההלואה היו ערבי מורישם מ"מ עתה שהנכסים הם של היתומים א"א לגבות מהם עד שיגדלו וזהו דעת הרמב"ם פכ"ז ממלוה וכן הסכימו האחרונים ובנכסי לקוחות יתבאר בסי' קי"א בס"ד :

ו קטנים שצוה מורישם ואמר תנו שדה או מנה לפלוני נזקקין לנכסיהם דכיון דאמר תנו ה"ל חייב מודה שהוא אחד מג' דרכים שנזקקים לנכסיהם כמו שנתבאר ומעמידים להם אפטרופס להפך בזכותם לראות איזה שדה ליתן או איזה מנה או אולי יהיה ביכולתו לבטל הצואה ולהראות איזה ריעותא שיש בה ולכן אף אם אמר תנו מנה זו או שדה זו לפלוני דאין כאן לברור איזו שדה ואיזו מנה עכ"ז מעמידין אפטרופס מפני הטעם שנתבאר ולהרמב"ם א"צ להעיד אפטרופס בכה"ג דס"ל דהעמדתו הוא רק לברור החלק ודווקא כשצוה בשטר שכתב בכת"י תנו מנה או שדה לפלוני וניכר שהוא כתב ידו אבל אם צוה בעדים אין נזקקין לפי שאין מקבלים עדות שלא בפני בע"ד וקטן כשלא בפניו דמי [טור] ואע"ג דא"כ איך מקיימין את השטר שלא בפני בע"ד די"ל דמיירי שנתקיים הכתב בחייו או שהב"ד מכירים הכתב וממילא נתקיים [ב"י] ועוד דמקיימין השטר שלא בפני בע"ד כמ"ש בסי' מ"ו [לפמ"ש הסמ"ע בס"ק י"ח אפשר לתרץ דבריהם וע' בב"י ודו"ק] וכ"ז הוא לדיעה שיתבאר בסעי' י"ג דאין מקבלין עידי צוואה בפני האפטרופס אבל לדיעה שיתבאר דמקבלים אזי אפילו היתה הצוואה בפני עדים בע"פ מקבלין עדותם ועושים כצוואתו [כ"ל] ורוב הפוסקים הסכימו כדיעה זו :

ז יורש גדול שנתן נכסי מורישו לקטן ויצא שט"ח על המוריש מורידים בע"ח לנכסיו והטעם כיון דעל הגדול מוטל הפרעון והוא נתנו לקטן ה"ז דומה למי שלוה והלך למדה"י דנפרעין שלא בפניו כדי שלא יטול כל אחד ממון חבירו וילך לו למדה"י כמ"ש בסי' ק"ו וכן נמי אין ביכולתו להפקיע החוב ע"י נתינתו לקטן [תו"ת] ולדיעה ראשונה שבסעי' הקודם אין דין זה אלא כשנתקיים השטר בחיי המוריש או בעוד שהיו

הנכסים

הנכסים בחזקת הגדול ואז אפילו נתקיים שלא בפניו שפיר דמי דמקיימין שטר אף שלא בפני בע"ד אבל בקטן אין מקיימין דתרתי לא עבדינן להיות נפרע מקטנים ולקיים שלא בפניהם [סמ"ע] אבל לדיעה אחרונה דגם בקטנים מקיימין השטר מקיימין גם עתה ורוב הפוסקים הסכימו לדיעה זו וכן יש להורות :

ח יתומים קטנים שנמצאת קרקע שאינה שלהם וטען הטוען שהוא גזל ביד מורישו נזקקים להם ואם נמצאת גזולה מחזירים אותה לבעליה דבגזל לא אמרינן אין נזקקין ליתומים קטנים ובבה"ג מקבלין עדות בקטנותם ולא אמרו חכמים שאין מקבלין עדות כשהם קטנים אלא במה שהוא בחזקת אביהם והלה בא להוציא מידם אבל בגזילה מקבלים וזה הוא דעת הרמב"ם ז"ל בפי"ב ממלוה [מ"מ סס] וי"א דדווקא כשנתקבל העדות בחיי האב או שהוציא שטר מקויים שהיא שלו שלקחה מאביו וכה"ג אבל בלא זה אין מקבלין עדות בקטנותם ולהרמב"ם צריך ב"ד להעמיד להם אפטרופס לטעון ולדון ואין ההעמדה אלא קודם שקבלו העדות אבל לאחר שקבלו עדות שגזולה היא שוב אין מעמידין אפטרופס דאחזוקי סהדא בשיקרא לא מחזקינן [ס"ך ותו"ת] :

ט ולא עוד אלא אפילו מודה המערער שהשדה או הבית היתה של אבי הקטן אלא שלקחה ממנו ואין להקטן חזקת אבות שאינה מוחזקת בפי כל שהיא של אבי הקטן אע"פ שעתה דר בה הקטן או עוסק בהשדה וזה המערער אומר שיביא עדים שקנה מיד אביו מקבלים עדותם ולא אמרינן להמתין עד שיגדל כיון שאין להקטן חזקת אבות בזה וכן אם אפילו יש לו חזקת אבות רק שאינו דר בה עתה וזה המערער דר בה אפילו בא הקטן בתקיפות שהביא עבדיו או מקורביו והוציא את זה מהבית או מהשדה מקבלין עדות המערער מיד אבל אם יש לו חזקת אבות וגם דר בה עתה ובא מערער להביא עדים שקנה מאביו אפילו יש לו עדים שהחזיק בה ואכלה שני חזקה בחיי אביו של קטן אין מוציאין אותה מיד הקטן ואין מקבלין עדותם עד שיגדל אבל אם הוציא המערער שטר שהיא לקוחה בידו הרי זה מקיים השטר ומוציאין אותה מיד הקטן אחר שמעמידין לו אפטרופס ולדיעה ראשונה שבסעי' ו' אין מקיימין עתה השטר ואין מוציאין את הקטן אא"כ היה השטר מקויים בחיי אבי הקטן וכבר בארנו דרוב הפוסקים חולקים על דיעה זו וי"א דכשיש להקטן חזקת אבות מוציאין מיד האחר אפילו אם הקטן אינו דר בה עתה ומוציאין מהאחר ומוסרין להקטן עד שיגדל ואז יקבלו העדות אמנם העיקר לדינא כדיעה ראשונה [תו"ת] דכן הוא דעת רוב הפוסקים ומה שהקטן הוציא את האחר בתקיפות אינו נחשב חזקה כלל שנחשבנו כמו שדר בו עתה דהרי אין העולם הפקר ומה שאחד עושה בזרוע אינו מגרע בזה כח המוחזק [רס"ל ותו"ת] דלא כיש מי שחולק בזה :

י כיון שנתבאר שבמה שהיתומים מוחזקים ממתינים להם עד שיגדלו לפיכך מי שבא לב"ד וצועק על יתומים קטנים שיש לו מהם היזקות במה שאין פורעין לו ולא נעשה הדבר ע"י ב"ד או אפטרופס אלא שצועק שע"י שאין משלמים לו המגיעו יש לו היזקות [תו"ת] אין משגיחין בצעקתו כיון שאין הדבר ידוע אם אמת כדבריו ואין מעמידין להם אפוטרופס לדון עמו בעודן קטנים אם לא שמפורסם שהם מזיקין אותו בידים ואז מסלקין אותם ואין משלמין מה שהזיקו כמ"ש בסי' צ"ו וכן אם שורם מזיק מעמידין להשור אפטרופס כמ"ש הטור בסי' ת"ו וכל שיש לספק ולפקפק בדבר ממתינים עד שיגדלו וי"א דלעולם ממנין אפטרופס כנגד מי שבא לטעון על יתומים בין שיש ממש בטענת האפטרופס או לא דאולי יתפשר עמו לטובת היתומים [סמ"ע] וזהו שלא בטענת שדה גזולה היא בידם דבטענת שדה גזולה נתבאר בסעי' ח' [סס] ואסור להאפטרופס לטעון טענת שקר אלא שביכולתו לטעון אף טענה שאינה מצויה ויכול לטעון דעכ"ז אולי היה כן ומתוך זה יתפשר עם הצועק עליהם וכמדומה שכן המנהג כדיעה זו :

יא קטנים שהודה מורישם בכת"י על מטלטלים שבידו שהם מעסק שיש לו מפלוני או שהוא פקדון בידו משל פלוני מוציאין מהם ומקיימין הכת"י אף אחר מותו ולדיעה ראשונה שבסעי' ו' אין מוציאין מהקטנים אא"כ נתקיים בחיי אביהם או שהכת"י ניכר לב"ד וא"צ קיום וכבר בארנו דהעיקר לדינא שמקיימין גם עתה ואם נמצא הודאה על ממון אם יש חשש שמא פרע בחייו אין מוציאין מהם אפילו ביורשין גדולים ואם אין חשש שמא פרע מוציאין אפילו מקטנים כמו במטלטלין [נ"ל] וכמ"ש בס"ס ק"ז וכן אם גזל מורישם חייבים לשלם בין אכלו את הגזילה בין לא אכלו בין נתיאשו הבעלים בין לא נתיאשו ואפילו נתיאשו בחיי הבעלים אין היורשים קונים ביאוש ושינוי רשות דיורש כרעא דאבוה הוא ובמקומו הוא עומד כמו שיתבאר בסי' שס"א וגובים הגזילה בין מקרקעי בין ממטלטלין שהניח מורישם דעכשיו מטלטלי כמקרקעי כמ"ש כמה פעמים ולדיעה ראשונה שבסעי' ח' מקבלים עדות בקטנותם ולדיעה אחרונה אינה אלא כשנתקבל העדות בחיי מורישם או שנמצא בכת"י של מורישם המקויים ורוב הפוסקים הסכימו לדיעה ראשונה ומעמידים להיתומים אפטרופס כמ"ש שם :

יב זה שאמרו רז"ל דאין נפרעין מיתומים קטנים זהו דווקא בעסקי מורישם אבל ב"ד או אפטרופס שלוו לצורך יתומים הרי הם כבעלים ונזקקים לנכסיהם ומוכרים בלא הכרזה כדי שלא לנעול דלת בפניהם

וגפרעים

ונפרעים מבינונית כמו משארי בעלי חובות וכן ב"ד שמכרו מנכסי יתומים נשאר האחריות על היתומים כמ"ש בסי' ק"ט דכשטרפו להקרקע מהלוקח בדין גובה הלוקח מנכסי היתומים בלא הכרזה ודינו כשארי בע"ח לגבות מבינונית אבל אם היתומים הקטנים לוו בעצמם בלא ב"ד ובלא אפטרופס אין נזקקים לנכסיהם עד שיגדלו ואין מעמידין להם אפטרופס לקבל העדות דהמלוה אפסיד אנפשיה במה שהלוום בלא ב"ד ואפטרופס וגם זה דווקא כשהקטנים אינם מודים בההלואה וצריך לדון עמהם אבל כשמודים בההלואה או בלקיחת חפץ או בשארי ענייני משא ומתן והגיעו לעונת הפעוטות נפרעין מהן מיד כמו שיתבאר בסי' רל"ה ונתבאר בסי' צ"ו :

יג בכל מקום שנתבאר שמעמידים להם אפטרופס כדי ליזקק לנכסיהם בעסקי מורישם דעת הרבה מגדולי ראשונים דמקבלים עדות בפני האפטרופס דאפטרופס הוא כבעל דין בעצמו וכן עידי צוואה מקבלים אותם בפני האפטרופס ויש מי שכתב שאין מקבלים אותם בפני האפטרופס ולדיעה זו לא נמצא שהמניח יתומים תהא צוואתו קיימת אלא במוסר דבריו לב"ד או שכתבו העדים צוואתו בשטר וחתמוה בחייו ולכשימות כותבים בה שמאותו חולי מת וחותמים עליה [רבינו ב"י] וחתימתן צריך להיות ניכר לב"ד [סמ"ע] וכ"ש אם גם החולה בעצמו חתום עליה ונתקיימה חתימתו וידוע שמאותו חולי מת ולא חזר בהצוואה אפילו כשאין עדים חתומים עליה רק שמעידים כן [כ"ל] וכבר בארנו שרוב הפוסקים הסכימו לדיעה ראשונה שבסעי' ח' ולדיעה אחרונה שבסעי' ו' וי"א דבכת"י לכל הדיעות צריך דווקא שב"ד יכירו חתימתו [אחרונים] וי"א עוד דעידי צוואה מקבלים אפילו בלא אפטרופס לכל הדיעות והטעם דבדבר הברור שאין בו חשש כמו צוואה מקבלים אפילו שלא בפני בע"ד דעיקר חששו חז"ל ליתומים קטנים בדבר שיש בו חשש ולא בדבר הברור ולכן מותר לקבל עידי צוואה בפני קטנים וה"ה בכל דבר המבורר שהקטן חייב אפילו הוא מעסקי מורישו [כ"ל] ונראה שכן נהגו :

יד לכתובת אשה א"צ להעמדת אפטרופס דכמה דברים הקילו חז"ל בכתובה מפני תקנת הנשים כמבואר באהע"ז ולכן עושים ב"ד בעצמם כפי הדין :

טו כשאמרו חז"ל מעמידים אפטרופס לא אמרו אלא להקל על הב"ד מפני שא"א להב"ד בעצמם לפקח על כל עסקי היתומים ולהפך בזכותם ולראות בעסקיהם ולכן אם רצו ב"ד לקבל המשא עליהם אין לך אפטרופס טוב מהם וא"צ להעמדת אפטרופס דהב"ד הם אביהם של יתומים וכבר נתבאר דיש כח ביד ב"ד לפשר בעסקי יתומים כשנראה להם שזהו טובת היתומים ויש בידם רשות אף לוותר על ממונם כמ"ש בסי' י"ב ולהאפטרופס אין לו כח זה אא"כ עושה ע"פ עצת ב"ד דאז ידו כידם ובלבד שתהא כוונתו לשמים לטובת היתומים [כ"ל] :

סימן קיא [דין מלוה בשטר דגובה ממשעבדי ודין מלוה ע"פ ובו כ"ד סעיפים] :

א כבר נתבאר בסי' ל"ט דשיעבודא דאורייתא אלא דבמלוה ע"פ תקנו חכמים מפני תקון העולם שלא לגבות מלקוחות וממקבלי מתנה דגם מתנה אע"ג שלא נתן מעות מ"מ אם לא שעשה לו טובה לא היה נותן לו מתנה והשוהו ללוקח לבד ממתנת שכ"מ כמ"ש בסי' רנ"ג לפיכך המלוה את חבירו בע"פ אינו גובה אלא ממה שימצא ביד הלוה אבל אינו טורף לא מהלקוחות שקנו ממנו ולא ממתנות שנתן אף אחר ההלואה אבל מכל מה שימצא בידו גובה בין קרקע בין מטלטלין אפילו קנאם אחר ההלואה דמהלוה עצמו גובה ואפילו מגלימא דעל כתפיה דנכסי דאינש אינון ערבין ביה אבל המלוה בשטר או שקנה בק"ם או שהודה בפני עדים וצוה להם לכתוב שטר כמ"ש שם טורף מלקוחות וממקבלי מתנה שקנו ושקבלו ממנו קרקע אחר ההלואה אפילו אם אינו מפורש כן בשטר דקיי"ל אחריות ט"ס הוא בין בהלואה בין במוכר קרקע דסתמא דאינשי אינם מלוים בלא אחריות ואין קונים קרקעות בלא אחריות אבל אם פירש בפירוש שהלוה לו או שמכר שלא באחריות שלא יטרוף מלקוחות וממקבלי מתנה תנאו קיים ואפילו לא נכתב התנאי בהשטר אלא שהמלוה או הלוקח מודה שכן התנו בעת ההלואה והמכירה וכ"ש אם יש עדים על זה ואם יש הכחשה ביניהם ישבע הלוה או המוכר היסת ויפטר [כ"ל] ואם בהשטר אינו מבואר בפירוש שלא יטרוף גם ממקבלי מתנה אלא רק מלקוחות ביכולתו לטרוף ממקבלי מתנה כי המלוה או הלוקח יכול לאמר דרק מלקוחות סילק א"ע ולא ממקבלי מתנה ואם כתוב סתם שלא באחריות אינו טורף גם ממקבלי מתנה [כ"ל] ואם טורף מלקוחות מנכסים שקנה הלוה אחר הלואה יתבאר בסי' קי"ב אבל אם קדם המכר או המתנה להלואה דבר פשוט הוא שאינו טורף מהם אא"כ יש הוכחה שלא נתכוין במכר ובמתנה אלא להבריחם מבע"ח וכמ"ש בסי' צ"ט שהמתנה בטילה ואפילו קדמה להלואה בע"ח גובה ממנה אפילו אם היא מלוה ע"פ :

ב הקדישות וצדקות שהקדיש או נתן לצדקה קרקעות הרי הם כמשועבדים ואין נפרעין מהם כל שיש לו בני חוריז אבל כשאין לו בני חורין גובין מהם וזה

שאמרו

שאמרו רז"ל דהקדש מפקיע מידי שיעבוד אינו אלא בקדושת הגוף למזבח או באיסור הנאה כמו שיתבאר בסי' קי"ז ושם יתבאר די"א דגם הקדישות שבזמה"ז צריך המלוה לפדותה בדבר מועט כדי שלא יאמרו הקדש יוצא בלא פדיון ע"ש :

ג בעל ששיעבד נכסי אשתו המיוחדים לכתובתה בלתי ידיעתה ורצונה דינו כמו במכר דמה שיכול למכור לעולם או עד שתתאלמן כמ"ש באהע"ז סי' צ' כמו כן יכול לשעבד ואשה שנתן לה אחר קרקע והדין הוא שהבעל אוכל הפירות עכ"ז אין בעל חובו גובה מהפירות כמו שאינו גובה מפירות נכסי מלוג מפני שאין הפירות אלא להרווחת הבית ולא לתשלום חובות ובאה"ע נתבאר עוד מדינים אלו :

ד אם נתנו להלוה מתנה בין קרקע בין מטלטלין על תנאי שלא תחול עליה שום שיעבוד לא חוב ולא כתובה הן שקדמו להמתנה והן על להבא התנאי קיים דרשות ביד הנותן להתנות כרצונו ואפילו שיעבד לו הלוה נכסים שיקנה אחר ההלואה שתהא יפה כחו בנכסים שיקנה כמו בנכסים שיש לו בעת ההלואה לא אמרינן שממילא נשתעבד לו גם המתנה דאין זה ברשותו דבדעת הנותן תלויה וזהו דווקא במתנה אבל לא במכר כגון שקנה הלוה קרקע או מטלטלין והמוכר התנה עמו ע"מ שלא יחול על זה שום שיעבוד אינו מועיל והבע"ח של הלוקח גובה ממנה דממ"נ אם ע"י התנאי בטלה המכירה הלא צריך המוכר להחזיר לו המעות ויקבלם הבע"ח ועוד דבמכר אין זה התנאי רק ערמה מהקונה דמה לו למוכר להתנות כזה הרי קיבל מעותיו דבשלמא במתנה י"ל דהנותן רצונו שהמקבל ישתמש לעולם בהמתנה לזכרון טובה שעשה לו אבל המוכר שנוטל מעות סחורתו ולא מפני טובה מה לו ולתנאי כזה [טור] ולכן המקח קיים וגובה מהקרקע או מהמטלטלין שקנה [תו"ת] ואף במתנה אם מת הנותן גובה הבע"ח ממתנה זו כמו שיתבאר בסי' רמ"א סעי' י' :

ה ולפעמים גם במתנה אינו מועיל התנאי כגון מי שנתן מתנה לבנו על תנאי שלא יחול עליו שום שיעבוד ומת האב אם אין לו יורש אחר גובה הבע"ח של הבן ממנה דגם דהמתנה בטילה מפני התנאי מ"מ הרי הוא יורשה והשיור ששייר האב לעצמו נפקע ממנו במותו וירשה בנו ואם יש עוד יורשים יגבה הבע"ח כפי חלקו של זה הבן מירושתו [עתו"ת] :

ו מי שיש לו חובות הרבה וב"ד מכרו קרקע של הלוה כדי לפרוע לבע"ח המוקדם אין שארי בע"ח יכולים לחזור על הקרקע ולהוציאה מהלוקח דכיון דב"ד מכרו לו לשלם להמוקדם יש לו כל כחו של המוקדם אבל אם מכרו הלוה עצמו כדי לשלם להמוקדם יכולים שארי בע"ח לטורפה מהלוקח כמ"ש בסי' ק"ד ע"ש :

ז כמו שאין נפרעין מהלקוחות עד שישבע המלוה בנק"ח שלא נפרע מחובו כמו כן בע"ח מוקדם שבא לגבות מהלוה עצמו ויש כאן עוד בע"ח מאוחר אפילו המאוחר הוא מלוה בע"פ אם אין להלוה נכסים יותר מכדי חובו של המוקדם והגבייה היא מקרקע שיש בזה דין קדימה אין מורידין את המוקדם לנכסי הלוה עד שישבע שבועה חמורה שלא נפרע כלום אפילו יש נאמנות בשטר כדין טורף מלקוחות שהרי טורף מהשני שאבד חובו לע"ע והמוקדם יכול להטיל ח"ש על המאוחר אם אינו יודע ששטרו של המוקדם אינו פרוע ומשביעו חנם כמ"ש בסי' פ"ב :

ח מי שנמחק שטר חובו וכתבו לו ב"ד שטר אחר כמ"ש בסי' מ"א יש לו דין שטר גמור לטרוף בו מלקוחות כמ"ש בסי' ע' סעי' ט' וכן נתבאר שם דיש מי שאומר דגם מי שהלוה לחבירו מלוה בע"פ ונתחייב בדין ולא היה לו מה לפרוע וכתבו להתובע מעשה ב"ד דדינו כמלוה בשטר וטורף בו מלקוחות :

ט כמו שבע"ח גובה מלקוחות כמו כן המוכר קרקע לחבירו ולא פירש שמוכר לו בלא אחריות וטרפה ממנו בע"ח של המוכר גובה הלוקח מקרקעות של המוכר שמכרן אחר זמן קנייתו ויתבאר בסי' קט"ז כיצד כותבים לו הטירפא ושלשה מיני אחריות יש אחריות של המוכר עצמו ויתבאר בסי' רכ"ו ובאה"ע סי' ק"ה ואחריות בגרמא דיליה כגון שהבע"ח של המוכר טרפה מהלוקח ואחריות דעלמא כגון שנמצאת שהקרקע אינה שלו ושלשה מיני אחריות הללו הם זה למעלה מזה דאם לא פירש האחריות כלל חייב בכל האחריות דט"ס הוא כמ"ש בסעי' א' וכ"ש אם כתב אחריות סתם ואם פירש אחריות דנפשיה הרי זה כאלו מיעט אותם שני האחריות שלמעלה מזה ואם פירש האחריות דגרמא דיליה נכלל בתוכו אחריות דנפשיה ומיעט אחריות דעלמא ואם פירש אחריות דעלמא נכללו גם שני האחריות הקודמין [נמק"י ורמב"ן פ"ק דב"מ] ולפעמים יש דבאחריות דנפשיה גובה מהלוקח ובאחריות דעלמא אין ביכולתו לגבות כגון ב"ד או אפטרופס שמכרו קרקע של יתומים ביכולתם לטורפה מהלוקח בעד חובם שקדמה להמכירה אבל אין ביכולתם לטורפה מצד אחריות דעלמא ולברר שהיא קרקע גזולה ביד מורישם והקרקע היא שלהם כיון שבעצמם מכרו קרקע זו הרי כאלו הודו שאין הקרקע שלהם [סמ"ע סי' קמ"ז סק"ס] אבל בעד חובם יכולים לגבות ומה שמכרו כי סברו לקבל חובם ממקום אחר [סס] ואין זה סתירה להכלל שנתבאר דכשתדקדק תמצא דאחריות דנפשם אין זה בעצם דנפשם כי הם רק ממונים על היתומים והאחריות דעלמא הם אחריות דנפשם כיון דהוה כאלו הודו [ודו"ק] :

בר"א

י בד"א שטורף ממשעבדי כשאינו מוצא ביד הלוה או ביד המוכר בני חורין לגבות מהם אבל אם מוצא בני חורין לגבות אפילו הן זיבורית לא יטרוף ממשעבדי בין מלקוחות בין ממקבלי מתנה דכיון דמן התורה דינו של בע"ח בזיבורית אלא דתקנו שיגבה בינונית משום נעילת דלת ולכן במקום פסידא דלקוחות ומקבלי מתנה לא תקנו זה דגם הלוקח כשטרפוה ממנו הרי דינו כבע"ח שמגיע לו המעות שסילק בעד הקרקע וכן אינו טורף מלוקח או מקבל מתנה מוקדם כשיש מאוחר ממנו דבשעה שלקח המוקדם עדיין היה לו בני חורין וחל השיעבוד עליהם ונמצא דהמאוחר קנה שיעבודו ולכן אפילו אם המוקדם הוא מקבל מתנה והמאוחר הוא לוקח גובין מהלוקח המאוחר ולא מהמקבל מתנה המוקדם [כ"ל] לפיכך אם נתן הלוה מתנה לאחרים וכתב להם במאתים זוז קרקע לראובן ואחריו בשלשה מאות קרקע לשמעון ואחריו בארבעה מאות קרקע ללוי כל הקודם בשטר זכה ואם אין לו נכסים כנגד כולם הראשון קודם להשני והשני להשלישי אף שאנו רואים שרצה להנות להשני יותר מלהראשון ולהשלישי יותר מלהשני מ"מ כיון שכתב לשון ואחריו כוונתו שהוא יהיה אחר הקודם לו ולפיכך אם יצא שט"ח על הנותן שצריך לגבות ממתנתם גובה מהאחרון דהוא כבני חורין נגד הקודמים ואם אינו מספיק גובה משלפניו ואם גם זה אינו מספיק גובה משלפני פניו אבל אם לא כתב לשון ואחריו אלא במאתים לראובן וש' לשמעון ות' ללוי אין אומרים כל הקודם בשטר זכה דאין כאן קדימה ואיחור ומה שהקדים זה לזה מפני שא"א להוציא שני דברים כאחד ולכן אם אין נכסי הנותן מספיק כנגד כולם חולקים הנכסים לתשעה חלקים ונוטל ראובן שני חלקים ושמעון שלשה חלקים ולוי ארבעה חלקים ואם יצא עליהם שט"ח של הנותן גובה מכולם וכפי חלוקתם במתנה יפרע כל אחד מחלקו והיינו שחולקים החוב לתשעה חלקים ויפרע כל אחד כמ"ש לעניין חלוקתם ואין זה דומה למה שנתבאר בסי' ק"ד סעי' ט"ו דבעלי חובות בנכסי הלוה חולקים בשוה דבשם השיעבוד לבעל המאה כמו לבעל הת' אבל בנותן מתנה הלא הנותן רצה ליתן לזה יותר מלזה ולכן אין ביכולתינו לשנות רצון הנותן בשאינו נוגע לנו [סמ"ע] ודווקא כשלא היו המתנות בשוה אמרינן דבלא ואחריו לא היתה כוונתו להקדים אחד לחבירו משום דא"א להוציא שני דברים כאחד אבל אם נתן לכולם בשוה אפילו לא כתב ואחריו אמרינן דכוונתו היתה להקדים דאל"כ היה לו לכתוב לכולם ביחד נתתי לפלוני ולפלוני ולפלוני לכל אחד במאתים זוז ומדכתב בפרט והקדים אחד לחבירו מסתמא היתה כוונתו להקדים זל"ז ויש חולקין בזה דדרך העולם לכתוב בפרט וכיון שלא כתב ואחריו לא היתה כוונתו להקדים ובמקום שגובין מהאחרון אפילו אצלו זיבורית ולהקודם בינונית גובין ממנו כדין בני חורין לגבי משועבדים ובסי' רנ"ג יתבאר זה ג"כ במתנת שכ"מ ע"ש [ומ"ש בלבוש ואפילו תפס מטלטלין סייך לפס ודו"ק] :

יא אפילו יורשים שמכרו נכסי אביהם יש לזה דין משועבדים ואין בע"ח טורף מהם כיון שיש בני חורין דאביהם ואם לא השאירו בנכסי אביהם בני חורין ורוצים לסלקו בקרקע שלהם נתבאר בסי' ק"ז דאין יכולים ובמטלטלין יכולים לסלקו ע"ש :

יב זה שאין גובין ממשועבדים כשיש בני חורין זהו דווקא כשהם במקום אחד או בקירוב מקום אבל אם מכר הלוה קרקע שיש לו בעירו ויש לו קרקע רחוק מהעיר או בעיר אחרת בע"ח טורף מהלוקח ואינו יכול לומר הנחתי לך בני חורין כיון שאינו בעירו דהרי גם הלוה עצמו לא היה יכול להגבותו מנכסים שיש לו בריחוק מקום אפילו הם עידית כשיש לו נכסים בקירוב מקום ובזה וודאי דלא יפה כח הלוקח מכח הלוה עצמו דאינו מהיושר שיוציא מנה על מנה בנסיעתו ובהוצאת והכנסת הפירות לביתו משם מיהו הכל לפי ראות עיני הב"ד דאם אין היזק למלוה במה שיגבה בריחוק מקום כגון שיש גם לו שמה נכסים או שארי עניינים באופן שאין היזק להמלוה בזה גובה שם כיון שהם בני חורין ודווקא הלוקח יכול לדחותו בכה"ג אבל הלוה עצמו אינו יכול לדחותו לנכסים שבמקום אחר כשיש לו נכסים בכאן אף כשאין היזק להמלוה בזה דיכול לומר אדעתא דהכי לא הלויתיך ורק בלקוחות תלוי בראיית עיני ב"ד [ככ"ל מלשון רבינו הרמ"ה סעי' י"ח] :

יג כשם שבע"ח גובה מלקוחות כמו כן בשטר מתנה שאם נתן ראובן לשמעון מתנה מאה מנה בשטר בעדים ואח"כ מכר ראובן כל נכסיו גובה שמעון מלקוחות את המאה מנה דאין חילוק בין חוב המתנה לחוב גמור וכן אם ראובן צוה מחמת מיתה לתת מנה לשמעון ומכרו היורשים כל הנכסים ולא מצא שמעון ממה לגבות המנה שלו גובה מהלקוחות ואין היורשים יכולים לומר שנתנו לו כיון ששטר הצוואה יוצא מת"י וגם לא חיישינן לקנוניא שכבר שלמו לו ועתה עושים ביחד קנוניא על הלקוחות דכל שיש שטר בידו אין ביכולת להטיל ריעותא בהשטר ונשבע ונוטל כדין הבא ליפרע מלקוחות אמנם אם השטר היא רק כצוואה בעלמא ביכולתם לומר שפרוע הוא כמו שיתבאר בסי' רנ"ג אבל אם הצוואה היא שטר גמור שמסר המצוה בחייו אין נאמנים לומר פרענו ויתבאר בסי' רנ"ה בס"ד :

יד הניחו הלקוחות בני חורין ביד הלוה ונתקלקלו טורף הבע"ח מלקוחות דהשיעבוד שלו הוא על כל הנכסים ואם נתקלקלו מחמתו כגון שסילק שיעבודו מהם וקבל בקניין שלא יגבה מהם אינו יכול לטרוף מלקוחות

מלקוחות ואיהו דאפסיד אנפשיה וכן כל כיוצא בזה וכן אם לא נתקלקלו אלא שעתה אין ביכולתו לטרוף מהם כגון שנטלו אנס אחד צריך הבע"ח להמתין מפני שמצויים בעלי זרוע ליפול ויגבה חובו ממנה ואם לקחן האנס ע"פ משפט הערכאות גובה מהלקוחות וכן אם לפי הראות לא יהיה ביכולת להוציא מיד האנס גובה מהלקוחות ועוד יראה לי דדווקא באנס ישראל אמרינן דמצויין בעלי זרוע ליפול ולא באנס עכו"ם דכן משמע להדיא בירושלמי פ"ג דנדרים הל' ד' ע"ש וגם בעיקר דין זה חולקים גדולי האחרונים דאיך אפשר לומר להמלוה המתן עד שיפול הבעל זרוע וכ"ש אם הלוה עצמו המיר לעכו"ם באופן שמעתה לא יהיה ביכולת המלוה לגבות מבני הורין שלו בדיניהם הוה כנתקלקלו בידו וטורף מלקוחות וכן י"א דאם מת הלוה והניח יתומים קטנים דצריך המלוה להמתין עד שיגדלו הוה כנתקלקלו וטורף מלקוחות ויש חולקין בזה דהרי הקטנים בני חיובא נינהו אלא דמוכרח להמתין עד שיגדלו והלא הנכסים לא נתקלקלו וכן עיקר [תו"ת] וזה שאמרנו דאם נתקלקלו הבני חורין גובה ממשעבדי אפילו הגיע זמן הפרעון ונתרשל המלוה מלתבוע חובו וליפרע מבני חורין ואחר זמן נתקלקלו הבני חורין גובה ממשעבדי דזה לא מקרי פשיעה דמאין היה לו להעלות על דעתו שיתקלקלו הנכסים :

טו לוה שבא למכור קרקעותיו לעכו"ם או לאלם באופן שאם יצטרך המלוה לטרוף מהם לא יהיה ביכולתו ורוצה המלוה שב"ד יעכבו המכירה מפני שחושש שלא יהיה לו ממה לגבות בהגיע זמנו ליפרע ממנו אין ביכולתו לעכב כמו שאין ביכולתו לעכב שלא ימכור מטלטליו אף שלא יהיה ביכולתו לטרוף אותן מלקוחות והטעם דכיון דעדיין לא הגיע זמן פרעון שטר שלו ביכולת הלוה לעשות כרצונו בנכסיו דיכול לומר בהגיע זמנך אפרע לך ממקום אחר מיהו המוכר לא טוב עשה ועבירה היא בידו שמזיק שיעבודו של חבירו אם אין לו לשלם ממקום אחר ולכן אם באמת נראה לב"ד שלא יהיה מקום ממה לגבות חובו של המלוה אח"כ יכולים לעכב דלא גרע מעיקול שנתבאר בסי' ע"ג ועל הב"ד מוטל לראות שהמלוה לא ינזק :

טז אם יש כאן שנים או שלשה לקוחות שקנו מהלוה כאחד שדות שוות ואין אחד מהם קודם לחבירו ובא בע"ח לטרוף גובה מאיזה מהם שירצה וא"צ ליקח חצי שדה מזה וחצי שדה מזה כמ"ש בסי' ק"ז ביורשים אבל אם היה כאן שדות הרבה וחובו יגיע לכמה שדות ויכול לגבות שדה מכל אחד מהם גובה מכולם ולא מאחד מהם ואם עשה הלוה אחת מהשדות אפותיקי גובה ממנה כל חובו [ע"ז] וכשגובה מאחד אין ללוקח זה שום טענה על השני [ב"י] כיון שהברירה ביד המלוה לגבות שדה שלימה ממי שירצה מזלא דידיה גרם וע' מ"ש בסי' קע"ד סעי' י"ד :

יז אם הלוקח שקנה מהלוה מכרה לאחר והאחר לאחר אפילו עד מאה ובא המלוה לטרוף מהלוקח האחרון אינו יכול לומר למה לא תבעת חובך מהראשון דשמא לא רצה לתבוע עד עתה דלפעמים הלוה אלם או המלוה הוא עשיר ויש לו חובות הרבה ואינו זוכר לכולם עד שיזדמן לידו מיהו בשטר ישן צריך דרישה וחקירה [טור] :

יח לוה שמכר נכסיו וחתם המלוה על שטר המכירה לא הפסיד בשביל זה זכותו כבסי' קמ"ז דאינו יכול לערער ולומר שהשדה שלו כשחתום בעד דבכאן אינו טוען על גוף השדה שהיא שלו אלא שיש לו שיעבוד עליה וסבור היה שהלוה ישלם לו ממקום אחר ואף שאם לפי ההשערה לא היה לו אז ממה לגבות חובו לבד משדה זו מ"מ לא איבד זכותו שנאמר דמחל לו שיעבודו דאין זה הוכחה כלל ואפילו אם יודה שחשב בשעת מעשה נדון חובו יכול לומר שהיה רוצה שזה יקח ושיטרוף ממנו כי הוא נוח לו יותר מהלוה ונקל לו לטרוף ממנו מלטרוף מהלוה וידעתי שזה הלוקח יגבה מעותיו מהלוה [ככ"ל בטעס סטוס"ע בסעי' י"ז] וכן אם ראובן קנה בית משמעון ולוי היה לו שטר שיעבוד על אותו בית ולוי היה במעמד כשקנה ראובן את הבית ולא הוציא שטרו ואף גם ראובן סתר את הבית ובנה בו ומינה את לוי על הבניין ואח"כ הוציא לוי שטרו לא איבד זכותו בשתיקתו כיון דאין לו רק שיעבוד :

יט אם אין להמלוה ממה לגבות מהלוה לבד מנכסים שנתן הלוה לאחד במתנה ע"מ להחזיר אם המתנה קדמה להלואה אם נתנה על זמן ידוע זכה המקבל בהמתנה עד שיגיע זמנה ואח"כ יטרפנה המלוה ואם נתנה לו בסתם במתנה ע"מ להחזיר ולא פירש באיזה זמן יחזירנה לו כשם שהמקבל היה יכול לדחות להלוה לזמן מרובה שיאמר לו בכל פעם שיתבענו להחזירה לו אחזירנה לך לאחר זמן דכיון דלא קבע הזמן הוה כמו שפירש מפירש מתי שתרצה תחזור לי [תו"ת] כמו כן יכול לדחות להמלוה הבא מכחו ורק בזה יכול המלוה לכופו דכשיחזירנה לא יחזיר אלא לו ולא להנותן אם המלוה מתיירא שיהיה קשה לו לגבותה מהלוה ואפילו אם המתנה היא מטלטלין גובה ממנה [כ"ל] ואם ההלואה קדמה להמתנה אזי אם היא קרקע שקנאה קודם שלוה או אפילו אחר שלוה רק שכתב לו דאיקני אין מתנתו כלום דאין לה כח יותר ממתנה גמורה שגובה המלוה ממנה כשאין לו נכסים אחרים להלוה אבל אם היא מטלטלין שאין שיעבודו עליהן דינו כמו קדמה המתנה להלואה דכשיצטרך להחזירה יחזיר לו ולא להנותן וכמ"ש :

כ בסי' קי"ב יתבאר דאין המלוה טורף ממשועבדים

שקנה

שקנה הלוה אחר ההלואה כשלא כתב לו בשטרו דאיקני וזהו רק מלקוחות אבל כשקנה אחר ההלואה ומת גובה המלוה מיורשיו אף כשלא כתב לו דאיקני דיורש דינו כמורישו לכל דבריו ואין זה שינוי רשות ואף ממטלטלים שקנה אח"כ והוריש גובה מהיורש לדידן דגובין מטלטלין מיורשים כמ"ש בסי' ק"ז [כ"ל] ואף שיש חולקים בזה מ"מ כן עיקר לדינא [ס"ך ואחרונים] :

כא ראובן הלוה לשמעון בע"פ ושמעון הלוה ללוי בשטר ומכר לוי כל נכסיו ובא ראובן לטרוף מלקוחות שקנו מלוי מכח השטר שיש לשמעון עליו הדין עמו כיון ששמעון מודה שהוא חייב לו יש לו כל כח שמעון אף שהלואתו לשמעון היא בע"פ והגם ששמעון עצמו היה יכול לטעון לראובן פרעתיך מ"מ אין הלקוחות יכולים לדחותו בטענה זו ולומר ששמעון עשה עמו קנוניא דהרי סוף סוף לשמעון הם מוכרחים לשלם מכח השטר וממילא דכשמודה לראובן חייבים לשלם לראובן וכבר נתבאר זה בסי' פ"ו סעי' י"א :

כב אע"ג דאין המלוה גובה ממטלטלים ומעות שאינם ביד הלוה מ"מ מהלוים של הלוה גובה כגון שלא היה נכסים להלוה רק שטרי חובות על אחרים לא מיבעיא בעודן ביד הלוה דפשיטא שהמלוה שלו גובה מהם אפילו לא שיעבד לו מטלטלי אג"ק וא"צ לעשות לו שום הקנאה בכתיבה ומסירה דהרי גובה מדר' נתן דכמו שהבע"ח של הלוה משועבד להלוה כמו כן משועבד להמלוה שלו אלא אפילו מת הלוה ונפלו השטרות לפני יורשיו גובה מהם ולא מיבעיא אם נעשו השטרות שיש להלוה על בעלי חובותיו קודם שלוה הוא ממלוה שלו אלא אפילו נעשו השטרות אחר שלוה הוא מהמלוה שלו ואפילו גם קנו בעלי חוביו של הלוה נכסים אחר שלוה הלוה מהמלוה הזה ואפילו גם קנו אחר שלוו הם עצמם מהלוה [סמ"ע] גובה המלוה מהם וגם מיורשיהם מדר' נתן ואם מכר הלוה השטרי חובות או נתנם לאחר אחר שלוה הוא ממלוה שלו אם יש בשטר של מלוה שלו שיעבודא דמטלטלי אג"ק גובה מהלקוחות דבשטרות לא עשו תקנת השוק ויש בהם דין קרימה כבקרקע כמ"ש בסי' ס' וכן אם הלוים שלוו מהלוה מכרו שטרותיהם שיש להם על אחרים אחר שלוו הם מהלוה הזה ובעת שלוו היה להם שטרותיהם [סס] אם נכתב בשטר של המלוה שלהם שהוא הלוה ממלוה הזה שיעבודא דמטלטלי אג"ק גובה המלוה הראשון מהלקוחות שלקחו מהלוים השניים אף שבשטר שלו לא נכתב מטלטלי אג"ק [סס] דהמלוה הראשון עומד במקום המלוה השני לכל דבר ונכסיהם של בעלי חוביו של לוה משועבדים למלוה שלו מכחו כיון שהוא קודם למכירה שמכרו ואם יש להלוים השניים קרקע א"צ שיעבוד דמטלטלי אג"ק דהמלוה הראשון מוציאן מדר"נ וכן אם הלקוחות שלקחו השט"ח גבו קרקע בחובם גובה מהם המלוה הראשון [ס"ך] :

כג אם היו ללוה שני מלוים שהלוו לו ובאים באחד לגבות מבעלי חובות שלו אם הלוה הלוה לבעלי חוביו בשטר אחר שלוה הוא משניהם יחלוקו דשיעבוד שניהם חלה ביחד ואפילו כתב להם דאיקני אינו חל שיעבוד הראשון קודם משום דקיי"ל לוה ולוה וקנה דיחלוקו אף כשכתב דאיקני כמ"ש בסי' ק"ד ואף אם גבו מהם קרקע אין להראשון דין קדימה דמיד שהלוה לבעלי חוביו נשתעבדו לשניהם בשוה מדר"נ [סס] רק אם כתב לאחד דאיקני ולאחד לא כתב גובה זה שכתב לו לריעה ראשונה שבשם סעי' י"א [תו"ת] ואם אחד מהם תפס מעות או מטלטלין מבע"ח של הלוה זכה בתפיסתו כמבואר שם דמהני תפיסה במטלטלין לכל הדיעות ע"ש וה"ה אם תפסו מבעלי חוביו דמדר' נתן הם משועבדים להמלוים של המלוה שלהם אבל אם חובותיו של הלוה היה קודם שלוה משניהם אם באו לגבות מהלוים השניים קרקע הראשון קודם כמו אם היו באים לגבות קרקע מהלוה שלהם דכל כח שיש להם על הראשון יש להם על השני מדר"נ דבקרקע יש דין קדימה [ס"ך] אבל אם באו לגבות מעות או מטלטלים יחלוקו ואם חובותיו של הלוה היה אחר שלוה מהראשון וקודם שלוה מהשני אם הגבייה הוא מהלוים השניים מקרקע ולא כתב להראשון דאיקני תלוי בשני הדיעות שבארנו שם ואם כתב לו דאיקני גובה הראשון ואם הגבייה הוא ממעות או ממטלטלין יחלוקו ואם כתב להראשון דאיקני וגם שיעבד לו מטלטלי אג"ק זכה בהם הראשון ואם בעלי חוביו של הלוה שיעבדו לו מטלטלי אג"ק אז דינם כקרקע לכל מה שנתבאר כללו של דבר דכח המלוים שיש להם בלוה שלהם יש להם גם בהלוים שלוו מהלוה שלהם מדר"נ :

כד מעשה היה בראובן שהיה לו שטר על שמעון ונתנו ללוי בכתיבה ומסירה וכשבא לוי לגבותו משמעון הוציא יהודה שטר שהיה לו על ראובן מוקדם מהשטר שהיה לראובן על שמעון ואמר כי השטר שנתן ראובן ללוי הוא ממונו של בעל חובו וזכה בו בדין קדימה ופסק הרא"ש ז"ל שהדין עם יהודה כיון ששטרו מוקדם ושיעבד לו מטלטלי אג"ק וכתב לו דאיקני [סמ"ע] דאין בשטרות משום תקנת השוק ודין זה הוא כעין דין שבסעי' כ"ב :

אין

סימן קיב [אין בע"ח טורף ממשועבדים שקנה הלוה לאחר הלואתו אם לא כתב לו דאיקני ובו ו' סעיפים] :

א אין בע"ח טורף ממשעבדי רק מנכסים שהיה להלוה בעת שלוה ומכרן או נתנן אח"כ אבל נכסים שקנאם אחר שלוה ומכרן או נתנן לא נשתעבדו לבע"ח ואינו גובה אותם מלקוחות ומקבלי מתנה דלא עליהן סמך המלוה דעתו בשעה שהלוהו כיון שלא היו עדיין ביד הלוה ומיהו בעודם ביד הלוה גובה מהם כמו שגובה ממטלטליו ואף מיתומים גובה דכשהנכסים ביד הלוה או יורשיו אין חילוק בין נכסים שהיה לו בעת ההלואה ובין מה שקנה אח"כ ואין המלוה יכול לכופו שישלם לו דווקא מנכסים שהיה לו בעת הלואה אלא מגביהו מאיזה בינונית שירצה הלוה כמ"ש בסי' ק"ב [כ"ל] ואם שיעבד לו בשטרו נכסיו שקנה ושיקנה אז חל השיעבוד גם על מה שיקנה אח"כ ואם קנה אח"כ ומכרו בע"ח גובה ממנו דאף שאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם ושאינו ברשותו מ"מ לשעבדם יכול דאלמוה רבנן לכחו של שיעבוד כדי שלא לנעול דלת בפני לוין [רשב"ס ב"ב קנ"ז.] ודווקא שפירש לו בפירוש אבל לא כתב לו אחריות כלל וקיי"ל אחריות ט"ס הוא לא אמרינן זה אלא בנכסים שהיה לו אז דעלייהו סמיך המלוה ולא בנכסים שיקנה אח"כ וי"א דעל כל מה שראוי להשתעבד אמרינן ט"ס דדעת המלוה על כל אחריות שיכול להיות ואף לפי דיעה זו מ"מ במטלטלין אג"ק אם' שיעבדם ולא כתב דאיקני לא משתעבד כיון דאין שיעבוד על שום מטלטלין כשלא שיעבדן בפירוש [ס"ך] ואף דלדידן אינו גובה מהם אף כששיעבדן בפירוש מפני תקנת השוק כמ"ש בסי' ס' מ"מ נ"מ לעניין שטרות דאין בהם תקנת השוק כמ"ש שם וגם במטלטלין יש נ"מ לעניין מוקדם ומאוחר לדיעה אחת שנתבאר שם דהמוקדם קודם בכה"ג אבל בקרקע להי"א בין שלא כתב אחריות כלל דאמרינן ט"ס הוא ובין שכתב אחריות סתם חל גם על מה שיקנה אח"כ ויש מי שמכריע בדיעות אלו דאם לא דברו כלל מאחריות אין לו אחריות על מה שיקנה ודי לומר טעות סופר על נכסים שהיה לו אבל אם אין ידוע לנו אם התנו אם לא התנו כגון שבא השטר לפנינו ולא נזכר בו אחריות ואמרינן ט"ס הוא דוודאי דברו אלא שהסופר שכח להזכיר בזה האחריות גם על מה שיקנה דאומדן דעתא הוא שהמלוה מזכיר כל מיני אחריות [ס"ך וכ"מ מרשב"ס שם קנ"ח: ד"ס ובנכסים] וכ"ש אם נזכר בהשטר אחריות סתם ולכל הדיעות אם כתב מקצת האחריות בפירוש כגון שכתב שמשעבד לו נכסיו שיש לו ולא כתב דאיקני לא אמרינן בזה ט"ס דאם היה דעתו עליהם היה לו להזכירן בפירוש כמו שהזכיר בפירוש נכסים שקנה כבר [וכ"מ מסגר"א סק"ד, שלכל הדיעות כן הוא. ועיי' סי"א בהרמ"א דיעה אחת היא ודו"ק] :

ב י"א דאף אם כתב לו דאיקני יכול הלוה לחזור בו כל זמן שלא קנה דכמו דמצינו בגמ' למאן דס"ל אדם מקנה דשלב"ל מ"מ קודם שבא לעולם יכול לחזור בו כמו כן לעניין שיעבוד מיהו אם הלוה חוזר בזה יכול המלוה לתבוע מעותיו מהלוה מיד דארעתא דהכי לא הלוהו [תו"ת] ויש חולקין וס"ל דאינו יכול לחזור בו דכיון דאלמוה רבנן לשיעבוד שיחול גם על מה שקניין אינו הל אלמוה ג"כ שלא יוכל לחזור בו [כ"ל] וגדולי האחרונים הכריעו כדיעה זו :

ג כתב רבינו הב"י בסעי' ב' אם לא כתב לו דאיקני ומכר נכסיו אחר שלוה והמלוה בא לטרוף מהלקוחות וטוען שאלו הנכסים היו ביד הלוה ולוקח טוען לאחר שלוה קנה ומכר י"א שעל המלוה להביא ראיה שהיו אלו הנכסים ביד הלוה בשעת הלואה וי"א שאם יש עדים שהלוה קנה קרקע זה ומכרו צריך המלוה להביא עדים שקנאו הלוה קודם שיעבודו אבל אם יש עדים שהלוה היה מוחזק בו ושהיה שלו צריך הלוקח להביא ראיה שקנאו הלוה ואימתי קנאו ואם לאו ב"ד מעמידין אותו ונאמר שהיה שלו ושל אבותיו מעולם עכ"ל וכתב רבינו הרמ"א נראה לי שסברא הראשונה עיקר עכ"ל דכיון דהלוקח הוא עתה מוחזק והמלוה בא להוציא מידו המע"ה ועוד תמהו גדולי האחרונים על הדיעה השנייה דכשיש עדים שהלוה היה מוחזק בו צריך הלוקח להביא ראיה שקנאו ואימתי קנאו למה צריך לברר אימתי הלא כיון שיש עדים שקנאו דיו ועל המלוה להביא ראיה כמו שבעל דיעה זו סוברת דכשיש עדים שקנה צריך המלוה להביא ראיה ויראה לי דה"פ דוודאי אלו העדים המעידים שהלוה היה מוחזק בו מעולם אינם מעידים בבירור שהיא של אבותיו מעולם דא"כ מכחישים להעדים שמביא הלוקח שקנאה ויש להם דין שני כיתי עדים המכחישים זא"ז אלא שמעידים דלפי ידיעתם הקרקע בחזקתו מכבר עד שנראה שהיא שלו מעולם וא"כ אף כשמביא הלוקח עדים שקנאה הלוה אם אין מעידים מפורש שקנה אח"כ קרוב יותר שקנאה קודם דהרי עידי המלוה מעידים שנראה להם שזמן ארוך הוא בידו ולכן בהכרח שיעידו שקנאה אח"כ ועכ"ז אין מכחישים לעידי המלוה דעידי המלוה אינם יודעים בבירור מתי קנאה אלא לפי ראות עיניהם אומרים כן ולפי מה שבארנו אפשר לומר דבל כה"ג גם דיעה הראשונה יודה לזה וצ"ע לדינא דכפי מה שבארנו נלע"ד דהדין כדיעה אחרונה :

וכן

ד וכן בנותן נכסיו במתנה מהיום ולאחר מיתה ויתבאר בסי' רנ"ז שהנותן אוכל הפירות עד יום מותו ולאחר מותו הנכסים להמקבל ולא נודעו הנכסים שהיו לו באותה שעה י"א שעל המקבל מתנה להביא ראיה שהיו אותן נכסים ביד הנותן בשעת המתנה דהיורש הוא וודאי מוחזק והמקבל הוא ספק ויד בעל השטר על התחתונה וי"א שאם לא נודע שקנה נכסים אח"כ הכל הוא בחזקת המקבל מתנה וכתב רבינו הרמ"א שסברא הראשונה עיקר לדינא ולפמ"ש בסעי' הקודם יראה לי דכוונת דיעה האחרונה ג"כ דכיון שלא נודע שקנה נכסים אח"כ הוה כחזקה שמכבר היא בידו דאל"כ היה הדבר ידוע ונהי שכשיש עדים שקנה אח"כ נאמנים מ"מ כל זמן שאין עדים הוה כחזקה ברורה שמכבר הן בידו ובסי' ס' סעי' י"ג בארנו דלא תקשה ממה שנתבאר שם וממה שיתבאר בס"ס ר"ן ע"ש גדע דכשכתב לו דאיקני דחל השיעבוד אף בנכסים הבאים לאחר מכאן חלה ג"כ על נכסים שנפלו לו כשהיה גוסס דאע"ג דאז אין ביכולתו לקנות ולמכור מ"מ שיעבוד חל ואם מכרום יורשיו גובה מלקוחות ויש מי שמסתפק בזה ולענ"ד נראה כמ"ש [ע' תומים ס"ק ג' ורלוי' קלת מתוס' ב"ב קכ"ז: ד"ס בנכסים ודו"ק]:

ה שני מלוים שהוציא כל אחד שטרו ואין כתוב בהם דאיקני או שכתב לשניהם [כ"ל] ואין הנכסים מספיקים לשניהם והמוקדם טוען דכשלוה ממנו כבר קנה נכסים אלו ונשתעבדו לו לבדו והמאוחר טוען שלאחר שלוה משניהם קנאם ומשועבדים לשניהם ואין עדים בדבר י"א שהמוקדם נוטל שלשה חלקים והמאוחר רביע כדין שנים אוחזין בטלית וזה אומר כולה שלי וזה אומר חציה שלי דחולקין בהמחצה כמ"ש בסי' קל"ח אמנם יש מי שאומר דזהו דווקא כשטוענים שמא אבל כשטוענים ברי דיינין בזה דין כל דאלים גבר כבסי' קל"ט [תו"ת] כיון דאינם מוחזקין בה וי"א שאם אין עדים שקנאם מעמידים הנכסים ביד המוקדם משום דאיהו שייך וודאי בהם והמאוחר הוא ספק אם שייך כלל בשיעבודם ואין ספק מוציא מידי וודאי ודין זה כמו יבמה שנשאת להיבם קודם ג' חדשים וילדה לשבעה חדשים והוה הולד ספק אם הוא בן תשעה לראשון או בן שבעה לאחרון ומת אבי היבם והספק מבקש חלק ירושה שאומר שהוא בן המת וקיי"ל דהיבם נוטל הכל מפני שהוא וודאי יורש והספק הוי ספק כמ"ש באהע"ז סי' קס"ג ועוד כיון ששניהם אינם מוחזקים אנו אומרים על הנכסים כאן נמצאו וכאן היו מעולם ואם יש עדים שקנאם אלא שאין יודעים מתי קנאם חולקין החצי שחולקין עליו דכיון שעכ"פ יש עדים שלא היה של הלוה שירש מאבותיו ואצלינו יש ספק על הנכסים אם קודם הלואתו השנייה קנה הנכסים או שעדיין היו אצל המוכרו לו מעמידים הנכסים בחזקת מרא קמא על אותו הזמן [כנלע"ד וסלחרונים טרחו בטעמס] ולכן רבינו הרמ"א לא הכריע בדין זה כמו בדינים הקודמים משום דבכאן אין שניהם מוחזקין [ד"מ וסמ"ע] ואם קנה הנכסים בין הלואתו של ראשון להלואתו של שני אם כתב דאיקני קנה ראשון כמ"ש בסי' ק"ד סעי' י"א ואם לא כתב דאיקני יש בזה שני דיעות ושם בארנו ע"ש:

ו ראובן שלוה בשטר ולא כתב להמלוה דאיקני ומת והיה לו בת וירשתו אם לא נשאת גובה ממנה דרשות יורש לאו כרשות לוקח דמי ואם נשאת אין המלוה גובה מהבעל ממה שהכניסה לו מאותם נכסים בין נכסי צאן ברזל ובין נכסי מלוג [ס"ך] משום דקיי"ל דבעל בנכסי אשתו הוה כלוקח כמ"ש באהע"ז סי' צ"א וכיון שלא כתב דאיקני אינו גובה מלוקח וכן אם נשאת קודם שמת ראובן ואח"כ מת אין המלוה גובה מנכסים אלו [סס] ויש חולקים בזה [פ"ת] ואף לי"א שבס"ם ק"ג גבי שומא דהדרה דס"ל דלא אמרינן שיש להבעל דין לוקח רק לאחר מותה מודו כאן משום דשומא דהדרה אין זה היזק כל כך להבעל לפיכך א] נותנין לו דין לוקח משא"כ כאן דיפסיד לגמרי וי"א דאין זה רק בנכסי צ"ב ולא בנ"מ דבנכסי מלוג לא עשאוהו כלוקח בחייה במקום שיש הפסד לאחרים [סמ"ע וב"ס סס סק"ט] וי"א דהוה ספיקא דדינא ואם תפס המלוה מטלטלין לא מפקינן מיניה [ס"ך ועקלס"ח]:

סימן קיג [אין בע"ח טורף ממטלטלים המשועבדים ובו ג' סעיפים]:

א אין בע"ח טורף מלקוחות אלא מקרקע שמכר הלוה אבל ממטלטלין שמכר או נתן אינו טורף אפילו היו בידו בשעת הלואה ואע"ג דבזמה"ז מטלטלי כמקרקעי גם ביורשים כמ"ש בסי' ק"ז מ"מ בלקוחות לא הוה כקרקע דאין המלוה סומך כל כך עליהם לפי שיכול להבריחן [טור] ואפילו עשאן אפותיקי וסמך עלייהו אינו גובה מהן כמו שיתבאר בסי' קי"ז דאל"כ אין לך אדם שיקנה מטלטלין מחבירו שיחשוש שלא יטרפם בע"ח של המוכר דאין להם קול ולא ידעו להזהר מזה [סמ"ע] ואפילו התרה המלוה בלקוחות שלא יקנום אינו טורף דאינו חל שיעבודו עליהם ולא פלוג רבנן בתקנתם וכן אינו גובה ממקבל מתנה דמתנה כמכר כמ"ש כמה פעמים אבל אם נתנם במתנת שכ"מ המלוה טורף מהם כמו שיתבאר בסי' רנ"ב משום דמתנת שכ"מ אינו חלה עד לאחר מיתה ושיעבודו של המלוה הוא בחיים על הלוה עצמו לפיכך דינו כיורש

וכבר

וכבר נתבאר בסי' ס' דאם שיעבד לו להמלוה בשטרו מטלטלי אג"ק יכול לטרוף מדינא דגמ' המטלטלין מהלקוחות כמו קרקע וזה עדיף מאפותיקי מפורש דעל זה סמך בעל הקרקע ויש לזה קול [סמ"ע] דבאגב קרקע הוה כמו שהקנה לו המטלטלין בקניין גמור [ע' רי"ף פ"ג דב"ב] ואף שכתבנו דלא פלוג רבנן בתקנתם מ"מ באגב קרקע הם כקרקע ממש ומפני שאין בזה קניין גמור ודמי קצת לאסמכתא הצריכו חז"ל שיכתוב בהשטר דלא כאסמכתא ודלא כטופסי דשטרא להודיע שדעתו סומכת עליהם כעל הקרקע ונכתב לשיעבוד גמור [טור] או שיכתוב שמשעבדן לו מעכשיו דאין במעכשיו דין אסמכתא כמ"ש בסי' ר"ז ואף למי שסובר דבמעכשיו לחוד אם אין לזה קניין בב"ד חשוב הוה אסמכתא מ"מ כיון דאין זה אסמכתא גמורה די במעכשיו לחוד [הו"ת] אבל קניין אינו מועיל בזה [נס"מ] ואם ירצה לשעבד גם המטלטלים שיקנה אח"כ צריך לכתוב דאיקני ואז אפילו מכר הקרקעות קודם שיקנה המטלטלין חל השיעבוד עליהן משעת כתיבת השטר כיון שהיה לו קרקע בשעת ההלואה [סמ"ע] אבל בכתיבה מעכשיו אינו מועיל רק למטלטלין שהיו לו בשעת הלואה דאיך שייך מעכשיו על מטלטלים שלא היה לו אז [הו"ת] ויש חולקים בזה [נס"מ] דשיעבוד קילא ממכר כמו שיתבאר בסעי' ג' וכ"מ מלשון הטוש"ע ע"ש:

ב וכבר נתבאר בסי' ס' דבזמה"ז אינו גובה מטלטלין מלקוחות גם בכתיבת אג"ק מפני תקנת השוק וה"ה ממקבלי מתנה דהשוהו למכירה ועכ"ז יש תועלת בכתיבת אג"ק לעניין לגבות מהלוה עצמו דיש בהם דין קדימה להמוקדם כמו בקרקע וכן אם כתב לו דאיקני ואח"כ לוה מאחר וכתב לו ג"כ דאיקני ובשניהם שיעבד להם מטלטלי אג"ק וקדם השני ותפס מטלטלים שקנה קודם שלוה ממנו בא ראשון ומוציא ממנו אף בזמה"ז דאין בזה תקנת השוק כיון דשניהם מלוים הם ולא לוקחים וכ"ש במטלטלין שהיה לו בשעת הלואה דלא מהני תפיסה מהמאוחר אף בדלא כתב דאיקני וכבר נתבאר שם דיש חולקין בזה דלא גרע ממתנה ע"ש:

ג כשמשעבדים מטלטלי אג"ק א"צ שיהיה המטלטלין צבורין בתוך הקרקע דגם במכירה א"צ כמו שיתבאר בסי' ר"ב ואפילו מטלטלי דניידי כמו בעלי חיים ועבדים משתעבדי אף דבמכירה באג"ק אינם נקנים אא"כ הם בתוך הקרקע כמ"ש שם מ"מ בשיעבוד א"צ דכל ששיעבד אג"ק יש לזה קול וחל עליהן השיעבוד [סמ"ע] דבכמה דברים קיל שיעבוד ממכר כמו לעניין דשלב"ל דאינו יכול למכור ולהשתעבד ביכולתו ולכן נתבאר בסעי' א' דיכול לשעבד אף מטלטלים שיקנה דאין זה בא לעולם ופשיטא דאין כאן צבורים ואפילו הקרקע כל שהוא יכול לשעבד הרבה מטלטלין ובזה גם במכר כן כמ"ש שם ואפילו אין ללוה קרקע והמלוה זיכה לו בתוך שדהו באחת מההקנאות שקונים בהם קרקעות או השאילו או השכיר לו קרקע כל שהוא ה"ז מקנה עליו כל מטלטלין שירצה וא"צ לסיים המקום שקנה אגבו המטלטלין כמ"ש שם ואף אם אין גם למלוה קרקע וכתב הקניתי לו ד' אמות בחצירי ואגבן הקניתי לו המטלטלין שפיר דמי ואע"פ שאין אנו יודעים לו קרקע הודאת בע"ד כמאה עדים דמי כשהוא לחובתו ושם יתבאר דין זה דגם במכר מהני וכ"ש בשיעבוד וצריך שיכתוב לו בפירוש שמשעבד לו מטלטלי אג"ק:

סימן קיד [דין בע"ח עם הלוקח ואם יכול לדחותו אצל הלוה ובו ז' סעיפים]:

א מלוה שיודע לקוחות שקנו קרקע מהלוה אחר שהלוהו הולך וטורף מהם בב"ד אבל אם טרף מעצמו שלא בב"ד אינו כלום ומחזיר גם הפירות שאכל מפני שגזל הוא בידו ואפילו בבני חורין הדין כן כמ"ש בסי' ק"ג סעי' ג' ואפילו עבר הזמן או במשכנתא או אפותיקי מפורש דבבני חורין י"א דא"צ ב"ד אבל מלקוחות אינו כלום שלא בב"ד [סמ"ע] ואפילו התנה בשעת הלואה שירד בלי רשות ב"ד דמהלוה עצמו נתבאר שם דיש תנאי שמועיל אבל נגד לקוחות אינו מועיל שום תנאי [כ"ל] וקורעים ב"ד שטר האדרכתא וכותבים לו שטר טירפא וכותבים בו שקרעו האדרכתא כדי שלא ילך לגבות עוד פעם מנכסים אחרים של הלוה וסדרן נתבאר בסי' צ"ח ע"ש:

ב אע"ג שנתבאר שמה דסדר גביית בע"ח הוא שתובע תחלה את הלוה ואח"כ כותבים לו אדרכתא וכשלא נמצאו נכסים בני חורין כותבין טירפא על הלקוחות ומשביעין את המלוה והלוה מ"מ אם אין הלוה לפנינו בעיר וגובין שלא בפניו כמ"ש בסי' ק"ו גובין אף מלקוחות וכשימצא המלוה ללוקח ומברר שטרו המקויים בב"ד כופין את הלוקח לדון עמו ואינו יכול לומר לו לך אצל הלוה וכשיתחייב לך בדין ויכתבו לך טירפא על הלקוחות אז אפרע לך אלא ילך הוא לחפש את הלוה אם ירצה ויזקיקו לבא לדין ומיהו אם הלוה במקום קרוב כגון שאינו רחוק יותר ממהלך יום אחד מודעינן ליה מקודם ואם הלוקח מבקש זמן לחפש אחריו נותנין לו שלשים יום שהוא זמן ב"ד כדי להוציא הדין לאמתו ושלא לבא בעקיפין ודבר זה תלוי בראיית עיני ב"ד דכל זמן ב"ד שנותנים אינו מידת הדין אלא מידת רחמים נהגו חכמים בבעלי דינים שלא לרחוק אותם

אותם הרבה [ככ"ל מ"ש סטוש"ע סעי' ב' דהל"כ קכס מסי' ל"ח וכ"מ בבד"ס ע"ש ודו"ק] :

ג אע"פ שנתבאר בסי' ק"ג סעי' י"ב די"א דשומא לא הדרא ללוקח מ"מ קודם שגבה המלוה את הקרקע יש רשות להלוקח לסלקו למלוה במעות ויישאר לו הקרקע ויחזור ויתבע מהמוכר מה שפרע למלוה בשבילו אם לא שעשה הלוה להמלוה קרקע זו אפותיקי מפורש דא"ל לא יהא לך פרעון אלא מקרקע זו דאז הוי כמכירה ואינו יכול לסלקו ממנה אבל באפותיקי סתם שא"ל אם לא אפרע לך תגבה מקרקע זו יכול לסלקו במעות וכ"ש כשלא עשה אפותיקי כלל ולא עוד אלא אפילו לפעמים כשגבה המלוה הקרקע יכול הלוקח לסלקו במעות כגון אם קנה הלוקח מהלוה שתי שדות זו אחר זו כל אחת במנה והחוב מהמלוה היה מאתים וטרף ממנו במנה שדה שקנה ראשונה וכשבא לטרוף השנייה במנה הנשאר הביא לו הלוקח מאתים זוז וא"ל אם רצונך לקבל השדה הראשונה שגבית במאתים זוז טוב ואם לאו קח מאתים זוז והסתלק גם מן הראשונה הדין עמו דכיון דלהמלוה אין היזק בזה ולהלוקח חביבה השדה אין לך ישר וטוב מזה ואם המלוה נתרצה לקבלה במאתים מ"מ אין הלוקח חוזר על הלוה המוכר רק לגבות ממנו מנה שהרי השדה אינה שוה יותר אלא מכח שחביבה עליו קבלה במאתים [טור] ואף שהציל את המוכר ממנה אין זה רק גרמת טובה וק"ו מגרמא בנזקין שפטור וכ"ש שפטור מלשלם בעד גרמת טובה והלא אין לו שום היזק מזה ולא דמי לשבח שיתבאר בסי' קט"ו [תוס' כתובות נ"ח:] אבל אם לא נתרצה המלוה וקיבל המאתים וודאי דחוזר על המוכר וגובה מאתים [ריטב"א סס] ואין המוכר יכול לומר למה לא הוספת לו איזה סך והיה מקבל והיית מציל אותי עכ"פ באיזה סך שהוא [ככ"ל בכוונתו] וזהו דווקא בלוקח אחד שלקח שני השדות אבל בשני לוקחין אין השני יכול לומר דיקבל שדה שגבה מלוקח ראשון יותר משויו או לסלקו במעות דלאו בע"ד דידיה הוא וכשרצון הלוקח השני בכך יכול קודם גמר ההכרזות לאמר להמלוה אם אין אתה רוצה לקבל שדה זו בכל חובך אעלה את השדה בהכרזה ואקנה אותה בכל דמי חובך וישולם לך החוב בשלימות [תו"ת] וי"א דאף בלוקח אחד אין זה אלא כשעדיין לא ירד המלוה להשדה אבל אם כבר גמרו השומא וההכרזה וההחלטה וההורדה לשדה שוב אין הלוקח יכול לסלקו דשומא לא הדרא בכה"ג ללוקח [סמ"ע ותו"ת] וכן אם ירד לה המלוה בלא הכרזה אלא ע"פ רצון הלוה והלוקח יכול לומר לו כן אבל אם ירד לה ע"פ הכרזה אינו יכול לומר כן [ככ"ל לפרש דברי סר"י סבב"י דהל"כ סיכי מסכחת לס ואולי זסו כוונת רבינו סרמ"א וה"ל למ"ס ססמ"ע סק"ו ודו"ק] :

ד אחר שכותבים הטירפא מורידין שלשה בקיאים לאותה שדה ושמין לו ממנה כשיעור חובו כפי מה שראוי לו מהקרן וחצי השבח כפי מה ששוה עתה ויתבאר זה בסי' קט"ו ומכריזין עליה שלשים יום כדרך שמכריזין על נכסי יתומים שנתבאר בסי' ק"ט ואח"כ משביעין את הלוה כתקנת הגאונים שנתבאר בסי' צ"ט שישבע שאין לו כלום ודווקא אם הלוה בעיר או סמוך לה מהלך יום אחד דאל"כ אין להמתין עליו כמ"ש בסעי' ב' ומשביעין את המלוה בנק"ח שלא נפרע מחוב זה ושלא מחלו ושלא מכרו לאחר דאם מכרו אין הוא הבע"ד אלא הלוקחו ממנו וגם יכלול בשבועתו שאין זה שטר אמנה ואם הוא תוך הזמן טורף בלא שבועה ויש חולקים בזה דלעולם אין טורפין מלקוחות בלא שבועה ולא תקשה לך איך טורפין בתוך הזמן דמיירי כגון שמת הלוה או כשטוען פרעתי דאין תועלת בהמתנה ובסי' ע"ח נתבאר מזה ואחר השבועה מורידין אותו לנכסי הלוקח בשומא כמ"ש בסי' ק"ג וכותבים שטר הורדה ושהכירו שהיא של פלוני הלוה ושקרעו הטירפא כמ"ש בסי' צ"ח :

ה ב"ד ששמו לטורף בנכסי לוקח וטעו אף בכל שהוא מכרן בטל אע"פ שעשו שומא והכרזה דביתומים מכרן קיים כשטעו עד מחצה כמ"ש בסי' ק"ט מ"מ בלקוחות בטל אף בכל שהוא והטעם נתבאר בסי' ק"ג סעי' ז' וי"א דגם בלקוחות דינם כיתומים דב"ד אינם נחשבים לעולם כשלוחים אלא כבעלים כיון שעושים ע"פ ד"ת ודיעה ראשונה ס"ל דרק ביתומים נחשבים כבעלים אבל בלוה עצמו וכ"ש בלקוחות אין דינם אלא כשליח ואחר השומא אם יבא אחד ויעלה אותה במקח והמלוה רוצה ליקח אותה צריך לקבלה באותה עילוי ובאם לאו מוכרים אותה להמעלה והמלוה מקבל המעות וזהו רק עד ההחלטה ביכולת כל אחד להוסיף על השומא אבל אחר שהחליטו ב"ד את השדה להמלוה אין שומעין למי שבא להוסיף על השומא דאם נאמר שביכולת להוסיף אין לדבר סוף [כ"ל] ואם לא נמצא מי שמוסיף על השומא יקבלה המלוה כפי השומא ויראה לי דכשהמלוה מקבלה כפי העילוי שהעלה האחר מ"מ להלוקח א"צ הלוה לשלם רק כפי השומא ולא כפי העילוי דאין זה שבח דהא באמת אינה שוה יותר וזה שהעלה הוא רק מפני חביבותה עליו והרי זה כמ"ש בסעי' ג' וכן מתבאר מהטור שכתב דהשומא היא לתועלת הלוה אם ימצא מי שיתן יותר הרי טוב וכו' ואל"כ איזה תועלת היא להלוה [ואף סיס לדחות מ"מ משמע כן ודו"ק] :

ו כתב רבינו הב"י בסעי' ו' אם בע"ח ולוקח באים להוסיף כל אחד על חבירו נותנים השדה לאותו שמוסיף יותר אם התוספת הוא עד כנגד כל דמי החוב אבל אם הלוקח רוצה להוסיף מעט על שומת ב"ד ולא יהיה כל החוב פרוע אין שומעין לו עכ"ל וכ"כ הטור בשם הרא"ש וגדולי אחרונים הקשו על זה דמבואר

דמבואר מדבריהם דאין שומעין להלוקח אם רוצה להוסיף מעט על השומא שישאר בידו ומוסרין אותה להמלוה הלא קודם הורדת המלוה להשדה יכול הלוקח לסלקו וכ"ש רבינו הב"י דס"ל שומא הדרא גם ללוקח כמ"ש בסי' ק"ג הרי אפילו אח"כ יכול לסלקו וכ"ש קודם שירד המלוה לתוכה [ב"ח או"ת] וע"ק מה לנו להכנים עצמינו בזה הלא להלוה אין נ"מ בזה והנ"מ הוא בין המלוה והלוקח ומה איכפת לנו בזה ונ"ל לבאר דברי רבותינו דאין כוונתם דמוציאין השדה מהלוקח אלא דה"ק דכפי מ"ש בסעי' ג' יכול הלוקח להכריח להמלוה שיקבל השדה בכל חובו אף שאינה שוה כל כך ומשתכר הלוה מזה והטעם דכיון שנותן הברירה להמלוה שביכולתו לקבל חובו במזומן בשלימות יכול גם להכריחו לקבל השדה בכל חובו אם רצונו בה דווקא וכן יתבאר בסעי' ז' דגם המלוה יכול להכריח להלוקח שאם רצונו לעמוד בקנייתו ישלם לו כל חובו ובאם לאו מקבלה המלוה בכל חובו ומשתכר הלוה מזה ואף כשתהיה חביבה לשלם בעדה כל החוב מ"מ לא יחזור על הלוה אלא כפי שומתה כיון שהמלוה נותן לו הברירה שהוא מקבלה בעד כל החוב אין ביכולתו להפסיד להלוה ואף שיכול להיות דכשהמלוה מכריח להלוקח הוא מפני שיודע שאין רצון הלוקח להוציא השדה מידו ולכן אומר לו כן ובאמת אין רצון המלוה כלל לעכבה לעצמו בבכל החוב ולפ"ז הוה הלוקח כאנום ולמה הרשהו חז"ל לומר לו כן וכן כשהלוקח מכריח את המלוה בכה"ג אולי המלוה הוא כאנום האמנם מפני טובתו של הלוה שיפטר מכל החוב הרשום חז"ל לומר כן וכ"ז הוא כשמדברים לפטור את הלוה מכל החוב שדורשים טובת הלוה אבל כשאין כוונתם לדרוש טובת הלוה בזה כגון שהלוקח אינו רוצה לפטור להלוה מכל החוב אלא שמעלה את השדה יותר משומתה והוא באמת א"צ להעלותה כי בלא העלאתו אם רצונו לעכבה הלא ביכולתו לעכבה ולכן חשדינן ליה שרצונו רק להרע להמלוה שמפני שיודע שהמלוה חפץ בה לכן מעלה אותה בשומא וחושב בלבו שאם אפילו לא יקבלה המלוה ויבקש ממני המעות כפי העילוי הלא אחזור על הלוה ולכן אין שומעין לו בזה אלא אומרים לו שאין ביכולתך להפסיד להמלוה ע"י עילויך וגם אתה אם רצונך לעכבה לא תעכבה רק בכדי שומתה אמנם אם לקחה בלא אחריות יכול לומר כן כיון שאין לו על מי לחזור אבל באחריות הלא חוזר על הלוה דהרי חייב עוד יותר להמלוה וזהו הנ"מ בין עילוי איש אחר לעילוי הלוקח דבאיש אחר מוכרח המלוה לקבל עילויו דוודאי אין במה לחשוד את האחר ובעילוי הלוקח חשדינן ליה כמ"ש [ומ"ש הטור אבל אם הלוקח וכו' כדי שתשאר בידו וכו' ר"ל שכדאי לו להעלותה אף כשתשאר בידו ולא יפיק רצונו להרע להמלוה ולפמ"ש הגר"א ס"ק כ"א דס"ל דאין הלוקח יכול לסלקו לבע"ח מהקרקע אם לא יפרע לו כל חובו א"ש בפשיטות אמנם עיקר הדבר לע"ג ודו"ק] :

ז כתב רבינו הב"י אם המלוה אומר אקבל הקרקע בכל חובי בלא שומת ב"ד והלוקח אומר לא כי אלא ישומו אותה ב"ד ואני אתן כפי שומתן אין שומעין ללוקח עכ"ל וביאור דבריו כמ"ש בסעי' הקודם דכמו שיכול הלוקח להכריח להמלוה לקבלה בעד כל חובו כמו כן להיפך כיון שזהו טובת הלוה ודע דכל הדינים שיש להלוה עם הלקוחות יש ג"כ להלוקח שטרפו ממנו כשבא לטרוף מלקוחות שקנו אחריו :

סימן קטו [דין הפירות והשבח בטוסף מלקוחות ויתומים ובו ט"ו סעיפים] :

א אמרו רבותינו ז"ל דבע"ח גובה את השבח וביאור הדברים כשטורף המלוה מהלוקח נכסים שקנה מהלוה טורף ג"כ השבח שהשביחו הנכסים בעת שהיו ביד הלוקח אם חובו עולה גם נגד השבח ובין שבח ששבחו הנכסים מאליהם כגון שעלו בה אילנות או נתיקרה וכה"ג ובין שבח שהשביחו מחמת הוצאה שהלוקח הוציא הוצאות להשביחם והלוקח חוזר וטורף הכל מהמוכר כשתשיג ידו דכן כותב המוכר להלוקח בשטר המכירה שישלם לו גם השבח כשיטרפוה ממנו ולמה עשו כן והלא עתה אין לו להמוכר נכסים אחרים דאם היה לו לא היה הבע"ח גובה מלקוחות ולמה נפסיד להלוקח גם בהשבח כדי שלא לנעול דלת בפני לוין ולכן אלמוה רבנן לשיעבודו שלא יפסיד כלל מקרקעו המשועבדת כשמכרה הלוה וכמו שאם היתה ביד הלוה היה גובה כל השבח ולכן הלוקח שנכנס בגבולו וקנה שיעבודו ירד לכתחלה על דעת כן [רא"ש] וכיון דחשבינן את השבח כאלו נעשה אצל הלוה אחר ההלואה ומכרו ללוקח לכן אין בע"ח טורף שבח רק כשכתב לו דאיקני וי"א דטורף אף בלא כתיבת דאיקני דמסתמא היה דעתם בשעת הלואה לטרוף שבח [או"ת] ויש מי שמכריע בזה דבשבח דממילא א"צ דאיקני ושבח שמחמת הוצאה אינו טורף בלא דאיקני [ש"ך סק"ס] ולי"א שנתבאר בריש סי' קי"ב דאף בדאיקני אמרינן אחריות ט"ס וודאי דטורף השבח בכל עניין אבל כשכתב מפורש בשטר שאינו משעבד לו נכסים שיקנה אינו טורף שום שבח לכל הדיעות [נ"ל] ובשבח מחמת יוקר יתבאר בסי' קט"ז דאם כל השדות נתייקרו אפשר שאין זה בגדר שבח ע"ש :

ב כבר נתבאר דכשם שהמלוה טורף מלקוחות כמו כן הלוקח שטרפו ממנו חוזר וטורף מלקוחות שקנו אחריו

אחריו מהלוה וכיון שבארנו דהשבח חשבינן כאלו נעשה אצל הלוה אחר ההלואה ומכרו ללוקח ונעשה השבח אחר המכירה נמצא דהמלוה והלוקח הם כשני בע"ח לעניין השבח דהוה כלוה ולוה ואח"כ קנה דיחלוקו לפיכך אינו טורף הבע"ח רק את חצי השבח והחצי השני נשאר ביד הלוקח וחשבינן ליה כאלו הוא ג"כ טורף בעד שדהו שטרפוה ממנו אמנם דעת הרמב"ם ז"ל [פכ"א ממלוה] דזהו רק לעניין שבח שמחמת הוצאה אפילו בהשבח היתר על היציאה אבל בשבח שמחמת עצמן שייך כל השבח להמלוה ואפילו לא כתב לו דאיקני שייך לו כל השבח הזה [ס"ך] דזה השבח הוא בכלל גוף השדה ששיעבדה להמלוה כיון דעצם השדה נשתבחה אבל הרבה מרבותינו חולקים עליו וכן דעת רבינו הרמ"א בסעי' א' דאין חילוק בין שבח דהוצאה לשבח דממילא אבל גדולי האחרונים הכריעו כדעת הרמב"ם [ס"ך ואו"ת] ודווקא בשבח שלא נשתנה הקרקע לגמרי מכפי מה שהיה כגון שהדקלים נתעבו ונשתבחו או הקרקע נשתבחה בשומן וכיוצא בזה דזהו כיוקרא אבל אם נשתנית לגמרי ע"י השבח דמחמת עצמה כגון שעלה בהקרקע אילנות שלא היה כלל או נמשך לה מים וכיוצא בזה או שלקחה בלא פירות ועתה גדלו הפירות הוה כשבח שע"י הוצאה [סס] ולפ"ז אפשר לומר דלא פליגי הפוסקים על הרמב"ם [והטור וסמ"ע לא כתבו כן]:

ג אם המוכר כתב להלוקח שלא יגבה מנכסים שיקנה אח"כ אין להלוקח כלום בהשבח וגובה המלוה כל השבח גם שמחמת הוצאה אבל אם לא כתב לו שלא יגבה מנכסים שיקנה מעכב לעצמו חצי השבח אפילו למי שסובר דבדאיקני לא אמרינן אחריות ט"ס הוא דכיון שהוא מוחזק בו מעכבו [סמ"ע] ובזה יפה כחו מכח המלוה שבא להוציא מהלוקח ויש חולקין בזה [ב"ח וס"ך] וס"ל דדינו של לוקח כדין המלוה שנתבאר בסעי' א':

ד י"א דכשטורף המלוה חצי השבח שמחמת הוצאה צריך לנכות להלוקח חצי הוצאה שעלתה לו על השבח ולכן אינו גובה רק חצי השבח היתר על ההוצאה והטעם דהא הלוקח ירד להשדה ברשות דהרי בהיתר קנאה מהלוה וא"כ לא גרע דינו עכ"פ מיורד לתוך שדה חבירו שלא ברשות שיתבאר בסי' שע"ה דאם היה שבח יתר על ההוצאה דנוטל הוצאותיו ויש חולקין בזה וס"ל דאין הבע"ח נותן לו כלום על ההוצאה אחרי שחובו עולה גם נגד השבח ולא דמי ליורד שלא ברשות דירד לקבל ההוצאה מבעל הקרקע אבל הלוקח הלא ירד לקבל הכל מהמוכר כשיטרפוה ממנו ועוד דאם נדמה לשם יהא דינו כיורד ברשות ולא יגיע להמלוה שום שבח כמ"ש שם ולדיעה זו הסכימו האחרונים וכן עיקר:

ה כיון שנתבאר שהשבח הוא כנכסים שקנה הלוה לכן אינו גובה המלוה אלא בשבח ששבחו הנכסים בעוד המוכר חי אבל אם שבחו הנכסים לאחר מיתת המוכר אין לבע"ח בו כלום ונשאר כולו ללוקח דלאחר מיתתו הנכסים שנקנו אין לו שייכות בהם ואיך יגבה המלוה הבא מכחו וזהו בשבח שמחמת הוצאה אבל בשבח דממילא תלוי במחלוקת הרמב"ם והחולקים עליו שנתבאר בסעי' ב' דלדעת הרמב"ם משבח דממילא גובה בכל עניין [או"ת] ואף שיש מי שחולק דגובה גם בשבח שמחמת הוצאה בכל עניין וטעמו דהא השבח באמת לא קנאו המוכר אלא דאמרינן כיון דבקרקע שלו נעשה ה"ל כאלו קנאו וא"כ אין חילוק בין שהמוכר חי או מת [ס"ך] מ"מ העיקר כדיעה ראשונה [או"ת]:

ו כשחוזר הלוקח על המוכר לגבות ממנו מה שנטל ממנו הבע"ח גובה הקרן שלו גם ממשועבדים ממה שמכר או נתן אחר שמכר לו השדה ושמא תאמר כיון שיש להמוכר עוד משועבדים למה גבה המלוה מהלוקח ידחיהו אצל המשועבדים המאוחרים דיכול להיות דאלו הנכסים הם בריחוק מקום דלא היה יכול לדחותו לגבות מהם כמ"ש בסי' קי"א [סמ"ע] ועוד יכול להיות שבאמת בעת שגבה המלוה מהלוקח לא היה להמוכר נכסים אחרים רק אח"כ הרויח וקנה ומכר אבל השבח שטרף ממנו המלוה אינו גובה הלוקח מהמוכר אלא מבני חורין ודבר זה תקנת חכמים הוא דמפני שאין קול להשבח שהשביח מפני שאין על זה שטר אין הלקוחות יודעים להזהר מזה [סמ"ע] והוה כמלוה ע"פ [וא"ש קושית הס"ך סקי"א וכ"כ תוס' בב"מ י"ד: ולטעם כתובין א"ש כמ"ש בסקט"ו ואף לטעם קטובין אינו ברור ודו"ק] ואם קנו מהמוכר בעת המכירה על השבח טורף גם השבח ממשועבדים דקניין הוא כשטר כמ"ש בסי' ל"ט [או"ת] ואע"ג דהיה לו להלוקח לנכות מגביית משועבדים שיעור חצי שבח שנשאר אצלו ולא היה לו לגבות ממשועבדים רק הקרן פחות חצי שבח דכל השבח היה לו לגבות מבני חורין אחרים והחצי שבח היה לו לנכות על הקרן דהא חשבינן כאלו הוא ביד הלוה אבל הטעם הוא כיון דמדינא יש לו לגבות גם השבח ממשועבדים ומה שאין גובין הוא מפני תקון העולם מפני שאין לזה קול א"כ יכול הלוקח לומר להלקוחות ממ"נ אם ידעתם מהשבח הלא עליכם לשלם גם השבח ממשועבדים ואם לא ידעתם הלא היה לכם להניח כל הקרן בני חורין וממ"נ מגיע לי כל הקרן ממשועבדים [סס]:

ז אע"פ דשבח גובה המלוה אבל כל הפירות שאכל הלוקח אינם נטרפין ממנו ואפילו לא אכלם אלא שאינם מחוברים עוד לקרקע אינו גובה מהם אבל המחוברים לקרקע אף שאינם צריכים עוד לקרקע כמו

ענבים

ענבים שהגיעו להבצר מ"מ גובה הבע"ח מהם כמו שגובה מן השבח וי"א דבשאינם צריכים לקרקע דינם כתלושין ואין הבע"ח גובה מהם [ס"ך] דפירות אינם כשבח דהרי בארנו הטעם בשבח דהוה כאלו קנהו הלוה אח"כ וקיי"ל בסי' ק"ד בלוה ולוה ואח"כ קנה דאם הקדים המאוחר וגבה מה שגבה גבה וה"נ כיון דבידו של לוקח הם מה שגבה גבה ואפילו אם אינם מונחים ברשות הלוקח או כשכתב להמלוה דאיקני דבזה מה שגבה לא גבה כמ"ש שם מ"מ הרי הפירות מטלטלי נינהו ובע"ח אינו יכול לטרוף ממטלטלי [ס"ך] ואפילו אם שיעבד הלוה מטלטלי אג"ק או להי"א במחוברים כשאינם צריכים לקרקע עכ"ז לא דמי לשבח דבשבח חוזר הלוקח על המוכר שכן כתוב בשטר המכירה כמו שנתבאר אבל פירות לא כתב לו בשטרו ודינו בזה כמו במתנה שיתבאר בסי' זה דאין המלוה גובה ממנו השבח לפי שאין לו על מי לחזור [תו"ת] ועוד דהמלוה לא סמיך דעתיה על הפירות כיון שביכולת לתלשן כשא"צ עוד לקרקע [ס"ך]:

ח כבר נתבאר בסי' קי"ד דכשרוצה הלוקח לסלק להמלוה במעות הרשות בידו אבל אם עשאה אפותיקי מפורש שא"ל לא יהא לך פרעון אלא מזו אינו יכול לסלקו אך הלוה בעצמו יכול לסלקו אפילו במפורש כמו שיתבאר בסי' קי"ז ולכן אם ברצון הלוה לדון עם המלוה ולסלקו במעות הרשות בידו [ס"ך] אבל לעניין פירות אין חילוק וי"א דבאפותיקי מפורש צריך הלוקח להחזיר לו כל הפירות אפילו מה שאכל משום דהוה כמכר [סס] וכן לעניין שבח י"א דבאפותיקי מפורש גובה המלוה כל השבח אפילו לא כתב לו דאיקני ואפילו שבח שמחמת הוצאה ויש חולקין בזה דאין מעלה באפותיקי מפורש רק לעניין שאין הלוקח יכול לסלקו במעות [סס] אבל לא לעניין אחר וי"א דלעולם אין יכול הלוקח לסלק להמלוה במעות אא"כ מסלקו כל חובו אבל כשהשדה אינה שוה כל החוב יכול המלוה לומר אם תפרע לי כל החוב טוב ואם לאו הנני מקבל השדה בבל חובי וכן עיקר לדינא [סס] ואפילו בלא אפותיקי:

ט בע"ח שטרף בחובו מיד הלוקח מה שראוי לו מן הקרן וחצי השבח או כולו כפי מה שנתבאר רואין הנשאר מהקרקע אם יש בו תועלת ללוקח כגון שנשאר לו בשדה בית תשעה קבין שהוא שיעור שדה כמו שיתבאר בסי' קע"א ובגינה בית חצי קב וכן בבתים וחצרות שישאר לו בית או שיעור חצר שיכול לדור בפ"ע כפי ראות עיני ב"ד יחלוקו ואין הלוקח יכול לומר להמלוה תן לי חלקי במעות וגם המלוה אין יכול לכופו שיקבל מעות דכיון דנשאר לו אחר גבייתו אותו השם שהיה להקרקע קודם הגבייה אין האחד יכול לכוף לחבירו בשילום מעות בעד הנשאר אבל אם לא נשאר השיעורים שנתבארו ואלו יחלק לא יהיה שמו הקודם עליו נותן לו המלוה מעות אם ירצה הלוקח וכן אם לא היה דמי החוב רק נגד הקרן ולא נגד השבח או שאינו מגיע לו שבח מדינא ע"פ מה שנתבאר שאז נשאר כל השבח ללוקח נמי דינא הכי ואין הטעם משום גוד או איגוד שהרי לא היו שותפים מעולם וכל הדינים שיתבארו בגוד או איגוד אין כאן ולכן אם המלוה רוצה להניח מחלקו כשיעור הנשאר ושישתמשו בו בשותפות אין יכול הלוקח לכופו ליתן לו מעות [ס"ך] וכ"ש אם רוצה להשלים לו מחלקו עד שיהיה לו כשיעור ולהמתין לו מעותיו שיגיע לו בעד התשלום הרשות בידו [כ"ל] ואם החוב הוא דבר מועט והקרקע המגיע לחובו אין בו שיעור אין מכריחין להמלוה לקבלה אלא משכירין הקרקע לזמן ופורעין לו חובו [ס"ך] ואם הלוקח רוצה להשלים לו מקרקע שלו עד כשיעור וישישלם לו בעד התשלום אם לפי ראות עיני ב"ד אין בזה הפסד להמלוה יכול הלוקח לכופו דאין לך ישר וטוב גדול מזה [כ"ל] ונראה דכל דיני סעי' זה תלוי בראיית עיני ב"ד לפי העניין ולפי מצב הלוקח והמלוה ואם עשה אפותיקי מפורש והלוקח הוציא הוצאות על שבח וחובו אינו אלא כנגד מה שהיה מקודם ולא נגד השבח גובה הבע"ח גם כל השבח אף שיש בה שיעור [כ"ל] רק שנותן ללוקח הוצאותיו ואם ההוצאה מרובה על השבח אין לו הוצאה רק כדי השבח ואם החוב הוא גם נגד השבח אינו נותן לו כלום מההוצאה והלוקח חוזר על המוכר [טור] ולהיש חולקין שבסעי' הקודם אין חילוק בין עשאה אפותיקי או לא [ס"ך]:

י כל הדברים שנתבארו בסי' זה לא נאמרו אלא בלוקח אבל מקבל מתנה ששבחה מחמת הוצאה אין בע"ח גובה משבחה כלום אפילו השבח היתר על ההוצאה [סס] אלא רואים כמה היתה שוה בשעת מתנה וגובה ואל תתמה שמקבל מתנה יפה כחו בזה מלוקח דוודאי כן הוא דהלוקח יש לו על מי לחזור שכך כותב המוכר להלוקח בשטר המכירה אנא איקום ואשקוט ואטהר מכל ערעור זביני דנא ועמליהון ושבחיהון אבל מקבל מתנה שהשביח אין לו על מי לחזור ואיך נפסיד לו עמלו דבשלמא גוף הקרקע שיעבד לו הלוה אבל השבח שהוציא למה נפסידנו לפיכך בשבח שמאליו נעשה גובה את כולה דהרי גם אם היה ביד הנותן היה השבח הזה והרי הוא כגוף השדה וי"א דאפילו שבח דממילא נמי לא טריף אא"כ עשאה אפותיקי ושני דיעות אלו תלוי במחלוקת הרמב"ם והפוסקים שנתבאר בסעי' ב' ולכן העיקר לדינא כמ"ש שם ואם קיבל הנותן אחריות המתנה הרי בע"ח גובה ממנו כמו מלוקח כיון שיש לו על מי לחזור וכן להיפך בלוקח בלא אחריות דינו כמקבל מתנה ואע"ג דבלוקח באחריות בארנו בסעי' ג' דאם לא כתב

כתב דאיקני גובה המלוה הכל ולא חיישינן להפסד הלוקח משום דעכ"פ ביכולתו לגבות מבני חורין כשימצא אצלו לאחר זמן אבל מקבל מתנה אין לו כלל על מי לחזור [סמ"ע]:

יא וכן יתומים שהשביחו הנכסים אין בע"ח גובה מהשבח כלום אפילו השבח היתר על היציאה ואף שיש מי שחולק וס"ל דבמקבל מתנה וביתומים גובה השבח היתר על היציאה אין דבריו מוכרחים [תו"ת] אבל אם שבחו נכסים מאיליהם גובה את השבח כולו ויש חולקין וס"ל דאינו גובה ביתומים אפילו שבחא דממילא כמ"ש במתנה לדיעה זו אא"כ עשאה אפותיקי דאז גובה גם השבח ורבים חולקים על זה דאפילו לדיעה שנתבאר בסעי' ב' ובסעי' הקודם דשבחא דממילא שוה לשבח שע"י הוצאה מ"מ ביתומים שעומדים במקום מורישם ועליהם מוטל לפרוע החוב וודאי דגובה הבע"ח משבחא דממילא וכן עיקר [ס"ך] ודווקא בשבח שעשו בזה אין להבע"ח כלום כיון שאין להם על מי לחזור אבל לא בשבחא דממילא ואם הלוקח השביח הקרקע בעוד שהמוכר היה חי ואח"כ מת ואין ללוקח על מי לחזור עכ"ז כיון דהשבח היה בעת שהיה לו על מי לחזור ה"ל תיכף כקנאה המוכר ולקחה זה ממנו וגובה המלוה אע"ג דיש הפסד ללוקח [תו"ת] דלא פלוג:

יב ביתומים כשעשה אביהם אפותיקי גובה כל השבח ואם החוב עולה כפי הקרן והשבח נוטל השבח שהשביחו היתומים ומשלם להם ההוצאה ובזה יפה ג"כ כח היתומים מכח הלוקח כיון שאין להם על מי לחזור והשדה היא כשלו מכבר מפני האפותיקי לכן צריך לשלם להם עכ"פ ההוצאה כשהשבח יתר על ההוצאה ואם ההוצאה יתירה על השבח אין נוטלים אלא כנגד השבח ואם אביהם השביח נוטל הכל ואין משלם כלום ואם חובו רק כנגד הקרן אם אביהם השביח אין לו רק הקרן ולא השבח ואם יתומים השביחו נוטל כל השבח ומשלם ההוצאה כיון שהוא אפותיקי:

יג בע"ח שבא לטרוף מיתומים שבח שמחמת הוצאה והיתומים אומרים אנו השבחנו ואין לך בהשבח כלום ובע"ח אומר אביכם השביח אפילו כשאומר שמא אביכם השביח על היתומים להביא ראיה דאמרינן כאן נמצא וכאן היה וברשות אב נעשה ועוד כיון דהיתומים מודים ששטרו של הבע"ח הוא אמת וצריך לגבות הקרקע לכ"ע שטר זה כגבוי דמי והקרקע בבחזקת הבע"ח היא והוי כמוחזק [תו"ת] וכן בבע"ח ולוקח שהלוקח אומר אני השבחתי ומגיע לי חצי שבח ובע"ח אומר מוכר השביח וכולה שלי על הלוקח להביא ראיה [סמ"ע] וי"א דאם לא עשאו אפותיקי על הבע"ח להביא ראיה אפילו כשטוען ברי דחשבינן להיתומים כמוחזקים והבא להוציא מהם עליו להביא ראיה דדווקא באפותיקי דהקרקע היא שלו וודאי והיתומים אין ביכולתם לגבות ממנו רק ההוצאה הוה הבע"ח וודאי בהקרקע והיורשים ספק אם מגיע להם בעד ההוצאה ואין ספק מוציא מידי וודאי אבל בלא אפותיקי הם נחשבים כמוחזקים:

יד הביאו היתומים ראיה שהם השביחו שמין להם השבח וההוצאה ונוטלים הפחות שבשניהם כמ"ש בסעי' י"ב ומשלם להם הדמים בד"א כשעשה שדה זו אפותיקי ואין חילוק בין מגיע להבע"ח בעד חובו הקרן והשבח או הקרן לבדו כמ"ש שם אבל אם לא עשאו אפותיקי אם רצו היתומים לסלק לבע"ח בדמים מסלקין אותו ואם רצו נוטלין מהקרקע שיעור שבח שלהם דאין לו בשבח שלהם אפילו מגיע לו גם שיעור השבח וי"א דבאפותיקי גובים היתומים יותר מאם לא עשה אפותיקי דס"ל דהבע"ח גובה אף משבח שהשביחו יתומים ואינו נותן להם ההוצאה כלל משום דהם כרעא דאבוהון ועומדים במקום מורישם ולכן אם חובו עולה נגד הקרן והשבח נוטל הכל בלי תשלומי הוצאות ובעשאה אפותיקי צריך לשלם להם ההוצאות דכשעשאה אפותיקי הוה כיורד לשדה חבירו דמשלם לו היציאה [תוס' ב"מ ט"ו.] והאחרונים הכריעו דלא כדיעה זו:

טו כתב אחד מהגדולים כיון דשבח הוה כמו דאיקני כמ"ש בריש סי' זה לפ"ז כיון שנתבאר באהע"ז סי' ק' דאין כתובת אשה נגבית משבח כמו כן אין מועיל לגבות מנכסים שקנה לאחר זמן ומכרן אף שכתב לה דאיקני וחלקו עליו כל האחרונים דאינו דומה זה לזה ובשבח תקנת חכמים היא שלא לגבות אבל דאיקני מהני גם לכתובה וכן עיקר לדינא:

סימן קטז [כיצד כותבין הטירפא ללוקח ובו ו' סעיפים]:

א לוקח שטרפו ממנו השדה כותבים לו ב"ד טירפא היאך טרפוהו ממנו בשביל חוב של המוכר וחוזר וטורף מהמוכר וכשבא הלוקח לגבות מהמוכר א"צ הרשאה מהמלוה שירשיהו לגבות מהמוכר במקומו בשט"ח שהיה לו עליו או שטר הודאה שטרף ממנו דכיון שיש בידו טירפא מב"ד גובה בה בלבד ונוסח שטר טירפא נתבאר בסי' צ"ח גבי המלוה וה"ה ללוקח דחד דינא אית להו וכל דין שיש למלוה עם הלוקח כן דינו של לוקח שטרף המלוה ממנו ובא הוא לטרוף מלקוחות שקנו אחריו ואי קשיא דא"כ למה גבה המלוה מהלוקח הראשון ולא מהלקוחות המאוחרים כגון שהן בהיחוק מקום ואף אם אין עתה להלוה נכסים כלל לא משועבדים

משועבדים ולא בני חורין מ"מ יקבל הלוקח טירפא מב"ד דלכשיתעשר הלוה יגבה ממנו :

ב וייש דבר שכח הלוקח יפה מכח המלוה דאלו במלוה בע"פ אף שהלוהו בעדים אינו גובה ממשועבדים כמ"ש בסי' ל"ט ואלו בלוקח אפילו לא מכר לו המוכר בשטר אלא בעדים ובלא קניין ואף לא פירש לו אחריות מ"מ כשטורפין מלוקח גובה ממשועבדים והטעם דמי שמוכר שדה מוכר בפירסום כדי שיעלה מקחו אם יהיו לקוחות הרבה ויודעים כולם מזה אבל הלוה מעות לוה בחשאי ובלא שטר או קניין אין קול ולא ידעו הלקוחות להזהר [ב"ב מ"ב.] וי"א דבזה לא אמרינן אחריות ט"ס כבשטר ואם לא קיבל עליו המוכר אחריות בפירוש אינו גובה מלקוחות דשיעבודא דאורייתא לא אמרינן רק בהלואה דעבד לוה לאיש מלוה ולא במכר [ס"ך] וכיון שלא התנה בפירוש לא נשתעבדו נכסיו לעניין שיגבה מלקוחות אמנם כשמכר בשטר דאמרינן ט"ס מפני שברוב שטרות נכתבין אחריות דלא שדי אינש זוזי בכדי אבל זה ששינה מכל הלקוחות שלא דרש שטר מהמוכר יכול להיות שנתרצה בלא אחריות ולכן לא דיבר עם המוכר בזה [נ"ל] ומתנה דינה כהלואה דאם נתן מתנה בעדים בלא שטר אפילו קיבל עליו הנותן אחריות בפירוש אינו טורף מלקוחות דמתנה אין לה קול אלא בשטר ואף כשאמר הנותן להעדים כתבוה בשוקא ותתמוה בברא כמ"ש בסי' רמ"ב מ"מ כל זמן שלא כתבו אין לזה קול [סמ"ע] ובחליפין קרקע בקרקע דינו כמכר ואמרינן בזה אחריות ט"ס לדיעה ראשונה [קצה"ח] :

ג זה שאמרנו דטורף מלקוחות גם כשלא מכר לו בשטר אלא בעדים זהו דווקא כשעידי המכירה מעידים או המוכר עצמו שלא חתמו על שום שטר מזה המכר וגם לא היה שם עדים אחרים כי אם הם דאל"כ יש לחוש שמצניע השטר וטורף עתה בעדים ואח"כ יבא אל ב"ד אחר ויטרוף גם בהשטר או בעדים אחרים שהיו אצל המכירה ואף דיי"ל שאין שום חשש בזה דהרי הב"ד שכותבין הטירפא להבע"ח קורעין את השטר וכל טירפא שאין כתוב בה קרענוהו לשטרא לאו טירפא היא כמבואר בסי' צ"ח בדין אדרכתא וכן הדין בלוקח שגבה המלוה ממנו כמ"ש בסי' קי"ד וא"כ איך יגבה עוד פעם הלא כבר קרעו את השטר [תו"ת] אמנם עכ"ז יש חשש בזה דהא כשבא לגבות מהלוקח קורעין את הטירפא שלו בשעת השומא כמ"ש שם וא"כ ממילא יש חשש שיבא לב"ד אחר ויביא עדים שבב"ד פלוני קרעו טירפתו ולא הספיקו להגבותו מפני איזה סיבה ויכתבו לו הב"ד טירפא אחרת להגבותו מנכסי הלוה שבשם [נס"מ] והגם דחששא קלה היא דממ"נ אם ראו העדים בקריעת הטירפא ראו גם בהגבייה ואף אם לא ראו הלא לא יעידו שלא הגבוהו וממילא שהב"ד האחר לא יאמינו להמלוה במה שיאמר שאותו הב"ד לא הגבו לו מ"מ כשלקח שלא בשטר צריכין אנו לחשוש אף לחששא כל דהוא. ובכה"ג חיישינן לב"ד טוען שלא ידרשו יפה יפה וכשהעדים יעידו שקרעו לזה טירפתו יכתבו לו טירפא אחרת [ככ"ל] וכל זה הוא רק לעניין גבייה מלקוחות אבל לגבות מהמוכר עצמו לא חיישינן לזה וכיתבין ב"ד להלוקח שנטרף ממנו להיות בידו לראיה כדי שיתבע את המוכר שמכר לו ואין לנו לחוש כבלקוחות דאיהו דאפסיד אנפשיה כשמכר בפני כמה כיתי עדים [ב"ח] ועוד דהוא ידקדק שלא יגבה שני פעמים וכן צריכים הב"ד ליזהר שלא יכתבו לו טירפא על הלקוחות אם לא ידעו שהמוכר לא פרע לו אחרי שטרפוה ממנו דבשלמא כשמכר בשטר אין חשש בזה דאם היה פורעו היה מקבל ממנו בחזרה השטר מכירה שלו אבל כשמכר שלא בשטר אולי באמת פרע לו המוכר [נמק"י פ"ג דב"ב] ולכן מוכרח הליקח לברר שלא פרע לו המוכר :

ד אם קנאה בחמש מאות והוקרה ושוה אלף כותבים לו טירפא באלף וכן אם היתה שוה אלף בשעה שלקחה ובשעת טירפא לא היתה שוה אלא ת"ק או שהיתה שוה אלף ולקחה בת"ק בכולם כותבים לו טירפא באלף וכשהיתה שוה אלף ולקחה בת"ק והוזלה ועמדה על ת"ק אינו גובה אלא ת"ק [תו"ת] וי"א דאפילו לקחה באלף כיון שעתה אינה שוה אלא ת"ק אינו גובה אלא ת"ק ולמה ישלם יותר משויה עתה [ס"ך] ומזליה גרם דבשלמא כששוה אלף אף שלקחה בת"ק גובה אלף כיון דעתה שוה אלף והוא לקחה בזול או כשלקחה באלף ולא היתה שוה גם אז אלא ת"ק יכול לומר לדידי שויה אלף דהרי שילמתי אלף בעדה ותן לי אותה או אלף אבל כשלקחה באלף והוזלה למה ישלמו לו אלף הרי הוזלה וכבר הפסיד בה וכתבו האחרונים דזה שנתבאר בנתייקרה כותבין לו טירפא כפי היוקר הפירוש הוא על חצי היוקר לאותה דיעה שנתבאר בסי' הקודם סעי' א' דגם בשבחא דממילא מגיע חצי השבח ללוקח ונתייקרה נתבאר שם דהוי כשבחא דממילא או דמיירי כשעשאה אפותיקי ולי נראה דזה שכתבו הטור והב"י שם דנתייקרה הוי שבח הכוונה הוא כששדה זו נתייקרה מפני איזו סיבה לכן שפיר הוי כשבח דמה לי אם נתייקרה מפני שעלו בה אילנות או מסיבה אחרת אף שלא נשתבחה בגופה אבל כשנתייקרו כל השדות אין זה שבח אלא קרן אלא שעלו המקחים ובזה גובה הבע"ח כולו ולכן לא כתבו בכאן דאינו גובה רק מחצה [ורא' נוב"ק ק"ג.] :

ה יש מי שאומר דכמו שהמוכר בעדים גובה מלקוחות כמו כן אם הלוקח לא פרע להמוכר דמי המכר ואיבד

ואיבד הקרקע שקנה טורף המוכר ממשועבדים של הלוקח אף אם לא כתב לו שטר על המעות דקלא אית ליה [מבי"ט] ויש חולקין בזה דמה שלא פרע אין לזה קול ואדרבא דמן הסתם פרע לו ואם לא כתב לו שטר על המעות דינו כמלוה ע"פ ואינו גובה ממשועבדים ואף מקרקע זו אינו גובה אם מכרה הלוקח [ס"ך] וכן עיקר לדינא :

ו אם הבע"ח טרף מלוקח שלקח בפירוש שלא באחריות ובקש הלוקח מהמלוה שיתן לו כחו מהשט"ח בכתיבה ומסירה כדי שיוכל הוא לתבוע בשט"ח זה מהלוה אם כבר טרף ממנו שוב אינו יכול לעשות לו ממנו לא הרשאה ולא מכר שכבר נמחל שיעבודו של השטר כשטרף מהלוקח וממילא נתבטל השטר אבל קודם שיטרוף בו יכול לפיים להמלוה שיתן לו כחו מהשטר ויתבע בו מהלוה והלוה אין ביכולתו לומר לו גבה מקרקע שמכרתי לך שלא באחריות דאין זה גבייה לגבי עצמו ואח"כ יתן להמלוה מרצונו הקרקע שקנה מהלוה או יתן לו המעות ומ"מ אין ב"ד כותבין לו טירפא על השטר לגבות בו מלקוחות שהרי קנה הקרקע שלא באחריות ויאמרו לו הלקוחות גבה משל עצמך דלגבי לקוחות וודאי דטענה טובה היא ואיהו דאפסיד אנפשיה וכל זה אם רצון המלוה לעשות לו טובה זו אבל אין ביכולת הלוה לכופו ע"י ב"ד שיעשה לו כן ואין זה בגדר כופין על מדת סדום דהרי בזה יהיה היזק להלוה והמלוה איננו ערב בעד קנייתו שלא באחריות שיהא מחוייב לעשות לו שלא יפסיד ועמ"ש בסי' ק"ל :

סימן קיז [דיני אפותיקי ובו ז' סעיפים] :

א שני מיני אפותיקי יש אפותיקי סתם ואפותיקי מפורש ומהו אפותיקי סתם שא"ל או כתב לו אם לא אפרע לך גבה מקרקע זו ומפורש מיקרי שא"ל או כתב לו לא יהא לך פרעון אלא מזה וחלוקי דינים יש בין סתם למפורש דבסתם אם שטפה נהר לשדה האפותיקי ומים צפין על גבה וא"א לחורשה ולזורעה גובה משארי נכסים וטורף מלקוחות מזמן ההלואה ובמפורש אינו גובה משארי נכסים דהיא כשדהו שנשטפה והפסיד חובו וכן אם מכרה לאחר ובא זה הבע"ח לטורפה באפותיקי סתם יכול הלוקח או יורשו לסלקו בדמים ובמפורש אינו יכול כמ"ש בסי' קי"ד אמנם הלוה עצמו יכול לסלקו במעות או במטלטלין גם באפותיקי מפורש אבל בקרקע אחרת אינו יכול לסלקו אפילו באפותיקי סתם דלגבי זה עכ"פ מועיל האפותיקי וי"א דבסתם גם בקרקע אחרת יכול לסלקו והאפותיקי היא בשביל הלוה שלא יהיה ביכולת המלוה לירד לקרקע אחרת עוד יש חילוק דבאפותיקי סתם אם טרפה ממנו בע"ח מוקדם חוזר על הלוה ובמפורש אינו חוזר על הלוה דהוה כשטפה נהר אבל אם נמצאת שאינה שלו בכלל וגזולה היתה בידו חוזר על הלוה אפילו במפורש דטעות מעיקרו הוא שלא היה להלוה שום זכות בשדה זו ומ"מ על לקוחות אינו חוזר דהא לא ידעו מזה ולא היה להם להזהר מלקנות נכסים מהלוה והוה כמלוה ע"פ [כ"ל] וכל דיני אפותיקי שבסי' קט"ו אינם אלא באפותיקי מפורש ולא בסתם אפותיקי ולפ"ז אין באפותיקי סתם שום מעלה כלל בעו' המלוה אלא שלא יוכל לדחותו לקרקע אחרת לדיעה ראשונה ולהלוה יש תועלת שאין ביכולת המלוה לירד לנכסים אחרים וזה שאמרנו דלדיעה ראשונה אין ביכולת הלוה לדחותו לקרקע אחרת יש מי שאומר דזהו דווקא מבינונית לבינונית אבל אם היא עידית יכול הלוה לסלקו לבינונית וכן נגד זה אם היא זיבורית יכול המלוה לגבות מבינונית כדינו [צ"ח] דבכה"ג אין סברא שהמלוה סביר וקביל לבלי לירד לקרקע כדינו ועוד יש חילוק דבאפותיקי סתם כשמכר הלוה שדה זו כשיבא המלוה לגבות לא יטרפנה אם ימצא אצל הלוה בני חורין ובמפורש יטרפנה אם לא שירצה הלוה לפורעו במעות או במטלטלין אבל בקרקע אחרת אינו יכול לסלקו מיהו עד שעת הטירפא מקחו קיים ולדעת הרמב"ם ז"ל באפותיקי מפורש צריך לומר להלוקח בשעת המכירה דמוכר לו ממכר שעה ואם מכרה ממכר עולם אינה מכורה כלל דהיא מכירה בטעות וכל הפוסקים חולקים עליו בזה דהרי ביכולתה להיות ממכר עולם כשירצה לסלק לו במעות או במטלטלים ופשיטא למי שסובר בדעת הרמב"ם דאף באפותיקי מפורש אם מכרה ויש לו קרקע בני חורין אינו גובה ממנה דוודאי יכול להיות ממכר עולם ודע דבאפותיקי מפורש אפילו שיעבד לו בהשטר שארי נכסים מ"מ יש לזה דין אפותיקי מפירש [רסב"ה] ואם שטפה נהר אינו גובה מנכסים אחרים [הו"ת] ואינו מועיל שיעבוד שארי נכסים רק לעניין נמצאת שאינה שלו דטורף מלקוחות משארי נכסים [סס] דלא סילק שיעבודו מהם דהיה להם להלקוחות ליזהר מלקנות כיון שנשתעבדו לו :

ב משכונא שמשכן לו שדהו לאכול פירות בנכייתא וודאי דאין להלוה רשות למוכרה תוך הזמן [רביט ב"י] רק לעניין שיכול לסלקו בנכסים אחרים דינה כאפותיקי ואם משכנה לו סתם דינה כאפותיקי סתם ואם פירש לו לא יהא לך פרעון אלא ממנה דינה כאפותיקי מפורש ובמעות או מטלטלין יכול לסלקו ולדיעה ראשונה שבסעי' הקודם דגם באפותיקי סתם אינו יכול לסלקו בקרקע אחרת אין חילוק במשכנתא

בין

בין סתם למפורש דבשניהם בקרקע אחרת אין יכול לסלקו ובמעות או מטלטלים יכול לסלקו [נ"ל]:

ג במטלטלים אין דין אפותיקי ואינו מועיל כלל אפילו עשאן אפותיקי מפורש ומכרן אין בע"ח גובה ממנו וכך אמרו חז"ל עשה שורו אפותיקי ומכרו אין בע"ח גובה ממנו מפני שאין לזה קול וה"ה אם נתנן במתנה ויש חולקים במתנה והוי ספיקא דדינא [תו"ת] ואפילו עשאן אפותיקי בשטר דמטלטלי לאו בני שטרא נינהו ואין חל שיעבוד עליהן לגבותן מלקוחות ואפילו שיעבדן אגב קרקע אינו גובה לדידן מפני תקנת השוק כמ"ש בסי' ס' ואפילו ידע הלוקח שעשאן אפותיקי ואפילו הוא עצמו היה עד באותה הלואה ואפילו התרה המלוה בהלקוחות שלא יקנום דלא פלוג רבנן ונראה דעכ"פ הלוה איסורא קעביד אם אין לו לשלם בדבר אחר דבשלמא קרקע כשמוכרה יכול המלוה לטורפה אבל במטלטלין הלא מפסידו וגם אם הלוקח ידע מזה אין לו לכתחלה לקנותן דלא גרע מגרמא בנזקין [נ"ל]:

ד וכן לעניין קדימה שנתבאר בסי' ק"ד דבמטלטלין אין דין קדימה אפילו אם עשאן אפותיקי מפורש בשטר לראשון וקדם המאוחר וגבאן זכה ואם באים ביחד לגבות יחלוקו ויש חולקים בזה כמ"ש שם ודווקא שלא שיעבדן אג"ק דאם שיעבדן להראשון אג"ק אזי גם בלא אפותיקי אם קדם המאוחר וגבאן לא זכה ודווקא בלוקח עשו תקנת השוק אבל במלוים לא שייך זה וכבר נתבאר בסי' ס' דיש חולקין וס"ל דגם במאוחר אם גבה גבה ע"ש:

ה עבדים אע"פ שלשיעבוד דינם כמטלטלין מ"מ לעניין אפותיקי הם כקרקע שאם עשה עבדו אפותיקי אפילו בסתם ומכרו ואין להמלוה ממה לגבות בע"ח גובה ממנו מפני שיש לשיעבודו קול ולא היה להלוקח לקנותו ואיהו דאפסיד אנפשיה ואם עשאו אפותיקי מפורש ג"כ דינו כקרקע כמ"ש בסעי' א' ודווקא ע"י אפותיקי אבל בלא אפותיקי אין גובין עבדים מלקוחות דע"י האפותיקי יוצא הקול שעבד זה יוצא מרשות ראובן לרשות שמעון אבל בלא אפותיקי אין כאן קול [סמ"ע] ודווקא כשהיתה ההלואה בשטר דאז יש להמלוה שיעבוד נכסים ונכתב בהשטר מטלטלי אג"ק ואף שלא נזכר העבד גובה ממנו כיון שיש לזה קול אבל כשלא נכתב בשטר שיעבוד מטלטלי אג"ק לא מהני האפותיקי שעשה אותו בע"פ דנהי שיש לזה קול מ"מ הא ליכא שיעבוד בהשטר על מטלטלין ועבד דינו כמטלטלין ואף מיתומים אין לו לגבות לפי דינא דגמ' דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי לבע"ח וכ"ש אם היתה ההלואה בע"פ דאין כאן שיעבוד כלל [מ"מ] ויש חולקין בזה דכיון שעשאו אפותיקי מה לנו לשיעבודו של שטר ולכן אפילו במלוה בע"פ גובה [ב"ח] כשיש עדים שלא פרעו או שהוא תוך זמנו דטעמא דמלוה בע"פ אינו גובה ממשועבדים משום דאין לזה קול וכיון שלזה יש קול מה לי שטר מה לי ע"פ [ע' ס"מ ב"ק י"ח:] מיהו זה וודאי דאם עשה שטר על העבד לבדו דג"כ גובה ממנו דמה לנו לשטר שיעבוד על קרקעות כיון ששיעבדו להעבד בשטר ויש לו קול [כ"מ מרמ"ש סס סי' י"ד]:

ו קיי"ל דשיחרור מפקיע מידי שיעבוד דאם שיעבד העבד לבע"ח ושיחררו להעבד נפקע שיעבודו מפני שחל על העבד קדושת ישראל לפיכך עבד שעשאו רבו אפותיקי ושיחררו אע"פ שכתב לו לא יהא לך פרעון אלא מזה יצא לחירות שהרי אין העבד לגמרי של המלוה ורק שיעבוד יש לו עליו ואם היה הלוה פורע לו במעות או במטלטלין נסתלק שיעבודו של המלוה לפיכך נחשב שהוא עדיין עבדו של הלוה וביכולתו לשחררו והמלוה אינו נפסד בכך דהרי גובה חובו מהלוה מפני שהזיק שיעבודו והמזיק שיעבודו של חבירו חייב לשלם כמו שיתבאר בסי' שפ"ו ואם אין להלוה עתה במה לשלם כופין אותו שיכתוב לו שטר וטורף מלקוחות מזמן זה השטר ולא מזמן ההלואה דהא עד ששיחררו לא היה לו להמלוה שיעבוד על נכסים אחרים של הלוה אמנם בזה יפה כחו של המלוה שגובה גם מעידית כדין מזיק [תו"ת] ויראה לי דאם היה אפותיקי סתם כותב לו שטר מזמן הלואה דלא גרע משטפו נהר שנתבאר דגובה משארי נכסים והרי אם העבד היה מת היה גובה משארי נכסים באפותיקי סתם דזהו כשטפו נהר ולמה יגרע מה שהזיקו בידים אבל באפותיקי מפורש כשמת העבד אינו גובה משארי נכסים אפילו מהלוה עצמו כמו בשטפה נהר שנתבאר בסעי' א' ועוד צוו חז"ל דכופין את המלוה לכתוב להעבד שטר שיחרור ואף שמדינא אינו רבו מ"מ כדי שלא ימצאנו בשוק ויאמר לו עבדי אתה לפי שלדעתו היא עבדו ע"י שיעבודו של הלוה ויוציא לעז על בניו [רש"י גיטין מ"ה.] לפיכך תקנו חכמים שיכתוב לו שטר שיחרור ונתבאר ביו"ד סי' רס"ז ואם היורש של הלוה שיחררו ג"כ חייב לשלם ודווקא באפותיקי סתם אבל במפורש אין היורש יכול לשחררו דמיד כשמת הלוה נעשה עבדו של המלוה דאין היורש יכול לסלקו אפילו בממון כמ"ש בסעי' א' ובמה כחו יפה לשחררו [ע' תו"ת]:

ז וכן קיי"ל דהקדש מפקיע מידי שיעבוד שכשהקדיש נכסים המשועבדים אף באפותיקי מפורש חל עליהם ההקדש מטעם שבארנו בשיחרור ויש מרבותינו שכתבו דזהו רק בקדושת הגוף כגון שעשה לבהמה אפותיקי או שיעבד מטלטלי אג"ק והקדישה למזבח אבל קדושת דמים כגון שהקדיש לבדק הבית אין קדושה זו מוציא מידי שיעבוד כמו בשיחרור דהוי קדושת הגוף שהעבד נכנס גופו לקדושת ישראל ועכ"ז צוו חז"ל גם בקדושת

דמים

דמים כדי שלא יאמרו הקדש יוצא בלא פדיון שיפדנו המלוה בדבר מועט מההקדש ודמי הפדיון יוסיף על החוב ויגבנו מן הלוה וכן כל איסורי הנאה הוה בקדושת הגוף ומפקיע מידי שיעבוד כגון אם עשאה אלילים או שפרס הבגד המשועבד על המת על דעת שיקבר עמו דאסור בהנאה כמ"ש ביו"ד סי' שמ"ט ואין הבע"ח גובה מהם אף באפותיקי מפורש והלוה חוזר ומשלם להמלוה כמו שבארנו בעבד ודעת הרמב"ם ז"ל [פ"ז מערכין] דאפילו קדושת דמים מפקיע מידי שיעבוד ועכ"ז התירו חכמים להמלוה לפדותו בדבר מועט וכן הוא דעת ר"ת ז"ל בס' הישר סי' צ"ה ויראה לי דלכן התירו לפדותו בדבר מועט משום דמן התורה הקדש שוה מנה שחללו על ש"פ מחולל ולכן מפני פסידא דמלוה התירו לו לכתחלה לעשות כן [ועמ"ש סס בחיבוריגו אור ליטריס] ובזמה"ז ליכא דין הקדש כלל דהקדש לעניים ולצדקה ולבהכ"נ ולס"ת דינם כהדיוט וא"צ שום פדיון [מבי"ט] ונתבאר בסי' צ"ה ואם עכ"ז אחד בזמה"ז שהקדיש או החרים לבדק הבית שיעבודו של חבירו צריך המלוה לפדותו בדבר מועט [כ"ל] וגם בלא שיעבוד הדין כן כמ"ש הרמב"ם פ"ח מערכין וכמו פדיון נטע רבעי בזהמ"ז שנתבאר ביו"ד סי' רצ"ד ועוד דבר אחד יש גם בזמה"ז דהוה כקדושת הגוף וכך אמרו חז"ל [כתובות נ"ט:] קונמות קדושת הגוף נינהו ונתבאר ביו"ד סי' רט"ז דמי שאסר נכסיו על חבירו בקונם אסור בהן בהנאה ואמרו חז"ל דקונמות מפקיע ג"כ מידי שיעבוד ואינו מפקיע אלא קונם כללי שאסרן על כל העולם וגם על עצמו דדומיא דקדושת הגוף אבל בקונם פרטי שאסרם רק על המלוה בלבד שאמר נכסי קונם עליך אינו מפקיע מידי שיעבוד דבזה אלמוהו רבנן לשיעבודיה דאל"כ כל אחד יפקיע שיעבודו ע"י קונם כזה אבל כשיאסרם על כל העולם ועל עצמו ג"כ אי בתבריכין למת אין לחוש שכל אחד יעשה כן כיון שלא יגיע לו הנאה מזה וי"א דגם קונם פרטי מפקיע מידי שיעבוד ורק בשיעבוד אשה לבעלה אלמוהו רבנן לשיעבודיה כמ"ש באה"ע סי' פ"א אבל לא בשארי דברים ועכ"ז לתקנת המלוה מנדין להלוה עד שישאל על נדרו [סמ"ע] :

סימן קיח [מלוה שסילק שיעבודיה מלוקח אחד ובו ד' סעיפים] :

א המלוה שסילק עצמו משיעבודו של לוקח אינו יכול לטרוף ממנו וכיצד הוא הסילוק שיקנו מידו שסילק א"ע משיעבוד וזכות שיש לו בשדה זו אבל אם אמר או כתב דין ודברים אין לי עמך על שדה זו אין זה כלום ואפילו קנו מידו על דין ודברים אינו כלום דמדין ודברים סילק עצמו ולא מהשיעבוד [סמ"ע סי' ל"ז סק"ז וע' רפ"ע דכתובות ובהג"ה סס] ולוה שמכר נכסיו לשנים זה אחר זה וכתב בע"ח ללוקח שני דין ודברים אין לי עמך וקנו מידו על סילוק השיעבוד אינו יכול לטרוף מלוקח ראשון שהרי אומר לו הנחתי לך מקום לגבות אצל בעל חובך מהנכסים שקנה השני אחרי ואתה שסילקת עצמך מהם הפסדת לעצמך וה"ה בכתובת אשה כשהבעל מכר שתי שדות לשני בני אדם זא"ז אם כתבה ללוקח שני אבדה כתובתה ויש חולקים בכתובה ונתבאר באהע"ז סי' ק' וכן אם שיעבד להמלוה שדה באפותיקי מפורש שנתבאר בסי' הקודם ומכרה ואח"כ מכר עוד שדה וכתב המלוה להראשון שמסלק שיעבודו ממנה אינו יכול לטרוף גם מלוקח השני כי יאמר לו כיון שלא היה לך רשות לטרוף משדה אחרת לא לקחתי שיעבודך [ט"ז] אבל באפותיקי סתם וכ"ש בלא אפותיקי כלל אם כתב להראשון טורף מהשני דגם בלא כתיבתו טורף מהמאוחר וזה שאמרנו שכשכתב לשני אינו יכול לגבות מהראשון אפילו אם היא עתה ביד אחר שמכרה הראשון לאחר לא חשבינן ליה כלוקח מאוחר מהשני דכל זכות שיש לראשון יש ג"כ למי שלקחה ממנו ואין טורפין ממנו כמו שלא היה ביכולת לטורפה ממי שמכרה לו :

ב זה שאמרנו שאינו יכול לטרוף מהראשון זהו דווקא כשחובו הוא רק כנגד שדה אחת אבל כשחובו עולה כנגד שתי השדות גובה מהראשון אף שכתב להשני דהרי אף אם היה טורף מהשני היה טורף מהראשון ג"כ ומ"מ מוכרחים כולם מדינא לעשות פשרה ביניהם דאל"כ כל אחד לא יעמוד בגבייתו שהרי הלוקח הראשון יוציאנה מהשני כדין לוקח שטורף מלקוחות שקנו אחריו מהלוה וכשיטרפנה הראשון יטרפנה המלוה ממנו כיון שגם היא נגד חובו ולו לא כתב סילוק וכשהמלוה יטרפנה יוציאנה השני מידו דהא כתב לו סילוק וכן יחזרו תמיד זה עם זה ולכן מוכרחים לעשות פשרה ביניהם וכן האשה בכתובתה בכה"ג ואע"ג דכל נטרף יכול לומר לטורפו מה בצע לך בטריפתך הלא פלוני יקח מידך וגם ביד כל אחד לומר הרי בידי לעשות שלא תקח ממני כגון הראשון שרוצה להוציא מהשני יכול השני לומר לו הלא ביכולתי למחול להמלוה סילוקו ויטרפה הוא וכן המלוה כשרוצה לטורפה מהראשון יכול לומר לו אי שתקת שתקת ואם לאו אחזירנה להשני ולא תגבה ממנו וכן יאמר המלוה להשני וסברא כזו אמרינן לעניין בינונית וזיבורית כמו שיתבאר בסי' קי"ט סעי' ז' אמנם זהו רק לעניין הפרש מבינונית לזיבורית אמרינן משא"כ בזה שכולו הפסד לא אמרינן סברא זו שיכול לומר לו לכשתעשה ועתה אגבנה ממך [כנ"ל ומ"ש סטור בס"ס זס הרמב"ס סכוונס סוח מסוס מס מכר רלסון וכו' ודלח כבלס"ג

כבלה"ג סק"ג ות"ס קושית סס"ך סק"ב וגם דקדוק סמ"ז ת"ס ודו"ק] :

ג וכן הדין אם החוב מנה ומכר לשני לקוחות לכל אחד במנה וכתב הבע"ח ללוקח שני שמסלק עצמו ממנו ונמצא השדה שקנה הראשון שאינה של הלוה כלל שהיתה גזולה בידו ובא הנגזל וטרפה מהלוקח דהנגזל א"צ לחזור על הגזלן תחלה כהמלוה על הלוה אלא במקום שמוצא שדהו נוטלה ממנו והלוקח יתבע מהגזלן המוכר כמו שיתבאר בסי' שע"א וטורף הראשון מהשני והבע"ח טורף מהראשון והשני מוציאה מבע"ח ולכן מוכרחים מקודם לעשות פשרה ביניהם וכמ"ש :

ד וכן אם היתה אותה שדה שקנה הראשון אפותיקי לבע"ח אחר מוקדם והבע"ח השני כתב ללוקח השני שמסלק עצמו ממנו בא בעל האפותיקי וטורף מהראשון והראשון טורף מהשני ובע"ח האחר טורף מהראשון ולוקח שני מוציאה מבע"ח וכיון שכן מוכרחים בדין לעשות פשרה ביניהם ולאו דווקא שבעל האפותיקי הוא מוקדם להבע"ח האחר דאף אם האחר הוא מוקדם אינו יכול לגבות מהאפותיקי כיון שבשעת עשיית האפותיקי היה להלוה עוד שדה אחרת ואיהו דאפסיד אנפשיה במה שסילק עצמו ממנה [סמ"ע] ויש חולקים בזה וס"ל דבבע"ח לא אמרינן סברא זו רק בלוקח ואם היה האחר המוקדם היה ביכולתו לגבות מהראשון והראשון מהשני ובעל האפותיקי לא יגבה כלום [תו"ת] :

סימן קיט [המוכר כל שדותיו כיצד תהיה הגבייה ולוה שהתנה לגבות מעידית ובו ח' סעיפים] :

א כבר נתבאר דאין גובין ממשועבדים במקום שיש בני חורין ונתבאר דבע"ח דינו בבינונית ונתבאר דכשיש בני חורין אפילו זיבורית אין גובין את הבינונית מהלקוחות וזהו דווקא בלוקח ראשון שלקח מהלוה דנקראו הנכסים שביד הלוה בני חורין ושביד הלוקח משועבדים אבל לוקח שלקח מלוקח של הלוה אין ללוקח השני נגד הראשון כדין משועבדים נגד בני חורין דהרי שניהם משועבדים הם ורק כח זה יש לו נגד הראשון דבאם שהראשון היה יכול לדחות את הבע"ח משדה זו אל שדה אחרת שבידו ומשני שדות אלו מכר להשני יכול השני לדחותו לבע"ח להאחרת שביד הלוקח ראשון מפני שכל כח שיש להראשון יש גם להשני דהראשון כשמכרה לו מכר לו כל זכות וייפוי כח שהיה לו בשדה זו לפיכך ראובן הלוה שמכר כל שדותיו לשמעון ולא נשאר אצלו בני חורין כלל ומכרן כולן בבת אחת ובהקנאה אחת ואין קדימה לשדה אחת על השנית בהקניין וחזר שמעון ומכר מאלו השדות שדה אחת ללוי והיא בינונית ולא נשאר ביד שמעון בינונית אחרת ובא בע"ח דראובן לגבות אם רצה גובה מהבינונית שביד לוי דהרי גם שמעון לא היה לו כח לרחותו ממנה אם לא שיחזיר הזיבורית להלוה המוכר כמו שיתבאר ולוי אין בידו הזיבורית שיהיה ביכולתו להחזירה להלוה ואם רצה גובה ממה שביד שמעון אפילו לא נשאר בידו רק עידית יכול לגבותה ממנו כי יאמר לו אתה קנית שיעבודיי מהלוה והרחקת ממך הבינונית ומכרתים לאחר ואין רצוני לטפל עמו וממך אגבה ואם יש ביד שמעון עידית וזיבורית אינו יכול לגבות אלא זיבורית דשמעון יכול לומר לו ממ"נ אם אני עומד במקום הלוה בכל השדות לך וגבה הבינונית שביד לוי ואם אין רצונך להטפל עמו ואתה חושב רק מה שבידי ואני עומד במקום הלוה לא תגבה אלא זיבורית כמו אם היה עידית וזיבורית ביד הלוה דאינו גובה מעידית כמ"ש בסי' ק"ב ועוד דיכול לומר לו אחזיר הזיבורית להלוה ובע"כ תגבה ממנה [סמ"ע] :

ב בד"א שביכולתו לגבות גם מלוי כשלקח הבינונית אבל אם לקח עידית או זיבורית אינו יכול לגבות ממנו דהא גם שמעון היה ביכולתו לדחותו מהם והוא יש לו כח שמעון ואם לא היה להלוה רק עידית וזיבורית ומכרם לשמעון ומכר הזיבורית ללוי אם ירצה המלוה יכול לגבות גם מזיבורית שביד לוי דהא בעידית וזיבורית שביד הלוה שיעבודו על הזיבורית כמ"ש ואם היה שניהם ביד שמעון והבע"ת היה רוצה בהזיבורית לא היה הלוקח יכול לדחותו בע"כ אל העידית ולכן גם לוי אינו יכול לדחותו דיש להזיבורית דין בינונית וכן להיפך כשלקח לוי הבינונית אם רק הניח עוד בינונית ביד שמעון אינו יכול לגבות מלוי כיון ששמעון היה יכול לדחותו אצל האחרת :

ג וכל זה הוא כשקנאם שמעון בבת אחת אבל אם קנאם זה אחר זה וקנה זיבורית באחרונה ומכר הבינונית ללוי אינו גובה מלוי כיון דהזיבורית היה בני חורין ביד הלוה בעת שהבינונית נמכרה והיה שמעון יכול לדחותו אצל הזיבורית ולוי קנה הזכות שיש לשמעון אבל אם קנה שמעון העידית באחרונה ומכר ללוי את הבינונית גובה הבע"ח ממי שירצה [עס"ך] :

ד לוה שהתנה עם המלוה שיגבה מעידית שבנכסיו ומכר העידית ושייר לפניו בינונית וזיבורית עכ"ז אין בע"ח טורף מהעידית שמכר כמו בנזקין דדינן מן התורה בעידית ועכ"ז כשמכר העידית אינו גובה אלא מבני חורין אף שהם זיבורית כמו שיתבאר וא"כ לא עדיף התנאי מדין התורה אבל מהלוה טורף מאיזו

בינונית

בינונית שירצה ואף דבלא זה הוה הברירה ביד הלוה ליתן לו מאיזו בינונית שירצה כמ"ש בסי' ק"ב מ"מ כאן שהיה צריך לגבות מן העידית והוא הפסיד לו במכירתו הברירה ביד המלוה לטרוף מאיזו בינונית שרוצה [ס"ך] ולכן טורף מבינונית ולא מזיבורית:

ה מי שהיו לו עידית ובינונית וזיבורית והיו עליו נזקים ובע"ח וכתובת אשה ומכרן לשלשה בני אדם ביום אחד בבת אחת נכנסו כולם תחת הבעלים וגובה הניזק מהעידית והבע"ח מהבינונית והכתובה מזיבורית ואף אם הנזקין שלא בשטר מ"מ גובה מלוקח כיון שיש לנזקין קול דינו כמלוה בשטר וי"א דאינו גובה מלקוחות עד שיעמוד בדין [ס"ך] דאז יצא הקול ולא קודם דמלוה הכתובה בתורה לאו ככתובה בשטר דמיא כמ"ש ביו"ד סי' ש"ה ואם טען כל לוקח לזה שבא לטרוף ממנו אני לקחתי תחלה דהיינו שנמסר לי השטר בבוקר קודם שמטר ללקוחות האחרים ויתבאר בסי' ר"מ דאף כששני שטרי מכר נכתבו ביום אחד ואחד נמסר תחלה נקרא הוא המוקדם יש מי שאומר ששומעין לכל אחד כשטוען כן ברי [סמ"ע] ואינו יכול לגבות כלל מספק דלדברי כל אחד יש להם לגבות מהמאוחרים ולא ממנו וצריך הגובה להביא ראיה בעדים מי הוא המאוחר וי"א דאף כשכל אחד טוען שמא בא לידי תחלה הדין כן דאין ביכולתם להוציא מלקוחות עד שיבררו ממי נצרך לגבות [חו"ת] ודווקא שנכסי לוקח אחד או שנים מספיקין לכל החובות דאל"כ ביכולת כל הבע"ח לכתוב הרשאה לאחד מהם ויגבה מכולם [סמ"ע] כיון שלכולם מגיע כל השדות אלא שמכל אחד יוכלו להדחות וכשיעשו מורשה לאחד יש לו כח כולם ויש מי שחולק על כל זה וס"ל דאין טענת הלקוחות טענה כלל ואף אם האמת כן שנמסר לאחד קודם דכיון שאינו ניכר מתוך השטר שהרי שלשתן קנו ביום אחד ואין כותבין שעות בשטר שיהא ניכר בהשטר למי נמסר קודם לא חל שום קניין מהם עד סוף היום ואז חלו כולם כאחד ואין כאן מוקדם ומאוחר וגובה כל אחד כדינו ואם היו כולם בעלי חובות או כולם בעלי נזקין גובה כל אחד ממי שירצה אם רק שיעבודו על שדה זו כמו הניזק יש לו כח לגבות גם מעידית והבע"ח מבינונית וסברת בעל דיעה זו דאע"ג דקיי"ל דלמי שנמסר תחלה באותו יום נקרא מוקדם מ"מ עשו כן מפני תקנת הבעלי חובות דאל"כ כל אחד יערים למכור נכסיו בזמן אחד זה אחר זה ולא יהיה באפשרי לברר למי נמסר מקודם ויפסידו הבע"ח [רסב"ח] ועוד דקלקלתם תקנתם דכיון דא"א לברר מי הוא המאוחר שיגבו ממנו והמאוחר נגד המוקדם יש לו דין בני חורין נגד משועבדים ה"ל כאישתדיף בני חרי שטורף ממשעבדי דמה לי אם עצם השדה נשתדף או שהבירור נשתדף [ר"ן] וא"כ בדין גובין מכולם [ע' בחו"ת]:

ו מכרן לשלשה זה אחר זה בשלשה ימים או ביום אחד וכתבו השעות בשטר אם אין בהבע"ח דין קדימה שנתחייב לכולם ביום אחד ובשט"ת אין דין קדימה בשעות אף שאחד נמסר תחלה כמ"ש בסי' ק"ד ובאה"ע סי' צ"ו כולם גובין מהאחרון ואם לא הספיק גובין גם משלפניו ואם גם בזה לא הספיק גובין משלפני פניו וכן אף אם היה לבע"ח דין קדימה שנתחייב לאחד מכמה ימים קודם להשני אך שלא היה להלוה נכסים עד שלאחר שנתחייב לכולם קנה אז נכסים וכתב להבע"ח דאיקני וגם להניזק כתב שטר ג"כ הדין כן דשיעבוד כולם בשוה כמ"ש שם ואם היה לו נכסים מקודם ושטרו של אחד מהם קודם לחבירו ובאים לגבות כאחד כל מי ששטרו קודם יגבה מהאחרון תחלה בין אם הוא עידית או בינונית או זיבורית והמאוחר ממנו גובה משלפניו והמאוחר ממנו גובה משלפני פניו ואם הנזקים קודמים ואחריו הבע"ח ואחריו כתובת אשה הנזקים קודמים לגבות מהאחרון אפילו היא זיבורית ובע"ח משלפניו אפילו היא עידית וכתובת אשה משלפני פניו אפילו אם היא עידי עידית ואין הניזק יכול לומר למה הורע כחי שכך הוא הדין מי שקדם שיעבודו צריך לגבות תחלה ואין יכול לגבות אלא מהאחרון דאם בא לגבות משלפניו יאמר לו הנחתי לך מקום לגבות ממנו [טור] לפיכך אם הניזק אין יפיים ללקוחות הראשונים שיניחו לו לגבות מהם אם הבע"ח והאשה יכולים לערער עליו וכן הבע"ח הוא הקודם יכול לפיים לבעלי הבינונית ולבעל העידית אין לו רשות לפיים שאין שיעבודו על עידית ולכן ביכולתם לפיים מפני שבהלקוחות הדבר תלוי דתקנת חכמים שתקנו דאין גובין ממשועבדים במקום בני חורין הוא לטובתם וכיון שהם מוחלין על זה ושיעבוד הניזק הוא על כל הנכסים ביכולת הניזק ליקח ממה שירצה והבע"ח מבינונית כדינם:

ז מכרן לאחד זה אחר זה הרי הלוקח נכנס תחת הבעלים ולוקח כל אחד כדינו בד"א כשלקח עידית באחרונה או שקנאם בבת אחת אבל אם קנה זיבורית באחרונה כולם גובים מהזיבורית אם הם מספיקים לכולם דכיון שהזיבורית היו בני חורין בעת שהעידית והבינונית היו משועבדים אין לגבות רק מהם אבל להיפך כשהעידית לקח באחרונה אין להבע"ח ולהאשה לתבוע העידית משום דהעידית היו בני חורין מפני שיכול הלוקח לאמר להם כיון דהתקנה היתה בעדי אין רצוני בתקנה זו ואם לקח הבינונית באחרונה גובים הניזק והבע"ח מהבינונית והאשה מזיבורית וזהו דעת הרמב"ם ויש מרבותינו שחולקים בזה וס"ל דאפילו קנה העידית באחרונה וכ"ש אם קנאם בבת אחת אין גובים כולם אלא מזיבורית והטעם מפני שביד הלוקח להחזיר ולמכור להמוכר הזיבורית ויהיה הזיבורית בני חורין ובע"ב

ובע"כ יגבו כולם מזיבורית וכיון שיכול לעשות כן אנו רואים כאלו עשה ואע"ג דלפ"ז ביכולת כל לוקח להדחות את הבע"ח מבינונית שיתן במתנה הזיבורית שלו להמוכר ובהכרח יגבה מזיבורית אמנם אין דין זה רק בזיבורית של המוכר עצמו ואם מת המוכר גם דיעה זו ס"ל כהרמב"ם ז"ל משום דליורשים א"א להחזיר להם הזיבורית דא"כ לא יגבו מהם כלל דיתומים שקנו נכסים אין עליהם לפרוע חובות מורישם בנכסי עצמם ולפיכך אין ביד הלוקח לעשות כן ואין גובין מזיבורית אא"כ קנאם הלוקח באחרונה כמ"ש :

ח מכרן לאחד זו אחר זו ומכר לו העידית באחרונה וחזר הלוקח ומכר הזיבורית והבינונית ושייר העידית לפניו כולם גובים מהעידית אם ירצו ואם מכר העידית והניח לפניו הבינונית והזיבורית גובה הבע"ח מהבינונית והאשה מזיבורית אבל הניזק יכול לגבות מהעידית של הלוקח השני והטעם בכל זה הוא ע"פ מ"ש בסעי' א' :

סימן קכ [הזורק חובו סתם או בתורת גיטין וזרקו ונאבד ובו ה' סעיפים] :

א הלוה מעות מחבירו הם באחריותו עד שיפרענו ליד המלוה או שלוחו ואם פרע לאשתו אם היא בת דעת ונושאת ונותנת תוך הבית נפטר הלוה בכך כאלו נתנו להמלוה עצמו ויש חולקין בזה [ס"ך] דדווקא בפקדון נפטר כמו שיתבאר בסי' רצ"א אבל בהלואה שכל הנאה הוא של הלוה לא נפטר בכך עד שיחזירה לידו או לשלוחו כמו בשואל שיתבאר בסי' ש"מ ויראה לי דבהלואה שמגיע טובה גם להמלוה כמו בשטר עיסקא וכיוצא בזה גם לדיעה זו נפטר כשמסר לאשתו של המלוה הנושאת ונותנת בענייני בעלה וכמדומני שהמנהג עתה שמחזירין לאשת המלוה כל מיני הלואות כשהיא עסוקה בעסקי בעלה אם לא שיודע שהבעל מתקוטט עמה או שחושדה למעלמת ממנו דאז לכל הדיעות לא נפטר בהחזירו לה אפילו פקדון מיהו לכתחלה וודאי דיש להחזיר תמיד רק ליד המלוה או לשלוחו ואם החזיר לבנו של המלוה וודאי דלא נפטר אף שהבן סמוך על שולחן אביו והוא גדול אם לא שהבן עם אביו יחד בעסק דאז ידו כיד אביו וכן אם יש להמלוה ממונה על עסקיו וידוע שהממונה נותן מעות של בעה"ב ונוטל מעותיו רשאי גם לכתחלה למסור לו [כ"ל] :

ב ולאו דווקא לידו של המלוה אלא אפילו הניח המעות לפני המלוה בביתו או בחצירו ואפילו זרקם לרשותו לפניו כיון שהמלוה ראה נפטר בכך אבל אם זרקם לפניו ברה"ר [רס"י גיטין ע"ח.] אפילו זרקן קרוב להמלוה ונאבדו המעות חייב הלוה ואפילו א"ל המלוה זרוק לי חובי וזרקו וקודם שקבלן המלוה לידו נאבדו חייב הלוה גם באונסים דמסתמא כיון שאין המלוה עומד ברשות עצמו כשא"ל זרוק היתה כוונתו שיזרקם וישמרם עד שיקבלם אבל אם א"ל זרוק לי חובי והפטר וזרקן אפילו רחוקים המעות מן המלוה ונאבדו קודם שיגיעו לידו פטור שהרי הרשהו בכך ואם פירש לו זרוק לי למקום שאשמרם צריך לזרוק שיהיו קרובים למלוה באופן שיהיה ביכולתו לשומרן [ב"ח] וכל רשות שאינו של מלוה כמו סימטא וצידי רה"ר וחצר שאינו שלו דינו כרה"ר [כ"ל] וכן אם א"ל זרוק לנהר או לשאר מקום האבוד צריך לומר לו והפטר ובלא זה חייב הלוה אבל אם א"ל תן לחש"ו או לעכו"ם אין צריך לומר והפטר [נס"מ] דהא אינו מקום האבוד שנאמר דכוונתו היתה שההפסד יהיה ע"ח הלוה ואין חילוק בכל זה בין מלוה בשטר למלוה בע"פ [סע"מ] :

ג באה"ע סי' קל"ט נתבארו כמה דינים בזריקת גט באיזה אופן מגורשת ולכן אם אמר זרוק לי חובי בתורת גיטין כל הדינים שיש שם בגט נוהג בזה וכל שמתגרשת מדינא נפטר הלוה בזריקה זו כיצד היו המעות קרובות ללוה יותר מלמלוה עדיין הם באחריותו היו קרובות למלוה יותר מללוה נפטר הלוה מחצה על מחצה הרי הם ברשות שניהם ואם אבדו משם או נגנבו משלם הלוה מחצה ולי"א שם אם זרק להוך ד' אמותיו של מלוה פטור דרבנן תקנו לכל אדם ד' אמות בסימטא או בצידי רה"ר ולגבי גט תקנו ד' אמות גם ברה"ר וכיון שאמר בתורת גיטין פטור גם ברה"ר אם היו בתוך ד' אמותיו [תו"ת] ואם זרק חוץ לד"א אם המלוה יכול לשמור המעות ולא הלוה פטור הלוה ואם הלוה יכול לשומרם ולא המלוה חייב הלוה אם נאבדו דברשותו הם ואם שניהם יכולים לשמור בין שכל אחד יכול לשמור ובין שכל אחד לבדו אין ביכולתו לשמור אלא שניהם ביחד הו"ל כמחצה על מחצה ואם נאבדו משלם הלוה מחצה ואם גם שניהם ביחד אינם יכולים לשמור ה"ל כזורק למקום האבוד וחייב הלוה אם נאבדו ובחצר של אחר לא שייך ד' אמות כמו שיתבאר בסי' רמ"ג ואף במקום שיש קניין ד' אמות אם קדם השכנגדו בד' אמות אלו כגון שעמד הלוה בתוך ד"א אלו ובא אח"כ המלוה למקום זה וזרק לו בתוך ד"א אלו הרי הם ברשות הלוה כיון שקדם וכמ"ש באה"ע שם בגט ע"ש :

ד כבר נתבאר בסי' ע"ד שביכולת הלוה להחזיר ההלואה להמלוה ואף כשהמלוה אינו רוצה לקבלם יכול להחזיר לו בע"כ ע"ש ולכן זה שנתבאר דכשזרק ונאבד חייב הלוה זהו דווקא כשלא גלה המלוה דעתו שאינו רוצה לקבלם ולכן חייב הלוה מפני שהמלוה יכול לומר

לומר לו אלו נתתים לי הייתי שומרם אבל אם א"ל הלוה הילך מעותיך ולא רצה לקבלם וזרקם לפניו והוא מקום שהלואה משתלמת שם לפמ"ש שם נפטר הלוה וא"צ להביא המעות לב"ד דפרעון בע"כ הוה פרעון וכשנאבדו פשע המלוה בעצמו וכן אם א"ל הילך מעותיך ולא רצה לקבלם אמר לו הלוה מה אעשה לך הנה מעותיך צרורין בביתי בא וטול מעותיך והמלוה מסרב מלקחתם ונגנבו או נאבדו פטור הלוה אא"כ פשע בהם וע"י הפשיעה נגנבו או נאבדו דהא עכ"פ יש עליו דין ש"ח ואם א"ל מפורש שאין רצונו לשמור פטור אפילו מפשיעה [סמ"ע] וי"א שאפילו לא אמר שאין רצונו לשומרם פטור אפילו מפשיעה דמה לו לעשות כיון שאינו רוצה לקבלם [וכ"מ ממרדכי פ"ז דגיטין] וכן עיקר לדינא [ש"ך] וכללו של דבר דאע"ג דזריקה אינה פוטרת וכן באומר בא וטול מעותיך לא נסתלקה שמירתו מהם וכן היה לו להיות עכ"פ ש"ח כמו שואל אחר זמן שאלתו דיש עליו דין ש"ש כמ"ש בסי' שמ"ג מ"מ כיון שבקשו לקבל מעותיו ולא רצה מה לו לעשות עוד והוכרח לזורקם או לצוררם ולהניחם בביתו והמלוה פשע בעצמו וכיון שא"ל אח"כ הנה מעותיך צרורין בא וטול פטור משא"כ בסי' ע"ד סעי' ה' כשלא א"ל כן חייב ע"ש [ש"ך וזהו כוונת הסמ"ע דהל"כ אין חילוק והש"ך עשאו לתירוץ בפ"ע ודו"ק] אך כשא"ל כן אין לו להשתמש עוד בהמעות [שם]:

ה כתב רבינו הרמ"א ראובן שהיה חייב לשמעון וכשהגיע זמן הפרעון א"ל שמעון שיתעסק בהן למחצית שכר ונאנסו אח"כ ביד הלוה חייב בכל האונסין כמו בתחלה מאחר שהיו תחלה באחריותו ולא נשתנה מכח דיבור בעלמא עכ"ל והוא ממרדכי ס"פ החובל והביא ראיה ממה שאמרו שם דכשבא לידו בתורת שמירה ואח"כ א"ל קרע בגד זה חייב אם לא א"ל ע"מ לפטור ותמיהני דמה ראיה משם דבשם הטעם משום דהוה פטומי מילי בעלמא ומשטה בו [תוס' וכ"י שם] והיתה כוונתו שישלם לו כמו שיתבאר בסי' ש"פ ע"ש [שם בסמ"ע] ואיזה דמיון הוא לדין זה [ורלאיתו מס"פ ספועליס ג"כ תמוה דשם הטעם משום דמתכס ע"מ שכתוב בתורס] ולמה לא ישתנה דינו בדבורו שמחציתו נעשה פקדון והלא השואל כשכלתה שמירתו נשתנה מדין שואל לש"ש אף בלא דיבור וכן לדיעה ראשונה שבסעי' הקודם נשתנה לש"ח וכיוצא בזה הרבה ולענ"ד צ"ע אם חייב באונסין על מחצה הפקדון ואף לדברי רבינו הרמ"א אם א"ל יהיו המעות אצלך בתורת עיסקא הוה כמו שא"ל והפטר על מחצה הפקדון [קלס"ה ומלאתי לסגס"מ בסי' סד"מ שעמד בזס ודבריו אינס מבוררים אללי ול"ע]:

סימן קכא [השולח חובו ע"י שליח ופרטי השליחות ובו כ' סעיפים]:

א שלח לו הלוה חובו ע"י שליח אם א"ל המלוה שלח לי ע"י פלוני ושלח ונאבדו פטור הלוה ואפילו לא א"ל פה אל פה אלא ששלח לו בכתב שלח לי ע"י פלוני ושלחם על ידו ונאבדו פטור והוא שיכיר שהוא כת"י ואף אם לא הכיר ונתן לו והמלוה מודה שהוא כתב ידו פטור [כ"ל] דכיון שעשה הלוה כציווי אין להמלוה עליו עוד שום תביעה ואפילו השליח הוא עכו"ם או חש"ו וא"צ שיאמר שלח והפטר [סמ"ע] דמה לו לפטור אותו אחרי שמצוהו למסור לפלוני מעותיו ואם המלוה כופר שאין זה כתב ידו או שלא צוה יתבאר לפנינו:

ב ולא עוד אלא אפילו לא ייחד לו בכתבו אדם ידוע לשלוח על ידו אלא שכתב לו שלח לי ביד מי שתרצה ושלחם ונאבדו או השליח כפר שלא קבלם כלל פטור אך בכפירת השליח חייב הלוה לישבע היסת שמסרם לו [רמב"ד פ"ב מסלוחין] ועוד יתבאר בזה ודווקא כששלח לו ביד אדם נאמן והדרך טובה שבני אדם רגילים להעביר ממונם בדרך זו אבל אם שלח ע"י אדם שאינו נאמן או שאינו הולך בדרך טובים או הוחזק כפרן או ששלח ע"י עכו"ם חש"ו או ששלח במקום סכנת דרכים שאין הרבים רגילים להעביר שם ממונם הרי פשע בהם וחייב בכל מקרה שיארע ואפילו נאבדו מהשליח שלא מחמת רוע הדרך באופן שאפילו בדרך טובה היה ביכולת להיות סיבה זו ג"כ חייב מפני שתחלת נתינתו היתה בפשיעה וכל שתחלתו בפשיעה אפילו סופה היתה באונס חייב כמו שיתבאר בסי' רצ"א [ש"ך] מפני שעל דעת כן לא הרשהו אא"כ פירש לו שלח לי ע"י פלוני ובדרך פלוני או שכתב לו שלח לי אף ע"י מי שהוחזק כפרן או במקום סכנת דרכים [שם] אבל כשכתב לו שלח לי ע"י מי שתרצה אפילו כתב לו והפטר צריך לשלוח ע"י נאמן ובדרך בטוחה [שם] דלא כיש מי שחולק בזה וכשכתב לו שלח לי ע"י פלוני א"צ לידע באיזה דרך הולך פלוני זה וכן כשכתב לו שלח ביד מי שתרצה ושלח לו ע"י אדם נאמן אם הלך השליח בדרך המסוכן ולא הלך בדרך הבטוחה טענת המלוה עם השליח ולא עם הלוה [סמ"ע] אא"כ נעשו כל הדרכים שעת חירום אחר שכתב לו ושלח דאז חייב הלוה [תו"ת] ואם כתב לו שלח לי ע"י מי שתרצה ויש ממקום הלוה למקום המלוה שני דרכים אחת בטוחה ואחת בחזקת סכנה ומבין שהשליח יצטרך לילך במקום הסכנה מפני איזה טעם ואין לו לשלוח אף ע"י איש נאמן בכה"ג ואם שלח חייב לשלם [שם] ואפילו נאבדו שלא מחמת הסכנה מפני שתחלתו בפשיעה וכמ"ש ואם הלך בדרך הבטוחה

הבטוחה פטור [כ"ל] דהרי לא היה בפשיעה בתחלתו ואם כתב לו שלח לי ע"י המוכ"ז צריך לשלוח ע"י מי שהביא לו הכתב ולא ע"י אחר אבל כשכתב לו שלח לי סתם אין לו ליתן להמביא הכתב אם אינו יודע שהוא נאמן כיון שלא כתב לו שלח לי על ידו או ע"י המוכ"ז ואף אם הוא נאמן אין לו לשלוח על ידו מטעם זה [כ"ל] ואם שלח ע"י הבי דואר פטור דזהו דרך התגרים וכל העולם עושים כן [כ"ל] וכל דינים אלו שייך גם בפקדון וע"י מי שיוכל לשלוח הלואה יוכל לשלוח פקדון ובמקום שחייב בהלואה חייב גם בפקדון ורק באונס פטור בפקדון :

ג אפילו לא אמר המלוה להלוה בעצמו וגם לא כתב לו אלא שאמר להשליח לך ואמור לפלוני הלוה או הנפקד שלי שישלח על ידך מעותי או חפיצי שבידו ותביאם לי וא"ל כן בפני עדים או אפילו לא הזכיר לשון שליחות כלל אלא שאמר לו בפני עדים מעות או חפצים יש לי ביד פלוני לך ואמור לו שדעתך לבא לכאן ואם יתנם לך הביאם לי ונתנם לו הלוה או הנפקד ונאבדו בדרך פטור אבל אם א"ל שלא בפני עדים אף שמודה המלוה שאמר לו כן חייב הלוה והטעם דאע"פ שאין שליחות צריך עדים ולא קניין [רמב"ם פ"ה מסלוחין] מ"מ כיון שלא אמר להלוה בעצמו ולא כתב לו בכתב לא סמכה דעתיה דמלוה שהלוה יעשה כן ולאו שליח גמור הוא וכששלח הלוה על דעתו דנפשיה שלח ובאחריותו הם אבל כשטרח לומר כן בפני עדים אמרינן דשויה שליח גמור ויש חולקים לומר דכשלא הזכיר לשון שליחות אינו כשלוחו ולכן אם א"ל בפני עדים אמור לו שישלח על ידך הוא דהוה שליח אבל אם רק א"ל אמור לו שדעתך לבא לכאן ואם יתנם לך הביאם לי אפילו אמר כן בפני עדים אינו כשלוחו אלא כממציא שליח להלוה דאם ירצה הלוה יכול לעשותו לשליח אבל הוא אינו עושיהו לשליח ולכן אם שלח הלוה על ידו ונאבדו חייב הלוה [רש"ל ע"פ פירש"י ב"ק ק"ד.] וי"א עוד דאפילו א"ל בפני עדים אמור לפלוני שישלח על ידך אינו ג"כ אלא כממציא שליח להלוה ואינו שלוחו שלו עד שיאמר לו בפני העדים הריני עושה אותך שליח לקבל מעותי מפלוני ואמור לו שישלחם על ידך כי עשיתיך שליח בעדים [ש"ך] אבל זהו וודאי גם לדיעה ראשונה כשלא הזכיר כלל שיביאם לו אלא שא"ל יש לי מעות ביד פלוני ואינו שולחם לי אולי אינו מוצא שליח לך והתראה אליו אולי ישלחם על ידך אפילו א"ל כן בפני עדים לא הוה שליח וחייב הלוה באחריותם דאינו אלא כממציא שליח להלוה לאמר לו דאיש נאמן הוא וגם בפקדון הדין כן ואע"ג דכיון שהמלוה מודה שזה האיש נאמן הוא למה לא יוכל הלוה לשלוח על ידו וכ"ש פקדון והרי אין המפקיד יכול לומר איני מאמין לזה מ"מ חייב הנפקד דהמפקיד יכול לומר דכוונתו היתה שהוא מוחזק לנאמן ואם רצונך להאמין לו תאמין ואני איני מחזיקו עדיין לנאמן [סס] ולכן אם המפקיד עצמו רגיל להאמין לאיש זה וודאי דיכול הנפקד לשלוח על ידו ופטור מאחריות הפקדון ובהלואה אינו כן מפני שהלוה מחוייב להעמיד המעות ליד המלוה עצמו או ליד שלוחו וכל זמן שלא עשה כן אפילו מסר לצדיקים והמלוה מאמינם תמיד מ"מ חייב באחריותם ולא דמי לפקדון שהטובה היא של המפקיד משא"כ בהלואה ויראה לי דשני דיעות החולקות שהבאנו יודו בפקדון כיון שאמר הביאם לי עוד נ"ל דבמקום שמועיל אמירתו בפני עדים מועיל נמי אם קיבל בקניין אף בלא עדים דכיון דטרח לעשות קניין סמכה דעתיה כמו שאמר בפני עדים :

ד מכלל הדברים שבארנו למדנו דשליח שעשאו בעדים הוה שליח ולדיעה ראשונה אפילו לא הזכיר לשון שליחות ולדיעה שנייה דווקא כשהזכיר לשון שליחות ולדיעה שלישית דווקא שיאמר לו בפני העדים הריני עושה אותך שליח ושלא בעדים אינו מועיל כלל ולא עוד אלא אפילו מסר לו חותמו לסימן שהוא שלוחו וא"ל מעות יש לי ביד פלוני אמור לו שישלחם לי ואם יתנום לך הביאם לי ותראיהו חותמי לסימן והוא בא אצל הלוה וא"ל פלוני שלחני אליך שתשלח לו מעותיו והילך חותמו לסימן ואפילו עדים מעידים שמסר לו חותמו כיון שאינם מעידים שעשאו לשליח ושלהם לו ונאבדו לא נפטר הלוה אף שהמלוה מודה שא"ל כן ומסר לו חתימתו דגם זה אינו אלא כממציא לו שליח ולא סמכה דעתיה דמלוה שהלוה ימסור לו ע"פ סימן חותמו אא"כ היה המלוה אדם מפורסם שהחותם שלו היא ככתיבת ידו ואם מסר לו חותמו בעדים וא"ל בפני העדים לך והתראה אליו אולי ישלחם על ידך אף שלא אמר לך והביאם לי דבכה"ג חייב הלוה לכל הדיעות כמ"ש בסעי' ג' ובחותם בכה"ג פטור [ג"ל] דזהו כשליח גמור וי"א דאם הודה המלוה שמסר לו החותם ושא"ל לקבל המעות אפילו לא היו עדים בזה נפטר הלוה דהחותם הוה כמו כת"י וזה שאמרו חז"ל [ב"ק ק"ד:] דאין משלחין מעות ע"י חותם היינו כשאינו ידוע שמסר לו החותם דאז צריך הלוה לחשוש שמא גנב החותם או מצאו אבל כשיש עדים שמסר לו החותם או שהמלוה מודה בזה נפטר הלוה וזהו דעת הרמב"ם ז"ל ולפ"ז אם באמת המלוה כופר ואומר שלא מסר לו החותם ולא שלחו ואין עדים חייב הלוה באחריותם וביכולת הלוה להטיל ח"ס על המלוה שיקבל עליו קבלה מפורשת אם לא שלחו וי"א עוד דגם המלוה מחוייב לישבע כדין נשבעין ונוטלין ואף שהלוה אינו טוען בברי ששלחו מ"מ משביעו כבטענת ברי כיון שיש רגלים לדבר שחותמו בידו [ש"ך ס"ק כ"ד] וכן נראה עיקר לדינא אם לא שנראה לב"ד שהשליח שקורי קא משקר :

ה מען המלוה או המפקיד אין זה חתימת ידי ואין עדים מצוים לקיימו והנפקד או הלוה אומר אני מכיר שהיא חתימת ידך אם זה הממון נפקד אצלו שלא בעדים או בעדים ושלא בשטר וכן בהלואה בע"פ מתוך שיכול לומר להד"ם או החזרתים לך לידך נאמן ג"כ לומר שהיא חתימת ידו וישבע הלוה או הנפקד שזהו חתימת יד המלוה או המפקיד ושע"פ כתב זה מסרם להשליח ולמה צריך שבועה מפני שאם היה טוען להד"ם או החזרתי ג"כ היה צריך שבועה ואם הפקדון היתה בשטר ג"כ נאמן בשבועה במיגו שהיה יכול לומר נאנס הפקדון ולפ"ז צריך לישבע שבועה חמורה כעין של תורה דהא בנאנסו היה חייב שבועה דאורייתא כדין שבועת שומרים אבל בהלואה בשטר אין הלוה נאמן וחייב לשלם דנגד שט"ח אין שום מיגו והמלוה ישבע שבועה חמורה שאין זה חתימת ידו ואפילו יש בו נאמנות בשטר דלא על זה ניתנה לו הנאמנות ודין זה כדין לוה שטוען שהמלוה מחל לו שנתבאר בסי' פ"ב וי"א שכשם שבשם אין משביעין את המלוה רק כשהלוה תובע השבועה כמו כן בבאן אבל בלא תביעתו את השבועה אין משביעין את המלוה [ס"ך ומ"ס בס"ע ס"ד סוס במלוס בע"פ] וכל דין זה ה"ה אם אין הכתב לפנינו אלא שהנפקד טוען ששלח לו המפקיד כתב ידו שימסור לזה פקדונו והכיר שהיא חתימתו והמפקיד כופר וכן במלוה בע"פ הדין כמו שנתבאר ומה דינו של השליח במעות אלו שנאבדו ב"ד מחייבין אותו לישבע שבועת השומרים [סס] ואם הוא שליח בשכר אינו נפטר רק בשבועה שנאנסו ואם בחנם נפטר בשבועה שנגנבו או נאבדו:

אם בין התובע להנתבע אין הכחשה בעיקר הדבר כגון שהתובע מודה שהיא חת"י או שא"ל להנתבע שישלח על ידו רק שאומר לשליח איני מאמינך שנאנסו או נגנבו או נאבדו וגם איני מאמין להנפקד או להלוה שנתנם להשליח נשבע השליח שבועת השומרים ועל הנתבע אין לו רק קבלה שיקבל הנתבע שנתנם להשליח ואפילו היתה מלוה בשטר דכללא הוא דכיון שמודה בעיקר השליחות אלא שחושדו שלא נתן אין לו עליו שבועה אא"כ מוען מענת ברי שלא נתנם להשליח דאז צריך לישבע היסת ואת השליח אינו יכול להשביע כיון שאומר שהנתבע לא נתן לו והנתבע יכול להשביע להשליח היסת ואין ביכולת השליח לומר מה לך להשביע אותי הלא אינני שלוחך מפני שיכול לומר לו כיון שע"י כפירתך משביעני התובע ואני יודע שמסרתים לך הריני תובע ממך הממון שנתתי לך ואחזירם להתובע ולא אצטרך לישבע ואיני מאמינך שנאבדו או נאנסו וכן אם השליח כופר שלא נתן לו כלל ישבע שלא נתן לו וא"כ ישבע הנתבע שנתן לו דאף כשהתובע והשליח אומרים שלא נתן מ"מ אין על הנתבע רק היסת כיון שמודה התובע בעיקר השליחות [כ"ל]:

ז הודה הלוה שאין זה חת"י המלוה או שאינו יודע שהוא חת"י אלא שמראה בהכתב סימנים ואותיות שעשו ביניהם ביחוד לסימן שהוא מהמלוה והמלוה אינו מכחיש הסימנים שביניהם אלא שטוען אני לא שלחתי כתב זה ואחרים רימו בו בהלוה שידעו הסימנים שבינינו הדין עם המלוה וחייב הלוה באחריותן דלא היה לו ליתן על הסימנים בלא חת"י וכיון שמודה שאינו חת"י או שאינו יודע ה"ל כטוען יודע אני שנתחייבתי לך ואיני יודע אם פרעתיך דחייב כמ"ש בסי' ע"ה ורק קבלה יכול להטיל על המלוה שלא שלח כתב זה ויש מי שהורה שישבע ואח"כ יטול כדין כל הנשבעים ונוטלים אף שטענת שמא הוא מ"מ כיון דאיכא רגלים לדבר מהסימנים צריך לישבע [ס"ך] וכן במפקיד ונפקד הדין כן ויראה לי שאם בעת עשיית הסימנים דברו מפורש שבשיהיו סימנים אלו אף כשיהיה חת"י אחרים יתן על הסימנים האלו הדין עם הלוה והנפקד דכיון שהמלוה או המפקיד לא חשש לרמאי למה יחושו הם ודינו של השליח כשנאבדו ממנו המעות כמ"ש בסעי' ה'.

ח בכל הדינים שבארנו זהו כשהשליח מודה שבאו לידו המעות ונאנסו או נאבדו אבל אם כופר בהמלוה או בהמפקיד ואומר נתתי לך והוא אומר לא נתן לי והמלוה מודה שעשאו לשליח אין השליח נאמן כדין שליש דנאמן כמ"ש בסי' נ"ו ואפילו הם שני שלוחים אינם נאמנים מפני שהם נוגעין בעדותן שמוכרחים לומר שנתנום למלוה דאל"כ יתבע מהם הלוה ואם יאמרו להלוה לא קבלנו ממך הלא יתחייבו שבועת היסת ולכן נשבע השליח להתובע היסת במעמד התובע והנתבע דאולי יתבייש מהם וישבע שנתנם להתובע והלוה או הנפקד יקבלו קבלה שמסרו ליד השליח ואין השליח יכול לפוטרן מהקבלה דכיון דצריך שבועה נסתלק מעליו תורת עדות דכל עד הצריך שבועה אינו עד [סמ"ע] ואפילו השלוחים שנים הדין כן וכן אם השליח כופר בהנפקד או בהלוה שאומר לא מסרת לי והוא אומר נתתי לו נשבע השליח היסת שלא קיבל ממנו וישבע במעמדם כדי שיתבייש מהם ונשבע היסת ונפטר והלוה או הנפקד נשבע למלוה או למפקיד במעמד השליח היסת ונפטר ואע"ג דטענת התובע על הנתבע הוא טענת ספק מ"מ כיון שהשליח מסייע להתובע ואף שאין תורת עד עליו מפני שבועתו כמ"ש מ"מ מחזק טענת התובע להצריך להנתבע שבועה [סס] ואין חילוק בין מלוה בשטר למלוה בע"פ דאפי' בשטר כל שמודה שעשהו לשליח אלא שיש הכחשה ביניהם בהנתינה אין להמלוה אלא שבועה על השליח ואם ההכחשה הוא עם הלוה נשבע גם הלוה כמ"ש [ס"ך]:

ט כד"א שהמלוה מפסיד ע"י השבועה כשעשאו לשליח אבל אם לא עשאו שליח אלא שהלוה אמר לאחד צא ופרע חוב זה לפלוני או הוליך לפלוני מעותיו או שאמר לו תן או זכי לפלוני [ס"ך] או שבא אחד ואמר להלוה פלוני עשאני שליח להביא לו מעותיו והאמינו ומסר לו המעות והשליח אמר אח"כ שנאנסו או נאבדו מידו או מסרתים להמלוה וא"צ למסור לו בפני עדים כיון שהלוה לא צוהו למסור בפני עדים והמלוה אומר לא עשיתיו שליח ולא קבלתי ממנו המעות ישבע השליח היסת שנתנם למלוה ואף דטענת שמא הוא מהלוה מ"מ מצטרפים מה שאמר המלוה שלא קבלם ונעשה כטענת ברי [סמ"ע] והמלוה נשבע בנק"ח שלא קבלם כדין נשבעין ונוטלין ומצטרפין דברי השליח לעשותו כטענת ברי לחייבו שבועה ויגבה חובו מהלוה והמלוה נשבע תחלה [ש"ך] דשמא לא ירצה לישבע ולא נצטרך לשבועת השליח ואין השליח נאמן כעד לחייבו להמלוה שד"א דאפילו הם שנים אינם כעדים לפי שצריכין שבועה וכמ"ש ואפילו ירצה הלוה לפוטרו מהשבועה כדי שלא יהיה נוגע בעדות אינו מועיל דכיון שנתחייב שבועה לא מהני הפטור דעדיין חשוב כנוגע בדבר מפני הנאתו שהלוה פוטרו ומאמינו [סס] ואינו דומה לסילוק שבסי' ל"ז ובטענת נאנסו א"צ המלוה לישבע כלל רק השליח ישבע שד"א כדין שומר [סס] ואין להקשות על מ"ש שהשליח נוגע בדבר מפני שבועתו ממ"נ אם נחשדנו שרצונו לגזול את המלוה הרי ישבע גם לשקר דכבר נתבאר בסי' ע"ה דיש בני אדם דחמירא להו שבועה מגזילה וכל מה שנתבאר ה"ה במפקיד ונפקד:

י וכיון שנתבאר דלכן אין השליח עד מפני שבועתו לפיכך אם מתחלה כשמסרם בידו פטר אותו משבועה ויש עדים על זה יש מי שאומר דמהני כשהוא אחד לחייב להמלוה ולהמפקיד שד"א כשאומר מסרתי להם ואם הם שני שלוחים ומעידים שפטרם משבועה פטור הלוה או הנפקד לגמרי ואף דלפ"ז יש לחוש לקנוניא שיפטרם לכתחלה משבועה כדי להפסידו להמלוה או להמפקיד ויחלוקו ביניהם אמנם אין שנים חשודים על זה דאל"כ נחוש בכל עדות לקנוניא וכיון שמתחלה פטרם משבועה הרי הם ככל עדים שבעולם [סמ"ע] וכן אם אין השליח צריך לישבע מטעם אחר כגון שהלך עמו המשלח וראה מרחוק שעשה שליחותו שמסר להמלוה ולהמפקיד אינו נוגע בעדות והרי הוא עד כשר ומזקיק להמלוה לישבע שד"א כשהיא מלוה בשטר דאין הלוה יכול לטעון פרעתי וכן בפקדון מזקיק להמפקיד לישבע שד"א ואם הם שנים והלך המשלח עמהם וראה שעשו שליחותם הם שני עדים ופטור הלוה והנפקד לגמרי ויש חולקים על זה דאינו נפטר הלוה בכך וטעמם דכיון דכל פטורם הוא מפני שאומר הלוה שראה שעשו שליחותם ובלא זה לא היה עליהם דין עדים ואיך אפשר לעשותם לעדים ע"פ הבע"ד לאפקועי ממון השכנגדו דבשלמא כשפטרם לכתחלה משבועה אין אנחנו מאמינים להלוה אלא להעדים שאומרים כן שפטרם אבל במה שאומר שהוא ראם שעשו שליחותם הוה הפטור ע"י עצמו וי"א עוד דמטעם זה גם אם השליח הוא אחד אינו מביא לידי שד"א [לבוש] ולבד זה הלא שד"א ע"י עד אחד אינו אלא לפטור א"ע ולא ליטול ודיעה ראשונה ס"ל דבאמת אין אנו צריכין כלל לעדותם דזהו כמו שאומר הלוה או הנפקד פרעתי כיון שראה שעשו שליחותם ואי משום שאינו נאמן לטעון פרעתי כשיש שטר הלא על זה מעידים העדים שאומר אמת ועיקר עדותם היא על טענתו שהיא כטענת פרעתי [ס"ך] וזה שאומר שראם בעשיית שליחותם אינו שיכשיר עדותם אלא שע"י זה ביכולתו לטעון טענת ברי והעדים ממילא נכשרים וכן גם בעד אחד כן הוא ואף שלא מצינו שד"א ליטול מ"מ ביכולתו להביא לידי שד"א שיפרע לו בפני זה ובפני עוד אחד ואח"כ יתבענו ע"י זה ויעיד שפרע לו גם מקודם ויצטרך לישבע שד"א ולפטור [סמ"ע]:

יא וזה שנתבאר דכשאין צריך השליח שבועה הוא עד כשר זהו דווקא כשא"ל הלוה או הנפקד צא ופרע חוב או פקדון שיש לפלוני עלי דבכה"ג אין השליח זוכה בעדו ואם רצה הלוה או הנפקד ליטול ממנו או שהיה רוצה לחזור משליחותו הרשות בידם אבל אם אמר לשון שנתבאר בסעי' ט' הולך אותן או זכי ויתבאר בסי' קכ"ה דתיכף זכה השליח בעד מי שנשתלח לו ואין המשלח יכול לחזור בו וגם השליח אם חזר בו ומסר בחזרה להמשלח חייב באחריותם אינו נעשה עד ואף שנים אין נעשים עדים דהם נוגעין בעדותן דדווקא כשיכולים לחזור בשליחותם וגם פטרם משבועה אין כאן נגיעה כלל דהא ביכולתם לומר ג"כ שהחזירו ללוה או לנפקד בחזרה אבל בזה אם יאמרו שהחזירו יצטרכו לשלם להמלוה או להמפקיד וא"כ מוכרחים לומר שמסרום להם ואין לך נוגע בעדות יותר מזה ודווקא שיש עדים שאמר להם לשון זה אבל בלא זה כשירים לעדות במיגו שהיו אומרים שלא אמר להם לשון זה [ש"ך ס"ק מ"ד]:

יב וזה שהלוה יכול להשביע את השליח כשאומר שמסרם למלוה דווקא כששניהם לפנינו השליח והמלוה ומכחישים זא"ז אבל אם בא השליח לבדו ואומר נתתי כמו שאמרת לי אינו יכול להשביעו אם עשה שליחותו שהרי אין שם טוען עליו וודאי שלא עשה שליחותו וכשיבא המלוה ויטעון כן ישביעוהו אז וכן אם מת השליח או הלך למדה"י ובא המלוה לתבוע את הלוה ואומר הלוה שלחתי לך ע"י פלוני והמלוה אומר לא מסר לי ואני לא עשיתיו שליח אין הלוה יכול להשביעו שלא נפרע שהרי אין כאן מי שטוען

עליו

עליו וודאי שנפרע אלא הלוה מטיל עליו קבלה שיקבל עליו שלא נפרע ומשלם לו חובו או פקדונו ואפילו היתה מלוה ע"פ דנאמן לומר פרעתי מ"מ כאן שאין הלוה בעצמו יודע אם מסר לו שהרי לא בא השליח אליו בחזרה לומר עשיתי שליחותך ולכן צריך לשלם [כ"ל] ודווקא בשליח שעשאו הלוה אבל בשליח שעשה המלוה אפילו במלוה בשטר א"צ לשלם כיון שאומר שמסר לשלוחו והמלוה מודה שעשה שליח ואף להשביע את הלוה אינו יכול כיון שאין מי שמכחישו [כ"ל] ויש מי שאומר שזה שנתבאר שהלוה אינו יכול להשביע להמלוה זהו אפילו אם אומר הלוה ששלוחו אמר לו שמסר להמלוה אין ביכולתו להשביעו כיון שלא אמר כן בפני עדים או בפני ב"ד אבל כשאמר בפני עדים או ב"ד שמסר להמלוה אפילו מת אח"כ השליח צריך המלוה לישבע [ס"ך] וכן בזה שאמרנו שהשליח א"צ לישבע כשאין המלוה לפנינו להכחישו אפילו מת המלוה ובאו יורשיו לתבוע בשטר שבידם ומחוייב הלוה לשלם להם מ"מ אין ביכולתו להשביע להשליח כיון שאין כאן מי שטוען ברי להכחישו [סס]:

יג ראובן שאמר ללוי מנה שאתה חייב לי תנהו לשמעון הדר בעירך כי אני חייב לו ולוי אומר נתתי לו ושמעון אומר לא קבלתי הדין בזה כמ"ש בשליח שעשה הלוה וא"ל תוליך לפלוני מעותיו שבידי ובזה אין חילוק באיזה לשון שאמר לו אם בלשון דהוה כזכי אם לאו דחילוק זה אינו אלא לעניין זכייה בעדו כמו שיתבאר בסי' קכ"ה אבל לעניין שבועה אין חילוק ואף שי"ל כיון שלא מסר ללוי מעות מזומן אלא שא"ל שהמעות שחייב לו יתן לשמעון ויכול להיות שאין לו ומשמיט א"ע מראובן באמרו שנתן לשמעון ולפ"ז לא היה לו לראובן להשביעו לשמעון מ"מ כיון שלוי מכחישו בברי מחוייב תחלה שמעון לישבע ואז ישלם לו ראובן [סמ"ע] וצריך לשלם לו אפי' כשהיא מלוה בע"פ דאין שייך בזה טענת פרעתי כיון שראובן בעצמו אינו יודע רק ע"פ לוי והלא שמעון נשבע כנגדו להכחישו [כ"ל]:

יד ראובן ששלח ע"י שלוחו חובו או פקדונו לשמעון ובא השליח לשמעון ואומר שנאנסו מידו א"צ השליח לישבע לשמעון עד שיבא ראובן מפני שיכול לומר לשמעון אולי ראובן יאמן לי בלא שבועה ולך הלא מוכרח ליפרע ממון אחר כיון שאיני שלוחך ולמה לך להשביעני ולכן אם מת ראובן או הלך למדה"י ואין לשמעון ממי לתבוע עתה מחוייב השליח לישבע מיד לשמעון שבועת השומרים דאף שאינו שלוחו מ"מ מדמפסיד לע"ע ע"י שמירתו יכול להשביעו [ס"ך ס"ק ל"ז] וישביענו שד"א כמו אם ראובן היה משביעו [כ"ל]:

טו ראובן שלח מעות ע"י שלוחו לשמעון וטוען השליח ששלחם ע"י אשתו ויש לו רשות לעשות כן דכל המפקיד על דעת אשתו ובניו הוא מפקיד כמ"ש בסי' רצ"א ואשת השליח אומרת שנתנה לשמעון ושמעון אומר שלא קבלם תשבע אשת השליח שנתנה לשמעון ושמעון ישבע שלא קיבלם וצריך ראובן לשלם לשמעון [סמ"ע] אבל השליח א"צ לישבע כיון שאשתו נשבעת [ס"ך] ואם אין מנהג המקום ששליח ימסור שליחותו לאשתו הולכין אחר המנהג וחייב השליח לשלם [כ"ל] ואצלינו אין המנהג למסור השליחות לאחר אפי' לאשתו אף שמדינא הוא כמו פקדון:

טז מי ששלח שלוחו למשכן לו משכון ומשכנו ואינו יודע אצל מי הוה פשיעה וחייב לשלם לו מה ששוה המשכון יותר ממה שהלוה עליו דכל לא ידענא פשיעותא היא כמו שיתבאר בסי' רצ"א דגם ש"ח כשאומר איני יודע היכן הנחתי הוה פשיעה ואם אמר השכנתי אצל פלוני והפלוני כופר חייב השליח לשלם דהו"ל למשכן בעדים ואינו דומה למ"ש בסעי' ט' דא"צ ליתן לו בפני עדים דהתם כיון שצוהו הולך לפלוני ולא אמר לו למסור בפני עדים א"צ לעשות כן מעצמו וגם בכאן אם המשלח א"ל לך ומשכנו אצל פלוני פטור אבל כיון שלא פרט לו אצל מי היה לו להשליח להעלות על הדעת שמא אין זה האיש ישר הולך ויכפור והיה לו למסור בעדים ואף שלא היה מועיל דהרי כשירצה לכפור יטעון נאנסה או נאבדה אם הוא ש"ח לפמ"ש בריש סי' ע"ב מ"מ יכול המשלח לומר דאולי על שד"א אינו חשוד זה האיש ועתה שאין עליו רק היסת קילא ליה [תו"ת] ויש חולקים מטעם זה וס"ל דכיון שבהכרח להאמין לו מפני טענת אונס או אבידה אינו פושע במה שלא משכן לו בעדים [ס"ך] וכן אם הלוה שלח חובו להמלוה ואינו יודע ביד מי והמלוה אומר שלא קבלם צריך הלוה לשלם להמלוה בלא שבועה דהרי אף אם היה יודע ביד מי ששלח אם אין השליח לפנינו להכחישו ג"כ נוטל המלוה או המפקיד בלא שבועה כמ"ש בסעי' י"ב וכ"ש כשאומר איני יודע ע"י מי דהוה כפושע [ס"ך ס"ק מ"ג] אך ביכולתו להטיל קבלה על המלוה אם לא קיבל [כ"ל]:

יז ראובן שלח מעות ביד שלוחו לשמעון שיקנה לו איזה דבר והשליח אומר שמסרם לשמעון ושמעון אומר לא קבלתי ישבע השליח היסת שמסרם לשמעון ואת שמעון אין ביכולת ראובן להשביע כי אין לו עליו רק טענת שמא אבל השליח יכול להשביע את שמעון ואין שמעון יכול לומר לאו בע"ד דידי את דוודאי הוא בע"ד שלו ולא לבד קודם שבועת השליח דאם שמעון לא יתרצה לישבע וישלם יפטור השליח משבועתו אלא אפילו אחר שבועתו הוא כבע"ד שלו כיון שטוען שמידו נתן לו [ס"ך סקמ"ב] וי"א דראובן יכול לכוף להשליח שיטיל שבועה על שמעון אף אחר שנשבע השליח כי ראובן יכול לומר להשליח כיון שברור לך

שנתת לו וודאי לא ישבע לשקר וישלם ולמה תפסידיני וכן הדעת נוטה ולכן אם רואה השליח ששמעון מוכן ומתחיל לישבע יכול למחול לו ואין ראובן יכול לעכב כיון שנשבע ואינו משלם מה בצע לו בשבועתו [תו"ת] :

יח ראובן הלוה לשמעון מעות על משכון והפקיד המלוה את המשכון ביד לוי ואח"כ ראה המלוה את המשכון ביד שמעון ותובע ראובן מלוי את המשכון ומשיב לוי החזרתי לך ע"י שלוחך ששלחת אלי לקבל המשכון ושמעון אומר ג"כ החזרתי החוב לשלוחך וקבלתי המשכון וראובן אומר להד"ם לא שלחתי שליח כלל ואיזה רמאי רימה אתכם בשמי ישבע ראובן שלא שלח שלוחו ולוי ישלם לו ושמעון א"צ לישבע דאין לו לראובן טענת וודאי עליו דהרי טוען שמסר להשליח שבא ללוי ואם לוי אומר שהשליח הביא כתב מראובן והכיר שהוא כת"י של ראובן נשבע לוי היסת ונפטר וכמ"ש בסעי' הקודמים [ש"ך סקמ"ו] :

יט לוי שבא בשליחות ראובן לגבות משמעון חמשים דינרים שחייב לו וגבאם ממנו וראובן אומר לא שלחתי לגבות אלא עשרים ולא הביא לי רק עשרים י"א שישלם שמעון השלשים דינרים אחר שישבע ראובן בנק"ח שלא שלחו להביא רק עשרים ושלא הביא לו יותר ואפילו כשיש עדים שעשה השליח וגם הוא עצמו מודה בזה מ"מ כיון שאומר שלא עשאו רק לעשרים והעדים אומרים ג"כ שפרט לו איזה סכום ואינם יודעים כמה דאל"כ הרי היה לו רשות לשמעון למסור כל החמשים והוה שמעון על השלשים כאומר יודע אני שנתחייבתי לך ואיני יודע אם פרעתיך דחייב לשלם והשליח ישבע היסת לשמעון שנתן כל החמשים לראובן [ש"ך להרמב"ם] וי"א דאם ידוע שהוא שלוחו של ראובן או שראובן מודה ששלוחו הוא אין לו על שמעון טענה כלל דהיה לו רשות ליתן לו החמשים כיון שלא כתב לו שלא יתן רק עשרים אין שמעון חייב לשלם וישבע היסת ויפטר [טור וב"ח להרמב"ם] וגם לדיעה ראשונה אם הלוה טוען ברי ששלחו לגבות כל החמשים והיא מלוה ע"פ פטור בשבועת היסת [ש"ך] ואם שלח ראובן שלוחו ללות משמעון מעות והלוהו שמעון חמשים וראובן אומר שלא שלחו ללות רק עשרים ולא קבל רק עשרים אין לו לשמעון על ראובן רק קבלה כי היא טענת שמא והוה כאיני יודע אם נתחייבתי לך והשליח נשבע היסת שמסר לו חמשים ונפטר [שם] ואם ירצה המלוה לא יתבע הוא את הלוה כלל אלא השליח יתבענו שהבאתי לך חמשים והוא יודה לו בעשרים והוה מודה מקצת ויתחייב שד"א והמלוה ביכולתו לכוף לשליח שיתבע את הלוה והשליח ישבע היסת וכן אם המלוה טוען ברי שהלוה שלחו ללות חמשים אז גם בלא השליח יכול המלוה להשביע להלוה [שם] :

כ ראובן היה לו מעות אצל שמעון וצוה לו שיתנם ללוי ולוי שלחם ע"י שליח לראובן ואח"כ אמר ראובן שלא קיבל כל המעות שחסר קצת ושמעון אומר מסרתי הכל ללוי כצוייך ולוי אומר איני יודע כמה היה אבל זה אני יודע שכל מה שמסר לי שמעון שלחתי לך ואיני זוכר ביד מי שלחתי שמעון פטור אף משבועה כיון שלוי אינו מכחישו וראובן צוהו לעשות כן ואין לראובן עליו רק קבלה ולוי פטור ג"כ משבועה דהוה כאיני יודע אם נתחייבתי לך והרי היה לו רשות לשלוח ביד מי שירצה כי איננו לוה ולא נפקד שיהיה עליו אחריות אלא שהבטיח לו לקבלם משמעון ולכן היה לו רשות לשלוח ביד מי שנראה בעיניו לנאמן ואינו מחוייב לזכור ע"י מי ששלח ואין לו עליו טענת ברי כי אין ראובן יכול לומר וודאי מסר לך שמעון יותר [שם] :

סימן קכב [דין ביטול השליחות ואם מת המלוה ודיני הרשאה ובו י"ז סעיפים] :

א דבר ידוע שכשאחר עושה שליח אפילו כתב לו הרשאה יכול אח"כ לבטלו משליחותו ובדיבור בלבד כשאומר אני מבטל את השליחות דיו דאתי דיבור ומבטל דיבורו של השליחות ואף שלא בפני השליח יכול לבטל דאפילו בגט הדין כן כמ"ש באה"ע סי' קמ"א ואפילו קנו מידו על השליחות יכול לבטלו בדיבור פ"ו דכל דבר שא"צ קניין אין הקניין מועיל כמו במתנת שכ"מ שיתבאר בסי' ר"נ ועוד דקניין דברים הוא ואפילו בלא עדים יכול לבטל אם רק נתברר שביטל דלא איברו כהדי בדיני ממונות אלא לשיקרא ומה שבגט צריך בביטולו עדים כמ"ש שם זהו מפני חשש ממזרות דהאשה לא תדע מזה ותנשא [תוס' גיטין לב:] וגם בגט בפני השליח יכול לבטל כמ"ש שם ואפילו עשה השליח בב"ד יכול לבטלו [דאל"כ היה לו לר"ג ברפ"ד לתקן כן] ואחר שעשה השליח שליחותו אינו שייך ביטול ולכן מלוה שעשה שליח אפילו בעדים או בב"ד להביא לו מה שיש לו אצל פלוני וביטל השליחות קודם שנתן זה להשליח אם הנתבע ידע מביטולו ומסרם לשליח חייב באחריותם עד שיבואו לידי המלוה ואם לא ידע הנתבע מהביטול פטור דיכול הנתבע לומר סמכתי עליך שהיית עומד בשליחותך שבשם שחזקה שליח עושה שליחותו כך חזקה שהמשלח עומד בדיבורו ואין לי להפסיד בשביל חזרתך [טור] ואף שיש חולקים ואומרים דחייב הנתבע אא"כ כתב לו להשליח זיל דון ואפיק לנפשך מפני שהיה לו להעלות על דעתו שמא ביטלו אין הלכה כן דהנתבע אנוס

אנום גמור הוא [ט"ך] ויותר מזה אפילו אם עמד השליח המורשה בדין עם הנתבע ונתחייב המורשה אין המשלח המרשה יכול לסתור הדין בטענה שכשעמד עם זה בדין כבר ביטל שליחותו מיהו אם השליח ידע בביטול שליחותו אע"פ שהנתבע לא ידע דינו בטל וצריך לחזור ולדון ויש חולקין בזה כיון דהנתבע לא ידע והוא נתן לו הרשאה דינו דין [סס] אבל לעניין אחריות הנתבע אפילו לדיעה ראשונה אין אחריותם עליו אף כשידע השליח כיון שהוא לא ידע [סמ"ע] ובדין ביטול השליחות אין חילוק בין שעשה השליח שלא בפני הנתבע ובין בפני הנתבע ואפילו א"ל להנתבע שלח לי ע"י זה או ע"י פלוני יכול לבטל [סס] ויש חולקים בזה ויתבאר בסעי' ב':

ב אם מת המלוה קודם שנתן הנתבע להשליח בטלה שליחותו אף אם לא ידעו ממיתתו דמיד כשמת נפלו המעות לפני היורשים והם לא עשאוהו לשליח ולכן אם נאנסו או נאבדו בדרך חייב הנתבע באחריותם עד שיביא ליד היורשים ואין לשאול למה לא תקנו חכמים שיפטור הנתבע בכה"ג דהרי אין לך אונס גדול מזה דאין זה שאלה דאין לתקן תקנה מפני חשש מיתה והרי אף באיסור א"א סמכינן אחזקת חיים שהשולח גט לאשתו נותן לה בחזקת שהוא קיים אפילו היה חולה ולא חיישינן למיתה כמ"ש באה"ע שם וי"א דאם כתב לו הרשאה אפילו בלא קניין אג"ק אין המיתה מבטלתה ואפילו ידע שמת ונתן לו פטור הנתבע מאחריות רק דאם ידע שמת ביכולתו שלא ליתן להשליח אבל אם נתן פטור ובלא הרשאה וודאי דמיתה מבטלת השליחות דלא כיש מי שחולק גם בזה [תו"ת] ופרטי דיני הרשאה יתבאר בסי' קכ"ג וי"א דגם אם א"ל המלוה להלוה עצמו שלח לי ע"י פלוני ומת קודם ששלח ולא ידע שמת פטור הלוה והטעם דכשא"ל להלוה עצמו שלח לי ע"י פלוני יש על המלוה לבד השליחות דין ערב דלא גרע מערב שאמר תן לפלוני על ערבותי וכ"ש כשצוהו ליתן מעותיו וכל הערבות הוא על האחריות וערב משתעבד בדיבור בעלמא כמ"ש בסי' קכ"ט [כס"מ וס"מ ב"מ ל"ח] ונשתעבד במעות אלו על האחריות וכן ביטול אינו מועיל לפי סברא זו אם לא ידע הנתבע מזה מפני שסמך על ערבותו [סס] ולדינא אין נ"מ מהביטול דאם לא ידע מביטולו גם בסתם שליח אין אחריותם עליו כמ"ש ואם ידע מביטולו או ממיתתו וודאי דנסתלקה ערבותו והרי גם ערב יכול לחזור בו כמ"ש בסי' קל"א וכיון שביטל או מת אין לך חזרה גדולה מזו [כ"ל] ולפי דיעה שנתבאר לא משכחת לה שיהא הלוה חייב באחריותם כשמת המלוה אלא בשליח שעשה בעדים דשליח כזה בא רק מטעם שליחות ואין על המשלח דין ערב אבל כשכתב לו ע"י השליח שלח לי על ידו יש עליו דין ערב דאין חילוק בין שערב בכתב או פה אל פה [כ"ל]:

ג אף שנתבאר בסי' הקודם שלוה ששלח למלוה חובו בצויו ע"י שלוחו ונאבד פטור וכן בפקדון מ"מ אם ירצה הלוה או הנפקד לא ישלחנו לו ע"י שלוחו אפילו אם יש מאה עדים שעשאו שליח והטעם דיש לו לומר שחושש שמא ימות המלוה קודם שיתן לשליח ואם יאנסו בדרך יהיה חייב לשלם להיורשים כמו שנתבאר ואף שאין חוששין למיתה כמ"ש מ"מ אם הוא חושש אין אנו מוחים בידו ולפיכך עצה טובה ללוה או לנפקד שלא ליתן להשליח אא"כ בא בהרשאה שהקנה לו בקניין אג"ק המעות שיש לו אצל פלוני דבכה"ג אפילו אם ימות המשלח אינו חייב באחריותם מיהו אם נתוודע להנתבע שמת המשלח לא יתנם לכתחלה להשליח דאנן סהדי שכוונת המשלח היתה רק בעדו ולא בעד בניו [סמ"ע] ונהי דלא בטלה הרשאה בזו מ"מ שמא אין רצון היורשים בכך [ט"ך] וכ"ז בעיסקא או פקדון אבל הלואה שאינה נקנית אג"ק כמ"ש בסי' ר"ג אינו אלא כשליחות בעלמא ולא ימסרם כשמת בכל גווני ואם הפקדון הוא מטלטלין די בקניין לבד שהקנה לו המטלטלין [סס] דדווקא במעות בעינן אג"ק דמטבע אינה נקנית בחליפין כמ"ש שם ולהי"א שכתבנו בסעי' הקודם אם א"ל המלוה להלוה עצמו או המפקיד להנפקד שלח לי ע"י פלוני אינו יכול לעכב כלל דאף אם ימות התובע פטור [כ"ל] ויש חולקים על כל עיקר דין זה וס"ל דאין ביכולת הנתבע לעכב מליתן לשליח מפני חשש מיתה ורק כשיש להנתבע איזה טענה ביכולתו שלא ליתן להשליח ואף אם השליח אומר אעמוד עמך בדין דיכול לומר לו לאו בע"ד דידי את ובזה צריך הרשאה להרשותו לדון עמו ויכתוב בה זיל דון ואפיק לנפשך אבל כשאין לו טענה מחוייב ליתן לכל שליח שעשה המלוה או המפקיד [ס"ך] וכן המנהג ולא שמענו מעולם לעכב השליחות בשביל חשש מיתה וכן נכון להורות ובפרט בזמה"ז דשכיחי רמאים ויותר מזה פסק רבינו הרמ"א דאף לעניין לדון עם הנתבע אע"פ שאינו שלוחו כלל אם מעמיד לו ערב בעד הרשאה מהתיבע אם נראה לב"ד שזהו זכות להתובע מחוייב הנתבע לדון עמו דזכין לאדם שלא בפניו עכ"ל אבל אם הב"ד רואין שזה הרוצה להיות מורשה אין עיקר כוונתו לטובת התובע אלא להקניט את הנתבע או לריב עמו או להבהילו או מחמת קנאה אין מכריחין את הנתבע לדון עמו כשאין עמו הרשאה ובכאלה אין לו לדיין אלא מה שעיניו רואות וכן פסקו גדולי האחרונים:

ד כשכתב להשליח הרשאה והקנה לו המעות באג"ק מ"מ אין נעשים המעות של השליח ואם רוצה להחזיק בהממון אין ביכולתו דאינו אלא שליח בעלמא לעניין זה דאין דעת המורשה והמרשה רק שיהיה שליח בדבר סמ"ע

[סמ"ע] וזהו רק שליחות אלימתא שנסתלקה האחריות מהנתבע אף במיתת התובע כמ"ש וכיון שכן מי שהרשה לאחר אפילו בקניין אג"ק [ס"ך] ורצה לבטל השליחות ולהרשות לאחר רשאי ואם ירצה יוכל לומר שגם הראשון יהא שליחותו קיים וכל אחד משניהם יהיה מורשה בדבר ועכ"ז אין הנתבע יכול לדחות להמורשה לאמר שמא המרשה ביטל שליחותך והרשה לאחר שהרי זה אומר לו תן לי מה שבידך והרשאתי תהיה אצלך ואם משלחי ביטל שליחותי הפסיד על עצמו ואתה תפטור כיון שתתן ע"פ הרשאה וכן אם עמד המורשה בדין עם הנתבע ויצא המורשה חייב אין המרשה יכול לסתור הדין כן פסקו גדולי האחרונים וכן עיקר לדינא [ומ"ש הס"ך בסק"ט שכן דעת הטור וסב"י לא משמע כן מטור ס"ז ומב"י סי"ב ודו"ק]:

ה יראה לי שהמלוה שעשה שליח בלא הרשאה והיה להנתבע איזה טענה ועמד השליח עמו בדין ויצא השליח חייב אין יכול המלוה לומר כיון שלא היה לך סמני הרשאה אין דינך דין אלא מה שעשה עשוי אם לא שהמלוה מגלה טענות אחרות שהשליח לא ידעם דאז אפילו היה לו הרשאה חוזר וטוען אבל בלא זה אף שהנתבע היה ביכולתו שלא להשיבו בדין כשאין לו הרשאה מ"מ המלוה אין ביכולתו לומר לא שלחתיך ליה דהשליחות כולל הכל אם לא שמפורש עשהו לשליח רק לקבל המעות ולא לשום עניין אחר ויתבאר עוד לפנינו [וכ"כ מס"ך סק"ד וכ"מ מרמב"ם פ"ג משלוחין הל' ס' ודו"ק]:

ו אמרו חז"ל [ב"ק ע'.] כל הרשאה שאינו כתוב בה דון וזכי ואפיק לנפשך יכול הנתבע לומר לאו בע"ד דידי את והטעם מפני שיכול לומר יש לי הרבה טענות שנצרך לי לטעון עם התובע עצמו אבל כשכתב לו דון וזכי הוה כשלו ומוכרח להשיב לו בדין ואם יראו ב"ד שנצרך גם להמרשה ישלחו אחריו [ככ"ל וכ"מ מס"ך סקט"ז וע' בלבוש] וזהו בהרשאה להוציא מיד חבירו אבל מי שנותן הרשאה למכור קרקעו או מטלטלין א"צ שום דבר רק שליחות בעלמא דשלוחו כמותו ויכתוב שעשהו שליח למכור [סמ"ע] אבל המרשה את חבירו להוציא שלו מיד המחזיק בו צריך להקנות לו בקניין המועיל שיקנה הדבר ההוא שמרשיהו עליו כמו מטלטלים די בק"ס ומעות צריך קניין אג"ק ואף שאינו מקניהו לגמרי דהרי הוא רק שלוחו מ"מ כיון שצריך לכתוב לו דון וזכי צריך להקנות בקניין המועיל לדעת הרמב"ם [ס"ך] וי"א דא"צ קניין המועיל לקנות ממש ובקניין כל דהוא סגי דאין זה רק כנתינת רשות [רמ"ס בטור ס"ט] וצריך לכתוב לו דון וזכי ואפיק לנפשך או שאר לשון כדומה לזה שיוכלל בו שמזכה ומקנה לו הדבר שמרשיהו עליו ואם לא הקנה לו או שלא כתב כן אם ירצה המחזיק לא ישיב לו דבר שיאמר לו לאו בע"ד דידי את ומיהו אפילו אם לא הקנהו ולא כתב לו כן והמחזיק נתן מה שבידו ליד המורשה ונאבד פטור דלא גרע משליח שעשה בעדים דפטור מאחריות כמו שנתבאר והמורשה נאמן נגד התובע בכל מה שיטעון ודינו כשליש כיון שהאמינו ואינו יכול לסתור טענותיו [ס"ך בשם מבי"ט] אבל להוסיף על טענותיו יכול התובע דהא גם התובע עצמו כשטען יכול אח"כ להוסיף טענות כמ"ש בסי' ט"ז [כ"ל] והמורשה אינו יכול לסתור טענותיו כהתובע עצמו שיתבאר בסי' פ' אבל שליח בעלמא יכול המשלח לסתור טענותיו אם מברר לפני ב"ד שלא טען כהוגן דלעניין טענות אינו כבע"ד ממש [כ"ל]:

ז אף אם לא הקניהו על כל העניין שכתב לו דון וזכי ואפיק לנפשך מחצה או שליש או רביע והמותר שלי מתוך שהוא דן עמו על חלקו צריך הנתבע לדון עמו על הכל כיון שנתן לו הרשאה על הכל אלא דהקנה לו לעצמו חלק מזה לית לן בה ולא דמי לשותפים שיתבאר בסי' זה דאינו דן רק על חלקו כשאין השני בעיר דוודאי אם השותף יתן להרשאה ג"כ ביכולתו לדון על כולו [ס"ך] ויש מי שאומר דדווקא בכה"ג שהקנה לו חלק ולא פרט הסכום אבל אם כתב לו דון וזכי ואפיק לנפשך מאה דינרים והשאר שלי אינו מזקיקו לדון עמו אלא על המאה דינרים והטעם דבמאמר המצטרף בשם מחצה או שליש או רביע נכלל כל החוב כיון שכותב שזהו חלק מהחוב ולכן יש לו שייכות בכולו [סמ"ע] ונראה דכשהקנה לו חלק בהחוב הוה של המורשה זה החלק לגמרי ויכול לעכב חלק זה לעצמו אף שבהקנאת כל החוב אינו יכול לעכב לעצמו כמ"ש אבל כשכתב לו חלק משמע ששליח עשאו על הכל וחלק זה נתן לו לחלוטין [וכ"מ מרש"ל שבס"ך סקכ"ה] ואם חזר המרשה ומחל להנתבע או הודה שנפרע אם צריך לשלם להמורשה חלקו יתבאר בסי' קכ"ג וי"א שאם הקנה לו חלק מה שיוציא מההלואה אין מועיל קניין כלל דהוי דשלב"ל כפירות דקל אלא יקניהו חלק מהחוב שיש לו דהקנה לו בגוף הממון ומ"מ גם אם הקנה מה שיוציא והוציא זכה כמ"ש בסי' ר"ט ויתבאר בסעי' י"ב:

ח לפי מה שנתבאר אינו מועיל כשהקנה לו חלק שידין עמו על הכל אלא בקרקע או בפקדון שמועיל קניין לחלקו של המורשה או שהיתה מלוה בשטר והקנה לו חלק בכתיבה ומסירה אבל בשארי דברים שאין מועיל בו קניין רק מתקנתא דרבנן לעניין שליחות והרשאה כמ"ש בסי' קכ"ג אין מועיל החלק שידין עמו על הכל דכיון דמדינא אין מועיל בזה קניין רק מתקנתא לעניין שליחות איך נאמר שעשאו שליח על הכל והלא לא עשאו רק על חלק דבשלמא בדבר שקניין מועיל נאמר שעשאו שליח על הכל אלא שחלק הקנה לו לגמרי אבל במה שקניין אינו מועיל והקניין הוא השליחות

השליחות הלא לא עשאו שליח רק על החלק [סס סקי"ט]:

ט המרשה את חבירו כל ההוצאות שהמורשה מוציא על דין זה חייב המרשה להחזיר לו ואפילו הוציא יותר ממה שקיבל [סמ"ע] שכך כותב לו בההרשאה כל דמתעני מבי דינא עלי דידי הדר ופירושו שמתחייב לו שכל מה שיוציא הוצאות בדין זה עליו לשלם ואם היה תנאי ביניהם שכשיוציא מהנתבע כך וכך ישלם לו כך וכך ואם לא יוציא סכום זה לא יתן לו כלל כל תנאי שבממון קיים [ס"ך] ואף שכתב לו כל דמתעני מב"ד עלי דידי הדר אינו אלא נוסח ההרשאה כיון שהתנו תנאי מפורש ואם לא היה כל תנאי ביניהם וגם לא כתב לו כל דמתעני וכו' א"צ לשלם לו ההוצאות מדינא אמנם מצד המנהג צריך לשלם לו [סס] ועוד דמסתמא אדעתא שישלם לו הרשהו ואומדנא גדולה היא ואם יש הכחשה ביניהם על הפרטים שדברו אם יש להשליח מיגו שהיה יכול לעכב הממון ולאמר לו נתתים לך נאמן בשבועה ואם אין לו מיגו ישבע המרשה ויפטר [כ"ל]:

י כבר נתבאר שאף אם הקנה לו אג"ק אינו אלא שליח בעלמא ואם רוצה המורשה להחזיק בהממון שהוציא מהנתבע אינו יכול וצריך להחזיר ואף אם לא כתב לו כל דמתעני וכו' דעיקר תקנת הרשאה אינו אלא לטובת המשלח וכ"ש כשכתב לו כל דמתעני וכו' דהוה כפירש שיחזיר לו ואפילו בקרקע ופקדון צריך להחזיר להמשלח אמנם כשלא כתב לו כלל הרשאה והקנה לו בקניין גמור או במעות שהקנה לו אג"ק או שנכתב הקניין ולא הוזכר כלל עניין הרשאה והשליח טוען שהקנהו לגמרי והמשלח טוען שהיה רק בדרך הרשאה יכול השליח להחזיק בממון כיון שהוא מוחזק [ס"ך] מיהו אם לפי ראות עיני ב"ד נראה שלא היה רק דרך הרשאה אלא שלא שמו על לבם לכותבה מוציאין מהשליח ומחזירין להמשלח דאומדנא גדולה שלא היה רק בדרך הרשאה ולכן יעשה הדיין כפי ראות עיניו לפי העניין:

יא כיון שנתבאר שאין השליח יכול לעכב לעצמו לפיכך אם תבע המפקיד פקדון מהנפקד והשיב לו שנתנו להמורשה שלו אך המורשה חזר והלוה ממנו על הפקדון צריך הנפקד להחזיר להמפקיד פקדונו וילך ויתבע מהמורשה דהרי המורשה אינו אלא שליח לקבלו ממנו ולכן פשע הנפקד במה שחזר והלוה לו עליו ואף שא"ל השליח שהמשלח צוהו ללות עליו לא היה לו להאמינו בלי עדים ובלי כתב מהמשלח וכן כל כיוצא בזה:

יב אם ראובן היה לו מעות בעיר אחרת ושמעון הלך לשם ונתן לו ראובן הרשאה לקבל שם מעותיו ולתת לו תמורתם כשיחזור למקומו והלך שמעון לשם וקיבלם ואח"כ נזדמן שראובן בא לשם ומבקש משמעון שיחזיר לו שם מעותיו ושמעון אומר אתן לך במקומך כפי מה שדברנו הדין עם שמעון ואע"פ דאם היה עדיין המעות ביד הנפקד היה ראובן יכול לחזור מהרשאתו דאף דהקנה והרשה לו הלא אין מטבע נקנית בחליפין אם לא בקניין אג"ק מ"מ כיון ששמעון כבר קיבלם אין ראובן יכול לחזור בו כמו מוכר דשלב"ל דאינו קנוי ועכ"ז אם קדם ותפס אין מוציאין מידו כמו שיתבאר בסי' ר"ט [סמ"ע] ומסתמא כששמעון התנה כן היה לו טובה מזה שישתמש שם בהמעות וראובן נתרצה לזה ושמעון כבר קיבלם הרי זכה בטובה זו [זהו כוונת הס"ך בס"ק כ"ז] ודע דבסי' של"ב יתבאר דבשכירות לא שייך דשלב"ל ובדיבור בעלמא נגמר ואם שכרו לילך או לעשות מלאכה ובעד זה יתן לו חפץ פלוני הגם דהחפץ א"צ ליתן לו דמחסר משיכה או אם החפץ אינו שלו הוה דבר שאינו ברשותו ודינו כדבר שלב"ל אבל דמי החפץ צריך ליתן ולכן אם ראובן שכר לשמעון שילך במקום פלוני לקבל מעותיו ובעד זה ישהה מעותיו אצלו ויסחור עמהם עד שיבא למקום ראובן ושמעון עשה כן והלך לשם ואח"כ בא ראובן לשם קודם שהוציא שמעון המעות אע"ג דיכול ראובן לקבל המעות מ"מ מחוייב לשלם לשמעון לבר שכירותו מהילוכו מה שישומו שיווי המעות על זמן כזה שהיה להיות אצלו לפי עניין מסחרו [כ"ל] דברמי שכירות אין דנין דין הקנאה ולא דין דשלב"ל וכן גם במה שנתבאר בסעי' ז' כשהקנה לו חלק מה שיוציא מהלואה הוה דשלב"ל מ"מ דמי שכירותו מה ששוה חלק כזה צריך לשלם לו [קלה"ח וקושית סכס"מ יש ליישב ודו"ק]:

יג שטר הרשאה א"צ לכתוב בו זמן ומ"מ נוהגין לכתוב בו זמן ולכן אין פוסל בו מוקדם או מאוחר רק לעניין ביטול יש נ"מ ויתבאר בסי' קכ"ג וכן יש כותבים ברעות נפשא בדלא אניסנא וכו' דלא כאסמכתא וכו' וביטול מודעות ומדינא א"צ לכתוב ומ"מ יש נוהגים לכתוב כל זה וכן הרשאה שאין כתוב בה דון וזכי. אלא סב ואפיק לנפשך או לשון אחר כזה אין לפוסלה כיון דהכוונה אחת היא וכן אין לפוסלה כשאין כתוב בה דון כיון שכתוב בה כל דמתעני מבי דינא עלי הדר הרי זה במקום דון וכשירה היא וכן אם כתוב בה דון וכו' ולא כתב כל דמתעני וכו' כשירה היא אבל אם אין כתוב בה לא דון ולא כל דמתעני פסולה [ס"ך] ולשון כל דמתעני כותבין לתקנת המרשה שלא יוכל המורשה לומר הקנית לי לגמרי כיון שכתבת דון וזכי ואפיק לנפשך וזה שאמרנו שאחד משני הלשונות מעכב זהו דווקא בעניין שאינו מקנה לו גוף הדבר כמו שיתבאר בסי' קכ"ג אבל אם הוא בעניין שקונה גוף הדבר כמו במטלטלין שהקנה אותם לו בק"ס ומעות פקדון הקנה לו אג"ק ושטר בכתיבה ומסירה אפילו לא כתב שני הלשונות כשירה ומחייב לדון עמו.

עמו דנהי דלא זכה מטעם שליחות זכה מטעם קניין [שם]:

יד זהו נוסח ההרשאה בכך וכך בשבת בכך וכך בירח פלוני שנת פלוני ומקום פלוני בא לפנינו עדים ח"מ פלוני בן פלוני ואמר לנא הוו עלי עדים וקנו ממני בק"ס וכתבו וחתמו ותנו לפלוני בן פלוני איך שהקניתי לו ד' אמות קרקע בחצירי במתנת בריא ואגבן ואגב ק"ס מניתי אותו מורשה נגד פלוני בן פלוני על בית [או שדה] שיש לי תחת ידו [או פקדון או גזלה או מלוה או ירושה או מעות מעסק שותפות או משכירות שיש לי בידו] כדי להוציא ממנו בדין והנה עשיתו כעשיתי ופיו כפי [ואם נותן לו רשות להעמיד מורשה אחר במקומו יכתובו] [ויהיה לו רשות להעמיד מורשה אחר במקומו ומורשה אחר מורשה עד מאה מורשים] וכן אמר ר' פלוני המרשה בפנינו לר' פלוני המורשה זיל דון וזכי ואפיק לנפשך וכל מה דמתעני לך מן דינא [או פשרה] קבלית עלאי ויהיה לך רשות להשביע ולהטיל קבלה ולדון עמו בכל ב"ד שתרצה ויהיה לך רשות לקבוע זמן ולבטל זמן וכ"ז אני עושה ברעות נפשא בדלא אניסנא דלא להשטאה ודלא להשנאה ודלא כאסמכתא ודלא כטופסי דשטרא ובפנינו עדים ח"מ ביטל המרשה פלוני כל מודעות וכו' וקנינא מן ר' פלוני המרשה לר' פלוני המורשה בכל מה דכתוב ומפורש לעיל במנא דכשר למקניה ביה והכל שריר וקיים נאום פלוני עד ונאום פלוני עד [ע' יש"ש ב"ק פ"ז] והקניין א"צ להיות בפני עדים רק לרווחא דמילתא כותבין כן [ס"ך] ואם יש לחוש שהבעל דין יכחיש החתימות מהעדים טוב לעשות קיום ב"ד או שהב"ד בעצמם יעשו ההרשאה ויכתבו בפנינו ב"ד ח"מ ויחתמו פלוני דיין ואם כתבו לשון עדות כשר [גיטין ל"ג.] וטוב יותר לעשות אצל ב"ד דלאו כ"ע דינא גמירי:

טו הבעל שבא לדון בנכסי אשתו אם בנכסי צאן ברזל א"צ הרשאה ממנה ואפילו היא מוחה אין משגיחין בה כמ"ש באה"ע סי' פ"ה ואם הם נכסי מלוג צריך הרשאה ממנה ואם יש פירות בהקרקע מתוך שיש לו לדון על הפירות דשלו הם דן גם על עיקר הקרקע וא"צ הרשאה ואם היא מוחה בידו שלא לדון על העיקר אינו יכול לדון רק על הפירות [ס"ך] וי"א דאפילו אין עתה פירות בהשדה כיון שעומדת לפירות לזמן הבא מקרי כיש פירות דהרי צריך לדון בשביל הפירות העתיד להיות [סמ"ע] וי"א עוד שאף אם היא שדה שאינה עושה פירות כלל דינה כיש בה פירות מפני שביכולתו למכור וליקח שדה שעושה פירות ולדיעה זו צ"ל דזה שאמרו חז"ל דבלא פירות אינו יכול לדון זהו כשהבעל והאשה מודים שנתנו הפירות להנתבע על משך זמן והקרן הוא שלה והנתבע אומר שגם הקרן הוא שלו [רמ"ם ספ"ד שם] ודעת רבינו הרמ"א באה"ע שם משמע כדיעה ראשונה ע"ש ובאה"ע שם סעי' י"ח בארנו עוד בזה בס"ד ע"ש:

טז אחד מהאחים יורשים שלא חלקו או אחד מהשותפים שבא לתבוע לאחד תובע על הכל הואיל שיש לו חלק בזה הממון א"צ הרשאה מהאחרים ואם יצא חייב בדין אין האחר יכול לומר לזה אלו הייתי שם הייתי טוען טענות אחרות ומחייב בעל דינינו שהרי אומר לו למה לא באת לתבוע גם אתה כיון שהיית בעיר ואע"ג דאם באמת יש לו טענות אחרות יכול גם עתה לטעון כגון אם הראשון אמר אין לי ראיה וזה אם יש לו ראיה יכול להביא וכיוצא בזה מ"מ אם אין לו טענות אחרות לא יוכל לדון עמו פעם אחרת בכדי שיהיה לו זמן חדש לירד לדין ועל הפרעון לפיכך אם היה השני בעיר אחרת יש לו רשות לחזור ולדון עמו ולומר איני מודה בכל מה שטען אחי או שותפי כיון שלא הייתי בעיר ולפיכך גם הנתבע ביכולתו לעכב הדין ולומר או דון עמי רק בחלקך או הבא הרשאה מהאחר שהרי ממון שניכם בידי ושניכם בעלי דיניי ולמחר יבא האחר ויתבע אותי פעם אחרת והתובע אינו יכול לומר לו מה איכפת לך אם תדון על הכל דוודאי יש לו חשש בזה דאם יצא מב"ד חייב יהיה חייב בכל ואם יצא זכאי לא יזכה רק על חציו ולקתה מדת הדין [טור] וכן כשנתוודע שהשני אף שהיה בעיר מ"מ לא שמע ולא ידע שירד עמו לדין יכול לדון עמו פעם אחרת אבל בסתמא אמרינן ששמע עד שיתוודע בבירור שלא שמע ולא ידע ואינו דומה למ"ש בסי' ע"ז לעניין למסור לאחד מהשותפין כל החוב דבעינן שיהא נודע בבירור ששמע דוודאי למסור מעות צריכין לידע בבירור משא"כ לעניין לעמוד בדין [ס"ך] וי"א דאם השני היה בעיר ושמע ולא בא אינו יכול לטעון אף טענות אחרות ואבד זכותו [שם להרמב"ם] ויש מי שרוצה לומר דאם אפילו שניהם בעיר יכול הנתבע לכוף שיבא גם השני לב"ד מפני שיכול לומר ידעתי כי השני לא יוכל להעיז נגדי ורבים חולקים על זה ומ"מ אם לפי ראות עיני ב"ד יש ממש בדברי הנתבע כופים שיבא גם השני לב"ד [כ"ל] וע' בסי' קע"ו:

יז בד"א כשהיו האחים או השותפים תובעים אבל אם היו נתבעים והתובע בא להוציא מידם אין השני נתחייב אף כשהיה בעיר ושמע ולא בא דכשהם תובעים נראה בבירור שסמך על חבירו דאל"כ היה בא בעצמו אבל כשהם נתבעים יכול לומר לא סמכתי על חבירי ולמה אמהר לבא ומי יתן שלא יתבעיני לעולם [רבינו ב"י] ולכן אם אף כשהם נתבעים אין התובע מחוסר גוביינא כגון שני שותפים שלקו קרקע ובא אחד להוציא מידם בטענת שהמוכר להם גזלה

ממנו

ממנו או שהוא בעל חובו והורידו ב"ד להתובע בתוך הקרקע אין השותף יכול לערער כשהיה בעיר ושמע ולא בא דהרי הוא עתה כתובע [ס"ך] וה"ה במעות או מטלטלים ויש שלהם ת"י התובע [כ"ל]:

סימן קכג [הרשאה על מה נכתבת ואת מי ביכולת להרשות ובו י"ז סעיפים]:

א כיון שנתבאר דבהרשאה צריך להקנות להמורשה בגוף הדבר שמרשיהו עליו לכן מדינא דגמ' אין כותבין הרשאה אלא לתבוע פקדון שביד חבירו ולא כפר לו בב"ד דאלו כפר הנפקד מה שייך הקנאה הא מיחזי כשיקרא להקנות מה שאינו מבורר שיש לו ואם הפקדון מעות אז אף אם לא כפר לו אין מועיל קניין סתם דאינם נקנים בחליפין וצריך להקנות לו אג"ק וכן יכול להרשות לתבוע קרקע אפילו כפר בה דבקרקע לא שייך מיחזי כשיקרא כיון שהיא לפנינו וכן יכול להרשות על מלוה בשטר אפילו כפר בה משום דבכל שטר יש שיעבוד קרקעות והוה כקרקע שכשם שיכול להקנות השטר ושיעבודו בכתיבה ומסירה כך יכול להרשותו עליו ולמסור השטר בידו כדי שיגביהו וצריך לכתוב לו קני לך איהו וכל שיעבודיה דאית ביה כמ"ש בסי' ס"ו וכן אם מקנה לו השטר באג"ק מהני אף בלא כתיבה ומסירה ולכן אין אנו כותבין בהרשאות שטרות קני לך וכו' מפני שאנו כותבין בכל ההרשאות קניין אג"ק כמ"ש בסי' הקודם סעי' י"ד אבל אין כותבין הרשאה מדינא על פקדון שביד חבירו אם כפר בו הנפקד וכן אין כותבין על מלוה בע"פ דהא להלואה ניתנה ואינה בעין ואף כשהלוה לא כפר בה אין על מה לחול הרשאתו וגם קניין אינו חל על זה כיון שאינו בעין וגם אג"ק אינו מועיל כמ"ש בסי' ר"ג וזהו מדינא דגמ':

ב וכדי שלא יטול כל אחד ממון חבירו וילך לו למדה"י ובעל המעות בעצמו אולי לא יהיה ביכולתו לילך לשם תקנו הגאונים שכותבין הרשאה על כל דבר לא שנא פקדון וגזל ל"ש מלוה בשטר ומלוה בע"פ ואע"פ שכפר בו ולא חיישינן למיחזי כשיקרא בכה"ג דהא אין העדים מעידים שיש לו ביד פלוני אלא מעידים על אמירתו שאומר שיש לו ביד פלוני ובלא עדים לא חיישינן למיחזי כשיקרא כמ"ש בסי' מ"ח סעי' א' וי"א דעל מלוה ע"פ בלא קניין שכפר הלוה לא תקנו הגאונים לכתוב הרשאה משום דלא שכיח להלות ע"פ אבל המנהג כסברא ראשונה ועוד דהא גם שטר בחת"י הלוה הוה כמלוה ע"פ כמ"ש בסי' ס"ט וזה שכיח הרבה ואף לי"א אם כתב לו הרשאה על מלוה ע"פ דכפריה והלוה מסר המעות להמורשה ונאנס או נאבד מיד המורשה פטור הלוה דלא גרע משליח שעשאו בעדים שנתבאר בסי' הקודם דפטור הלוה:

ג כתבו רבותינו בעלי הש"ע דמי שהיה לו שבועה על חבירו אינו יכול להרשות אחר עליו ולהשביעו שאינו דבר שנקנה בקניין שאינו אלא דברים בעלמא וה"ה מי שהיה לו תביעה על חבירו וכתב לו הרשאה על דתביעה אין ההרשאה כלום דתביעה אינה דבר שיוכל להקנות אלא צריך לכתוב ההרשאה על הממון שעליו התביעה עכ"ל וגדולי האחרונים חולקים בזה דוודאי להקנות לחלוטין במכר או במתנה אינו כלום אבל בהרשאה כיון שמתקנת הגאונים לכתוב אף על דבר שאינו מועיל קניין מ"מ תקנו שתועיל ההרשאה והקניין מתורת שליחות אלימתא שלא יהא ביכולת הנתבע לומר להשליח לאו בע"ד דידי את א"כ כותבין על כל דבר וכן המנהג לכתוב הרשאות גם על שבועות וכן כותבין הרשאות על בושת ופגם ונזקין [ס"ך] כי לאחר תקנת הגאונים אין לך דבר שאין כותבים עליו הרשאה:

ד המרשה לאחד ואח"כ הרשה לאחר ושניהם באים בהרשאתם לפנינו אין להנתבע להשיב אלא להשני דמסתמא ביטל את הראשון מיהו אם לא ידע מביטולו ונתן להראשון מה שעשה עשוי ואין השני יכול לתובעו ואם נאנס מהראשון אין הנתבע חייב אבל כשידע מביטולו ומסר לו מחוייב ליקח ממנו ולמסור להשני ואם נאנס מהראשון חייב באחריות ואם הראשון דן עם הנתבע ויצא המורשה חייב בדין חוזר השני וסותר הדין אף אם לא ידע הנתבע מביטול הראשון אבל כשיצא הנתבע חייב בדין אינו יכול לסתור בטענתו לומר כיון שביטל אותך לאו בע"ד דידי את דכיון דזכות הוא להמרשה זכין לאדם שלא בפניו ואנן סהדי שהתובע מסכים על מה שעשה הראשון [ס"ך] ואם ידוע שלא ביטל אחד מהם יכול הנתבע אף לכתחלה לדון עם מי שירצה:

ה אין למורשה רשות לכתוב הרשאה לאחר שזה יאמר אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר ואם עבר וכתב והנתבע נתן להאחר חייב הנתבע באחריות דלא היה לו ליתן ע"פ הרשאת המורשה והמורשה פטור דיכול לומר לא היה לו להנתבע ליתן [ס"ך] ולכן אם המורשה אמר להנתבע שהמרשה הרשהו לעשות ממנו מורשה פטור הנתבע אף שלא נכתב מפורש כן בההרשאה והמורשה חייב באחריות ואם באמת התנה עם המרשה שתהא ביכולתו להרשות לאחר ואחר לאחר הכל לפי תנאו ונכון לכתוב כן בהרשאה כמ"ש בסי' הקודם סעי' י"ד אבל כל שלא נתן לו רשות אסור לו לעשות מורשה במקומו ואפילו אם ירצה להרשות לאחר רק שיעמוד עם הנתבע בדין וכשיצא הנתבע חייב לא ימסור לו המעות דבזה אין שייך לומר אין רצוני שיהא

פקדוני

פקדוני ביד אחר מ"מ אין לו לעשות כן והנתבע א"צ להשיב לו כלל דאינו שלוחו של התובע [ס"ך] מיהו אם הוא בעניין שאין התובע יכול לומר אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר כגון שזה האחר מאמין לו התובע תמיד כמ"ש בסי' רצ"א ומסר לו הנתבע פטור מאחריות [סס]:

ו אם הרשה לשנים וכתב שהשנים יעסקו בזה ועסק אחד מהם אינו כלום והנתבע שמסר לאחד חייב באחריות כיון שראה שכתוב כן בההרשאה ואף אם לא ביאר מפורש ראובן ושמעון ביחד אלא שכתב סתם שנתן הרשאה לראובן ושמעון כוונתו לשניהם ביחד דכן הוא בלשון בני אדם אע"פ שבלשון הכתובים יש לפעמים ואו המחלק ואם כתב בההרשאה שאם יארע אונס לאחד מהם יעסוק השני לבדו ולא רצה אחד מהם לעסוק אף שלא היה אנוס יכול השני לעסוק לבדו כי נגד השני גם זה כאונס כשהאחר אינו רוצה ואע"פ שיש מי שמפקפק בזה מ"מ כן עיקר לדינא דהן אמת דהעדר הרצון אינו אונס מ"מ אומדן דעתא הוא שרצון המרשה היה בכך דכיון שנתן רשות לאחד לעסוק מה לי אם השני אנוס או אינו רוצה [סע"מ] אבל אם אין כתוב כן בההרשאה אסור להאחד לעסוק אף אם אירע אונס גמור לאחד מהם [כ"ל]:

ז הבא בהרשאה שמחל להנתבע או מכר לו החפץ או הקרקע או מחל לו על השבועה או שעשה עמו פשרה לא עשה כלום שאע"פ שהקנה לו אג"ק וכתב לו דון וזכי ואפיק לנפשך מ"מ אינו כשלו ואינו אלא כשליח ויכול המרשה לומר לתקוני שדרתיך ולא לעוותי כמ"ש בסי' הקודם ולכן אם הקנה לו חלק ובארנו שם בסעי' ז' שחלק זה הוה שלו לגמרי יכול לעשות בחלקו כרצונו [כ"ל] וכן אם התנה עמו בין לתקון בין לעיוות אפילו אם מחל לו הכל מחילתו מחילה וכ"ש אם פירש בההרשאה מחילתך כמחילתי ואם כתב בהרשאה הן לדין הן לפשר עכ"ז אין לו לעשות פשרה בעצמו אלא ע"פ ב"ד דוודאי כן היתה כוונת המרשה ואם עשה הפשרה מעצמו ביכולת המרשה לפקפק על זה [כ"ל] אם לא שיודע המורשה שכך היתה כוונתו ונאמן המורשה בזה דדינו כשליש נגד המרשה כמ"ש שם אבל במה שלא נתבאר בההרשאה אינו נאמן לחדש דבר [כ"ל] וכתב אחד מהגדולים דדווקא אם כתב בין לתקון בין לעיוות קודם שכתב וכל דמתעני וכו' אבל אח"כ אינו מועיל ולא נהירא לי ואפילו אם א"ל כן בע"פ אחר כתיבת ההרשאה ויש עדים על זה ג"כ מועיל [כ"ל] ואם המרשה נתן לו כח לפשר עם הנתבע ועשה פשרה ואח"כ עירער המרשה דלא היתה כוונתו על פשרה כזו אינו נאמן דהמורשה יש לו דין שליש דלא כיש מי שנסתפק בזה [כ"ל]:

ח ראובן היה לו חוב על עכו"ם ואמר לשמעון שהיה לו ג"כ חוב על העכו"ם כשם שתעשה בשלך כן תעשה בשלי והלך שמעון ומחל לו חובו והחוב של ראובן חייב לשלם לראובן מדיני דגרמי מה שהיה שוה החוב למכירה במעות מזומן דאומדן דעת היא שלא היתה כוונת ראובן למחול לו ואם שמעון אומר שברשות ראובן מחל לו נשבע היסת שראובן הרשהו למחול ונפטר [סמ"ע] ויש חולקין בזה ויתבאר בסי' קע"ו סעי' ס"ג ואף לדיעה זו דווקא כשיש לו מיגו ע"ש וכן אם לא היה החוב שוה כלל למכירה א"צ לשלם לו כלום [ס"ך] דהרי לא הפסידו בזה ואין ראובן יכול לומר אני הייתי גובה ממנו דאינו נאמן לומר כן ואף אם היה כן אין זה גרמי אלא גרמא כיון שאינו שוה לכל העולם וגרמא בנזקין פטור [כ"ל]:

ט ראובן שבא בהרשאת שמעון ותבע ללוי ואמר להד"ם דמן הדין צריך לישבע היסת וליפטר ואמר לוי אני מהפך השבועה על שמעון שישבע ויטול וכן כשבא המורשה ליתבע בשטר מלוי וטוען לוי פרעתי ישבע לי שמעון שלא פרעתיו אע"ג דלוי דינא קאמר מ"מ חשו חכמים שמא מערים הוא להמשיך הזמן עד שישבע שמעון לפיכך מוציאין ב"ד הממון מיד לוי ויהא מונח ביד ב"ד עד שיבא שמעון וישבע ויטול וכן בפוגם שטרו ובכל מה שנתבאר בטוען ונטען דב"ד מחייבין שבועה להתובע מוציאין הממון מהנתבע ויונחו ביד ב"ד עד שישבע התובע וכן כל הדברים שתולה הנתבע בהמרשה ידון עם המורשה והממון יונח אצל ב"ד עד שיבא המרשה ויברר הדבר ויש רשות להמורשה להטיל קבלה על כל מי שטוען טענת שקר כדי לעכב הממון ולאחר התשלומין והב"ד קובעין זמן להמרשה מתי שיבא וישבע או יברר ואם לא יבא בתוך אותו זמן יחזירו ב"ד להנתבע ממונו דאל"כ יערים המרשה ג"כ בידעו שאינו יכול לישבע או לברר ויומשך זמן רב עד שיוכרח הנתבע להתפשר עמו ואין המרשה יכול לומר אשבע במקומי לפני ב"ד שבכאן דכבר נתבאר בסי' פ"ז דשבועה צריך להיות בפני בע"ד ואין המרשה יכול לומר יבא הנתבע למקומי דהדין הוא שהתובע הולך אחר הנתבע מיהו בדיעבד אם נשבע המרשה במקומו שבועה כד"ת שבועתו שבועה כמ"ש שם ומקבל מעותיו ועוד נראה דגם לכתחלה אם לפי ראות עיני ב"ד קשה על המורשה לבא לכאן ולהרבות הוצאות יכולים לכתחלה להרשותו לישבע במקומו דהרי יש מי שאומר שאין לעכב כלל הממון בשביל תקנה זו שתקנו חז"ל שישבע התובע ונהי דלא קיי"ל כן לדינא מ"מ לעניין לישבע במקומו אם כבד הדבר על התובע יכולים לסמוך על זה:

י ודווקא ממון יכול לוי לעכב עד שישבע שמעון אבל אם נתחייב לוי שבועה ולפני כל שבועה יש קבלה על השכנגדו המשביעו כמ"ש שם אין לוי יכול לעכב ולומר

ולומר איני נשבע עד שאטיל קבלה בפני שמעון על מי שטוען עלי שקר או למנהגינו יקבל עליו שמעון קבלה מפורשת לפי שאין קבלה זו אלא תקנה קלה שתקנו גאונים אחרונים כדי שיכוונו בעלי דינים טענותיהם ואין מעכבין שבועתו של זה בין שד"א בין היסת מפני תקנה קלה זו וי"א שהב"ד דכאן ישלחו כתבם לב"ד שבמקום שם ויקבל שם הקבלה ויודיעו הב"ד דשם לב"ד דכאן ואז ישבע לוי [טור] ואם שמעון לא ירצה לקבל פטור לוי משבועתו ואפילו אם יש להמורשה חלק גמור בהתביעה יכול הנתבע לעכב גם חלק המורשה מפני מיאון הקבלה של המרשה דלא יפה כח המורשה מכח המרשה ואפילו מחל המרשה לגמרי את החוב להנתבע אינו יכול המורשה לתבוע חלקו מהמרשה רק הוצאותיו צריך להחזיר לו דלא גרע ממוכר שט"ח וחזר ומחלו וכ"ש בעניין זה רק אם התביעה היתה קרקע או פקדון דנקנה להמורשה חלקו בגוף הקרקע או הממון שביד הנפקד אין יכול המרשה למחול חלק המורשה ועכ"ז הודאת המרשה מקבלינן גם לחלקו של מורשא ורק המורשה יכול להטיל קבלה עליו אם לא עשה קנוניא עם הנתבע [ס"ך וט"ז]:

יא אם יש להמורשה חלק בהתביעה פסולים קרוביו לעדים ולדיינים אבל אם אין לו חלק והורשה בשכר ידוע אף כשלא יוציא הממון מיד הנתבע וכ"ש כשעושה בחנם כשירים קרוביו בין לעדים בין לדיינים כיון שאין לו חלק לא בהפסד ולא בשכר ואם א"ל המרשה שכרך יהא תלוי בי כפי רצוני הוה נוגע בדבר דקרוב לומר שאם יזכה יפציהו להמורשה ופסולים קרוביו [ב"י] ובמקום שאין המורשה נוגע בדבר גם הוא בעצמו כשר להעיד לפיכך עצה טובה הוא לכל תובע כשיש לו עדים על תביעתו לא יעשה מורשה אחד מהעדים או מקרוביהם אא"כ יקצוץ לו שכר ידוע בין שיוציא מהנתבע ובין שלא יוציא כדי שלא יהיה נוגע בדבר ועכ"ז כתבו האחרונים שמכוער הדבר שהמורשה יהיה עד וצריך בזה חקירת ב"ד להוציא הדין לאמתו ואולי יש ערמה ותחבולה בדבר וכן יש להנתבע ליזהר כשיש לו עדים שפרע חובו והתובע העמיד מורשה קרוב של העדים ונתן לו חלק לא יבא הנתבע לדון עם זה המורשה שהרי יפסולו עדיו אבל אם אין להמורשה חלק בגוף התביעה אף כשלא קצץ לו ויגיע טובה להמורשה כשיזכה התובע יותר אין נפסלים העדים להעיד לחובתו של התובע דהא אין המורשה בע"ד שיפסלו קרוביו בין לזכות בין לחובה אלא נוגע הוא בדבר ונוגע פסולים קרובים רק לזכותו ולא לחובתו וכמ"ש בסי' ל"ז [ס"ך] והנתבע ביכולתו לעכב על התובע שלא יעשה מורשה שעל ידו יפסולו עדיו ואם עשה א"צ לדון עמו וי"א דאף כשדן עם המורשה ואח"כ מצא הנתבע עדים ופסולים הם מחמת המורשה יכול הנתבע לבטל הדין ושיעמיד התובע מורשה אחר כדי שיתכשרו עדיו [ט"ז] ויש חולקים בזה [כ"מ מס"ך סקכ"ס ע"ס]:

יב יכול המלוה לעשות מורשה להלוה לדון עם ערב קבלן שלו וכן בסתם ערב כשאין לו להלוה אבל כשיש לו איך יהיה מורשה שישלם הערב הלא עליו לשלם אבל ע"ק יש רשות להמלוה לתבוע ממי שירצה כמ"ש בסי' קכ"ט וכן יכול להעיד בזה כשאין לו במה לשלם ואין לפוסלו מחששא דהוא נוגע בדבר משום שרצונו שישלם הערב כדי שלא יהיה לוה רשע ולא ישלם נגד המלוה דמאי נ"מ דאף שישלם הערב הלא יהיה נגדו לוה רשע ולא ישלם ולכן אם הוא באופן שיתבאר בסי' ק"ל שא"צ לשלם להערב אין מקבלין עדותו אבל כשיש לו במה לשלם יש מי שאומר שאף נגד ע"ק אין מקבלין עדותו כשלא א"ל הכנס קבלן תחתי [ס"ך] כללו של דבר לפי פרטי דיני ערבות אם יבין הדיין שיש לו קצת נגיעה לא יקבל עדותו ומיהו נראה דכשיש לו להלוה במה לשלם צריכים הב"ד לומר לו למה נקבל עדותך צא ופרע להמלוה [עסמ"ע וס"ך]:

יג ביכולת לעשות מורשים נשים ועבדים כנענים וי"א דעבד שלו אין ביכולתו לעשותו למורשה דאיך יכתוב לו דון וזכי הא אין קניין לעבד בלא רבו ואף דקיי"ל דשליח שווייה מ"מ צריך שיהא ראוי לקנות לעצמו וכיון שאין קניין לעבד בלא רבו שהרי גופו קנוי לו וידו בידו נמצא שאינו אלא שלוחו ויכול הנתבע לומר לאו בע"ד דידי את ומ"מ אם נתן לו פטור מאחריות דלא גרע משליח שעשאו בעדים ולאשתו יכול להרשות ואף דאין קניין לאשה בלא בעלה וידה כידו מ"מ כיון שנתבאר באה"ע סי' פ"ה דהנותן מתנה לאשתו קנתה ואינו אוכל פירות נמצא דשכתב לה דון וזכי לנפשך אין לו שייכות בזה [עסמ"ע וס"ך]:

יד יכולים לשלוח הרשאה ביד עכו"ם דאע"ג דאין שליחות לעכו"ם אבל קניין חליפין יש לו ולכן כשנותן העכו"ם סודרו להמשלח ואוחז בו מקנה לו חליפיו הפקדון שיש לו ביד הנפקד ואם הם מעות יקנה לו אג"ק דגם קניין אג"ק נוהג בעכו"ם [קלס"ח] ואע"ג דקיי"ל דשליח שווייה זהו לעניין שאין ביכולת המורשה לעכב לעצמו אבל באמת הלא כותב בההרשאה זכי ואפיק לנפשך ורק בזה צריך ליזהר דבקניין ישראל יש שנהגו שאין הקונה בעצמו נותן סודרו להמקנה אלא העדים נותנים סודרם להמקנה ודם זוכים מתורת שליחות בעד הקונה כמו שיתבאר בסי' קצ"ה ובעכו"ם אין לעשות כן וצריך העכו"ם בעצמו ליתן סודרו להמרשה ולכן לא יכתבו בהרשאה וקנינא מיניה דביאורו שהעדים קנו מהמרשה אלא יכתובו וקנה העכו"ם וי"א דגם העדים יכולים ליתן הסודר.

הסודר שלהם שאין זה מתורת שליחות רק לשון וקנינא מורה על שליחות ואין לכותבו [ט"ז] ודווקא בקרקעות ופקדונות מועיל הרשאה לעכו"ם אבל הלואה שאינה נקנית בחליפין או שארי דברים שאינם נקנין בחליפין וההרשאה אינה אלא מטעם שליחות אין שליחות לעכו"ם [רס"ל] וי"א דמועיל בכל דבר וכן משמע מלשון רבותינו בעלי הש"ע [וכ"כ סס"ך] והטעם כיון דתקנו הגאונים שיועיל בכל דבר הרשאה ובע"כ אינו מטעם שליחות לבד דא"כ ההרשאה אך למותר ולמה לא יוכל הנתבע לומר לאו בע"ד דידי את אלא צ"ל דתקנתם היתה שיועיל קניין בהרשאה בכל דבר וא"כ שפיר ביכולת לעשותו מורשה וי"א שלא לכתוב בהרשאתו כל דמתעני וכו' דזהו לשון שליחות וכמו שהישראל יכול לעשות לעכו"ם מורשה כמו כן מדינא יכול העכו"ם לעשות לישראל מורשה והישראל יתן סודרו לעכו"ם ויש חולקים על עיקר דין זה וס"ל דאין להעכו"ם קניין חליפין כלל ואין להרשות לא עכו"ם לישראל ולא ישראל לעכו"ם [ס"ך] אמנם הרבה מהגדולים הכריעו כדיעה ראשונה ועוד יתבאר בזה בסי' קצ"ד בס"ד וכן המנהג להקנות לעכו"ם בק"ם ובאג"ק וכן נהגו כל מורי הוראה במכירת חמץ :

טו המורשה שקיבל עליו קב"ח שיקיים המרשה מה שקבל עליו מחוייב המרשה לקיים דהוה כאלו קיבל בעצמו שהרי כתב לו ועשייתך כעשייתי [ד"מ אות ס'] וכן כל מה שקיבל עליו המורשה מחוייב המרשה לקיים :

טז אמרו חז"ל [שבועות ל"ח.] ואשר לא טוב עשה בעמיו זה הבא בהרשאה בד"א כשהתובע והנתבע הם בעיר אחת אלא שהנתבע הוא בעל טענות ואין התובע רוצה לדון עמו ומעמיד את המורשה נמצא זה המורשה עובר ומתעבר על ריב לא לו ומי בקש זאת מידו ואין רוח חכמים נוחה הימנו אבל אם הנתבע בעיר אחרת ושולח התובע מורשה לעירו במקומו הרי זה עושה מצוה דאל"כ כל אחד יטול ממון חבירו וילך לו בידעו שהתובע לא יוכל לבא למקומו וכן אם הנתבע הוא אלם ויודעים שיבלבל את התובע בטענותיו ואין ביכולתו לעמוד עמו יחד בב"ד ג"כ מצוה על המורשה לעמוד בשבילו ולהציל עשוק מיד עושקו והכל לפי העניין ואסור להמורשה לטעון שקר דגם הבע"ד בעצמו אסור לו לשקר :

יז י"א שאין אדם יכול לעשות מורשה שלא בפניו שלא יקנה לו בפני עדים בק"ם ויאמר הריני מקנה ומרשה לפלוני על חובי להוציאו מיד פלוני דאין חבין לאדם שלא מדעתו והרי כתיב ואשר לא טוב עשה כמ"ש בסעי' ט"ז ולכן אפילו אם נתרצה אח"כ בדבר אינו כלום כיון דהקניין לא חל מעיקרא ולפ"ז במקום שמצוה להיות מורשה לפמ"ש שם יכול לעשותו אף שלא בפניו [ס"ך וט"ז] וי"א דאפילו בכה"ג לא יעשה שלא בפניו מפני שע"פ רוב אין אדם מתרצה להיות מורשה ולהתעבר על ריב לא לו ולא חל הקניין אף כשנתרצה אח"כ [סמ"ע] ולכן טוב לישאל מקודם במכתב את המורשה אם מתרצה לזה ואז יכתוב לו ההרשאה :

סימן קכד [נתבע אם יכול לעשות מורשה ובו ג' סעיפים] :

א דווקא התובע יכול לעשות מורשה כמ"ש בסימנים הקודמים אבל הנתבע אינו יכול לעשות מורשה דבשלמא התובע מקנה המעות להמורשה והוה כאלו המורשה הוא התובע אבל הנתבע דלא שייך שיקניהו אין שייך על זה שום מורשה ושיעשה שליח בעלמא ג"כ אין ביכולתו משום דהנתבע לא יהיה ביכולתו להעיז פניו בפני התובע כמ"ש חז"ל אין אדם מעיז פניו בפני בעל חובו אבל שלוחו יעיז להתובע ועוד דבתובע ההכרח לתקן הרשאה ושליחות שלא יהא כל אחד נוטל מעותיו של חבירו וילך לו אבל לנתבע למה יתקנו הלא התובע או שלוחו בא אליו ישיבנו בעצמו אם יש לו מה להשיב לפיכך הנתבע אינו יכול למנות מורשה או שליח שילך בעדו לב"ד להשיב להתובע והוא ישב בביתו וכ"ש כשהוא בב"ד דאין לו להעמיד טוען במקומו דזה אפילו בתובע אין לעשות אא"כ אינו איש דברים כמ"ש בסי' י"ז [סמ"ע] ועכשיו שנהגו שאפילו אם התובע בב"ד מעמיד מורשה בעדו משום דמסתמא נותן לו כל כח ורשות שיש לו בתביעה זו אבל בנתבע לא שייך זה [ס"ך] ואף בקניין מהנתבע לא מהני להעמיד מורשה [סס] כי אין על מה שתחול קניינו וקניין דברים הוא ועכ"ז אם העמיד הנתבע מורשה וע"פ הודאת המורשה נתחייב הנתבע הודאה היא ואין יכול הנתבע לערער על זה [סס] ונשים יקרות שאין כבודן לבא לב"ד משגרין להן סופרי הדיינין או שמשים ויטענו בפניהם ואם ירצה התובע הולך עמהם לשמוע מפיהן טענותיהן וכיוצא בזה עושים לת"ח שתורתן אומנתן ורצונו לדון לפני ב"ד זה וזילא ביה מילתא למיזל לב"ד ולערער בהדי ע"ה וביו"ד סי' רמ"ג נתבאר מה נקרא תורתו אומנתו וזה התירו הקדמונים מפני כבודם ועכ"ז לא התירו שיעמידו מורשה :

ב וכ"ז מדינא אבל עכשיו המנהג בכל בתי דינים שגם הנתבע מעמיד מורשה וכ"ש התובע ובין שהבעלי דינים הם בעצמם בב"ד ובין שאינם בעצמם בב"ד ומ"מ אם אינם בב"ד והב"ד רואים שע"י המורשים אין ביכולת לברר הדין על הבירור שולחים אחריהם

ובאים

ובאים בעצמם לב"ד [תו"מ] וכן נכון לעשות :

ג וזה שאמרנו דהודאת המורשה הוי הודאה זהו דווקא כשהבעל דין שם דברים בפי המורשה וצוהו לטעון כך וכך ומסתמא שליח עשה שליחותו ואינו נאמן הבע"ד לערער אבל כשלא סידר לו טענותיו רק שא"ל לך וטוען בעדי יכול אח"כ הבע"ד לערער על הודאתו [קצה"ח] ולומר שהמורשה אינו יודע היטב בהעניין :

סימן קכה [השולח פקדונו או חובו ע"י שליח אם יכול לחזור בו ואיזה לשון הוה כזכי ובו י"ד סעיפים] :

א דבר ידוע ומוסכם שזכין לאדם שלא בפניו דזכייה הוא מטעם שליחות דאנן סהדי שרצון זה האיש שזוכין בעדו שהזוכה יהיה שלוחו וזכייה יש לו כח יותר משליחות דאפילו קטן שאין ביכולתו לעשות שליח זוכין בשבילו ורק לעכו"ם אין זוכין בשבילו ולא הוא זוכה בשביל ישראל מפני שאין לו שליחות כלל אבל קטן ישנו בכלל שליחות כשיגדיל ויתבאר זה בסי' רמ"ג ולכן כשראובן אומר לשמעון זכה זה בשביל לוי כיון שקיבל שמעון אותו דבר בשביל לוי זכה לוי כאלו בא לידו ואין הנותן יכול לחזור בו וזהו במתנה וכ"ש בדבר שאינה מתנה כגון שהוא פקדון של לוי שהפקיד ביד ראובן או שהלוה לוי לראובן ואמר לשמעון זכה פקדון זה או חוב זה בשביל לוי אינו יכול לחזור בו ויש לשונות דהם ג"כ כזכי ולא בכל הדברים מטעמים שיתבארו בסעי' ב' כגון שאומר הולך פקדון זה או הולך חוב זה לפלוני הוה כזכי וכן כשאמר תן פקדון זה או תן חוב זה לפלוני הוה כזכי אבל במתנה לא הוה הולך ותן כזכי ועד שיבא ליד המקבל מתנה אינו זוכה בהמתנה דכן משמע הלשון הולך לידו ותן לידו לכשיקבל יזכה בו ואפילו אם המקבל מתנה עשאו שליח לקבלה ואמר לו הנותן הולך לו או תן לו לא הוה כזכי דעקריה לשליחותו דמקבל ונעשה שלוחו של הנותן [סמ"ע סקכ"ג] אבל אם א"ל התקבל לו זכה מיד דכן הדין בגט אשה כמ"ש באה"ע סי' ק"מ וכן בתן לו כשהיא עשאתו שליח לקבלה י"א שם דלא עקריה משליחותה וכן במתנה בבה"ג זכה מיד וי"א דתן הוה תמיד כזכי אפילו כשלא עשאו המקבל לשליח ודווקא שנותן לו עתה החפץ בידו וא"ל תן חפץ זה לפלוני אבל אם מתחלה לא בא לידו על דעת לזכות לזה ואח"כ א"ל תנהו לפלוני לא קנה אלא במעמד שלשתן כמו שיתבאר בסי' קכ"ו ואפילו אם השליח תופס החפץ בידו בשעה שא"ל תן כיון שלא בא לידו מתחלה לשם כך לא הוה כזכי אבל אם א"ל זכה בחפץ זה לפלוני אע"פ שלא בא בידו מתחלה לשם כך או אפילו לא היה החפץ בידו כלל בשעה שא"ל זכה לו אלא שהגביהו אח"כ כדי לזכות לפלוני זכה הפלוני אפילו הגביה החפץ שלא בפני הנותן ושלא בפני המקבל או אפילו לא בא לידו כלל אלא לחצירו ורשותו זכה לו חצירו אע"פ שלא הגביה לשם כך [סמ"ע] כיון שהנותן א"ל שיזכה בעדו ולא חזר בו זוכה רשותו של השליח בשביל המקבל אבל אם לא א"ל זכי אלא תן או הולך אין הרשות קונה אפילו בחוב ופקדון אפילו כשמונח הפקדון בחצירו של השליח לא זכה דבתן או הולך אינו זוכה אא"כ מוסרו מיד ליד [ש"ך סקכ"ח וזהו כוונת סמ"ע בס"ס ז' ות"ש קושית הש"ך סקל"ב ומ"ש הש"ך שם דהם הלו"ת ולפמ"ש ת"ש ודו"ק] אבל אם היה החפץ בידו מקודם אינו זוכה רק בלשון זכי או שיקבלו ממנו וימסרנו לידו ויאמר לו תן או הולך ולדיעה ראשונה לא הוה תן כזכי במתנה אפילו כשמוסר לו מיד ליד ויכול לחזור בו כל זמן שלא הגיע ליד המקבל ובהולך לכל הדיעות לא הוה כזכי וכן כשאמר שני הלשונות ביחד הולך ותן לא הוה כזכי ולפיכך אם אמר הולך מנה לפלוני שאני נותן לו במתנה אפילו מוסר לו הממון מיד ליד יכול לחזור בו ודווקא כשהמקבל הוא עשיר אבל אם הוא עני ונצרך לקבל מצדקה אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט ואינו יכול לחזור בו ואע"ג דצדקה אינו כהקדש להרבה פוסקים מ"מ לעניין זה חל עליו הנדר באמירת פיו בלבד כדכתיב מוצא שפתיך תשמור ועשית כאשר נדרת וגו' ואף שבאמירה בעלמא יכול לשאול על נדרו כמ"ש ביו"ד סי' רנ"ח מ"מ כשמסר לשליח שימסור להמקבל אין יכול להתיר את נדרו דהוה כתרומה ביד כהן שאין נשאלין עליו [סמ"ע וס"ך] ואף שיש מי שמסתפק בזה וס"ל דרק כשבא ליד גבאי צדקה הוה כבא ליד העני וזה דומה לתרומה ביד כהן אבל אצל אחר הוה כעדיין ביד הנותן ויכול להשאל על זה ועוד דגם דין זה דתרומה ביד כהן אינו מוסכם מ"מ נ"ל עיקר לדינא כמ"ש דרוב הפוסקים הסכימו דתרומה ביד כהן אין נשאלים עליה וכשייחד לפלוני עני הוה השליח כגבאי צדקה לעניין זה ובגבאי אפילו לא ייחד לפלוני עני אלא נתן לצדקה הוה ידו כיד עניים וזכו מיד [ות"ש קושית סתומים סק"ח] ובלשון זכי זוכה בכל הדברים אם החפץ מונח ברשות השליח אבל אם אינו ברשותו אינו זוכה דבמה יזכה ואף בחוב ופקדון אינו מועיל ומיהו אפילו אינו עתה ברשותו לכשיבא לרשותו זוכה הרשות בשבילו אם לא יחזור בו הנותן קודם לכן ואפילו במתנה דכיון דאמר זכי לפלוני תיכף כשבא הדבר לרשות השליח זכה הרשות בעד המקבל אפילו

כשלא

כשלא יאמר השליח תקנה רשותי בעד פלוני דאמירה לא מעלה ולא מוריד [כ"מ מב"מ י'.] וכשאומר שא מנה לפלוני טול מנה זה לפלוני תהא מנה זו לפלוני כולם כלשון הולך הם והוה כזכי בחוב ופקדון אבל אם אמר החזר לפלוני חובו או פקדונו או צא ופרע לפלוני בעל חובי לא הוה כהולך ולא הוה כזכי [ס"ך וט"ז] וי"א דהחזר הוה כהולך [סמ"ע ולו"ת] והעיקר כדיעה ראשונה וזהו דעת רבינו הרמ"א וכשנתן לשליח שטר מתנה שיזכה בו לפלוני אם כל קניין המתנה הוא ע"י השטר דינו כמתנה ואם קנה המתנה בקניין אחר כגון בק"ס או בחזקה והשטר הוא רק לראיה דינו כחוב דאמרינן ביה הולך ותן כזכי [נס"מ]:

ב והטעם באלו הלשונות דתן והולך ושא וטול ויהא דבחוב ופקדון הם כזכי ובמתנה לא הוה כזכי משום דחוב ופקדון כיון שהם של הזוכה מקודם בקל נתפסין בעדו אבל מתנה שבא עתה לזכות בזה צריך לשון מבורר [התרומים] ולי"א שבסעי' א' דגם במתנה הוה תן כזכי משום דס"ל דתן הוא לשון מבורר כזכי דתן הוא לשון מתנה וכוונתו שיזכה במתנה זו בעדו ועוד נ"ל בטעם חילוק הלשונות דכל אלו הלשונות יש להם שני כוונות דנוכל לומר הולך זה לפלוני ותיכף תזכה בעבורו או הולך וכשיבא לידו יזכה בו וכיון שיש ספק בדבר מוקמינן אחזקה קמייתא ולכן בחוב ופקדון הוא בחזקת המלוה והמפקיד ובמתנה הוא בחזקת הנותן אבל כשאמר החזר או צא ופרע מבורר כוונתו שכשיחזיר או כשיפרע יזכה בו המקבל דחזרה ופרעון לא מקרי אלא כשהוחזר וכשנפרע ומטעם זה כתבנו דהעיקר כדיעה ראשונה שבשם דהחזר לא הוה כהולך:

ג מכלל מה שנתבאר למדנו בראובן שהיה חייב מנה לשמעון ואמר ללוי הולך או תן או שא או טול או קבל או יהא מנה זה לשמעון ומסר לו המנה אם בא לחזור וליטלו ממנו אינו יכול דהולך וכל אלו הלשונות כזכי דמי ומיד כשהגיע ליד השליח זכה בשבילו ואפילו מת ראובן הלוה קודם שמסר לשמעון אין ביכולת היורשים לומר דבטלה שליחותו דהמעות שלהם הם והם לא עשוהו לשליח מפני שכבר זכה בקבלתו לשם שמעון וכן אם מת שמעון המלוה יתנו ליורשיו ואין הלוה יכול לומר לא נתתי לך אלא שתמסור לשמעון עצמו דכיון דבקבלתו זכה לשמעון ממילא יורשיו יורשים אותו:

ד ואע"ג דאין הלוה יכול לקבלם בחזרה מהשליח מ"מ חייב באחריותם עד שיגיע הממון ליד שמעון או שלוחו דבאחריות שמעון א"א להיות דהרי שמעון לא עשה את לוי לשליח ושנאמר שתהא באחריות השליח הלא אין ביכולתינו לחייבו יותר משארי שומרים שאינם חייבים באונס ואין הלוה יכול לערער ולומר ממ"נ אם אני חייב באחריותם למה לא תהא ביכולתי ליטלם ממנו דוודאי כן הוא דמדינא הרי חייב באחריות עד שיגיעו ליד המלוה או שלוחו ולערער על השליחות לקבל בחזרה מהשליח אין ביכולתו דהרי הוא בעצמו בחר בו לשלוח על ידו:

ה וגם בפקדון הדין כן שחייב הנפקד באחריות ואם בא לחזור אינו חוזר אך בדבר אחד יש חילוק בין הלואה לפקדון דבהלואה בכל עניין אינו יכול לחזור וליטול מיד השליח ובפקדון אינו אלא דווקא כשהוחזק הנפקד כפרן אבל בלא זה יכול לחזור וליטלו מהשליח והטעם דכיון דעיקר הטעם מה שזוכה השליח בעדם הוא מפני שזכות הוא להם וזכין לאדם שלא בפניו כמו שנתבאר לכן בהלואה דלהוצאה ניתנה וההלואה היתה רק לטובת הלוה לפיכך אף כשהלוה איש נאמן ג"כ זכות הוא להמלוה להחזיר לו הלואתו ויבואו המעות בשלימות לידו אבל פקדון שהנפקד אסור להשתמש בו והמפקיד הפקיד בידו בשביל הנאת עצמו והאמין להנפקד עד אשר ידרוש מידו אין לו להמפקיד שום זכות בחזירתו שנאמר זכין לאדם שלא בפניו אא"כ אין הנפקד איש נאמן דאז וודאי זכות הוא לו אבל כשהוא נאמן אין לו שום זכות במה שיוציאו מידו ואדרבא יכול להיות שאין רצונו להוציא מידו ולא ניחא ליה שתהא פקדונו ביד אחר ונהי דרשאי הנפקד לשלחו ע"י שלוחו על אחריותו דאינו מחוייב להשיבו דווקא בעצמו מ"מ אין להמפקיד זכות במה שיצא מת"י הנפקד ולכן ביכולתו ליטלו מיד השליח ואפילו אם ירצה השליח לקבל עליו כל האחריות יכול לקבלו בחזרה אם ירצה [ש"ך] ואם המפקיד עשה שליח לקבלו מהנפקד ומסר לו אינו יכול לחזור וליטלו מהשליח וגם נפטר מאחריות כיון שהוא שלוחו של המפקיד ולא עוד אלא אפילו בממציא לו שליח שנתבאר בסי' קכ"א דלא נפטר הנפקד מאחריות כמ"ש שם או אפילו לא הממציא לו ג"כ אלא דידוע שהשליח מהימן אצל המפקיד דכמה פעמים הפקיד אצלו ובזה יתבאר בסי' רצ"א דהנפקד נפטר מאחריות הפקדון ג"כ אם בא לחזור וליטלו מידו אינו חוזר כיון שנסתלק מאחריות ואף אם יתרצה הנפקד לקבל אחריות אסור להשליח להחזיר לו [סמ"ע] ובממציא לו שליח אף שעדיין האחריות עליו מ"מ כיון דהמלוה המציא לו השליח וודאי דניחא ליה שיקבלו מידו וזכות הוא לו והוה כהלואה ובמתנה כשא"ל זכי וודאי דאין יכול לחזור וליטלו ממנו דבמתנה לא שייך אחריות ואף אם יתרצה לקבל מהשליח ולקבל עליו גם אחריות אסור להשליח להחזיר לו דשמא יחזור מהמתנה [כ"ל]:

ו ממה שנתבאר יראה לי דאם ההלואה היתה גם לטובת המלוה כגון שהלוהו למחצית שכר וכיוצא בזה דין החזרה בזה כמו בפקדון וכן להיפך בפקדון כשרשאי הנפקד להשתמש בהם כגון שהפקיד אצלו מעות

מעות שאינם צרורים חוזר פקדון זה להיות דינו כהלואה דבזה טובתו של הנפקד יותר מטובתו של המפקיד והגם שיש לפקפק בזה מ"מ כן נראה עיקר לדינא:

ז אם במקום שלא היה לו להשליח להחזיר ועבר והחזיר להמשלח והעני המשלח אח"כ ולא היה לו ממה לפרוע חייב השליח לשלם שפשע בהחזירתו ואין חילוק בזה בין מתנה לחוב ופקדון דאפילו במתנה כיון שזכה בעדו הרי זהו שלו וכשהפסידו בפשיעתו חייב לשלם אבל אם היה אנוס להחזירו כגון שהמשלח איים עליו בדבר שבידו לעשות לו ומכריחו להחזיר לו פטור דאונס רחמנא פטריה ואע"ג דאסור להציל עצמו בממון של חבירו כמו שיתבאר בסי' שפ"ח זהו דווקא כשאין האנס מאנסו על ממון חבירו שיתן לו אלא מאנסו על דבר אחר וביכולתו להציל עצמו ע"י ממון חבירו זהו וודאי אסור אבל כשמאנסו על ממון חבירו ליתן לו ובידו הוא שיתן וודאי דאונס פטור ומוכרח ליתן להאנס מה שדרש ממנו [ס"ך וט"ז] ואפילו עשאו המלוה שליח להביא לו פטור [סס] וכמו אם נאנסו ממנו היה פטור דשליח אינו חייב באונסים כמו כן כשנתנם ע"פ אונס דהכל שם אונס הוא ולכן יש מי שאומר דאם השליח היה חייב באונסין כגון שנתן לו רשות להשתמש בהמעות שיש לו דין שואל חייב אף כשאנסו אותו להחזירם דהא חייב באונסים [נס"מ] ולי נראה דאין זה מחיוב שמירת השומרים שנאמר דחייב באונסין דאין זה בגדר שמירה אלא ביטול השליחות וכשהיה אנוס נתבטלה שליחותו וע' מ"ש בסעי' ח' ואין חילוק בהאונס בין שהיתה אונס הגוף בין אונס ממון [כ"מ מהפוסקים]:

ח וכתב רבינו הרמ"א בסעי' א' ראובן שהיה לו מעות ביד שמעון ואמר ללוי לקבלם משמעון והלך לוי וקבלן ואח"כ אמר שמעון ללוי שיחזיר לו מעותיו שקיבל בשביל ראובן כי בטעות פרעו ואם לא יחזירם יכפור לו שמעון חוב שחייב ללוי ממקום אחר והנה לוי אומר לראובן לא קבלתי בשבילך כדי שאפסיד את שלי ורוצה להחזירם וראובן אומר שלא יחזירם מאחר שכבר עשה שליחותו וזכה בשבילו הדין עם ראובן עכ"ל והקשו גדולי אחרונים מה בין דין זה להדין שנתבאר בסעי' הקודם ובכל מה שתרצו יש לגמגם ולהיש מי שאומר שבסעי' הקודם דבמקום שהשליח חייב באונסים חייב י"ל דכאן מיירי שנתן לו רשות להשתמש בהמעות ולכן חייב באונסים אמנם ממקור הדין לא משמע כן שכתב שם הטעם כיון שכבר זכה בעדו ומה שאוכיר לוי לא זכיתי לך ע"מ שאפסיד את שלי דברים שבלב הם ואינם דברים [מרדכי ספ"ק דגיטין] ומשמע להדיא דאי לאו טעמא דדברים שבלב היה פטור רק שיש להתמוה ולמה הם דברים שבלב הלא אין לך אומדנא גדולה מזו שלא היה רצונו להפסיד את שלו על ידי זה השליחות ובאומדנא דמוכח לא אמרינן דברים שבלב אינם דברים כמ"ש בסי' ר"ז ונלע"ד דוודאי אם קודם גמר השליחות בשלימות בא לו האונס וודאי פטור כגון שקיבל משמעון והלך למוסרם לראובן ותפסו בדרך ואנסו פטור ורבינו הרמ"א מיירא שהיה אחר גמר השליחות ואלמלי לא שהה השליח מצד ענייני עצמו כבר היה מוסרם לראובן וזהו שהטעם הוא משום דברים שבלב דוודאי לא עלה על דעתו שבמשך זמן יגיע לו פסידא ואין זה שכיח והיה לו להתנות ומדלא התנה הוה דברים שבלב:

ט כשהחזיר השליח המעות והם עדיין ביד הלוה עכ"ז אם רצה המלוה גובה מהשליח והוא יגבה מהלוה דכיון שהחזיר שניהם חייבים בהאחריות הלוה והשליח ואם רצה גובה מהלוה ואם רצה גובה מהשליח ואף שי"א דכשהמעות עדיין בשלימות יתבע מהלוה ולא מהשליח מ"מ העיקר לדינא כמ"ש [ס"ך] וגם אם המעות נאנסו מיד הלוה חייב השליח ואף שהוא פטור מאונסים מ"מ תחלתו היתה בפשיעה מה שהחזיר להלוה ויש פוטרים בכה"ג להשליח דכשם שאם נאנס בידו פטור כך אם נאנס ביד הלוה פטור ואין זה כשומר שמסר לשומר דהרי הלוה מהימן ליה דרק כשפשע הלוה כגון שהוציא המעות והעני הוה פשיעה גמורה מהשליח וחייב אבל כשנאנסו מהלוה פטור השליח ואין להמלוה לתבוע רק מהלוה [עה"ת]:

י אם אמר שליח הלוה להמלוה הנה מעותיך ששלח לך פלוני בחובך בידי אך אני רוצה להחזיק בהם בשביל חוב שיש לי בידך אם המלוה מודה להשליח שמגיע לו ואין לו שארי נכסים שיגבה השליח חובו והגיע זמן הלואתו אין כח ביד המלוה לערער על המשלח ולומר הפסדת מעותי שמסרתם ליד מי שאיני יכול להוציא מידו שהרי המשלח יאמר לו אף אם היו עדיין בידי היו ב"ד מוציאין מידי מדר' נתן הואיל שאין לך נכסים אחרים כמ"ש בסי' פ"ו אבל אם יש לו נכסים אחרים כופה המשלח את השליח למוסרם להמלוה והשליח חוזר וגובה אותם מהמלוה בעד חובו שכל זמן שלא נתנם לו לא נפטר המשלח מהחוב ואע"ג דהשליח יש לו מיגו נגד המלוה שיכול לומר פרעתיך מ"מ עתה אין הדין בין השליח להמלוה אלא בין השליח להלוה ונגד הלוה אין לו מיגו דהחזרתי לך דהרי אין לו להחזירם להלוה כמו שנתבאר ולכן אם באמת יש לו מיגו נגד הלוה כגון שמסרם לו בלא עדים ויכול לטעון להר"ם א"צ להחזיר להמלוה [סמ"ע] ואין לומר דהא תמיד יש לו מיגו דנאנסו דאין זה מיגו טוב דאונס לא שכיח ונהי דאם טען נאמן מ"מ אין זה מיגו טוב כמו ביתומים בסי' ק"ח [ומתורץ קושית סט"ז] ואע"ג דשיעבודא דר"נ הוא אף כשיש נכסים להלוה הראשון

הראשון כמ"ש בסי' פ"ו ועכ"פ לא גרע מערב גמור והרי גם בס"ס ק"ה נתבאר כשהחזיר הנפקד למי שהמפקיד חייב לו דפטור מ"מ בכאן חייב להחזיר דוודאי אם הלוה מדעת עצמו היה עושה כן מה שעשה עשוי אבל בלא דעתו אין לב"ד להכריחו לעשות כן במקום שיש לו קצת פסידא כמ"ש שם ולכן ביכולת הלוה לומר שיש לו פסידא בזה במה שהמלוה כעס עליו ולך אין שום היזק כי תחזור ותגבה ממנו ולכן אוכל להכריחך להחזיר להמלוה ואין ב"ד מחוייבים ליכנס לעומק הענין אם יגיע לו היזק מזה אם לאו כיון דלהשליח בוודאי אין היזק ולכן אם לפי ראות עיני הדיינים לא יהיה ביכולת השליח לגבות מהמלוה כשיחזיר לו כגון שהוא אלם וכיוצא בזה אין ביכולת הלוה להכריחו להחזיר להמלוה [כנלע"ד וח"ס מס סקקסו] ואם אין המלוה מודה כלל להשליח שחייב לו ואין ביד השליח לברר וודאי דחייב ליתנם להמלוה אפילו כשאין לו נכסים אחרים ואין חילוק בזה בין הלואה לפקדון [ס"ך] :

יא ואפילו מת המשלח אם הניח נכסים הדין ג"כ כן ויכולים יורשי המשלח להכריחו להחזיר להמלוה כיון שביכולת המלוה לגבות מנכסי מורישם אבל אם לא הניח נכסים ואין היורשים נוגעים בדבר כיון שאין לו ממה לגבות מהם חזר הדין בין השליח ובין המלוה שנשתלחו לו ולכן אפילו קבלם השליח מהמשלח בעדים כיון דנגד המלוה יש לו מיגו שיכול לומר פרעתיך והיה נאמן בהיסת נאמן בשבועה זו גם לומר לו אני תופסם בחובי שאתה חייב לי כיון שהמשלח ויורשיו אינם תובעים אותו ואפילו אין המלוה מודה שחייב לו נאמן במיגו לומר שחייב לו כמו בכל מטלטלין שיתבאר בסי' קל"ג ונשבע היסת שמגיע לו מהמלוה ונפטר ויש מי שחולק על עיקר דין זה וס"ל שאם בא השליח להחזיק בהם בשביל חוב שיש לו ביד המלוה או המפקיד אינו יכול והטעם דאע"ג דתן והולך כזכי דמי זהו לענין הזרה שלא יוכל המשלח לחזור מזה אבל ליתן למי שנשתלח לו מחוייב השליח דהוה כאומר זכי לו ע"מ שתתנו לו או תוליך לו וכל זמן שלא קיים תנאו הרי הם עדיין ברשות המשלח וזהו דווקא בתן והולך אבל כשא"ל זכי הרי מיד זכה עבורו ואין כאן תנאי [קלה"ח] וגם אפילו בתן והולך אין נ"מ רק לענין היורשים דאף שיש לו מיגו נגד המלוה או המפקיד מחוייב ליתן לו אבל כשהמלוה מודה שחייב לו אין שום נ"מ בזה דסוף סוף מחוייב המלוה לשלם לו [ס"ך] וכל זה אם אין על המלוה או המפקיד חובות אחרים אבל אם יש עליו עוד חובות ואין לו במה לשלם לכולם אף כשמודה המלוה שחייב לו צריכים לחלק לכל הבע"ח דכיון דהטעם הוא משום שיעבודא דר"נ הרי משועבד לכל הבע"ח בשוה [סס] ואע"ג דבמטלטלין מהני תפיסה כמ"ש בסי' ק"ד זהו מ.זבע"ח עצמו אבל לא מהבע"ח של הבע"ח [נס"מ] ולפ"ז במת הלוה ולא הניח נכסים דהדין הוא רק בין השליח ובין המלוה אם יש לו מיגו או שהוא מודה שחייב לו מהני תפיסתו דזהו כתפיסה מבע"ח עצמו [נ"ל] :

יב יש מי שאומר שהלוה אחר שכלה זמן הלואתו והמלוה אינו בכאן יכול לפטור מאונסים כשמזכה לו המעות ע"י אחר בהולך או בזכי כמו שואל שפטור מאונסים אחר שכלה זמן שאילתו כמ"ש בסי' ש"מ וחלקו עליו דלא דמי לשואל דבשואל שמחזירו בעין תיכף כשכלה זמן שאלתו הרי זה ברשות המשאיל אבל בהלואה חייב תמיד באונסים עד שיגיעם ליד המלוה או שלוחו והרי אף בהולך או זכי חייב באחריותם כמו שנתבאר ולכן חייב הלוה תמיד בכל מיני אונסים אף מאונס נפילת מטבע עד שיחזירם ליד המלוה או שלוחו [ס"ך סק"ח] :

יג ראובן שאמר לשמעון הולך מנה ללוי שאני נותן לו מתנה והלך שמעון ליתנם ללוי ומצאו שמת יחזירם לראובן דהולך במתנה לאו כזכי והוא לא שלח רק ללוי ולא ליורשיו ואם גם ראובן מת אם ראובן היה בריא בשעה ששלחו ומת בחיי לוי יתנם ליורשי לוי דמצוה לקיים דברי המת כמ"ש בסי' ר"נ והמקבל זכה בהם בחייו כשמת הנותן ויורשיו יורשין אותו אח"כ כשמת ואם מת המקבל בחיי הנותן אע"פ שאח"כ מת גם הנותן יחזיר ליורשי משלח דמעולם לא זכה בהם המקבל דכיון שמת בחיי הנותן בטלו דברי הנותן בחייו :

יד ואם הנותן היה שכ"מ בשעה ששלחו ודברי שכ"מ ככתובין וכמסורין דמי כמ"ש שם אם בשעה שנתנם לשליח כבר מת המקבל יחזיר ליורשי המשלח דמעולם לא היה ראוי לקנות ואפילו אמר זכי לו לאו כלום הוא [ס"ך] דהוה זכייה בטעות אבל אם המקבל היה חי אז זכה מיד ויתן ליורשיו ואפילו מת המקבל בחיי הנותן וקיי"ל דמתנת שכ"מ לא חיילא עד לאחר מיתה כמ"ש בסי' רמ"ח מ"מ כיון שהוציא הממון מידו ומס"ן לשליח דעתו היה שיקנה מיד [סס] ואפילו נולדו יורשי מקבל אחר מיתת הנותן משום דדבריו ככתובין וכמסורין דמי וזכה המקבל למפרע משעת נתינה והורישם ליורשיו [טור] ואין הנותן יכול לחזור בו כל זמן שלא עמד מחליו ואף שבכל מתנת שכ"מ יכול תמיד לחזור בו מ"מ כאן שהוציא מת"י דעתו היה שיקנה המקבל מיד ומ"מ אם עמד חוזר אפילו אם בא כבר ליד המקבל דאומדן דעתא הוא שלא נתן אלא מפני שהיה סבור שימות [סמ"ע] ויש חולקין בזה [ס"ך] ומ"מ כל זמן שלא נתברר שנתרפא אף לריעה ראשונה צריך השליח לעשות שליחותו ולא ימנע מליתן להמקבל מחששא דשמא יעמוד מחליו ויחזור בו ויהיה קשה להוציאם מהמקבל דכיון דמסרם לו מחוייב השליח ליתן

ליתן להמקבל ואם ימות הנותן ישאר למקבל וליורשיו ואם יתרפא ויחזור בו יחזיר לו המקבל ופרטי דיני שכ"מ ומצוה לקיים דברי המת יתבארו במקומן בס"ד :

סימן קכו [דיני קניין מעמד שלשתן שתקנו חז"ל ובו כ"ח סעיפים] :

א תקנו חז"ל דראובן שהיה לו מעות ביד שמעון ורוצה למוסרם ללוי יכול להקנותם ללוי בדברים בעלמא בלא שום קניין רק כשהם שלשתם ביחד ואומר ראובן לשמעון מנה שיש לי בידך תנם אותם ללוי קנה לוי מיד ואין אחד מהם יכול לחזור כפי שיתבאר ולמה תקנו כן מפני תקנת המסחור דלפעמים נצרך לו לאדם מעות בשוק לשלם בעד סחורה שקנה ואין הזמן מספיק לעשות קניינים תקנו שיוכל למסור במעמד שלשתן ולהקנות למי שירצה בדיבור בעלמא ואמרו חז"ל דהקניין הוא הלכתא בלא טעמא דלא מצינו כיוצא בזה שיהיה קניין בדברים בלבד אבל טעם התקנה הוא מפני הטעם שבארנו [טור] ובכל המטלטלין ג"כ שייך מעמד שלשתן וכן בשטרות כמו שיתבאר אבל בקרקעות ועבדים לא שייך תקנה זו דאינם נהוגים בהלואה ובפקדון ותמיד הם ברשות הבעלים אבל בשארי בעלי חיים נוהג דין זה [כ"ל] ואין חילוק בזה בין שהיה לו ביד שמעון הלואה או פקדון או שארי מיני התחייבות אפילו היה בידו קנס שקנסוהו ב"ר [ס"ך] או שהתחייב ליתן לו מתנה וכבר קנה אותה באיזה קניין ואפילו היתה לו הלואה בשטר על שמעון ולא מסר השטר ללוי מ"מ קנה לוי גוף החוב במעמ"ש [סס] ואפילו לא הגיע עדיין זמן הפרעון יכול למוסרם במעמ"ש כיון שעכ"פ כשיגיע הזמן יהיה לו מעות אצלו [סס] אבל בדבר שיכול להיות שלא יהיה לו לעולם כגון אשה שתמסור לאחד זכות כתובתה במעמד הבעל והזוכה לא קנה דהא אפשר שלא יגרשה והיא תמות קודם ולא תבא לידי גביית כתובה וכן ראובן שהיה לו סחורה של שמעון ומגיע לראובן מהסחורה מנה ואמר שמעון לראובן במעמד לוי מה שיהיה מהסחורה יותר על מנה תתן ללוי ואינו ידוע עתה שהסחורה שוה יותר ממנה אינו נקנה במעמ"ש אף כשיהיה יותר על מנה כיון דאפשר שלא יהיה אבל אם ידוע ששוה יותר יכול להקנות [סס] וכן אין חילוק באיזה אופן נותן ללוי אם במתנה או בפרעון חוב או בעד סחורה שקנה ממנו או שמלוה המעות ללוי ואע"ג דטעם התקנה היתה רק משום תקנת השוק מ"מ לא פלוג רבנן ודווקא כשהנותן מסלק א"ע מהמעות אבל אם נותנם ללוי שיקנה לו סחורה בעדו לא תקנו בזה מע"ש דהא עדיין המעות שלו הם ולוי אינו אלא שלוחו ולא תקנו אלא כשהמעות יוצאים מרשותו לגמרי לע"ע ולכן אם מפקיד אצל לוי וצוה לשמעון המעות שיש לי בידך תנם ללוי והוא ישמרם אינו שייך בזה מע"ש אבל בהלואה שייך מעמ"ש דמלוה להוצאה ניתנה ולע"ע יוצאים מרשותו לגמרי [קלס"ח] ויש חולקים בהלואה [חו"ת וכס"מ] ולעניין קדושין אם מתקדשת ע"י מעמ"ש יש מחלוקת ונתבאר באהע"ז סי' כ"ח ע"ש :

ב מעמד שלשתן קונה אפילו בע"כ של הלוה או הנפקד דאפילו לא נתרצה ליתן לזה שצוה המלוה או המפקיד צריך ליתנם לו על כרחו דתקנה זו היתה לטובת הנותן מפני תקנת השוק אבל יש חולקים בזה דאינו נקנה בע"כ ואם אומר הלוה או הנפקד לא אמסור אלא לך הרשות בידו והתקנה לא היתה אלא כשכל השלשה מתרצים לזה [ס"ך] ואפילו לדיעה זו דווקא כשלא קיבל עליו אבל אם שתק קנה לוי [חו"ת] :

ג כשאמר ראובן לשמעון מנה שיש לי בידך תנהו ללוי והיה במעמ"ש קנה לוי מיד ואין ראובן ולא שמעון יכולים לחזור בהם אע"פ שעדיין עסוקין באותו עניין דאע"ג דבק"ס יתבאר בסי' קצ"ה דכשעדיין עסוקין באותו עניין יכולין לחזור בהן אבל במעמ"ש תיכף נסתלק הזוכה מראובן שהמחהו לקבל משמעון ושמעון נכנס תחתיו והכל עשוי ואינו בחזרה [טור] וכן אין ראובן הנותן יכול לחזור ולמחול לשמעון החוב ואע"ג דמוכר שט"ח לחבירו וחזר ומוזלו מחול כמ"ש בסי' ס"ו דבשם לא מכר לו רק שיעבוד נכסיו ושיעבוד הגוף נשאר עדיין אצל המוכר וכשמחל לו שיעבוד גופו ממילא נפקע גם שיעבוד הנכסים כמ"ש שם אבל במעמ"ש יצא גם שיעבוד גופו דשמעון מיד ראובן ונשתעבד ללוי ואין לראובן עוד זכות בזה למחול [סמ"ע] ואפילו נולד לוי לאחר שהלוה ראובן לשמעון קנה ולא אמרינן דטעם התקנה הוא משום דנעשה כמו שא"ל שמעון לראובן בשעת הלואה משתעבדנא לך ולכל דאתי מחמתך ולפ"ז היינו מצריכין שיהיה לוי נולד אז דהא אין קניין חל למי שאינו בעולם אבל האמת דהתקנה היתה רק מפני תקנת השוק ולכן אפילו בכה"ג קנה לוי ואין ראובן יכול למחול ואפילו יש לו עוד נכסים ואין הפסד ללוי במחילתו [ס"ך] ויש חולקים בזה וס"ל דראובן יכול למחול לשמעון דגם כאן נשאר שיעבוד הגוף לראובן אא"כ אמר שמעון לראובן מפורש בשעת הלואה משעבדנא לך ולכל דאתי מחמתך והקנה למי שנולד אז דבכה"ג משועבד שמעון ללוי מעיקרא [עס"ך והמחלוקת בקדושין תלוי בזה ודו"ק] :

ד בד"א כשהיה לראובן מנה ביד שמעון אבל אם לא היה לו מנה בידו אלא שא"ל תן מנה ללוי בשבילי

ואפרע

ואפרע לך ונתרצה שמעון לא קנה לוי וכל אחד מהם יכול לחזור בו דתקנה זו לא היתה אלא כשהיה לראובן מעות ביד שמעון ואפילו היה שמעון חנוני או שולחני דאנשים סומכים על דיבוריהם ואפילו ראובן מקבל תמיד לצרכיו משמעון ואח"כ מסלק לו מ"מ אין זה מתקנת מעמ"ש דלא כיש מי שחולק בזה [רבינו ב"י] ואפילו מחל לוי לראובן שא"ל אני מוחל לך ואסמוך על שמעון יכול לחזור בו כל זמן שלא קנה לוי בקניין אם גם שמעון חוזר בו ואע"ג דמחילה א"צ קניין מחילה בטעות היא דוודאי לא מחל לו אם שמעון יחזור בו אבל כשקנה בקניין אין ביכולתו לחזור על ראובן אף אם שמעון לא יתן לו דלזה הוסיף בקניין לפוטרו אף אם שמעון לא יתן לו דאל"כ למה הוצרך לקניין וכן אם א"ל אני פוטרך לגמרי אף אם שמעון לא יתן לי פטור ראובן אף אם שמעון לא נתן לו דמחילה א"צ קניין [ב"ח וס"ך] וכן אם שמעון אינו חוזר בו לא יוכל לוי לחזור בו בבכל עניין [ס"ך] ושמעון יכול לחזור בו אפילו אם פרע ללוי מקצת החוב יכול מהמותר לחזור בו ומה שנתן ללוי או אם פרע לו בשלימות חוזר וגובה מראובן מאחר שעל פיו נתן דלא גרע מערב ודווקא אם נתן ללוי קודם שראובן חזר בו אבל אם נתן לו אח"כ אין לו על ראובן כלום ויתבע מלוי ולוי יתבע מראובן דערב יכול לחזור בו קודם שנתן המלוה להלוה כמ"ש בסי' קל"א ואפילו קנו מידו ומ"מ יראה לי דאם שמעון קבל בק"ס שמתחייב עצמו ליתן ללוי כך וכך דאינו יכול לחזור בו ולא גרע ממה שנתבאר בסי' מ' ע"ש ואפילו בלא מעמד שלשתן דהא שיעבד גופו לזה ואולי כיון שההתחייבות היתה בעד ראובן לא עדיף מערב דיכול לחזור בו וצ"ע לדינא ואע"פ שאמרנו ששמעון יכול לחזור בו מ"מ אם עדיין לא חזר בו ולוי פטר את ראובן לגמרי או בקניין חייב שמעון לפרוע ללוי דאיהו ג"כ לא גרע מערב דעלמא ואם רצונו לחזור בו יחזור קודם שפטרו לגמרי ואפילו בלא מעמד שלשתן הדין כן כמ"ש בסי' קכ"ט ואפילו אין בידו מעות של ראובן [ס"ך סקי"ט ול"ק מה שהקשה הנה"מ סק"ג ומ"ש רבינו הרמ"א בסעי' ב' צריך זה שהמעות בידו וכו' לאו דווקא הוא והלבוש השמיט זה וכ"מ מתוס' ב"מ קי"ב. ד"ה מוזר ומ"ש הסמ"ע ל"ע ודו"ק] :

ה אמר ראובן לשמעון סתם במעמד שלשתן תן מנה ללוי ולא א"ל מנה שיש לי בידך תנהו ללוי ושמעון מודה שיש לראובן מנה בידו אלא שאומר כיון שלא פירש מנה שיש לי בידך לא היה בדעתו על המנה שלו אלא שאלויהו אין בדבריו כלום דסתמא דמילתא היתה כוונתו על מנה שלו וקנה לוי וי"א שלא קנה דכיון דתקנה זו היא הלכתא בלא טעמא אין לנו אלא מה שפירשו בו חז"ל מפורש שאמר מנה שיש לי בידך אבל בשלא הזכיר זה הוה כערב שלא בשעת מתן מעות דאינו מתחייב בערבות [סמ"ע] ובשולחני וחנוני גם לדיעה זו קנה דבאלו סתמן כמפורשין [תו"ת] דבלא זה יש מי שסובר דבשולחני וחנוני חייב תמיד אף שלא היה מעותיו אצלו כלל ונהי דלא קיי"ל כן כמ"ש בסעי' הקודם מ"מ בכה"ג פשיטא שחייב אמנם אם אמר בפירוש הלוה לי מנה ותן אף לדיעה ראשונה וגם בשולחני וחנוני ואף אם היה אצלו מעותיו לא קנה [ס"ך] וי"א עוד דכשהיה לראובן ביד שמעון יותר ממנה וא"ל סתם תן מנה ללוי קנה אף להי"א [שם] והטעם דכשלא היה לו אלא מנה י"ל מדלא אמר מנה שיש לי בידך אולי כוונתו שילוה אבל כשהיה לו יותר לא היה יכול לומר מנה שיש לי דהוה משמע שאין לו יותר ולכן אמר סתם דהוה כמפרש ומה שלא אמר מהמעות שיש לי בידך לאו כ"ע ידעי לדקדק בלשון ואמר סתם :

ו היה לראובן ביד שמעון כור חיטים וא"ל במעמ"ש תן ללוי מעות חמשים דינרים שהרי יש לי בידך כור חיטים ונתרצה ואח"כ רצה שמעון לחזור בו אם היו החיטים פקדון ופירש תן לו נ' דינרים במעות מהחיטים לא קנה לוי ששמעון יכול לומר איני מחוייב למכור חיטים של ראובן לפרוע חובותיו או ליתן מתנותיו ואפילו אם יאמר לוי תן לי חיטים שוה נ' דינרים יכול לומר לו ראובן לא צווני ליתן לך חיטים אלא מעות אבל אם א"ל סתם תן לו נ' דינרים מהחיטים שיש לי בידך נעשה כאומר לו חיטים שוה נ' דינרים וקנה ומה שלא א"ל חיטים שוה נ' דינרים כדי לייפות את כחו ולשעבד כל החיטים לזה [גיטין ס"ו.] ויתבאר בסי' רנ"ג וה"ה אם אמר סתם תן לו נ' דינרים שהרי יש לי בידך כור חיטים הוה כאומר חיטים שוה נ' דינרים וקנה אבל אם פירש שיתן לו מעות משלו והחיטים יהיה אצלו במשכון לא קנה [ס"ך] וכן כשא"ל תן לו נ' דינרין מהחיטים [שם] וכ"ז בפקדון אבל אם היו החיטין הלואה אצלו אע"פ שא"ל חמישים דינרים במעות קנה ונותן לו מעות או חיטים שוה נ' דינרים כשער שבשוק אא"כ אין החיטים שוה נ' דינרים דאז לא קנה כלל [כ"ל] והטעם כיון דמלוה להוצאה ניתנה מתחלה בשעת הלואה הלוה לו אדעתא דהכי שישלם לו נ' דינרין במה שיהיה בידו בשעת פרעון חיטים או מעות ומתחלה קצב כמה הם דמי החיטים ולכן א"ל מעות ולא היה דעתו דווקא אמעות שכל מה שניתן לו פרעון שוה כסף ככסף [טור] וכסף כשוה כסף משא"כ בפקדון שעליו להחזיר מה שנפקד אצלו :

ז א"ל ראובן לשמעון מנה לי בידך תנהו ללוי ובמעמ"ש ואמר שמעון ללוי אני אתן לך לכשארצה וכשלוי תובעו אומר לו איני רוצה עדיין אין בדבריו כלום וחייב ליתן לו לזמן שהוא חייב ליתן לראובן דא"צ דעתו כלל כמ"ש בסעי' ב' ויש חולקים בזה דס"ל

כהיש חולקים שבשם שאינו נקנה בע"כ ואף לדיעה ראשונה שבשם כיון שלא ביטל דברי ראובן לגמרי וראובן שתק אמרינן דראובן נתרצה לזה [וה"ט קושית הש"ך סקכ"ו ע"ש]:

ח ראובן תבע מנה משמעון והשיב לו אמת מנה היה לך בידי אבל פרעתיך שהעמדתיך אצל לוי ונתרצה ליתנו לך בשבילי וגבית ממנו קצתו בפני והביא עדים על זה שלוי נתרצה ליתנו לו ושאמר לו שמעון מעתה לא תתבע ממני כלום שהרי לוי יתן לך בשבילי וראובן שתק אז ועתה אומר ראובן שלא נתרצה לגבות מלוי ומה ששתק אז מפני שלא חשש לדבריו ומה שגבה מלוי הוא ממה שלוי היה חייב לו אבל מחובו של שמעון לא גבה כלום וא"א לברר אם פרע לוי לראובן בעד שמעון אם לאו חייב שמעון לפרוע לראובן ואינו נאמן בשבועה לומר שהוא בעצמו או אחר פרע לו שהרי מודה שחייב לו מנה אלא שאומר שנפטר ממנו במה שהעמידו אצל לוי ונתרצה לוי ליתן לו בשבילו וחשב כאלו פרעו בזה א"כ וודאי לא פרעו פעם אחרת וזה הפרעון אינו כלום שהרי לוי לא נתחייב בזה דאין בזה חיוב מעמד שלשתן כיון שלא היה לשמעון ביד לוי כלום אלא שדברים בעלמא הם וה"ל כערב שלא בשעת מתן מעות לפיכך חייב שמעון לפרוע לראובן אמנם מה שטען שמעון שגבה ראובן מלוי מקצת המנה בפניו זו וודאי טענה וודאית היא ואף שלוי לא נתחייב מן הדין ליתן לראובן בשבילו מ"מ כיון שטוען שבפניו קיבל פרעון ממנו ישבע כמה היה הפרעון שקיבל מלוי מאותה מנה ויפרע המותר [טור] ואין לומר שישבע ראובן שמה שגבה מלוי היה מחוב אחר וישלם לו שמעון כל המנה דוודאי אם שמעון לא היה טוען בעת שאמר לו שהעמידו אצל לוי אלא אח"כ היה אומר שפרעו בעצמו לא היה נאמן דכיון דסבור היה שנפטר ממנו בזה שהעמידו אצל לוי קרוב לוודאי הוא שלא פרעו פעם אחרת כיון שלא טען כן בפעם הראשון ואינו נאמן במיגו שהיה אומר כן בפעם הראשון דמיגו למפרע לא אמרינן אבל כיון שעל המקצת טען בדיבור אחד בשעה שאמר שהעמידו אצל לוי וטען אז שלוי פרע לו המקצת למה לא יהא נאמן ואף אם היה טוען בפעם הראשון העמדתיך מקודם אצל לוי ואח"כ שילמתי לך בעצמי היה ג"כ נאמן במיגו שלא היה אומר רק פרעתיך ולכן נאמן על אותו המקצת [ס"ך] אמנם י"א כיון שהעמידו אצל לוי אינו נאמן כלל לומר שפרעו אח"כ בעצמו אפילו אם יש לו מיגו כגון שאומר בדיבור אחד דאנן סהדי דכיון שהיה סבור שנפטר ממנו לא יפרענו עוד בעצמו אם לא שאומר העמדתיו אצל לוי ואח"כ בא ראובן ואמר לי שלוי אין רצונו ליתן לו דלא נתחייב בכל דבזה וודאי דנאמן בשבועה:

ט לא היה במעמד שלשתן כשא"ל ראובן לשמעון מנה לי בידך תנהו ללוי ולוי לא היה שם באותו מעמד לא קנה לוי ויכול ראובן לחזור בו לא שנא מתנה מרובה ולא שנא מתנה מועטת ואפילו היה לוי עני וכוונתו היתה לשם צדקה דחל על ראובן נדר מ"מ אין לוי קונה אם לא שהיו המעות פקדון אצל שמעון וזכה העני מיד כמ"ש ביו"ד סי' רנ"ח או שהיה נותן המעות ליד שמעון לזכות בשבילו כמ"ש בסי' קכ"ה אבל בהלואה לא קנה אלא במעמ"ש אף בצדקה כמ"ש ביו"ד שם ולכן אם רצה ראובן לחזור בו יכול לחזור ורק מפני נדרו אסור לו לחזור ואם ישאל על נדרו הותר הנדר דלוי לא זכה עדיין [ע' הו"ת] ואפילו יקניהו בקניין אינו מועיל דמעות אין נקנים בחליפין ואם היה זה בשארי מטלטלין אם הם פקדון ביד שמעון מועיל שיקבל ראובן בקניין שמקנה מטלטלין אלו שביד שמעון ללוי אבל אם הם הלואה אינו יכול להקנותם דמלוה להוצאה ניתנה ואין אדם מקנה דבר שאינו ברשותו ואין שום דרך להקנותם אלא ששמעון שהמעות או המטלטלים בידו יקבל בקניין בתורת הודאה שהוא מודה בהודאה גמורה שיש ללוי אצלו מעות כך וכך או מטלטלין פלונית ופלונית או שיחייב עצמו ליתן ובלא קניין יכול לומר להשטות נתכוונתי כמ"ש בסי' פ"א [ס"ך] וכששמעון עשה כן אין ראובן יכול לחזור בו כיון שעל פיו עשה ודווקא הודאת שמעון מהני אבל הודאת ראובן לא מהני כיון שאינם בידו וגם שיקניהו בלשון מתנה שיאמר אתן מטלטלין פלונית מתנה ללוי אינו מועיל דקניין אתן אינו כלום כמו שיתבאר בסי' רמ"ה ולא תקשה לך למה לא יועיל הודאת והתחייבות ראובן הלא בסי' מ' נתבאר דיכול אדם לחייב עצמו דוודאי כן הוא אם יחייב עצמו בממון כך וכך לפלוני או במטלטלין פלונית מועיל אבל שיחייב עצמו במעות הלואה או במטלטלי הלואה שביד שמעון אינו מועיל ואם רצונו לחייב עצמו יתחייב אבל לא תחול על מה שביד שמעון:

י אמר ראובן לשמעון במעמ"ש מנה יש לי בידך תנם ללוי ושמעון מדחה את לוי ולכן רוצה לוי לחזור ולתבוע מראובן חובו אינו יכול דמיד ששתק ונתרצה להפרע משמעון נפטר ראובן ממנו כשלא היה ערמה בדבר ואפילו אם שמעון לא ישלם לו כלל אין לו טענה על ראובן וי"א דוודאי אם לוי קיבל עליו בשעת מעשה שא"ל לראובן אני פוטרך והנני סומך על שמעון אינו יכול לחזור על ראובן אבל אם שתק בשעת מעשה אע"ג דלפי תקנת חז"ל אין חילוק בין שתק לקיבל עליו מ"מ כששתק נשאר עדיין על ראובן דין ערבות אם שמעון לא ישלם לו מפני שלוי יכול לומר לראובן לטובתך עשיתי שנתרציתי בשתיקתי לקבל משמעון להקל מעליך חובי אבל לא פטרתיך אם שמעון

שמעון לא יתן לי כי מעמד שלשתן הוא מילתא בלא טעמא [טור] ואין סברא שחכמים יפסידוני בשלא פטרתיך בפירוש ודי בזה שלפי התקנה אני מחוייב ליתבע משמעון דזהו פשיטא שאפילו לדיעה זו אינו יכול לתבוע את ראובן תחלה כל זמן שיכול לגבות משמעון אפילו כשיש ללוי עמל ויגיעה בגבייתו משמעון דראובן דינו כערב שבכל זמן שביכולת המלוה לגבות מהלוה אין לו לתבוע מהערב [הר"ר עוזר ועס"ך ס"ק ל"ז] אבל כשאין ביכולתו לגבות משמעון גובה מראובן ואף לדיעה זו דווקא כשלא נתרשל לוי בתביעתו משמעון אבל אם נתרשל עד שהעני שמעון אינו יכול לחזור על ראובן דאיהו דאפסיד אנפשיה דזהו כאלו הראה לו ראובן מעות במקום פלוני ליטלן בחובו וראובן הסיח דעתו ממעות אלו שסמך שיגבם ויטלן ונתעצל מליטלן עד שנאבד דוודאי פטור ראובן ובמתנה לא שייך כל דין זה ולעניין דינא נראה כי"א ורבינו הרמ"א הכריע ג"כ כדיעה זו [הס"ך בסקל"ח כתב דהסמ"ע והב"ח פוסקים הרבה שחולקים ולא מצאתי שיאמרו בפירוש ובהרמב"ם וסמ"ג לא משמע כלל ואף הרי"ף נראה שיוכל להשוותו עם הרא"ש וראיה שהרא"ש לא הזכיר שהרי"ף חולק בזה והירושלמי יש לפרשו בהנתעצל והס"ך הולך לשיטתו בסקל"ז אבל לפמ"ש אינו כן ודו"ק] :

יא אמר ראובן לשמעון במעמ"ש מנה יש לי בידך תנם ללוי ונמצא שמעון עני ואין ללוי ממה לגבות ממנו הרי זה חוזר וגובה מראובן מפני שהטעהו ואפילו ראובן לא ידע ששמעון עני דכיון דהיה עני באותה שעה הרי זה טעות והרי אף קניין בטעות חוזר וכ"ש תקנה זו ולכן אינו מועיל אפילו פטרו בפירוש ואם ידע לוי שהוא עני או שהיה עשיר באותה שעה ואח"כ העני מזלו גרם דכשידע שהוא עני הלא סביר וקביל ואם אח"כ העני הלא בשעת מעשה נפטר ראובן ולי"א שבסעי' הקודם אין דין זה אלא כשפטרו בפירוש אבל בלא זה הלא נשאר על ראובן דין ערבות ומחוייב לשלם אם לוי לא נתעצל וכמ"ש ואף כשידע לוי ששמעון עני אין יכול ראובן לומר הלא ידעת וכיון שלא מחית בי הרי זה כאלו ויתרת על החוב דיכול לוי לומר שתקתי כי דמיתי אולי יתאמץ שמעון לשלם מעט מעט וקבלתי עלי הטורח אבל לאבד חובי לא קבלתי [ס"ך ונה"ת] ויש מי שאומר דכשלוי אמר לראובן המהיני אצל שמעון במעמ"ש דאף לי"א הוה כפטרו בפירוש ונסתלק מראובן וצ"ע לדינא :

יב טען לוי שהיה שמעון עני והיה מקח טעות וראובן אומר עשיר היה והעני אם החוב שנתחייב ראובן ללוי הוא בשטר מקויים צריך ראובן להביא ראיה אפילו כשטוען לוי שמא מפני שטענת ראובן היא טענה גרועה [נס"מ] ואם לא יביא ראיה אם יש נאמנות בשטר גובה לוי חובו בלא שבועה ואם אין בו נאמנות ישבע לוי שבועה בנק"ח כדין הנשבעים ונוטלים ויטול ודווקא כשראובן אומר השבע לי אבל הב"ד אין מחייבים אותו לישבע כמ"ש בסי' פ"ב בטענת פרעתי [ס"ך] ואם כתוב בשטר נאמנות כשני עדים גובה תמיד בלא שבועה אף אם יביא ראובן ראיה כמ"ש בסי' ע"א [שם] ואם היתה מלוה ע"פ דנאמן ראובן לומר פרעתי נאמן ראובן בשבועת היסת לישבע ששמעון היה עשיר באותה שעה במיגו דפרעתי וה"ה אם היה הכחשה ביניהם שראובן אומר שלוי ידע ששמעון היה עני ולוי אומר שלא ידע וגם המבואר בסעי' זה להי"א שבסעי' י' אינו אלא כשפטרו בפירוש [שם] :

יג אם שמעון אומר ששילם ללוי ולוי אומר שלא שילם לו אף להי"א שבסעי' י' וגם לא פטרו בפירוש אין ללוי על ראובן כלום כיון שאין לראובן אלא דין ערב בעד שמעון והרי שמעון אומר ששילם לו [סמ"ע ונה"ת] ולכן נשבע שמעון היסת ונפטרו שניהם וי"א שאין שמעון נאמן כלל ונשבע לוי שלא שילם לו וראובן ישלם לו [ס"ך] דאע"פ דלראובן יש רק דין ערב מ"מ עיקר בע"ד של לוי הוא ראובן לדיעה זה בשלא פטרו בפירוש ונתבאר בסי' צ"א סעי' ט' ע"ש :

יד ראובן שאמר לשמעון שט"ח שיש לי בידך תנהו ללוי והיה זה במעמ"ש כל שלא חזר בו ראובן חייב שמעון ליתנו ללוי אבל אם חזר בו ראובן לא ואם כתב לו שהקנה לו הוא וכל שיעבודו והמחהו אצל זה שמופקדים בידו אינו יכול לחזור בו ודין זה נתבאר בסי' ס"ו סעי' ל"ה מילתא בטעמא ושיש חולקים בזה ע"ש :

טו אם לאחר שנתרצה הלוה או הנפקד ליתן למקבל אומר עיינתי בחשבונותי ולא היה לו אצלי כלום וטעיתי במה שהודיתי לו אם יכול לברר בעדים שכן הוא פטור אף לדיעה ראשונה שבסעי' י' כיון שנמצא טעות מעיקרו ולכן אפילו קבע לו זמן ועדיין הוא תוך זמנו דאין לו מיגו פטור והנותן חייב ליתן למקבל אם נתנו לו בפרעון חובו אבל אם היה מתנה פטור גם הוא שיכול לומר אלו הייתי יודע שאין לי אצל זה לא הייתי נותן לך המתנה אבל אם אינו יכול לברר הטעות אינו נאמן לומר טעיתי כשאין לו מיגו דטעיתי היא טענה גרוע דאדם מדקדק בחשבון ולכן אם המחהו בפני עדים וגם קבע זמן להמקבל ליתנו לו לזמן ידוע ועדיין הוא בתוך זמנו דאינו נאמן לומר להד"ם ופרעתי אינו נאמן בטענה זו דטעיתי ומשטה הייתי בך פשיטא שאינו יכול לטעון אפילו כשלא המחהו בפני עדים משום דמעמד שלשתן הוה כקניין ובקניין לא שייך טענת השטאה כמ"ש בסי' פ"א ועוד דאינו עניין שישטה מלוי דהא אינו יודע אם אינו מגיע לו מראובן

ס"ך

[ס"ך] וכן אינו יכול לטעון טענת שלא להשביע [סמ"ע] אבל טעיתי יכול לטעון כשלא המחהו בעדים או אם הוא אחר זמנו במיגו דלהד"ם או פרעתי ונשבע היסת שטעה ונפטר וחזר הדין בין הנותן להמקבל ולדיעה אחרונה שבסעי' י' חוזר וגובה מהנותן אם הוא חוב או פקדון ולדיעה ראשונה ההיזק להמקבל דכבר נסתלק הנותן ממנו ורק צריך לישבע להמקבל שהיה לו ביד זה אך שכפר בו עתה ונשבע לשקר [טור] ואע"ג שאין להמקבל על הנותן טענת ברי דהרי אינו יודע אם לא היה שלו ביד מי שקיבל עליו מ"מ כיון שהיה לו לקבל מיד מי שקיבל עליו והלה טוען ברי שטעה מצרפין לשמא של זה והוה כטענת ברי [ס"ך] ומה גם שזה נשבע שטעה וכה"ג נתבאר בסי' קכ"א ויש מי שאומר דכשהודה בפני עדים אינו נאמן לומר טעיתי אף כשיש לו מיגו דפרעתי כגון שלא קבע לו זמן או שהוא אחר זמנו משום דהוה מיגו במקום עדים דלא שכיח שיטעה אלא אדרבא אדם מדקדק היטב כשמודה בפני עדים ורבינו הרמ"א הכריע כדיעה זו ודווקא כשהודה בפני עדים אבל שלא בפני עדים יכול לומר טעיתי משום דשלא בפני עדים יכול להיות שלא דקדק כל כך ואפילו אם נתן לו כת"י נאמן לומר טעיתי במיגו דפרעתי ויש מי שאומר דאכתב יד אין נאמן לומר טעיתי [הר"י הב"ן לב] ויש מי שאומר דכשכל הכתב הוא שלו אין נאמן לומר טעיתי אבל כשהכתב הוא של אחר ורק החתימה הוא שלו נאמן לומר טעיתי [חו"ת] דבחתימה לבד יכול עוד לומר שחתם שמו לעניין אחר והוא כתב מלמעלה אבל כשכל הכתב הוא שלו וודאי אין אדם כותב חיוב על עצמו אלא כשדקדק היטב וכן נכון להורות:

טז אם הנותן מודה שטעה מי שקיבל עליו והמקבל אינו יודע אם טעה אם לאו אם נתנו למקבל בשביל חוב אם יש לו נכסים להנותן שיכול המקבל ליפרע ממנו נאמן הנותן לומר שטעה דכיון דמפסיד רק לעצמו בהודאתו פשיטא דנאמן אבל אם אין לו נכסים או שהוא אלם והשני נוח ליפרע ממנו אינו נאמן אם זה שקיבל עליו אינו נאמן בלא הודאת הנותן כפי מ"ש בסעי' הקודם ואפילו יש עד אחד שמעיד על הטעות אינו כלום ואע"פ שנתבאר בסי' פ"ד דכשעד אחד מעיד שהוא פרוע אינו גובה אלא בשבועה זהו כשיכול לישבע אבל זה המקבל אינו יודע כלל ונוטל בלא שבועה דשבועה זו אינה מן התורה שנדין בה דין דמתוך שאינו יכול לישבע משלם ואפילו להפוסקים דאמרינן מתוך שאינו יכול לישבע מפסיד היינו דווקא כששייך בשבועה זו דה"ל למידע אבל זה המקבל לא הו"ל למידע כלל והרי אף במתוך שאיל"מ נתבאר סברא זו בסי' ע"ח וכ"ש במתוך שאי"ל מפסיד [כ"ל וע' חו"ת] וי"א דכשיש לו נכסים להנותן ויש עד אחד המה כשני עדים" לפטור למי שקיבל עליו דכשאין לו נכסים הוה הנותן כנוגע בעדות דשמא עשו קנוניא אבל כשיש לו נכסים אינו נוגע כלל [ס"ך] ואם הנותן נתן מתנה להמקבל אף כשיש נכסים להנותן ואינו גברא אלמא אינו נאמן כלל ואף כשיש עד אחר דבמתנה לא יצטרך ליתן להמקבל אף כשלא יתן לו מי שקיבל עליו לפיכך אם זה שקיבל עליו אינו נאמן בעצמו מטעם מיגו צריך ליתן להמקבל והוא יחזור ויגבה מהנותן כיון שהודה לו שטעה ובגרמתו הוכרח ליתן להמקבל ואין זה כגרמא אלא כגרמי וי"א שאין זה אלא גרמא דמה הוא חייב בזה ויותר היה לו לזה שקיבל עליו לדקדק ולכן אינו אלא גרמא ופטור [ס"ך] וכן נראה עיקר אבל כשפרע הנותן חוב להמקבל וודאי דצריך לשלם לזה שקיבל עליו כשפרע להמקבל דמס"נ צריך ליפרע החוב וכיון שהודה שאין לו בידו הרי צריך ליפרע משלו:

יז אם המקבל מודה שזה שקיבל עליו טעה בחשבונו דהמקבל אומר שיודע החשבון שביניהם ויודע שטעה זה והנותן אינו מודה זה שקיבל עליו פטור בלא שבועה דמיד כשקיבל עליו ליתן להמקבל נסתלק הנותן ממנו ודינו עם המקבל והרי מודה לו שטעה ואפילו לדעת י"א שבסעי' י' שיכול לחזור על הנותן כשזה לא נתן לו מ"מ בכאן אינו יכול לחזור עליו כיון שהוא בעצמו גרם לזה בהודאתו נסתלק הנותן מחיובו [רבינו ב"י] ורק נשבע להמקבל שאינו יודע מהטעות אם לא שהוא בעצמו היה נאמן לומר שטעה כגון שיש לו מיגו כמו שנתבאר וי"א שלדיעה זו יכול לחזור על הנותן דאין זה גורם במה שאמר האמת דיכול לומר להנותן וכי בשבילך אומר שקר ולא נפטר ממנו אלא כשפטרו בפירוש אבל בלא זה גובה מהנותן והנותן חוזר וגובה מזה שקיבל עליו כיון שאינו מאמינו שטעה ומיגו אין לו ואי משום שהמקבל אומר שטעה הרי אינו אלא עד אחד וישבע הנותן שר"א להכחיש את העד ויטול [ס"ך] ודווקא כשנתחייב לו בחובו או בפקדונו אבל אם היה זה מתנה פטור בלא שבועה דמתנה בטעות היתה ואפילו יודה גם הנותן שטעה כמו שנתבאר:

יח א"ל ראובן לשמעון מנה לי בידך תנם ללוי או שא"ל סתם תן מנה ללוי והיה במעמ"ש והתחיל ליתן לו ואח"כ אמר שטעה בחשבונו ואינו חייב כלום לראובן ויש לו מיגו דפרעתי או שהיתה שלא בפני עדים מ"מ מה שנתן כבר נתן ואינו יכול להוציאם בחזרה דמצד המיגו אינו נאמן רק שלא ליתן אבל לא להוציא מה שנתן כבר וי"א דאפילו מברר את הטעות ע"פ עדים אינו יכול להוציא מה שנתן דכשבא להוציא אמרינן דוודאי גם מקודם דקדק יפה שאינו מגיע לראובן ועכ"ז קיבל עליו ועתה רוצה לחזור בו ועל זה לא יוכלו העדים להעיד שמקודם לא ידע [ב"ח ותו"ת] וי"א

וי"א כיון שמברר הטעות בעדים הדעת נותן שטעה מקודם והיה סבור שחייב לו [ס"ך] דלא שכיח להבטיח מה שאין בידו ונראה להכריע בדין זה דכשאמר מנה לי בידך תנם ללוי וקיבל עליו וודאי טעה והיה סבור שיש לראובן בידו ויכול להוציא מה שנתן אבל כשאמר סתם תן מנה בעדי ללוי אינו יכול להוציא מידו [וגם סב"ח מודה בזה דבמקור הדין בתשו' הרא"ש לא מיירי בכה"ג ע"ש ודו"ק] :

יט אם בשעה שהעמיד ראובן את לוי אצל שמעון במעמ"ש היה חייב שמעון לראובן וקיבל עליו ליתן ללוי ואח"כ נתבטל החיוב כגון שחכר שמעון מראובן איזה חכירה בקניין גמור לפרוע לו לזמן פלוני ובתוך זה הזמן קיבל עליו במעמ"ש ליתן ללוי ואח"כ נתבטל העסק מרצון שמעון חייב לשלם ללוי מה שקיבל עליו כיון שבשעת הקבלה נתחייב אינו יכול להפסיד ללוי בחזרתו והוא יחזור לתבוע מראובן וי"א דאפילו אם לא נתבטל מרצון שמעון אלא מאיזה סיבה אחרת אפילו היה הביטול נגד רצון שמעון מ"מ חייב ליתן ללוי [ס"ך] כיון שבשעת המעמ"ש נתחייב אין לו שום פטור נגד לוי והוא יתבע מראובן ואין חילוק בין זה שנתן ראובן ללוי היה חוב או מתנה [ומ"ש בס"ע סעי' י"ז לאו דווקא וכמעשה כך היה ודו"ק] :

כ אם החיוב שנתחייב שמעון לראובן היתה מחמת דמי שכירות ששכר מראובן בית או חפץ בסך ידוע ליום לכל זמן שיצטרך וראובן היה חייב ללוי מאה דינרים והעמידו אצל שמעון במעמ"ש ושמעון לא נתחייב מהשכירות רק נ' דינרין כי לא נצרך יותר להבית או החפץ אם בעת שהעמידו לא הזכיר כלל אופן חיובו וקיבל עליו סתם ואמר ללוי מאה דינרים שיש לי משל ראובן אתנם לך או שראובן א"ל לשמעון מאה דינרים שיש לי בידך תנם ללוי ושמעון שתק וקיבל עליו ואפילו אמר שמעון מאה דינרים שאני חייב לראובן משכר הבית או החפץ אתנם לך או שראובן א"ל מאה דינרים משכר הבית או החפץ שיש לי בידך תנם ללוי ושמעון שתק חייב ליתנם ללוי כיון שהודה שהוא חייב לראובן אין בכחו לומר סמכתי על מה שהייתי עתיד להשתמש עוד זמן מה דכיון שהודה נתחייב מיד ללוי בהודאתו [טור] וכן אם שכר ממנו לשנה וקיבל עליו בתחלת השנה במעמ"ש שכר כל השנה חייב לפרוע ללוי אבל אם בעת שקיבל עליו ליתן ללוי א"ל שזהו בעד השכירות שנתחייב לראובן וסיפר לו אופן חיובו כגון ששכר ממנו בלא זמן ובדעתו להשתמש עוד או ששכר ממנו לשנה וזה חצי שנה שמשתמש בו ולוי מודה בזה אינו חייב ללוי כלום ולא מיבעיא במה שלא נתחייב עדיין לראובן בעת העמידתו דא"צ ליתן אלא אפילו מה שנתחייב מזמן העבר ג"כ א"צ ליתן ללוי דשכירות אינה משתלמת אלא לבסוף דהיינו כשיחזיר לו הבית או החפץ או כשיכלה הזמן שקבעו ולכן כיון שלוי ידע שלא היה אצל שמעון מעות של ראובן לא מלוה ולא פקדון אלא חיוב זה השכירות ועדיין לא נתחייב מדינא לשלם אין העמדתו כלום ויש חולקין בזה דנהי דאינה משתלמת אלא לבסוף מ"מ חל עליו החיוב מיד אלא שעדיין לא הגיע זמן הפרעון והרי נתבאר דמעמד שלשתן הוא אף כשלא הגיע זמן הפרעון [ס"ך] ולכן בקבע זמן לשכירותו צריך לשלם ללוי בעד כל הזמן ובלא קבע זמן צריך לשלם כפי הסכום שנתחייב עד שישיב הבית לראובן וכן עיקר לדינא [או"ת] [ורא"ה לזה מתוס' ב"מ ע"ט: ד"ה אי אתה מולא וכו' אע"ג דאינה משתלמת וכו' ודו"ק] :

כא ראובן מסר ללוי מנה שיש לו ביד שמעון במעמ"ש והעמיד שמעון ערב ללוי בשעת ההעמדה משתעבד הערב בעד שמעון אף בלא קניין על הערבות דזהו כערב בשעת מתן מעות דמשתעבד בדיבור בעלמא כמ"ש בסי' קכ"ט והעמדה זו הוי כשעת מתן מעות כיון שמתחייב לו בהעמדה זו ויש מי שחולק בזה דלא דמי לערב בשעת מתן מעות דהלוה הוציא ממון ממש מהמלוה ע"פ ערבותו אבל בכאן אע"פ שנתחייב שמעון ללוי מ"מ הרי לוי לא הוציא אז ממון ממש ולכן אינו מועיל הערבות בלא קניין דהוה כאסמכתא והעיקר לדינא כדיעה ראשונה [ס"ך] :

כב ראובן היה לו מנה ביד שמעון ובקש את לוי שיקבל מעותיו משמעון והלך עם לוי לשמעון וא"ל מנה שיש לי בידך תנם ללוי ולא הזכיר לשמעון שלוי הוא רק שלוחו אלא שמסר לו במעמ"ש ואח"כ כשבא לוי לקבל משמעון המעות א"ל שמעון הן עתה המעות שלך כי ראובן מסרם לך במעמ"ש לכן אני מעכבם בחוב שמגיע לי ממך אם לוי מודה שמגיע ממנו לשמעון הדין עם שמעון דאע"ג דבאמת לא היה לוי רק שלוחו של ראובן מ"מ כיון שמסר לו סתם במעמ"ש יכול שמעון לעכבם בחובו וראובן יתבע מלוי אבל אם לוי אינו מודה לשמעון מהחוב אין ביכולת ראובן ליתבע מלוי דלוי לא פשע כלל וראובן פשע בעצמו במה שלא הודיע לשמעון שלוי אינו רק שלוחו אבל עתה יכול שמעון לומר איני מאמין לכם שהוא שלוחך אלא אני אומר שמסרת לו לגמרי במעמ"ש מפני חוב שנתחייבת לו או במתנה נתת לו ואני מוחזק ומעכבם בחובי ולכן נשבע שמעון היסת שמגיע לו מלוי ונפטר ולוי מקבל קבלה עליו שאינו מגיע ממנו לשמעון וראובן מפסיד מעותיו ואם לוי עוסק לפרקים בעסקי ראובן יכול ראובן להשביעו שבועה חמורה כשבועת בן הבית שאינו מגיע ממנו לשמעון [או"ת] ואם יש עדים לראובן שלוי אינו אלא שלוחו אין ביכולת שמעון לעכב ביד לוי אפילו כשלוי מודה שמגיע ממנו לשמעון אבל כשאין כאן שני עדים אין נאמן ראובן בשבועה

בשבועה שלוי הוא רק שלוחו דאין מוציאין ממון בשבועה אלא במקומות שתקנו חכמים ואף אם יש עד אחד אין ביכולת להוציא משמעון ע"פ אחד ושמעון אינו יכול לישבע להכחיש את העד כיון שאינו יודע ולא אמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם כיון דלא ה"ל למידע וכמ"ש בסי' ע"ה [כ"ל מטור סעי' כ"ג ע"פ פי' סב"ח] ואם לוי היה בידו מעות של ראובן וא"ל ראובן מעות שבידך תמסור לי ואני אעמידך אצל שמעון והעמידו במעמ"ש סתם כמו שנתבאר ועיכב שמעון בעד לוי אם לוי מודה לו יחזיר לראובן המעות שבידו ואלו המעות היה מגיע ללוי מראובן בעד עסק מסחור ונמצא שלא הפסיד ראובן ואם לוי אינו מודה לשמעון ישבע שמעון שמגיע לו מלוי ולוי ישבע שאינו מגיע ממנו מעות לשמעון ובלא שבועה לא נפטר כיון שמעותיו של ראובן בידו הוא ומעכב המעות וראובן נפסד דאין לו ממי לגבות [זהו ע"פ פי' הס"ך ס"ק ע"ד בטור] ואם לא צוה ראובן במעמ"ש לשמעון שיתן ללוי אין ביכולת שמעון לעכב בכל עניין בעד לוי אף בשלוי מודה ויש עדים שחייב לו דכיון שלוי לא קנה המעות אין ביכולת שמעון לעכבם בעדו [סס] דלא כיש מי שחולק בזה:

כג מעמד שלשתן ע"י שלוחו של הנותן כגון ראובן ששלח שלוחו ואמר לשמעון במעמד לוי ראובן צוה לי לאמר לך מנה שיש לו בידך תנם אותם ללוי ושמעון קיבל עליו מ"מ לא קנה לוי דדין מעמ"ש הוא הלכתא בלא טעמא ואין מוסיפין על התקנה והתקנה לא היתה אלא בהנותן עצמו ולא בשלוחו ואע"ג דשלוחו של אדם כמותו מ"מ בתקנה זו דחידוש הוא לקנות בדברים בעלמא לא אמרינן כן ועכ"ז לעניין שליח המקבל כגון ראובן שא"ל לשמעון מנה שיש לי בידך תנם ללוי במעמד שלוחו של לוי מהני וקנה לוי דלעניין זכותו של מקבל אמרינן שלוחו של אדם כמותו ודווקא לעניין הפקעת ממון מהנותן אין מוסיפין על התקנה ולא לזכותו של המקבל ודווקא כשעשה המקבל שליח לזה שעמד בשעת מעשה אבל אם לא עשאו שליח אלא שאמר ראובן לשמעון במעמד יהודה מנה שיש לי בידך תנם ליהודה שיזכה בהם בעד לוי יכול ראובן לחזור בו אפילו קיבל יהודה המעות בעד לוי כיון שראובן לא אמר ליהודה זכי מעות אלו בעד לוי לא זכה לוי בהם [ס"ך] וי"א דכשהגיע המעות ליהודה אין ראובן יכול לחזור בו [סמ"ע ולו"ת] אבל כשעשאו לוי שליח זכה בהם בין שאמר ראובן לשמעון מנה שיש לי בידך תנם ללוי ובין שאמר תנם ליהודה שלוחו של לוי ובין שאמר תנם ליהודה שיזכה בהם בעד לוי וכשלא היה שלוחו אע"פ שמקודם העמיד ראובן עם יהודה שיזכה בהם בעד לוי ובשעת ההעמדה לא הזכיר בכלל שם לוי אלא א"ל לשמעון מנה שיש לי בידך תנם ליהודה וכוונתו היתה שיזכה בעד לוי לא קנה לוי [ס"ך] דלא כיש מי שחולק בזה ואפטרופס של יתומים דינו כשליח שאינו יכול להקנות מעות היתומים במעמ"ש אבל יכול לזכות בעדם כמו שליח שעשאו המקבל ומעמד שלשתן ע"י כתב לא מהני כלל בין שכתב ראובן לשמעון מנה שיש לי בידך תנם ללוי ובין שכתב לוי המקבל לשמעון שיקבל מנה של ראובן בעדו ע"פ ציווי של ראובן דמעמ"ש אינו מועיל אלא אם עומדים שלשתם יחד או שלוחו של מקבל במקום המקבל ויש להסתפק אם שלוחו של מי שהמעות בידו כגון ראובן שאמר לשליח שעשה שמעון בפני לוי מנה שיש לי ביד שמעון שולחך תנם ללוי אם קנה לוי אם לאו והדעת נוטה דלא קנה וצ"ע [ע' לו"ת]:

כד יש מי שאומר שאין חילוק בין ישראל לעכו"ם בדין מעמד שלשתן לפיכך ישראל שאמר לעכו"ם מנה שיש לי בידך תנם ללוי במעמד כולם ולוי נתרצה לזה קנה ואינו יכול לחזור עוד על הנותן לדיעה ראשונה שבסעי' י' דאיהו דאפסיד אנפשיה שנתרצה להסתלק עצמו מהישראל אבל לי"א שבשם יכול לחזור על הנותן אם לא פטרו בפירוש [ס"ך] וי"א דאף לי"א שבשם אינו יכול לחזור על הנותן דדווקא כשזה שקיבל עליו ליתן ללוי הוא ישראל ויהיה ביכולת הנותן לתבוע ממנו כשהמקבל יחזור עליו בזה שפיר אמרינן דהמקבל יכול לחזור על הנותן אבל בעכו"ם שהנותן לא יהיה ביכולתו לחזור עליו כיון דבדיניהם כבר נפטר ממנו אין ביכולת המקבל לחזור על הנותן ומוכרח לגבות מהעכו"ם דהוא גם בדיניהם יכול לגבות ממנו [ט"ז] ואם בדיניהם אין זה קניין יראה לי דאף לדיעה ראשונה שבשם יכול המקבל לחזור על הנותן מפני שהנותן יכול לגבות ממנו בדיניהם ולא המקבל אם לא שהמקבל פטרו בפירוש להנותן דהוה כמחילה וא"צ קניין ובין יגבה מהעכו"ם ובין לא יגבה הלא מחל לו וכן אם המקבל עכו"ם והנותן וזה שקיבל עליו הם ישראלים וא"ל במעמ"ש מנה שיש לי בידך תנם להעכו"ם קנה העכו"ם:

כה וכן עכו"ם שאמר לישראל מנה שיש לי בידך תנם ללוי במעמד כולם ואמר הנפקד או הלוה כן אעשה קנה לוי וצריך ליתנו לו ואינו יכול לומר אנוס הייתי בהודאתי ואף אם העכו"ם הוא שלטון [טור] ואף דבישראל א"צ זה שקבל עליו לאמר כן אעשה דהא אפילו בע"כ של הנפקד קנה מ"מ בעכו"ם אם הישראל שתק אינו כלום דהא יכול להיות שאינו חייב כלל להנותן ומה שלא מיחה מפורש מפני שמתיירא ממנו אבל כשאמר כן אעשה וודאי דיש לו אצלו דאל"כ לא היה מודה לו ודי היה בשתיקתו [סמ"ע וט"ז] אם לא שהנותן צוהו להודות דאז אמרינן שמפני יראתו וציוויו הוכרח להודות דלא כיש מי שאומר דאמירת כן אעשה תמיד אינו כלום [ורא"ים מכתובות כ"ז: תרתי

תרתי לא עבדי ואע"ג דבב"ב מ"ז. אמרינן אי לאו דאודי ליה וכו' גזלן הוי] :

כו ויש מי שחולק על מ"ש בסעי' כ"ד וס"ל דאם הנפקד או הלוה הוא עכו"ם וא"ל הישראל מנה שיש לי בידך תנם לישראל זה במעמ"ש לא קנה הישראל שהרי אפילו אם זיכה לו ע"י העכו"ם לא היה קונה דזכייה הוא מטעם שליחות ואין שליחות לעכו"ם ולא עדיף מעמ"ש מזכייה גמורה [טור] וכן אם המקבל עכו"ם והנפקד או הלוה ישראל וגם הנותן הוא ישראל וא"ל להישראל במעמ"ש תן פקדון זה או הלואה זו להעכו"ם וודאי דכל זמן שלא חזר בו הנותן יכול זה ליתנם להעכו"ם דאף אם היה אומר לו בינו לבין עצמו מנה שיש לי בידך תנם לפלוני או לעכו"ם פלוני צריך ליתן כל זמן שהמצוה לא חזר בו שהרי עשהו שליח אבל אם הנותן חזר בו לא זכה העכו"ם גם במעמ"ש דכיון דהיא הלכתא בלא טעמא לא תקנו רק בישראל וחייב הנפקד או הלוה להחזיר להמפקיד או להמלוה ומיהו אם אין הנפקד או הלוה יכול להשמט מהמקבל כגון שבדיניהם חייב ליתן לו יתנם לו ופטור מהמפקיד או המלוה דאיהו דאפסיד אנפשיה שצוה ליתן לו והרי ידע שיהיה מוכרח ליתן לו [סס] וכן כשהנפקד או הלוה עכו"ם וכבר נתן העכו"ם מה שבידו לישראל המקבל אין מוציאין מידו דאפילו אם היה אומר להעכו"ם בינו לבין עצמו מנה שיש לי בידך הולך לישראל פלוני והעכו"ם היה נותנם לו היה הישראל זוכה בהם שהרי הרשהו לעשות ועשה כדבריו וכן בכל מקום שאין הקניין נתפס אם זכה וקבלם לא מפקינן מיניה ובסי' ס"ו סעי' מ' בארנו פרטי דינים בעניין זה ע"ש וכן אם אמר הישראל להעכו"ם מנה שיש לי בידך תנם לישראל פלוני ותחייב עצמך בחיוב גמור לזה הישראל ותפטור ממני אפילו לדיעה זו יכול המקבל להוציא מהעכו"ם ולא מטעם זכייה אלא מפני החיוב שהתחייב נגדו [או"ת וזהו מ"ש בס"ע סעי' כ"ב ותדור לו] וכן אם המקבל יאמר להעכו"ם ע"פ קבלתך שתקבל עליך ליתן לי אני פוטר זה הישראל הנותן מתחייב העכו"ם מדין ערב ואין המקבל יכול לחזור עוד על הנותן [סס] ומוטר בדין מעמ"ש י"א שדינו כעכו"ם וי"א שדינו כישראל:

כז ואפילו לדיעה זו מ"מ בזה שנתבאר בסעי' כ"ה כשהנותן עכו"ם והמקבל והנפקד או הלוה ישראלים הם וצוה העכו"ם במעמ"ש ליתן לזה קנה הישראל ויכול להוציאם מהנפקד או מהלוה בב"ד גם לדיעה זו דכיון דהפקיעו חכמים ממונו של ישראל במעמ"ש כ"ש ממונו של עכו"ם [טור] ואם העכו"ם הנותן הוא אנס והוציא באלמות מידו קודם שנתן להמקבל אם היתה הלואה שישראל לוה מהעכו"ם חייב הלוה לפרוע גם להמקבל שהרי כבר נתחייב לו במעמד שלשתן ובזה שהאנס אונסו לזה בממונו אין השני ראוי שיפסד בכך אבל אם היה פקדון ונכנס האנס בבית הנפקד ונטלו בחזקה אינו חייב לשלם להמקבל שהרי אינו אלא שומר שלו כמו שהיה שומר של העכו"ם ופטור מאונסים כדין שומר ואפילו אם אנסו האנס עד שהביא הפקדון לביתו פטור ואין זה כמציל א"ע בממון חבירו כיון שלא אנסו אלא על פקדון זה אבל במלוה דלהוצאה ניתנה ה"ל כאנסו בממון אחר ואין אדם מציל עצמו בממון של חבירו [טור] ויתבאר בסי' רצ"ב בפקדון ובסי' שפ"ח ע"ש ואפילו הציל מהאנס את הפקדון ונטל האנס חפצים שלו נוטל מן הפקדון כל מה שהוציא והפסיד ע"י זה כיון שהאנס בא רק בשביל הפקדון אמנם אם אח"כ מסר להמקבל את הפקדון ולא ניכה לו מה שהפסיד עי"ז אינו יכול עוד להוציא ממנו דבאמת גם על מה שנתבאר דנוטל מהפקדון מה שהפסיד יש חולקין בזה וספיקא דדינא הוא ולכן כשמסר להמקבל אינו יכול להוציא מידו [ס"ך] ואף אם מסר הפקדון להמקבל ואח"כ אנס האנס חפציו ג"כ הדין כן [כ"ל] ויש חולקים גם על מלוה וס"ל דגם אם היתה הלואה ואנסו האנס לשלם לו דפטור ליתן להמקבל והטעם דהרי מדינא אין ביכולת העכו"ם לזכות לישראל ע"י ישראל דהא אין שליחות לעכו"ם ולא עדיף מעמד שלשתן מזכייה גמורה אלא דנתבאר דעכ"ז זכה הישראל וזהו רק שאם בא העכו"ם ושאל בב"ד אם ביכולתו לחזור בו אומרים לו דאינו יכול לחזור בו אבל כשאנס ולקח את שלו במה זכה המקבל שהלוה יהיה חייב לשלם לו וכן נראה עיקר [מה שהקשה הפו"ת דהוה הפקעת הלואתו לא ידענא כיון שקיבל עליו לא היה רצונו אז להפקיע ולחזור בו אינו יכול כיון שקנה המקבל במעמ"ש ולבד זה אין זה הפקעת הלואתו כמ"ש בקצה"ח ס"ס קכ"ח] :

כח אשה שהכניסה מלוה ע"פ לבעלה א"צ מעמד שלשתן וכן מכנסת שטר א"צ כתיבה ומסירה וכבר נתבאר זה בסי' ס"ו :

סימן קכז [איש שלוה מאשתו ונירשה או מעבדו ושיחררו או מעכו"ם שנתגייר ובו ב' סעיפים] :

א האיש שלוה מאשתו אפילו בשטר [ס"ך] ואפילו גירשה ואדון שלוה מעבדו אפילו בשטר ואפילו שיחררו אין להם עליו כלום ואפילו לא טען הבעל או האדון ברי לי שהמעות הם שלי מפני שכל מה שקנה עבד קנה רבו וכל מה שביד האשה הוא בחזקת בעלה עד שתביא ראיה שזהו ממעות נדוניתה כיון שאין

שאין ידוע שיש להם מעות שאין לו רשות בהם כגון שנתנו להם ע"מ שאין להבעל או להאדון רשות בהם הכל הוא ברשותו ואע"פ שבשמכר לה קרקע נתבאר באה"ע סי' פ"ה דדווקא כשהיו המעות טמונים אמרינן שרצה לגלות המעות אבל באינם טמונים מכירתו מכירה מ"מ בהלואה גם באינם טמונים אמרינן דהיתה כוונתו להוציא ממנה המעות דוודאי אין רצונו להיות עבד לוה לאיש מלוה [סמ"ע] ועוד דכיון דבהלואה הוציא המעות לגמרי ברשותו מוקמינן בחזקתו וי"א דגם בהלואה יש חילוק בין טמונים לאינם טמונים דבאינם טמונים מוקמינן המעות ברשותן כשטוענים שיש להם מעות שאין להבעלים רשות בהם ואם נושאת ונותנת בתוך הבית מוקמינן תמיד ברשות הבעל עד שתביא ראיה כמ"ש בסי' ס"ב :

ב הלוה מהגר [בימים קדמונים] שנתגיירו בניו עמו ומת או שהגר הפקיד אצלו פקדון ומת א"צ להחזיר לבניו דגר שנתגייר כקטן שנולד דמי ואין בניו יורשים אותו כשלא הולידן בגירותו ואם החזיר לבניו הוה כהחזיר לאחרים ואין חכמים מחזיקין לו טובה בכך בד"א כשהיתה הורתן ולידתן שלא בקדושה אבל אם היתה לידתן בקדושה אף שהורתן שלא בקדשה ומדינא א"צ להחזיר להם מ"מ אם עשה לפנים משוה"ד והחזיר להם עשה בזה רצון חכמים ורוחם נוחה הימנו ודווקא כשאמו היתה ג"כ עכו"ם ונתגיירה קודם שילדתו אבל אם אמו ישראלית ונתעברה מעכו"ם אינו מתייחס כלל אחר אביו דהולד כמותה וכן בישראל הבא על בת עכו"ם הולד כמותה כמ"ש באה"ע סי' ח' ויש מרבותינו דס"ל דבהורתן ולידתן שלא בקדושה רוח חכמים נוחה הימנו כשעושה לפנים משוה"ד ומחזיר להם ובהורתן שלא בקדושה ולידתן בקדושה לא רצו חכמים שיחזיר להם כדי שלא יטעו לומר שיש להם קורבה ויבואו לידי מכשול שאם יקדש אשת אביו יאמרו שאינו תופס בה קדושין ויבא לייבם את אשת אחיו ויפטרוה מחליצה [תוס' קדושין י"ח.] :

סימן קכח [דין פורע חובו של חבירו או שמשכנו בשביל חבירו ובו ז' סעיפים] :

א קיי"ל דמבריח ארי מנכסי חבירו ומצילו מן ההפסד פטור אף אם היה להמציל הפסד כיון שעשה מדעת עצמו בלי ציוי הבעלים [תוס' ורא"ש ב"ק כ"ח.] ודווקא כשלא היה ההיזק ברור אבל כשההיזק היה ברור צריך לשלם לו [שם] לפיכך הפורע חובו של חבירו שלא מדעת הלוה בין שהיתה מלוה בשטר בין מלוה ע"פ פטור הלוה לשלם לו דהלוה יכול לומר לו מי בקש זאת מידך אני הייתי מתחנן לפני המלוה ואולי היה מוחל לי ואף שהצלתני מצער וגרמת לי הרווחה לא מצינו שיצטרך לשלם בעד גרם הרווחה [פ"ת שם] ויראה לי שאין הדברים אמורים אלא כשהלוה לחוץ במצבו דבזה יכול להיות שהיה מתחנן לפני המלוה והיה מוחל לו או שהיה מניח לו על זמן ארוך וכה"ג אבל כשהלוה טוב במצבו אנן סהדי שהמלוה לא היה מוחל לו והוה ההפסד ברור וראיה לזה מלשון הרא"ש שכתב שמצילו מצער בעלמא שהוא מצטער שאין יכול לפרוע לו עכ"ל וזהו דאיתא בירושלמי מפיים הוינא ליה ומחל לי ולמה ימחול לעשיר ואע"ג דביורד לתוך שדה חבירו שלא ברשות ונטעה צריך בעל השדה לשלם לו כמ"ש בסי' שע"ה ולא מחלקינן בין עני לעשיר משום דבשם הריוח בעין אבל פורע חובו אינו רק שמצילו מן ההפסד [תוס' כתובות ק"ז:] ואפילו היה המלוה דוחקו לפרוע לו והוא איש שאינו מוותר משלו כלום מ"מ יכול לומר שהיה מרבה עליו ריעים והיה מוחל לו ויש חולקים בזה דוודאי כיון שהיה דוחקו לפרוע הוה כהיזק ברור וצריך הלוה לפרוע לו והוה ספיקא דדינא [ש"ך] ואחר מהגדולים דחה דיעה זו לגמרי וכן הכריע רבינו הרמ"א ויראה לי דאפילו לפי דיעה זו אם לפי האומדנא היה פועל אצל המלוה לשלם מעט מעט על זמנים א"צ לשלם לזה ג"כ רק כמו שהיה משלם להמלוה לפי האומדנא ואין להקשות על עיקר דין זה ממ"ש בסי' ס"ו דיכול להקנות שט"ח בכו"מ דוודאי כן הוא אם המלוה מכר לו כדין קנה כל זכותו של המלוה אבל כשפורע מעצמו בלא קניית השטר לא קנה זכותו של מלוה ואין זה אלא כמבריח ארי [מ"ס סס"ך דהרמב"ס מחייב בבע"ח דוחק דלה בירושלמי אמרו זה ממנכס דשוקל שקלו ובש"ס דילן מוקי לה בכתובות ק"ח בחבוד וגבוי אדרבה ברמב"ס פ"ד מנדרים כתב כלשון הממכס אלה ל"ל דס"ל כהרשב"א בהי' שם דאוקימתא דאבוד וגבוי היא קודם שהעמדנו הממכס כאן ולא לפי המסקנא ודו"ק] :

ב י"א דאפילו היה ביד המלוה משכון ופרע זה ונטל המשכון לידו ג"כ אין הלוה חייב לשלם לו דיכול לומר מפיים הוינא ליה והוה יהיב לי משכוני ואין הפורע קונה חוב בנטילת המשכון דכיון דירד על דעת להפרע מן הלוה תיכף כשפרע למלוה נסתלק שיעבוד המשכון [קצה"ח] ולכן אם המלוה א"ל זכי במשכון זה ופרע לי חוב פלוני קנה זה החוב כמו בכתיבה ומסירה בשטר [שם] וכן אם הפורע א"ל למלוה אפרע לך החוב ותחזיר לי המשכון ואחזיק בו כל זמן שהלוה לא יפרע לי והמלוה מסר לו המשכון ג"כ זכה בהמשכון דמסתמא אדעתא דהכי החזיר לו המשכון [כ"ל] ויש הרבה פוסקים שחולקים על עיקר דין זה וס"ל דבמשכון חייב הלוה לפרוע להפורע בכל ענין ואפילו אם זהו ספיקא דדינא כיון שהפורע תפוס במשכון המוע"ה [ש"ך ואו"ת] :

ג י"א דכ"ז הוא כשהמלוה ישראל אבל כשהמלוה הוא עכו"ם ופרע לו חייב לשלם להפורע דעכו"ם לא היה מוחל לו וכ"ש אם פדה משכונו ממנו דחייב לשלם לו ויש חולקין וס"ל דאין שום חילוק בין ישראל לעכו"ם [ש"ך ותו"ת] ובמשכון הוה ספיקא דדינא כמו בישראל [שם] וכתבו גדולי אחרונים דלפי המנהג מהסוחרים העכו"ם שמתפשרים עם מי שנתחייב להם על ימים ושנים כשנותנים להם ערבות אם בא ישראל אחד לפרוע לסוחר בשביל מי שנתחייב לו ולקח השט"ת מיד הסוחר ובא לתבוע בו מהלוה יכול הלוה לומר אני הייתי מפיים להסוחר לשלם לו על זמנים רחוקים וא"צ לשלם להפורע ג"כ יותר מזה [לבוש וסמ"ע] וכן אם רק יש אומדנא שזה המלוה היה פוחת לו מחובו וכ"ש אם זה הפורע קנה באמת השט"ח מהעכו"ם בפחות דאינו יכול לתבוע מהלוה יותר ממה ששילם להעכו"ם ואדרבא אם לפי האומדנא לא היה משלם להעכו"ם כל כך כמו זה הפורע א"צ לשלם להפורע אף מה שנתן להמלוה אלא כפי האומדנא במה שהמלוה היה מתרצה וביו"ד סי' רנ"ב נתבאר בפודה את חבירו מן השבי אם חייב לשלם לו ע"ש:

ד יש מי שאומר שכל מה שנתבאר זהו דווקא כשלא היה לו להפורע בידו משל הלוה אבל אם היה בידו משלו ופרע חובו מה שעשה עשוי דדווקא כשבא הפורע להוציא מהלוה יכול לומר לו אני הייתי מפיים להמלוה ואפילו פרה משכונו נחשב הפורע מוציא לדיעה ראשונה שבסעי' ב' כיון דהמשכון יוחזר להלוה אבל כשהיה בידו משלו יכול לומר להלוה אם לא הייתי משלם לו היו ב"ד שולחין לי ליפרע לו ממה שבידי משיעבודא דר' נתן [סמ"ע] וי"א עוד דאפילו לא נתן זה הפורע חפיציו של הלוה שיש בידו ונתן משכון שלו בשביל הלוה הואיל אם רצה היה נותן של הלוה לכן אע"פ שלא נתנו חייב לשלם לו ואף שיש מגמגמין בזה מ"מ הא משיעבודא דר"נ חייב לפרוע לו [ש"ך] ומ"מ בדין הסוחרים שבסעי' הקודם שנתבאר בשם גדולי האחרונים אף בכה"ג אינו מתחייב לשלם לו רק כפי מה שהיה פורע להסוחר [ודו"ק]:

ה כתב רבינו הב"י מי שנתפס על חבירו ולקחו עכו"ם ממנו בגלל חבירו אין חבירו חייב לשלם אין לך מי שנתפס על חבירו ויהיה חבירו חייב לשלם לו חוץ מן הנתפס מפני המס הקצוב על כל איש ואיש בכל שנה או הנתפס על התשורה שנותן כל איש ואיש למלך בעברו עליהם הוא או חיילותיו ה"ז חייב לשלם לו והוא שיקחו ממנו בפירוש בגלל פלוני בפני עדים עכ"ל ויש שפירשו שבכלל זה ג"כ כשתפסו בעד חוב של חבירו ואפילו לדיעה ראשונה שבסעי' ג' דכששילם לעכו"ם חוב של חבירו חייב לשלם לו מ"מ כשתפסו ממנו בע"כ פטור דדווקא כשפרע מדעתו צריך חבירו לשלם לו כדי שלא יונעל דלת בפני גומלי חסדים משא"כ כשלא פרע מדעתו פטור [סמ"ע] ויש שפירשו דדווקא כשתפסוהו בעד חבירו בגזילה מה שחבירו לא היה חייב כלל בדין [לבוש] אבל כשתפסוהו בשביל חוב חבירו צריך לשלם לו אפילו לדיעה אחרונה שבסעי' ג' דדווקא כששילם מדעתו יכול הלוה לומר לו מי בקש זאת מידך אולי היה המלוה מוותר לי אבל כשתפסוהו בע"כ מה היה יכול לעשות וכן נ"ל עיקר ויש ראיה לזה מירושלמי [כתובות פי"ג דמייתי עלה מהגוזל שדה ונטלוה מליקין ע"ש ועוד נ"ל דפלוגתא היא שם דגרסינן אמ"כ ר"א בעי והכן דהוה רבה וכו' חד אמר כארכון וכו' ואין הוה פי' אלא כנ"ל והדין דר' בא וקאי אמימרא דר"ב הקודמת בפורע שט"ח מה דינו והוה ס"ס דדינא וגם מסידור דברי הרמב"ם בפ"ח מחובל מבואר כמ"ש ודו"ק]:

ו כתב רבינו הרמ"א אחד שנתפס מכח מס של קהל אחר ותפס משל אחד מן הקהל יכול לתפסו בשביל כל הקהל כי כולם אחראין וערבאין זה בשביל זה ולכן א"צ לגבות מכל אחד חלקו וי"א דאין אדם נתפס בעד מס חבירו אלא קודם שנתפייס המלך אבל אם כבר נתפייס אין אדם נתפס על חבירו מיהו פרנסי הקהל שהלוו לצורך המס יכולים לפרוע בעד כל הקהל וכל אחד צריך ליתן חלקו שהם כאפטרופסי הקהל וכשלוחם והא דאין אדם נתפס על חבירו היינו שאין תקנה בעיר אבל אם יש תקנה בעיר הולכין אחר המנהג ומ"מ אם קצתם עשו שלא כהוגן והעליל השר עליהם אין אחרים צריכים ליתן לזה דוודאי ארעתא דהכי לא נשתתפו אם לא שפירשו בהדיא עכ"ל והנה בענייני מסים וארנוניות א"א לפרוט הכל בכתב כי לא כל המדינות ולא כל הזמנים שוים בזה אמנם העיקר הגדול בזה שמחוייב כל אחד מישראל לעשות כפי חוק המלכות שדר שם דדינא דמלכותא דינא ובסי' קס"ג יתבאר עוד מזה וכשיש מנהג קבוע בעיר הולכין אחריו:

ז כתב רבינו הרמ"א מלמד שהיה אצל בעה"ב והלוה לעכו"ם על משכנות ויצא משם ולא פשר עצמו עם העכו"ם וכשיצא משם הניח קצת מעותיו ביד בעה"ב ורוצה לעכבם כי יצטרך [כל"ל] להתפשר עם העכו"ם אין יכול לעכבם עכ"ל והטעם דשמא לא יתבע אותו כלל וכיון שאין החיוב ברור אין יכול לעקלו [ט"ז] ודווקא כשיהיה אח"כ ביכולת הבעה"ב לתבוע את המלמד ולגבות ממנו אם יצטרך לשלם בעדו אבל בלא"ה וודאי דיכול לעקלו עד שיתוודע דהעכו"ם לא יגבה ממנו בעד המלמד [תו"ת] ואם כבר גבו מהבעה"ב בשבילו מה שמגיע להם מהמשכנות או שידוע שבוודאי יגבו מהבעה"ב חייב המלמד לשלם לו וכ"ש שיכול לעכבו ממעותיו ואפילו לדיעה ראשונה שבסעי' ה' דהבעה"ב הוה כמו ערב בעדו כיון שהוא בביתו ולפי

מנהגם הבעה"ב הוא ערב בעד כל האנשים שבביתו [ט"ז] אבל אם העכו"ם לא בא רק בעלילה על המלמד ותפסו משל בעה"ב בעדו אין הבעה"ב יכול לעכבו ממעותיו כי אין אדם צריך לשלם מה שחבירו נתפס בעדו בעלילה כמו שנתבאר [וח"מ מס סהקסס סס"ך כס"ק י"ח]:

סימן קכט [דיני ערבות ובו כ"ו סעיפים]:

א הערב משתעבד מן התורה דכתיב אנוכי אערבנו מידי תבקשנו וכתיב כי עבדך ערב את הנער וכתיב בני אם ערבת לרעך וגו' ואע"ג דהוה כעין אסמכתא דאומר אם הלוה לא יפרע לך אני אפרע לך וכל דאי הוה אסמכתא ולא קני מ"מ בההיא הנאה דמהימן ליה ומלוה להלוה על בטוחות שלא גמר ומשעבד נפשיה דעיקר טעמא דאסמכתא לא קני הוא משום דאמרינן דלא נתרצה כלל בלבו להתחייב אלא דברים בעלמא אמר להסמיך חבירו על דבריו כמ"ש בסי' ר"ז ולכן כיון דבזה גמר בלבו להתחייב חייב לשלם ואפילו אין נכסים ללוה נעשה ערב כשנכנס להערבות וכיון דעיקר הטעם מה שהערב משתעבד הוא מפני שכיון שהמלוה מלוה להלוה על בטוחות שלו גמר ומשעבד נפשיה לפיכך אם נעשה ערב לאחר הלואה וא"ל להמלוה אני ערב בעדו או שתבע המלוה את הלוה בדין וא"ל למלוה הנח לו ואני ערב אם לא ישלם לך לזמן פלוני או שהיה המלוה חונק או מצער להלוה בשוק שיתן לו חובו וא"ל הנח לו ואני ערב אם לא ישלם לך לזמן פלוני אין הערב חייב כלום מפני שלא הלוהו על אמונתו של הערב ואפילו אמר בפני ב"ד אני ערב דזהו רק כאסמכתא בעלמא ומ"מ אם קנו מידו שהוא ערב בעד ממון זה בין בפני ב"ד או עדים ובין בינו לבין עצמו משתעבד דלא איברו סהדי בדיני ממונות אלא שלא ישקרו אבל כשהבע"ד מודים גם בלא עדים דינם כבעדים וכשקנו מידו וודאי דגמר בלבו להיות ערב ואין זה דומה לכל האסמכתות דבעינן קניין בב"ד חשוב כמ"ש בסי' ר"ז דבאמת עיקר ערבות אינה אסמכתא כלל כיון שהתורה שיעבדו בדברים בעלמא אלא דלאחר מתן מעות אמרינן דכיון דלא הלוהו על אמונתו לא גמר בלבו להיות ערב ולכן כשקנו ממנו וודאי דבלב שלם נעשה ערב [ס"ך וט"ז] אבל בשעת מתן מעות אם א"ל הלוהו ואני ערב נשתעבד וא"צ קניין ואף במקום שאינו נעשה ערב מדינא מ"מ אם פרע להמלוה ע"פ ציוי הלוה שא"ל ערביני ושלם בעדי ושילם חייב לשלם לו מה שנתן להמלוה [ע' ח"ת] ויתבאר עוד בסי' ק"ל בס"ד:

ב ואע"פ שנתבאר דשלא בשעת מתן מעות אינו נעשה ערב בלא קניין אפילו בב"ד מ"מ לפעמים נעשה ערב אף בכה"ג כגון שהיו ב"ד רוצים לגבות מהלוה ואמר להם הניחוהו ואני ערב בעדו משתעבד דבההיא הנאה שב"ד האמינו לו והניחו את הלוה על פיו גמר בלבו להיות ערב וכן לפעמים אף שלא בב"ד משתעבד בלא קניין גם שלא בשעת מתן מעות כגון שהמלוה תבע מהלוה והיה לו שט"ח או משכון וא"ל למלוה החזר להלוה השט"ח או המשכון ואני ערב דינו כערב בשעת מתן מעות דכיון דעל פיו החזיר השטר או המשכון וודאי נשתעבד בלב שלם ולא מהימן לומר דאסמכתא בעלמא הוא ולפעמים גם בלא זה נעשה ערב גמור כגון שפטר המלוה את הלוה על פיו שהערב א"ל להמלוה שלא בשעת מתן מעת אני ערב לך וא"ל המלוה מעתה לא יהא לי עסק עם הלוה אלא עמך והסכים לזה דינו כערב בשעת מתן מעות דאי לאו דגמר בלבו להיות ערב לא היה מסכים שהמלוה יפטור את הלוה לגמרי ולפעמים אף גם בלא זה נעשה ערב גמור ושלא בשעת מתן מעות כגון שהיה ביד הערב מעותיו של הלוה בשעה שערב בעדו נשתעבד בכל עניין ובוודאי לא לאסמכתא כיון אחרי שיש בידו מעותיו ואין לו הפסד בזה למה לא ישתעבד והרי גם בלעדי ערבותו יש להמלוה עליו שיעבודא דר' נתן ויש חולקים בזה וס"ל דאין חילוק בין היה בידו מעותיו או לא אא"כ אותם המעות עצמם שהלוה לו המלוה הם היו ביד הערב דאז נשתעבד גם שלא בשעת מתן מעות בדיבור בעלמא [ס"ך] וי"א דגם בכה"ג אינו נשתעבד דמלוה להוצאה ניתנה אא"כ לא היה להלוה נכסים כלל בשעה שערב בעדו דאז משתעבד לו גם בלא זה משיעבודא דר"נ וכיון שא"ל אני ערב הוה ערב גמור אפילו אם אח"כ היו נכסים להלוה [תו"ת] אבל אם בעת ערבותו היו נכסים אחרים להלוה דבכה"ג אין השיעבוד מדר"נ שיעבוד גמור כמ"ש בסי' פ"ו גם ערבותו בדיבור בעלמא שלא בשעת מתן מעות אינו כלום:

ג בשעת ההלואה אפילו לא נתערב לו מפורש דלא א"ל הלוהו ואני ערב אלא א"ל למלוה הלוה לפלוני כי בטוח הוא והלוה לו על פיו ואח"כ נתוודע שלא היה בטוח בשעת ההלואה חייב לשלם לו דזהו כערבות כיון שעל פיו הלוהו ואין לך גרמי גדול מזה אבל אם בעת ההלואה היה הלוה איש בטוח ואח"כ נתקלקל מצבו פטור כיון שלא הטעהו ולשון זה אינו לשון ערבות שיתחייב לשלם לו כשאין ללוה אלא שאמר שהוא בטוח ובאמת היה אז בטוח ולא פשע בדיבורו כלל וי"א דאף כשלא היה בטוח אינו חייב לשלם אא"כ א"ל המלוה ראה שאני סומך עליך [ס"ך] ויש מהגדולים שפסק כדיעה ראשונה [תו"ת] ונ"ל דהכריע

דאם

דאם המלוה שאל ממנו אם בטוח הוא פלוני המבקש הלואה ממנו והשיבו בטוח הוא אם לא א"ל המלוה ראה שאני סומך עליך א"א לחייבו דדרך העולם כן הוא ויכול להיות שבאמת היה סבור שהוא בטוח ולא דקדק אחריו יפה אבל אם בא אל המלוה וא"ל הלוה לפלוני כי איש בטוח הוא וודאי דחקר היטב וחייב אם לא היה בטוח אז אף כשלא א"ל ראה שאני סומך עליך וראיה לזה ממה שיתבאר בסעי' י"ג ע"ש וכן משמע לי דעת רבינו הרמ"א בסעי' ב' [ול"ש מה שהקשה עליו הש"ך בסי' ס"ו] ובמקום שחייב לשלם אפילו נתוודע שבאמת לא ידע ממצבו עכ"ז חייב דזה גופה הוה כמזיק דכשלא ידע בבירור למה צוה לחבירו להלותו [מהרש"ל] ואינו פטור אלא כשנתהוה סיבה שירד הלוה ממצבו אחר ההלואה :

ד אין חילוק בערבות בין שהיתה מלוה בשטר ובין שהיתה מלוה בע"פ דבשעת מתן מעות משתעבד באמירה בעלמא ולאחר מתן מעות צריך קניין וכל מקום שצריך קניין אם לא קנו מיניה אינו משתעבד ואינו גובה מן הערב אפילו מנכסים בני חורין ואפילו כתב לו שטר דשטר ערבות אינו מועיל כלום אא"כ כתוב הערבות בשטרו של הלוה כמו שיתבאר ואם נעשה לו ערב בקניין וכתב לו שטר בפ"ע או בשעת מתן מעות דא"צ קניין וכתב לו שטר בפ"ע יש לו דין מלוה בשטר לטרוף מלקוחות ואפילו המלוה היתה ע"פ כיון שהוא שיעבד עצמו בשטר [כ"ל] ואם לא כתב לו שטר אע"פ שנעשה ערב בקניין דינו כמלוה ע"פ ואינו גובה אלא מבני חורין ואף דסתם קניין לכתיבה עומד כמ"ש בסי' ל"ט מ"מ בערבות שאין החיוב מצד עצמו כל שלא נכתב אין לזה קול [נ"י] ולכן אף אם היה הקניין בשעת מתן מעות אינו גובה ממשעבדי [כ"ל] וי"א דבקניין טורף ממשעבדי גם בלא כתיבת שטר ודינו כלוה עצמו דגם לערבות יש קול ובערב בב"ד אף לדיעה ראשונה גובה ממשעבדי אף בלא שטר ובלא קניין כשיש בזה דין ערבות [סמ"ע] כפי מה שנתבאר דהודאה בב"ד כשטר דמי מפני שבב"ד יצא הקול והיה להם ללקוחות ליזהר מלקנות ממנו :

ה לא עשה לו הערב שטר בפ"ע אלא שכתב הערבות בשטרו של הלוה אם הערבות נכתב קודם חיתום השטר והיינו קודם חתימות העדים א"צ קניין דלעניין הערבות הכנים א"ע בהשטר כהלוה עצמו ואם לאחר חתימות העדים כתב ואני ערב וניכר שכתב ידו הוא זה או שעדים מעידים על כת"י י"א דא"צ קניין דזהו דומה למי שנתחייב עצמו בשטר שנתבאר בסי' מ' וי"א שאינו משתעבד אלא בקניין כיון שמשעבד א"ע בעד חבירו ולהרמב"ם בין שטר בפ"ע ובין שחתם בשטרו של הלוה ואפילו חתם קודם חיתום השטר אינו משתעבד אלא בקניין מטעם זה דהוה כאסמכתא בעלמא וכ"ז כשנכנס בערבות לאחר מתן מעות בשעת כתיבת השטר אבל בשעת מתן מעות כבר נתבאר דמשתעבד בדיבור בעלמא ולעניין גביית משועבדים אם נכתב לאחר חיתום השטר וודאי דאינו גובה אלא מב"ח ואם נכתב קודם חיתום השטר אם כתוב פלוני ערב בלא וא"ו ואח"כ חתמו העדים גם זה אינו גובה אלא מבני חורין מפני שזהו כתחלת דבר ואינו מעורב עם הקודם ואפילו קנו מידו אינו מועיל לגבות ממנו ממשעבדי ואפילו להי"א שבסעי' הקודם דבקניין בלבד גובה ממשעבדי מ"מ כשכתוב בשטר בלא וא"ו החיבור גרע טפי דהוה כמו גילוי דעת שלא נשתעבד לגמרי כהלוה עצמו [סמ"ע] וי"א דבקניין גובה ממשעבדי לדיעה זו [ש"ך] אבל לאחר חיתום השטר אף דצריך קניין מ"מ אינו גובה ממשעבדי גם לדיעה זו כיון שכתב הערבות לאחר חתימת העדים גרע טפי [ט"ז] ואם כתב קודם חתימות העדים ופלוני ערב בוא"ו ה"ז גובה מהערב ממשועבדים שהרי הוא מעורב עם הלוה והמלוה ואפילו בערב בשעת מתן מעות אם כתב בלא וא"ו אינו גובה ממשעבדי [ש"ך] ונראה דאם כתב לאחר חתימות העדים ואותם העדים עצמם חתמו על הערבות הוה כמו קודם חיתום השטר ומ"מ יש להסתפק אם גובה ממשעבדי בכה"ג אפילו כשנכתב ופלוני ערב כיון שלא נשתתף לגמרי קודם חתימות העדים על השטר ואולי זהו כגילוי דעת שלא יגבה ממשעבדי אבל קניין וודאי דא"צ גם לאחר מתן מעות [כ"ל] :

ו כבר נתבאר דבמקום שצריך קניין אינו מועיל בלא קניין אפילו כתב לו שטר בפ"ע וכן אינו מועיל אף אם גם נתן לו ת"כ אם לא במקום שנהגו לקנות בכך כמ"ש בסי' ר"א ואף גם שבועה אינו מועיל ומ"מ כופין אותו לקיים שבועתו או תקיעת כפו דדינה כשבועה ונ"מ דאם מת אין גובין מיורשיו משא"כ כשנתחייב מדין ערבות וכן כשחייב מחמת השבועה אין ב"ד יורדין לנכסיו אלא מאררין אותו לקיים שבועתו [סמ"ע] וגם אם נשאל על שבועתו והתירו לו מועיל בדיעבד לדעת ר"ת משא"כ אם השיעבוד הוא מדין ערבות [סס] ומ"מ כשנשבע או נתן ת"כ להיות ערב ופרע להמלוה גובה הערב מהלוה דלא כיש מי שחולק בזה [סס] :

ז כתב רבינו הרמ"א האומר לחבירו אני ערב לך בעד יום אחד אינו כלום עכ"ל ויש מי שפירש כגון שהלוהו לשלשים יום וא"ל הערב אם תתבע ממנו ביום פלוני ולא ישלם לך אני ערב בעדו אבל אם לא יתבענו ביום זה אלא בימים אחרים נסתלק הערבות אינו כלום אף על יום זה דהערב אם אינו מתחייב כהלוה עצמו אין זה ערבות [לבוש] וי"א דבזה וודאי דיש לו דין ערב להיום שקבע אלא דה"פ ששמעו ממנו אלו הדיבורים שאמר סתם אני ערב לך בעד יום אחד

אחד ואין ידוע בבירור על מה היתה הערבות אולי היתה כוונתו לילך בשליחות הלוה יום אחד או איזה עניין אחר אבל אם אמר מפורש הנני ערב לך על יום פלוני אם תתבענו ולא יפרע לך נעשה ערב ליום זה [ב״ח וס״ך וט״ז וכ״מ מסמ״ע] ואם היה בשעת מתן מעות א״צ קניין ולאחר מתן מעות צריך קניין [ס״ך] וי״א עוד דאם המלוה דחק את הלוה לשלם לו ובא זה הערב וא״ל להמלוה הניחיהו יום זה ולא תתבענו ובעד זה אני ערב לך בעד חובו אם קנו מידו משתעבד [תו״ת] ולדינא נראה כשני דיעות אלו ולא כדיעה ראשונה שהם רבים והסברא נוטה לזה ולכן יראה לי דאם אפילו אמר סתם הנני ערב ליום אחד דאם לפי העניין נראה ברור דכוונתו היתה על ערבות ההלואה אם ייחד איזה יום נעשה ערב ליום הזה וכ״ש כשמודה שכן היתה כוונתו :

ח אם אמר ראובן כל מי שילוה לשמעון אני ערב או אני אשלם או שכתב כן בכת״י נעשה ערב וחייב לשלם [תו״ת וכס״מ] ויש חולקין בזה [ס״ך וקלס״ח] דערבות הוה כעין שליחות וצריך שיאמר להמלוה שהוא כעין שלוחו הלוה לפלוני ואני ערב וגם שלא בשעת מתן מעות וקנו מידו המלוה הוא כשלוחו לפטור את הלוה [מיוסב קושית הכס״מ] ובשליחות צריך לייחד ולאמר לפלוני תהא שלוחי ואם אמר כל המלוה לפלוני אינו מפסיד גם לדיעה ראשונה אינו כלום ואף דגבי גט כשאמר כל השומע קולו יכתוב גט לאשתו חשבינן כמו שליחות [תוס׳ גיטין ס״ו.] מ״מ בערבות דהוה בעין אסמכתא לא חשבינן לשון זה לשליחות כמו דלא חשבינן לשון זה לשליחות במודר הנאה גם בדבר הצריך שליחות [שם] וערבות בכתב לאיש מיוחד שכתב לו הלוה לפלוני סך כך וכך ואני ערב וודאי דדין ערב גמור יש לו דאין חילוק בין אמירה לכתיבה :

ט הערב אינו אלא על פעם ראשון כגון שנעשה ערב בעד ראובן אם לא פרע להמלוה חייב לפרוע אבל אם פרע לו ואח״כ לוה ממנו סכום זה עוד פעם נסתלקה ערבותו אא״כ התנה כן הערב בפירוש דאף כשיפרע לך וילוה ממך עוד דאז נעשה ערב גם על פעם השני ולא יותר ואם אמר אני ערב לעולם בעד פלוני על סך כזה נעשה ערב לעולם [כ״ל] ואם אמר אני ערב בעד ראובן על סך כך וכך לסלק לאחר שנה ופרע ראובן בתוך השנה וחזר ולוה ממלוה זה מ״מ אינו מתחייב הערב דעכ״ז לא נתערב אלא על מה שילוה פעם ראשונה [כ״ל] :

י ערבות שייך בכל דבר ממון בין הלואה בין שאלה ושכירות או פקדון ובדין ערבות הגוף יתבאר בסי׳ קל״א וערבות על מתנה כגון מי שנתן מתנה לחבירו והתחייב עצמו בקניין ליתנה לו לאחר זמן והעמיד לו ערב י״א דהוה כערב בשעת מתן מעות וא״צ קניין דשעת הקנאת המתנה הוה כשעת מתן מעות ויש חולקים דדווקא בערבות הלואה או כיוצא בה אמרינן דבההיא הנאה דמהימן ליה גמר ומשעבד נפשיה אבל המקבל מתנה לא האמינו כלום ומה היה לו לעשות [לבוש] ולכן בקניין וודאי דהוה ערב [ס״ך] ואם נתן מעות למחצית שכר והעמיד הנותן ערב להמקבל בעד חצי הריוח שמגיע לו בעד טרחתו הוה כערב בשעת מתן מעות דאף שאין הריוח בעין מ״מ טרחתו הוה כשכירות כאלו שכרו בכך וכך שיעסוק באיזה עסק אבל המקבל אסור לו להעמיד ערב להנותן בעד חלקו דהוה כריבית וגם זהו כערב שלא בשעת מתן מעות [סס] ואם היה ערב לעכו״ם בעד ריבית הוה כערב שלא בשעת מתן מעות [כס״מ] וצריך קניין ואין בערבות בין מעות למטלטלים וקרקעות ועבדים ושטרות דבכולן נוהג דין ערבות דגם בקרקע שייך ערבות שמוסר לו את הקרקע שיעשה בה כך וכך שנים ואם יקלקלה ישלם לו הערב כך וכך וערבות על שטרות פשוט הוא שראובן אומר לשמעון תן שטרך שבידך ללוי ואני ערב לך שאם לא יעמידו לך לזמן פלוני אשלם כך וכך וערבות שאין לאחר שום הנאה בזה כגון שאמר לאחר זרוק מעותיך לים או בשר לכלבים ואני ערב לך יש בזה מחלוקת הפוסקים [ע׳ בפ״ק דקדושין ח׳: ברא״ש ובר״ן] :

יא שלשה מיני ערבות יש ערב סתם וערב קבלן ונושא ונותן ביד מהמלוה להלוה ויש בהם חלוקי דינים כמו שיתבאר וכשם שאין הערב משתעבד אלא בקניין או בשעת מתן מעות או בב״ד כך הקבלן אינו משתעבד אלא באחד מהדרכים הללו ואין חילוק ביניהם אלא לעניין שיעבוד כתובה או נדוניא לחתן כמ״ש באהע״ז סי׳ ק״ב וכך אמרו חז״ל ערב דכתובה לא משתעבד מ״ט מצוה עבד ולאו מידי חסריה ומה שמעמידין ערבות בתנאים על הקנס מי שיחזור בו ודנין בזה דין ערבות זהו מפני הבושה ולא מפני הנדוניא [סמ״ע] ונושא ונותן ביד לא שייך אלא בשעת מתן מעות ואין בו נ״מ אם היה בינו לבין עצמו או לפני עדים או בב״ד :

יב איזהו ערב ואיזהו קבלן א״ל תן לו ואני נותן לך זהו קבלן ואם הוא לאחר מתן מעות יאמר מה שנתת לזה אני נותן לך וכשקנו ממנו כמו שנתבאר אבל אם א״ל הלוהו ואני ערב הלוהו ואני פורע הלוהו ואני חייב ואפילו אמר הלוהו ואני נותן הלוהו ואני קבלן תן לו ואני ערב תן לו ואני פורע תן לו ואני חייב ליתן לך כולם לשון ערבות הם כללו של דבר כשהזכיר או לשון הלואה בהלוה או לשון פרעון וחיוב אצלו זהו סתם ערב דהכוונה הוא כשלא יפרע הלוה יפרע הוא אבל כשהזכיר בשניהם לשון נתינה ה״ל כאלו נתנו להלוה בשליחותו וכאלו הוא קבלו מיד המלוה ונתנו להלוה ובכל לשון הדין כן כשלא הזכיר לא לשון הלואה ולא

ולא לשון פרעון אלא לשון נתינה הוה קבלן [סמ"ע וש"ך] וי"א דאפילו אמר תן לו ואני קבלן כיון שלא אמר ואני נותן לך באותו לשון שאמר ליתן להלוה ג"כ אינו אלא ערבות אבל יש חולקין בזה דלשון קבלן הוא כמו לשון נתינה וכן הכריע רבינו הרמ"א ושטר שכתוב בו פלוני קבלן אף שלא נכתב בו הלשון שאמר עכ"ז הוה ע"ק דמסתמא אמר בלשון המועיל ואף שיש חולקים בזה מ"מ כן עיקר לדינא וכ"כ רבינו הרמ"א ואם לקח הקבלן המעות מיד המלוה ונתנם ליד הלוה אין למלוה על הלוה כלום דכללא הוא דכל שנשא ונתן ביד אין למלוה עסק עם הלוה ואינו יכול לתבוע אלא את הקבלן ואם אין להקבלן גובה מהלוה מדר' נתן ואם הקבלן מחל להלוה אין יכול לגבות מהלוה כלל אבל יש חולקין בזה וס"ל דאין הקבלן יכול למחול להלוה דבמקום שחב לאחרים אינו מועיל מחילה וכן עיקר לדינא [ש"ך] ודין זה דנשא ונתן ביד י"א דה"ה לערב בלחוד ג"כ אם נשא ונתן ביד יגבה תחלה מהערב וכ"ז כשנשא ונתן בסתם אבל אם לקח מהמלוה ונתן להלוה בשליחות המלוה או בשליחות הלוה כגון שא"ל המלוה קח ממני ותן לידו או שא"ל הלוה שהמלוה שלחו שיקח ממנו ויתן לו לא הוה רק קבלן או ערב כפי שקיבל עליו וכן אם היה ערב בעד ראובן שקנה סחורה בהקפה משמעון אם ראובן קנה הסחורה בק"ס באופן שע"פ הדין נחשבה הסחורה כשלו אזי אף אם הערב קיבלה בסתם מיד שמעון ונתנה לראובן אין לו רק דין ערב כיון שקנה הסחורה קודם זה [נס"ג] :

יג י"א דכל דיני ערבות וקבלנות אינו אלא כשבקש הלוה מהמלוה שילונו והערב נכנס עם המלוה בדברים בלשון ערבות או קבלנות אבל אם הלוה לא דיבר עם המלוה בזה אלא ראובן אמר לשמעון הלוה ללוי מעות סכום כך וכך ואני ערב או ואני פורע או ואני נותן לך או ואני חייב לך אין לו לשמעון על לוי כלום אפילו נתנם לו מידו אלא על ראובן שא"ל שילונו ובשליחותו של ראובן נתנם לו ורק אם אין לו להערב גובה המלוה מהלוה מדר"נ [סמ"ע] וערבות דיהודה בעד בנימין יעקב התחיל לדבר עמו שילך למצרים לקנות תבואה ויהודה נכנס עמו אח"כ בדברים ונתערב בעד בנימין :

יד כך אמרו חז"ל המלוה את חבירו ע"י ערב אף שהערב משועבד להמלוה מ"מ לא יתבע תחלה את הערב אלא את הלוה ואפילו אין ללוה אלא זיבורית לא יפרע מהערב ואפילו אין ללוה נכסים ידועים כמו קרקעות ולערב יש לא יגבה מהערב אלא צריך להזור אחר הלוה אולי יש לו מטלטלין והדיין שטעה והוריד את המלוה לנכסי הערב קודם שתבע להלוה מסלקין אותו מדיינות [ב"ב קע"ד.] ואם אין להלוה נכסים בכאן לא קרקע ולא מטלטלין אפילו יש לו נכסים ידועים במקום אחר רחוק מכאן נפרע מהערב תחלה שאין אומרים להמלוה להוציא הרבה הוצאות לגבות את חובו ודבר זה תלוי בראיית עיני הדיינים לפי המרחק ולפי העניין :

טו ואם אין הלוה בפנינו אם יש לו כאן נכסים ידועים יורדים לנכסי הלוה אף שלא בפניו אם הוא רחוק יותר מל' יום ואין גובין לע"ע מהערב [סמ"ע] ואם אין לו כאן נכסים ידועים אם הוא במקום קרוב כדי שיוכל שליח לילך ולבא תוך שלשים יום צריך להודיעו והמלוה צריך לטרוח בזה [ש"ך] ואם לא יתן אז יתבע להערב ואם אין ידוע לנו איפא הוא נותנין להערב זמן שלשים יום שיחפש אחריו ואם ידוע שהוא רחוק יותר משלשים יום אין נותנין לו זמן יותר [סס] וי"א דאם טען הערב תנו לי זמן ואביא הלוה לב"ד אי ידעינן היכן הוא יהבינן ליה זמן עד שיביאנו אפילו יותר משלשים יום ואי לא ידיע נותנין לו זמן ל' יום ולא יותר ואם הביא המלוה או הערב את הלוה לב"ד נפטר הערב עד שישבע הלוה שאין לו ואם ברח מב"ד ולא פרע ולא נשבע אינו יכול לגבות מהערב עד שישיגנו וישביענו [סמ"ע] ואם הביאו את הלוה ע"ש בה"ש ובמוצאי שבת ברח לא נפטר הערב דכיון דאז לא היה יכול לדון עמו ה"ל כאלו לא הביאו ועל הערב מוטל לחזור ולהביאו לב"ד [סס] אם ירצה :

טז ואם הלוה במקום רחוק שא"א להודיעו ואין לו כאן נכסים או אם הלוה הוא גברא אלמא דלא ציית דינא אז יתבע את הערב ויגבה ממנו ואח"כ יחזור הערב על הלוה ויוציא ממנו מה שפרע בעדו ויכוף אותו בכל מיני כפיות עד שיפרע לו ואין המלוה צריך לטרוח בזה וכן נראה עיקר אע"ג דיש חולקין וס"ל אע"ג דהלוה אלם ולא ציית דינא אין נפרעין מן הערב עד שב"ד יכופו את הלוה לציית דין אין הלכה כן דהא ע"מ כן נעשה ערב וי"א דאם הלוה היה אלם גם בשעת הלואה אין לו לגבות מן הערב עד שיכפיהו לציית דין דע"מ כן הא הלוהו ויש חולקין בזה דבאמת הלוהו על סמך הערב ולא על סמך הלוה ודיעה ראשונה ס"ל דאם היתה עיקר סמיכתו על הערב לא היה לו לקבלו בסתם ערב כי אם בע"ק [סמ"ע] ומיהו אף לדיעה זו אם הב"ד עשאו כפייה והאלם עומד באלמותו או שהוא קרוב לתקיף ויש לחוש שתצא תקלה מזה וודאי דנפרעים מן הערב [ש"ך] וכ"ש אם אין כח ביד ב"ד לכופו דגובין מן הערב :

יז זה שאמרנו דכשהלוה במקום רחוק שא"א להודיעו נפרע מהערב בלי שיודיעו ללוה זהו דווקא כשהמלוה היא בשטר דהשטר מוכיח שלא פרעו ואין חוששין שמא יש שובר ביד הלוה אבל אם היא מלוה ע"פ לעולם אינו נפרע מהערב בלא הודעת הלוה משום דחיישינן שמא פרעו ופטור הערב אפילו משבועה רק קבלה יכול

יכול להטיל עליו אם אינו יודע שלא פרעו [סמ"ע] ואם המלוה טוען שהערב יודע ברי שלא פרעו יכול להשביעו [כ"ל] ואם הוא תוך הזמן גובה מהערב שאין אדם עשוי לפרוע תוך הזמן וה"ה אם מת הלוה אינו נפרע מהערב במלוה ע"פ אא"כ הוא תוך הזמן או שהודה בשעת מיתתו או שנידוהו בחייו מפני שאינו פורע חוב זה ומת בנידויו אבל במלוה בשטר גובין מהערב והוא יחזור אחר היתומים אם הניח נכסים וכשיש נכסים ידועים קרקעות או מטלטלין ומת גובין מהם:

יח חזר המלוה אחר הלוה ולא מצא כלום והלוה בפנינו וצריך לגבות מהערב צריך הלוה לישבע כתקנת הגאונים שנתבאר בסי' צ"ט וישבע שאין לו כלום ואם היא מלוה בע"פ ועבר הזמן צריך לכלול בשבועתו שעדיין הוא חייב לו חוב זה שלא יעשו קנוניא על נכסי הערב וכל זמן שלא נשבע אין גובין מהערב אבל במלוה בשטר דאין הלוה נאמן בשבועה שפרעו לא ישבע רק שאין לו נכסים לא בני חורין ולא משועבדים והמלוה ישבע שלא נפרע ממנו כמו בבא לטרוף מלקוחות כמ"ש בסי' קי"ד [סמ"ע] וי"א דבערב במלוה בשטר אין המלוה צריך לישבע [תו"ת] ואינו יכול ליפרע מהערב עד לאחר שלשים יום מיום שנתחייב הערב לשלם ואפילו יש לו להערב מעות או מטלטלין מוכנים [ס"ך] שלא יהא כח הערב גרוע מכח הלוה דאלו הלוהו עכשיו הלא סתם הלואה שלשים יום והערב הלא נתחייב לו עתה [סס] אא"כ היה איזה תנאי בין המלוה להערב דאז עושים כפי התנאי דכל תנאי שבממון קיים:

יט אם אמר הלוה פרעתי להמלוה אם היא מלוה בשטר אינו נאמן וישבע המלוה ואם היא מלוה ע"פ נשבע הלוה היסת ונפטר הוא והערב אם הוא אחר זמנו אבל בתוך זמנו אינו נאמן ואפילו אם הלוה הוא עכו"ם ואומר שפרעו והוא לאחר זמנו נפטר הערב ואם היה ע"ק אינו נפטר כמו שיתבאר אבל אם אמר הלוה לא לויתי מעולם והערב יודע שלוה חייב הערב לפרוע דכל האומר לא לויתי כא"מר לא פרעתי דמי ואם הלוה הוא עכו"ם והלוה לו שלא בעדים וכופר ואומר לא לויתי יש שמסתפקים שא"צ הערב לפרוע דלמה הלוהו שלא בעדים שיהיה ביכולתו לכפור וזה שאמרנו שהלוה נאמן לומר פרעתי זהו דווקא כשלא התנה המלוה עם הערב אבל אם התנה עמו שיהא נאמן לומר שלא פרעו הכל לפי התנאי [ע' תו"ת]:

כ טען הלוה שנתן דמי הפרעון להערב שיתנם להמלוה נשבע הלוה היסת ונפטר במיגו דיכול לומר פרעתי לך נאמן ג"כ לומר דפרע לערב ונפטר הוא והערב במלוה בע"פ דהא המלוה האמין להערב כיון שקבלו לערב לפיכך אם באמת נתן לו פטור והערב ישבע שלא קבל ממנו [כ"ל] ואם המלוה כופר בערבותו ואומר שלא העמידו לערב כלל ולא נפטרת בפרעך לו שיתן לי נשבע הלוה שהעמידו לערב ושפרע לו ונפטר בזה ויש חולקים על כ"ז וס"ל דהלוה אינו נפטר כלל בנתינתו לערב דהמלוה יכול לומר לו הערב אינו בע"ד שלי שאתבענו ולמה פרעת לו ואם פרעת לו קבל ממנו ופרע לי [לבוש וט"ז וש"ך] ואם היה ע"ק גם לדיעה זו ביכולתו לפרוע להערב [תו"ת] ולכן כשטוען כן במלוה בע"פ שניהם נשבעים והמלוה מפסיד:

כא מי ששאל חפץ מחבירו וא"ל אם לא אחזירנו לך לזמן פלוני אתן לך דמים כך וכך והעמיד לו ערב בעד הדמים אף שלגבי השואל הוה אסמכתא ופטור מ"מ הערב חייב לשלם [ע' בסי' ק"ל סעי' ח'] דאין בערבות משום אסמכתא מפני שכל ערבות הוא כאסמכתא ועכ"ז חייבתו התורה א"כ אין הפרש אם גם נתוסף עוד עניין אסמכתא ואף דאין נפרעין מן הערב עד שיתבע מן הלוה תחלה זהו במקום שיכול לתבוע מהלוה אבל בכאן שהשואל פטור חייב הערב [סמ"ע] ויש חולקים בזה וס"ל דמה שאין בערב דין אסמכתא זהו בגוף הערבות אבל אם בגוף המעשה יש אסמכתא לא נשתעבד מהערב ולכן אין הערב מתחייב באסמכתא אלא בקניין בב"ד חשוב כמו שיתבאר בדיני אסמכתא בסי' ר"ז [ב"ח וש"ך] ובזה אף שהשואל לא קנה ולא מתחייב מ"מ הערב חייב [כס"מ] או כשעם הערב לא התנו אם לא יחזיר לזמן פלוני ודבר זה דברו השואל והמשאיל בינם לבין עצמם והערב נשתעבד סתם על כך וכך דמים לשלם לזמן פלוני אם השואל לא יפרע [ט"ז] והשואל האמין למשאיל דכשיחזיר לו החפץ לא יתבע מהערב ויתבאר עוד בסי' קל"א:

כב זה שאין נפרעין מן הערב תחלה זהו דווקא בערב סתם אבל בע"ק נפרע ממנו תחלה אם ירצה ואפילו יש נכסים ללוה אא"כ הלוה רוצה מעצמו לפרוע לו דאז אף אם להלוה זיבורית והמלוה רוצה לגבות מהקבלן בינונית כדינו יכול לדחותו אצל הזיבורית [סמ"ע] דנהי דהמלוה יפה כחו לגבות ממי שירצה זהו כשצריך לגבות בכפייה אבל כשהלוה משלם לו מרצונו לא גרעו נכסי הקבלן ממשועבדים שאין גובין מהם במקום שיש בני חורין אפילו זיבורית אבל בנשא ונתן ביד וודאי דגובה מן הערב הבינונית וכן אם הערב התחיל עם המלוה כמ"ש בסעי' י"ג גובה ג"כ מבינונית דערב [כ"ל] וכן בקבלן אין הלוה נאמן לומר פרעתי גם במלוה בע"פ ולא כערב סתם שנאמן כמ"ש בסעי' י"ט דבע"ק לא נתן המלוה נאמנות להלוה כלל ולכן נשבע המלוה שלא נפרע מהלוה ונוטל מהקבלן והלוה נשבע להקבלן שפרע להמלוה

להמלוה והקבלן נפסד ואם היה ברצון הקבלן שיהא הלוה נאמן לומר פרעתי היה לו להתנות כן עם המלוה ויש חולקים וס"ל דבזה שוה דין הקבלן לערב סתם אם לא בנשא ונתן ביד דאז אין לו על הלוה כלום וכן עיקר לדינא דכן הסכימו גדולי אחרונים ואפילו לדיעה ראשונה אם היא מלוה בשטר ובא המלוה לגבות מהקבלן ואין שטרו בידו וטען שאבד ואפילו הלוה מודה שלא פרעו והקבלן טוען שמא פרע הלוה וקרע השט"ח ועשו קנוניא ביניהם לגבות ממני יש מי שאומר דהדין עם הקבלן כיון שיש ריעותא לפנינו שאין השט"ח בידו וכ"ש אם גם הלוה אומר שפרעו דפטור הע"ק ויראה לי דאפילו בנשא ונתן ביד אם אין השט"ח ביד המלוה והלוה טוען שפרעו פטור כיון שיש ריעותא גדולה כזו אבל אם הלוה אומר שלא פרעו נשבע המלוה בנק"ח ונוטל וכן כשהערב התחיל עם המלוה שבסעי' י"ג דינו כן :

כג וכן אפילו בערב סתם אם התנה המלוה עם הערב ממי שארצה אפרע יכול ליפרע מהערב תחלה אפילו יש נכסים ללוה ויש חולקים בזה וס"ל דאין לשון זה מועיל אלא כשאין ללוה נכסים ידועים א"צ להטריח ולחפש אחר מטלטליו אבל כשיש לו נכסים ידועים כמו קרקע אינו יכול לגבות מן הערב [גס"מ] ואפילו הן זיבורית [כ"ל] ואף לדיעה זו אם אמר בפירוש ממי שארצה אפרע תחלה יכול לתבוע מהערב תחלה אף כשיש נכסים ידועים ללוה והגם שיש חולקים גם בזה אין הלכה כן :

כד כבר נתבאר דבערב קבלן גובה המלוה ממי שירצה ואף אם הלוה מכר כל נכסיו ולהקבלן יש נכסים בני חורין מ"מ אם ירצה המלוה לטרוף מלקוחות של לוה אין יכולים לדחותו אצל בני חורין של הקבלן מפני ששיעבודו חל עליהם אבל בנשא ונתן ביד אינו יכול לגבות מלקוחות הלוה דאף מהלוה עצמו אינו גובה אלא כשאין לו להערב כמ"ש ופשיטא דלקוחות שלו הדין כן אמנם אם אין נכסים להערב גובה גם מהם כמו מהלוה עצמו וכן שנים שנעשו ערבים לאחד שיתבאר בסי' קל"ב דיכול לגבות ממי שירצה גובה מלקוחות של אחד מהם כמהם עצמם ולדיעה שנייה שיתבאר שם דגובה מכל אחד חלקו מ"מ אם נעשו אחראין וערבאין זל"ז בע"ק גובה מלקוחות של אחד מהם אף כשיש להשני בני חורין :

כה כשהמלוה גובה מהערב או מהקבלן ובא לגבות מהלוה ולא מצא לו בני חורין וצריך לגבות ממשועבדים כשהיא מלוה בשטר אינו טורף ממשועבדים של הלוה עד שימסור לו המלוה את השטר ויקנה לו דרך קניין שטרות בכתיבה ומסירה כי היכי דלא תיהוי תביעה בע"פ כיון שהלוה לא נשתעבד בהשטר להערב נעוד יתבאר בזה בסי' ק"ל בס"ד :

כו כתב רבינו הרמ"א בסעי' ח' מכר הלוה קרקע וחתם המלוה עצמו בעד נפטר הערב דאיהו דאפסיד אנפשיה אבל בקבלן בכה"ג חייב הערב לפרוע עכ"ל דהא בקבלן גם אם לא היה מוכר היה ביכולת המלוה לגבות מהקבלן וגדולי אחרונים חלקו עליו וס"ל דבמה שחתם א"ע לעד לא הפסיד שיעבודו דהרי ביכולתו לגבות מהלוקח כמ"ש בסי' קי"א ורק אם המלוה חתם עצמו שהוא מסכים בהמכירה וסילק שיעבודו משדה זו ואין להלוה עוד נכסים בזה וודאי הפסיד המלוה לעצמו ואינו גובה מהערב ויראה לי דדברי רבינו הרמ"א הם במלוה בע"פ דאינו גובה מלקוחות יכול הערב לומר לו למה חתמת בעד ובזה הפסדת לעצמך ואולי אם לא חתמת לא היה מוכרה והיית גובה אותה מהלוה עצמו עוד כתב שמי שנדר שכר לחבירו שיהיה ערב בעדו אם קיבל קניין ליתן לו שכר חייב כפי מה שקצב ואם לא קיבל קניין א"צ ליתן לו שכר באמירה בעלמא עכ"ל שערבות אינו דבר שלוקחין עליה בני אדם שכר שנאמר שנקנה באמירה בלא מעשה דבמה ישתעבד לו אם לא בקניין ויכול לומר משטה הייתי בך במה שנדרתי לך שכר על לא כלום [לבוש] ויש מהגדולים שאומרים דא"צ ליתן כל השכר שקצב לו אבל שכר הראוי ליטול בעד ערבות כזה וודאי צריך לשלם לו [תו"ת וגס"מ] וביותר מהראוי יש מי שאומר דגם בקניין אינו מועיל והוי ספיקא דדינא [תו"ת] ואם נתן לו יותר מהראוי אפילו באמירה בעלמא אינו יכול להוציא מידו כמ"ש כיוצא בזה בסי' רס"ד :

סימן קל [הערב שפרע למלוה כיצד נפרע מן הלוה ובו ח' סעיפים] :

א ערב או קבלן שפרע למלוה בפני עדים או שהמלוה כתב לו התקבלתי ממך או שהלוה בעצמו מודה שפרעו ותובע מהלוה והלוה טוען שכבר פרע בעצמו להמלוה אם פרע הערב קודם שנודע אם פרעו הלוה אינו חייב לערב כלום דבלא הרשאת הלוה לא היה לו לפרוע דהרי הלוה נאמן לומר פרעתי במלוה בע"פ כמ"ש בסי' קכ"ט ואף בקבלן הדין כן להיש חולקים שבסעי' כ"ב שם ואיהו דאפסיד אנפשיה ואין לו רק שבועה על הלוה שפרעו ואף דאין לו על הלוה רק טענת שמא מ"מ לא גרע מהמלוה דכשהלוה טוען פרעתי צריך לישבע וזהו רק במלוה בע"פ אבל במלוה בשטר והערב קיבל השטר

השטר מיד המלוה חייב הלוה לשלם לו ואף אם יש שובר ביד הלוה מ"מ מה היה לו להערב לעשות דבשטר היה מוכרח לשלם להמלוה כמ"ש שם סעי' י"ז [סמ"ע וט"ז ותו"ת] וכן במלוה בע"פ אם פרעו אחר שהביא המלוה ראיה שהלוה לא פרעו ונתחייב הערב בדין צריך הלוה לשלם לו כל מה שפרע בשבילו ואינו נאמן לומר שפרע לו מקודם ואם טוען הלוה פרעתי להמלוה אחר שפרעת כיון שלא הודעתני שפרעת בעדי אם היתה מלוה ע"פ טענתו טענה [ס"ך] דאיהו דאפסיד אנפשיה במה שלא הודיע להלוה שפרע בעדו אא"ב לא היה יכול להודיע להלוה דאז חייב [כס"מ] וי"א דאפילו לא הודיע להלוה חייב הלוה לשלם לו דכיון שהמלוה הביא ראיה שהלוה לא פרעו ונתחייב הערב בדין נחשב כשלוחו של הלוה שישלם להמלוה והיה מוטל על הלוה לחקור אם פרע בעדו דעבד לוה לאיש מלוה וכן להערב [סמ"ע ותו"ת] ובמלוה בשטר חייב הלוה תמיד לשלם לו אף כשיש שובר בידו כמ"ש [ט"ז] דלא כיש מי שחולק בזה ונראה דלהמלוה משביעים שניהם היסת כשטוענים שפרעו לו:

ב אם הלוה מודה שלא פרע אלא שאינו מאמין להערב שפרע בעדו צריך הערב להביא ראיה בעדים או בכת"י של מלוה דאין הערב גובה מהלוה עד שיביא עדים שפרע בשבילו אבל כל זמן שאין לו עדים אינו גובה ממנו כלום אפילו אם השטר בידו מפני שיכול לומר פרעתי למלוה והחזירו לי ונפל ממני ואתה מצאתו או לא פרעת עדיין להמלוה ונפל ממנו ומצאתו או הפקידו בידך או יכול לומר פרעתיך כי אין שט"ח שבידו ראיה לעשותו מלוה בשטר [טור] דרק אצל המלוה עצמו הוה השטר ראיה גמורה ולא אצל הערב כיון שאין בהשטר שיעבוד להערב ואם כתב המלוה להערב קבלתי ממך דמי החוב והשטר בידו או שהוא מלוה ע"פ מהני ליה לגבות מהלוה אפילו כשאין עדים שפרע לו ודווקא כשמפורש הערבות בשטר או שהלוה מודה דאל"כ במה אנו יודעים שהוא ערב ודינו כפורע חובו של חבירו שלא מדעתו ואין הלוה נאמן לומר שפרע אח"כ להערב כשהשטר בידו וכתב לו התקבלתי כשם שאינו נאמן נגד המלוה [סמ"ע וט"ז ותו"ת] וי"א דדווקא כשהקניהו להשטר בכתיבה ומסירה דאז אינו נאמן הלוה נגד הערב לומר פרעתי אבל בהתקבלתי לחוד נאמן לומר פרעתי כמו במלוה בע"פ [לבוש וס"ך] וכן כשיש עדים שפרע להמלוה והשטר בידו אפילו לא כתב לו המלוה התקבלתי אינו נאמן לומר פרעתי להערב ויש לו כח המלוה [סמ"ע וס"ך] וי"א דבלא כתיבת התקבלתי אין ראיה מהשטר ויכול לטעון להערב פרעתיך [ט"ז ותו"ת] ובמלוה בע"פ אף דהלוה מודה שהערב פרע להמלוה וחייב לפרוע לו מ"מ יכול לומר פרעתיך דלא עדיף מהמלוה עצמו וישבע היסת ויפטר ובשטר כשהקנה לו בכתיבה ומסירה אף דלא כתב לו התקבלתי ואין עדים שפרעו יש לו כל כח המלוה ומחוייב לשלם לו ואינו נאמן לומר פרעתי לך דלא גרע הערב מאחר כמ"ש בסי' ס"ו וגם מחילה אינו מועיל ובזה יפה כח הערב מאחר כיון שהיה ערב בעדו [כ"ל]:

ג כשכתב לו קבלתי ממך דמי החוב יש מי שאומר דהוה כמלוה בשטר לטרוף בו גם מלקוחות שקנו מהלוה ואף אם כתב לו התקבלתי אחר שפרעו לא אמרינן כיון שפרעו נמחל שיעבודו של שטר ושוב לא יועיל כתיבת התקבלתי נגד הלקוחות דהרי הערב עומד במקום המלוה כשפרע לו ומיד אחר הפרעון נכנס במקומו ומוכרח לכתוב לו התקבלתי [סמ"ע] וי"א דדווקא כשכתב לו קודם הפרעון אבל אחר הפרעון אינו אלא כעד אחד [ט"ז] ואינו מועיל גם לדיעה זו לגבות מלקוחות כשכתוב אחר הפרעון [תו"ת] ויש חולקין על כל זה דס"ל דאע"פ שכתב לו התקבלתי ואף קודם הפרעון אינו מועיל רק לגבי הלוה בעצמו שאינו נאמן לומר פרעתי ולזה מועיל גם כשכתב לו אחר הפרעון [סס] אבל אינו יכול לגבות ממשעבדי עד שימסור לו המלוה את השט"ח ויקננו לו דרך קניין שטרות כמ"ש בסי' ס"ו וה"ה אם הלוה כתב להערב כשהכניסו בערבות הריני משעבד עצמי ונכסיי מעכשיו שבכל זמן שתפרע אותו חוב שנעשית עליו ערב לפלוני המלוה כאלו קבלתי המעות ממך ה"ז גובה מלקוחות ומיתומים גדולים שאין לך מלוה בשטר גדולה מזו והגדולים הכריעו כדיעה זו [ס"ך ותו"ת] ויראה לי דכשכתב לו כן אפילו אם ההלואה היתה מלוה בע"פ מ"מ אצל הערב נעשית כמלוה בשטר אם עשה שטר כזה בעדים דכל שטר בעדים קלא אית לה והיה להם ללקוחות ליזהר מליקח ממנו:

ד ערב שפרע למלוה ולא בקש ממנו השטר אין הלוה חייב כלום לשלם לו מה שפרע בשבילו שהרי כיון שידע שהיא מלוה בשטר פשע במה שהניח השטר ביד המלוה אף אם הלוה לא צוה לו שיקח השטר כיון שידע מהשטר ה"ל פושע [סמ"ע] ולא ישלם לו הלוה רק אם יקבל השטר מיד המלוה וימסרנו לו:

ה מת הלוה וקדם הערב ופרע החוב קודם שיודיע את היורשים אם נודע לנו שלא פרע הלוה שטר חובו קודם שמת כגון שהודה בו קודם שמת או נידוהו ומת בנידויו או שלא הגיע הזמן עדיין ה"ז חוזר וגובה מהיורשים כל מה שפרע אם ירשו מאביהם קרקע או מעות או מטלטלין ואף במלוה בע"פ הדין

כן ואם לא נודע לנו שהלוה לא פרע כיון שפרע בלא הודעה ליתומים חיישינן אפילו במלוה בשטר שמא התפיסו הלוה קודם מותו על החוב וכ"ש במלוה בע"פ אבל כשנודע באחד מהדרכים שנתבאר שלא פרע גובה הערב אף מיתומים קטנים [סמ"ע] וי"א דבמלוה בשטר אף כשלא הודיע להיורשים אם הם גדולים צריכים לשלם כשהשטר ביד הערב וכדרך שנתבאר בסעי' ג' ודווקא ביתומים קטנים חיישינן להתפסה אבל לא בגדולים ורבינו הרמ"א הכריע כדיעה זו ויש מי שמסתפק בזה אם יש יכולת להוציא מיתומים [ס"ך] :

ו ואם היה המלוה עכו"ם אין היורשים חייבים לשלם להערב אפילו במלוה בשטר כשלא הודיעם ואפילו ידוע שלא פרע להמלוה בחייו משום דחיישינן שמא אביהם נתן ליד הערב כל החוב שהיה עליו מפני שהעכו"ם תובע את הערב תחלה ולפיכך פרע זה מדעתו קודם שהודיע את היתומים אבל אם הודיעם שהעכו"ם תובע אותו והרי הוא נותן לו חייבים לשלם דבאמת חששא זו דשמא אביהם נתן להערב היא חששא קלה ביתומים גדולים רק מפני הריעותא שלא הודיעם חיישינן לזה ואם כפאו אותו ב"ד לפרוע הוה כאלו הודיעם :

ז כתב הרמב"ם ז"ל [פכ"ו ממלוס] דזה שהלוה חייב לשלם להערב כששילם בעדו להמלוה בר"א כשא"ל הלוה בעת שנעשה לו ערב ערביני ושלם דאז אף אם שילם להמלוה קודם שעמד עם הלוה בדין חייב לשלם לו אבל אם עמד מעצמו ונעשה לו ערב או קבלן וקדם ופרע למלוה ולא הרשהו הלוה לפרוע אין הלוה חייב לשלם לו כלום דהוה כפורע חובו של חבירו שלא מדעתו דפטור כמ"ש בסי' קכ"ח ואפילו א"ל להכנס ערב בעדו ולא הרשהו לשלם אם משעמד המלוה עם הלוה בדין ולא נמצאו לו נכסים פרע הערב למלוה חייב הלוה לשלם לו ואם עד שלא עמד המלוה עם הלוה בדין ולא נמצאו לו נכסים פרעו הערב אין הלוה חייב לשלם לו כלום דכיון דהלוה לא היה יכול לנוגשו להערב רק אחר העמדה בדין עם הלוה וזה קדם ופרעו הוה כפורע חובו שלא מדעתו כמ"ש אבל אם א"ל הכנס קבלן בעבורי אע"פ שלא הרשהו לשלם אם עמד הקבלן ופרע מדעתו אפילו עד שלא עמדו המלוה עם הלוה בדין ולא נמצאו לו נכסים חייב לשלם לו כיון דבקבלן יכול המלוה לתבוע למי שירצה כמ"ש בסי' קכ"ט לא היה לו להמתין עד שיתבע את הלוה ויש מי שחולק ואומר שאפילו ערב שאינו קבלן שנכנס בערבות מאליו ופרע מאליו חוזר וגובה מהלוה וי"א דדווקא כשא"ל ערביני אבל בלא זה אינו כלום [ס"ך] :

ח בסי' מ"ט נתבאר דאין ערב משתעבד אלא במקום שיכול לגבות מהלוה ע"ש ודווקא במקום שהלוה נתחייב בדין אלא שאין ביכולתו לגבות ממנו אבל במקום שלא נתחייב כלל בדין כמו בסי' קכ"ט סעי' כ"א חייב הערב אף שהלוה לא נתחייב כיון דלא הוטל כלל חיוב על הלוה [סמ"ע] ובסי' ע"ז נתבאר דשנים שלוו מאחד שניהם ערבים זה לזה וע"ש הרבה פרטי דינים בזה :

סימן קלא [מי שחזר בו אחר שנתרצה להיות ערב וערבות לעכו"ם ובו י"ד סעיפים] :

א מי שנתפיים להיות ערב קודם שיתן המלוה המעות להלוה יכול לחזור בו אפילו קנו מידו דקודם מתן מעות עיקר הערבות אינו תלוי בקניין רק בדיבורו בההיא הנאה דמהימן ליה כמ"ש בר"ם קכ"ט והרי חזר בו ואינו רוצה הימנותו ואם לא חשש המלוה ונתן המעות להלוה אין לו על הערב כלום ונאמן לטעון גם שאר טענה לבטל הערבות במיגו שהיה אומר שחזר בו [תו"ת] וכן אם שלח לו בכתב שמבטל ערבותו אם לא הלוהו עדיין נתבטל הערבות אבל ערב דלאחר מתן מעות כיון שקנו מידו אינו יכול לחזור בו דלאחר מתן מעות תלוי עיקר הערבות בהקניין ואין לאחר קניין כלום ואין ביד המלוה לבטל ההלואה ואין חילוק בזה בין ערב לקבלן ובס"ם ל"ט דמלוה שהבטיח להלות להלוה יכול לחזור בו אף שקנו מידו אך אם קבל משכון אינו יכול לחזור בו אמנם אף בקיבל משכון אם העמיד ערב והערב חוזר בו יכול גם המלוה לחזור בו אף כשקיבל בקניין ואף במשכון דלא הבטיחו רק אם יעמוד הערב בערביתו [עסמ"ע] :

ב האומר לחבירו ערבת לי והוא אומר לא ערבתי או שאמר הערב ללוה אתה הרשתני לערוב בעדך ופרעתי להמלוה ולכן פרע לי מה שפרעתי בעדך והוא אומר מדעתך ערבת או לא ערבת כלל ואין לי להחזיר לך כי פרעת חובי שלא מדעתי ופטור אני כמ"ש בסי' קכ"ח או שאמר הערב ללוה פרעתי להמלוה בפניך והלוה אומר לא פרעת או שא"ל פרעת ופרעתי לך מה שפרעת בעדי או שאמר המלוה ערבת לי

לי מאתים והוא אומר לא ערבתי לך אלא מנה בכל אלו הטענות וכיוצא בהן הממע"ה או ישבע הנתבע היסת בכופר בכל ושד"א אם הודה במקצת ודין הערב עם הלוה כמלוה בע"פ שיכול לומר פרעתיך אבל אם כתב לו המלוה התקבלתי הרי הוא עומד במקומו ואם ההלואה היא בשטר והשטר בידו אינו נאמן לומר פרעתי כמ"ש בסי' ק"ל וכן כשאומר הערב למלוה פרעתיך במלוה ע"פ נאמן בהיסת :

ג ערב או קבלן שרואה שהלוה מבזבז נכסיו יכול להכריחו שיפטרנו מהערבות אף שהוא בתוך הזמן וכן הדין בהמלוה עצמו כמ"ש בסי' ע"ג סעי' ט"ו ונתבאר שם דדוקא כשהוא מבזבז אבל אם מחמת צוק העת הולכים העסקים עקלקלות אין לכופו תוך הזמן שאינו חייב בזה וה"ה בערב [תו"ת] :

ד ערב שבא אצל המלוה בזמנו והתרה בו שיתבע ממונו מהלוה ואם לאו יפטר מהערבות ולא רצה המלוה והאריך זמן להלוה ובתוך כך נשתדפו נכסי הלוה או הפסידם נפטר הערב דיכול לומר לו אני לא הייתי ערב רק עד הזמן ההוא והתריתי בך והיית יכול לגבות אז ולא רצית והפסדת בעצמך [רבינו ב"י] ויש מי שאומר שאין הערב נפטר בכך ואפילו היו נכסים ידועים ללוה והערב אמר למלוה רד עם הלוה לדין וגבה חובך מהנכסים והאריך הזמן ובתוך כך נשתדפו הנכסים או נאבדו מ"מ גובה מהערב דיכול המלוה לומר לו היה לך ליתן מעותי ואני לא רציתי עד כה לירד עם הלוה לדין אבל בקבלן גם לדיעה ראשונה לא נפטר בכך דכיון דיש רשות להמלוה לגבות ממי שירצה אינו יכול לכופו לירד עם הלוה לדין ואם הערב רצה לירד לדין עם הלוה ולא הניחו המלוה ובין כך נאבדו הנכסים אפילו לדיעה אחרונה ואפילו בקבלן פטור הערב דבזה וודאי דהמלוה אפסיד אנפשיה [סמ"ע] והמוחזק יכול לומר קים לי כדיעה ראשונה כי הסברא נוטה לדיעה זו [אחרונים] וזהו פשיטא אם הלוה היה מוכן ליתן להמלוה מעותיו והערב שלח אחריו שיבא לקבלם או לשלוח לו השטר לתבוע החוב ולא רצה ונאבד החוב פטור מהערבות והקבלנות גם לדיעה אחרונה וכן להלוה יכול הערב לכופו לפוטרו מהערבות בזמנו דיכול לומר לא נתרציתי להיות ערב אלא עד כה והב"ד מחוייבים לכופו לשלם בהגיע הזמן ובאם לאו יסלק ממנו הערבות והקבלנות ואפילו לדיעה אחרונה [תו"ת] דלא כיש מי שחולק בזה והטעם דנהי דלדיעה אחרונה אינו יכול לכוף את המלוה אבל להלוה אין שום סברא שלא יהיה ביכולתו לכופו בזה וכן עיקר לדינא דלא כיש שמגמגמין בזה וכ"ז בערבות וקבלנות אבל בנשא ונתן ביד אין להערב שום טענה על המלוה ואין דינו של המלוה רק עם הערב כמ"ש בסי' קכ"ט ואם היה ביניהם בשעת הערבות איזה תנאי כל תנאי שבממון קיים [ס"ך] :

ה אם המלוה היה אנס והלוה נתן המעות להערב לפרוע להאנס ושכחם האנס אצל הערב צריך להחזירם להלוה ולא יוכל הערב לומר שמא יזכור המלוה א"ע ואהיה צריך להחזיר לו מפני שיכול לומר לו הלא היית ערב בעדי והאמנת לי תאמין לי עתה ג"כ שאם ידרוש אשיבם לך ותשלם לו ואע"פ שנתבאר מקודם שיכול הערב לכוף את הלוה לפרוע בזמנו ואינו מחוייב להאמינו עוד יותר מ"מ כיון שבכאן יש עוד ספק שמא לא יתבע כלל יכול הלוה לומר לו כן [סמ"ע] ולמה אין הערב זוכה בהמעות מפני שהלוה לא נתן לו אלא שימסרם להמלוה וכיון שהמלוה לא קיבלם הרי הם של הלוה ומ"מ אם לפי ראות עיני ב"ד יש לחוש שיהיה קשה אח"כ להוציא מהלוה כשיתבע המלוה אינו מחוייב הערב להחזיר לו [כ"נ] :

ו מעשה בישראל שהיה ערב לחבירו בשביל עכו"ם ונטל הערב משכון מהעכו"ם ונתנו למלוה ובא העכו"ם אצל הערב בע"ש סמוך ללילה והיה גם המלוה במעמד ההוא [תו"ת] וא"ל העכו"ם להערב היה ערב בשבילי לזה שאני חייב לו שיחזיר לי משכוני שאני צריך לו וא"ל הערב כבר נכנס שבת ואיני עושה שום ערבות ופייס העכו"ם להערב עד שאמר למלוה הריני כמו שהייתי והחזיר המלוה להעכו"ם את המשכון ולאחר זמן תבע המלוה את הערב כי העכו"ם אינו רוצה לשלם וטען הערב לא היה בדעתי כשאמרתי הריני כמו שהייתי אלא כמו שהייתי אחר שבא המשכון לידך וראיה לדבר שהרי ראית סרבנותי מלהכנס עוד להערבות ותליתי א"ע באיסור שבת ופסקו שהדין עם הערב שהיה לו למלוה לפרש ערבותו ומ"מ חייב הערב לסייעו להמלוה להוציא חובו מהלוה כי לא יעיז נגדו בשביל הטובה שעשה לו ואף אם לא היה ראיה שסירב נגדו ג"כ אין לחייב להערב כיון שיש לפרש מה שאמר הריני כמו שהייתי לפטור מנ"ל לחייבו והממע"ה והיה לו להמלוה לפרש ערבותו [ט"ז ותו"ת] וכל לשון שהערב אומר שיש לפרשו בשני פנים אין ביכולת לחייבו גם בלוה ישראל דהממע"ה [כ"ל] :

ז מעשה בא לפני רש"י ז"ל בישראל שהיה לו משכון מעכו"ם ושאל העכו"ם ממנו שיחזיר לו המשכון

ויעמיד

ויעמיד לו ערב ישראל והודה המלוה לדבריו והביא העכו"ם ערב ישראל וא"ל הערב בלשון קודש אני מתרה בך שלא תקבליני לערב ובפני העכו"ם אמר אני ערב ופסק רש"י שהוא ערב וההתראה שהתרה בו אינו כלום שהיה לו להשמיט א"ע וכיון שלא עשה כן והודה בערבותו בפניו גם המלוה אין ביכולתו להשמיט א"ע ולומר להעכו"ם איני מקבל את זה לערב כיון שידוע הוא שראוי לקבלו לערב והוא כבר הודה להעכו"ם שיחזירנו לו ע"י ערב ולכן הוה ערב כבשעת מתן מעות אבל אם קודם שהודה המלוה להעכו"ם שיקבל ערבות בא הערב אצל המלוה והתרה בו שלא יקבלנו לערב אף שיבטיח לו בפני העכו"ם להיות ערב ועכ"ז קיבל המלוה אותו לערב אין כאן ערבות כלל כיון שהתרהו מקודם והגם שקשה עליו לומר להעכו"ם שאינו מקבל את זה לערב מ"מ גם על הערב קשה להשמיט א"ע וכיון שהתרה בו מקודם אין לנו לחייב את הערב ויותר מוטל חיוב על המלוה להשמיט א"ע ואין בכחו להוציא מהערב [וט"ז וס"ך ותו"ת]:

ח מעשה בשמעון שהיה ערב לעכו"ם בשביל ראובן והלך לו ראובן והוצרך שמעון לפרוע בשבילו וכשבא ראובן תבעו שמעון וא"ל ראובן לא היה לך לפורעו כי כבר פרעתיו ויש לי שטר פרעון ממנו א"ל שמעון הוצרכתי לפרוע לו כיון שלא הנחת בידי את שטר הפרעון ואת השט"ח הנחת ביד העכו"ם ופסק הרא"ש ז"ל דהדין עם שמעון וחייב ראובן לשלם לו כל מה שיברר שנתן להעכו"ם אפילו העכו"ם נטל ממנו שלא כדין כי בהכרח היה שיתן לו והבירור יהיה ע"י עדים או ע"י פיתקא של העכו"ם הניכרת שהיא כת"י של העכו"ם או שכתב העכו"ם בתוך השטר כמה קיבל משמעון וה"ה בכל ערב לעכו"ם בשביל ישראל חבירו אפילו אם העליל העכו"ם על הערב מכח הערבות חייב הלוה לשלם לו ודווקא שאין הערב מודה שהעכו"ם פטרו בפניו ואפילו הערכאות פטרוהו מ"מ כיון שהעכו"ם עצמו לא פטרו דרכו להעליל [סמ"ע] אבל אם מודה שהעכו"ם פטרו או שיש עדים שפטרו ואח"כ חזר והעליל עליו פטור הלוה דאין אדם נתפס בעד חבירו כמ"ש בסי' קכ"ח וכן אם העליל עליו אחר זמן הערבות ושכבר פרעו להעכו"ם ונסתלקו זה מזה א"צ לשלם לו דאינו נתפס בעד חבירו [תו"ת] ובמקום שחייב לשלם בעד העלילה שהעליל מהערבות אין הערב נאמן אפילו בשבועה שהוציא הוצאות על העלילה אלא צריך עדים שהוצרך להתפשר עם העכו"ם מכח הערבות ואז אפילו אם העדים אינם יודעים כמה הוציא ישבע כמה הוציא ויטול כיון דהכניסו לערב ועליו לפצותו דינו כיורד ברשות דנשבע ונוטל כשיש עדים בעיקר הדבר שהוצרך לפצותו [סמ"ע] ואם העדים או אפילו אחד מהעדים מעידים דבר ברור כמה הוציא נוטל בלא שבועה אבל אם לא העמיד עדים כלל איהו דאפסיד אנפשיה וכשיודעים הסכום שקיבל העכו"ם ואינם יודעים על מה נאמן לומר דמשום הערבות הוא שהרי יש רגלים לדבר [סגר"ח] ומה שכתבנו שנאמן ע"פ פיתקא של העכו"ם זהו על עיקר הערבות המבואר בהשטר אף דכבר קבל מהלוה עצמו מ"מ מדהניח השטר ביד העכו"ם והיה ביכולתו לתובעו נאמן בדברי העכו"ם אבל במה שהעליל עליו יותר מהחוב ואינו מבואר בהשטר צריך עדים [תו"ת] וי"א שבאמת גם שם אין העכו"ם נאמן וצריך להפיתקא קיום ערכאות [ב"ח] או שנתברר שהיה כתב מהעכו"ם על קבלת המעות משמעון בעוד שהשטר היה ביד העכו"ם [ט"ז] דוודאי האמת כן הוא כיון דהעכו"ם בעצמו מרע להשטר אבל אח"כ אין ראיה דשמא החזיר לו את השטר אחר שפרע ראובן ואח"כ עשו קנוניא ביניהם ועיקרי הדברים תלוי בראיית עיני ב"ד להבין זה לאשורו וכשמבינים שהערב פרע או הוציא הוצאות צריך הלוה לשלם לו וי"א שזה שהלוה חייב לפטור את הערב מאונסין זהו דווקא באונס דשכיח אבל באונס דלא שכיח לפי ראות עיני ב"ד אין הלוה חייב בזה ומזלא דידיה גרם ומעשה היה בשנים שקבלו חכירה מעכו"ם ונעשו ערבים זל"ז והעכו"ם מצא אחד מהם וגבה ממנו ופסק הרא"ש ז"ל שחבירו חייב לפרוע חלקו מכל הפסד שבא לו מאותו העכו"ם ואם הוא היה מזומן לפרוע חלקו וההפסד בא לו מכח חבירו שלא פרע חייב חבירו לפרוע לו כל ההפסד דלערב חייבים לפצות מכל הפסד [ומ"ש הסמ"ע מסי' ל"ג לפמ"ש סס סעי' י"ז ח"ס והו"ק] עוד היה מעשה בשר אחד שהיה רגיל ליתן פרס לראובן ושמעון נעשה אפטרופס של השר ולא רצה ליתן הפרס לראובן עד שהכנים את לוי לערב שבאם השר לא יקבל בחשבון מה שנתן לראובן שיפרע לו ומת ראובן ועכשיו אומר שמעון שהשר לא קיבל בחשבון ותובע את הערב והערב טוען שמא פרע לך ראובן ופסק הרא"ש שהדין עם הערב ומאלו הדברים נוכל ללמוד הרבה דינים בערבות שא"א לפורטם:

כבר

ט כבר נתבאר בסי' קכ"ט סעי' כ"א דאע"ג דעיקר ערבות היא אסמכתא וחייבתו התורה משום ההנאה דמהימן ליה מ"מ אם יש עוד אסמכתא בעניין זה יש מחלוקת אם מועיל ע"ש ולכן יש שכתבו שאם ראובן מכר לשמעון שדה ובא לוי וקיבל אחריות השדה עליו שאם יטרפוה משמעון ישלם לו דלא נשתעבד לוי כיון דהאחריות אינו על המעות כבכל הלואה דהמעות נתן על השדה וקנאה והאחריות היא על הטריפה והוה אסמכתא שלא בגוף הערבות ולא שייך בזה לומר בההיא הנאה דהימניה דהרי עתה קנה השדה כדרך הלוקחין שדות ועוד גריע אסמכתא זו מהמבואר שם דבאסמכתא דשם יש עכ"פ סברא זו דהימניה כמ"ש שם אלא דנתוסף בה אסמכתא אבל בכאן אין נאמנות כלל ולפ"ז יכול להיות דאפילו מי שמחייב שם פוטר בכאן [סמ"ע סקכ"ד] וי"א דאין בערב על אחריות בשעת מתן מעות משום אסמכתא ומשתעבד דכיון דבכל ערבות יש אסמכתא אין לחלק בין אסמכתא לאסמכתא ואם קנו מידו שהוא ערב לשלם דמי מכר זה בכל עת שיתבענו שמעון אפילו לא יהא שום מערער על השדה רק שירצה שמעון לבטל את המקח יהא צריך להחזיר לו מעותיו ונעשה ערב בעד המעות אם ראובן לא ישלם לו ה"ז חייב גם לדיעה ראשונה דזהו ככל הערבות :

י וכן ערב או קבלן שחייבו עצמם על תנאי אע"פ שקנו מידו לא משתעבד מפני שהיא אסמכתא שלא בעיקר הערבות כיצד ראובן שאמר לשמעון תן ללוי מאה זוז ואני אתן לך אם יהיה כך וכך או ואני אתן לך אם לא יהיה כך וכך מפני שלא גמר והקנה דכיון שתלה שיעבודו בתנאי סמכה דעתו שיהיה וודאי כדבריו ולא גמר והקנה אם לא יהיה כך ולכן אם קנו מידו מעכשיו שיתחייב לו בממון זה אם יתקיים התנאי חייב שכל קניין מעכשיו אין בו משום אסמכתא כמ"ש בסי' ר"ז ולאותה דיעה שיתבאר שם דבעינן ג"כ ב"ד חשוב צריך גם בזה להיות קניין בב"ד חשוב וי"א דאין בערבות כלל משום אסמכתא ואין לחלק בין אסמכתא לאסמכתא כמ"ש בסעי' הקודם :

יא וכן מי שאמר לחבירו הלוהו ללוי מאה זוז ואני איני ערב לך בעד המעות אלא בעד גופו של לוי שכל זמן שתרצה אביאנו לך וכן אם א"ל לאחר שהלוהו ותבעו שישלם לו הניחיהו עתה וכל זמן שתתבענו אביאנו לך אפילו קנו מידו על זה ואפילו התנה ואמר אם לא אביאנו לך או שימות או שיברח אני מתחייב לשלם לך כך ובך מעות הרי זה אסמכתא שלא בעיקר הערבות ולא נשתעבד דכל ערבות שאינה כסתם ערבות שאומר אם לא ישלם לך אני אשלם לך אינה ערבות והוה אסמכתא גמורה וי"א דאין בערבות כלל משום אסמכתא ואין לחלק בהם כמ"ש בסעי' ט' :

יב מעשה בראובן שקנה שדה משמעון וכתב לו שטר וא"ל שיעשה לו שטר גם על אשתו ולא היתה שם ונתערב לוי בשבילו שכשתבא תעשה שטר עליה וכשבאתה לא רצתה לעשות שטר ותבע ראובן את הערב שיעשה לו שטר על נכסיו והערב טוען שאינו חייב אלא יחזיר לו מעותיו ופסק הרא"ש ז"ל דהדין עם הערב כי גם המוכר לא נדר לו אלא או שתעשה לו אשתו השטר או שיתבטל המקח ויחזיר לו מעותיו וממילא דגם הערב לא נשתעבד לו יותר מזה :

יג כתב רבינו הב"י בסעי' י"ג מי שלא פירש קצב הדבר שערב כגון שא"ל כל מה שתתן לו תן לו ואני ערב או מכור לו ואני ערב או הלוהו ואני ערב להרמב"ם אין זה הערב חייב כלום וכל הבאים אחריו חלקו עליו והכי נקטינן עכ"ל דהרמב"ם הולך לשיטתו שאין אדם יכול להתחייב עצמו בדבר שאינו קצוב כמ"ש בסי' ס' אמנם אחד מהגדולים כתב דאפילו להפוסקים שמחייבים בדבר שאינו קצוב יש לפטור בזה מטעם דנתוסף עוד אסמכתא דערבות ואף שבכל אחד בפ"ע מתחייב מ"מ בהצטרף שני הריעותות אינו מתחייב [סמ"ע] ודיעה הראשונה שבסעי' ט' היא דעת הרמב"ם [ולפ"ז אין סתירה למ"ש בסי' ס' בדעתו ז"ל] :

יד האומר לחבירו ערוב לפלוני כך וכך ואני ערב לך ה"ז כמי שאומר הלוהו ואני ערב וא"צ קניין ואפילו הערב הראשון הוא שלא בשעת מתן מעות וצריך קניין מ"מ השני משתעבד בלא קניין דשעת חיובו של הראשון בקניין הוה כשעת מתן מעות לגבי השני [סמ"ע] ואפילו כשהמלוה עצמו לא רצה לקבל ערב זה עד שזה הערב יעמיד לו ערב אחר במקומו ג"כ נשתעבדו שניהם ובשעת מתן מעות שניהם א"צ קניין ולאחר מתן מעות הראשון צריך קניין והשני א"צ דשעת חיובו של הראשון בקניין הוה כשעת מתן מעות לגבי השני [ש"ך] ויש חולקים בזה דוודאי אם הערב השני הוא ערב להראשון הוה כשעת מתן מעות בההיא הנאה דהימניה הראשון ונשתעבד בקניין אבל

אבל להמלוה במה נשתעבד השני כיון שלא היה בשעת מתן מעות ולא הימניה כלל דהראשון נשתעבד בקניין אבל השני במה נשתעבד ולכן אין להוציא ממון בכה"ג מערב השני [הו"ת] ואם הערב הראשון נעשה קבלן יש מי שאומר דמשתעבד גם השני כיון שהמלוה יכול לגבות ממנו גם אם לא יתבע את הלוה מקודם כמ"ש בסי' קכ"ט הוה כמו שהלוהו עכשיו לערב הראשון והימניה לערב השני כאלו הלוהו על ערבותו [סס] ולא נראה כן דאכתי מה הפסיד המלוה שיהא שייך בזה נאמנות הלא את הלוה יכול לתבוע כמקדם:

סימן קלב [עבד ואשה וקטן שערבו ושנים שערבו בשביל אחד ואחד בשביל שנים ובו ו' סעיפים]:

א עבד או אשה שיש לה בעל שערבו לאחרים או נכנסו קבלנים ונתחייבו לשלם אין חייבין לשלם עד שהעבד ישתחרר והאשה תתאלמן או תתגרש דבעודן תחת בעלים אין להם נכסים דמה שקנה עבד קנה רבו ומה שקנתה אשה קנה בעלה ואם יש להם נכסים שאין להבעלים רשות בהם משלמים מהם וכן אם נעשו ערבים בעד הבעלים ויש ת"י נכסים שלהם חייבים לשלם [כס"ג] אבל קטן שערב לאחרים אינו חייב לשלם אף כשיגדיל ואפילו יש לו נכסים דאין מעשיו כלום ואפילו הגיע לעונת הפעוטות דמתנתו מתנה כמ"ש בסי' רל"ה מ"מ לעניין ערבות אין בו כח ודעת לשעבד עצמו בדבר שאינו חייב בו וה"ה חרש ושוטה:

ב אשה פנויה שערבה לאחרים ונשאת דינה כלותה ונשאת שנתבאר באה"ע סי' צ"א שאם ערבה על פה אינה חייבת לשלם עד שתתאלמן או תתגרש דהבעל הוה כלוקח ומלוה ע"פ אין גובין מלקוחות ואם ערבה בשטר גובה ממנה ממה שהכניסה לבעלה ואינו גובה אלא מקרקע שהכניסה לו ולא ממטלטלין דאין גובין מלקוחות שלקחו מטלטלין אא"כ שיעבדה לו מטלטלי אג"ק ואפילו לפי מנהגינו דגם בכה"ג אין גובין ממטלטלין שמכר כמ"ש בסי' ס' מפני תקנת השוק מ"מ מבעל גובין דבמקום פסידא דאחריני אין דינו רק כיורש [עתוס' ב"מ ל"ו: ד"ס הלא] ומה שאין גובין ממנו במלוה ע"פ משום דהמלוה אפסיד אנפשיה דהיה לו לכתוב שטר [סמ"ע וש"ך] וכן כשלא כתב מטלטלי אג"ק אפסיד אנפשיה וי"א דגם בכה"ג גובין ממטלטלי כיון שכתב שטר [ש"ך] [מ"ס כסממטלטלים הס בעין גובין מסס לא ידעגא מאי קאמר מר]:

ג שנים שערבו לאחד כשיבא המלוה ליפרע מהערב יפרע מאיזה מהם שירצה וכבר נתבאר הטעם בסי' ע"ז סעי' ה' ואם לא היה לאחד מהם כדי החוב חוזר ותובע מהשני שאר החוב ויש חולקים ואומרים שאם יכול להפרע משניהם לא יפרע מאחד מהם הכל אלא גובה מזה מחצה ומזה מחצה אא"כ אין לאחד מהם שאז גובה מהשני הכל ואם אמר ממי שארצה אפרע גובה ממי שירצה:

ד פרע אחד מהם כל החוב להמלוה ובירר זה בעדים או שהמלוה כתב לו התקבלתי כל החוב חוזר ותובע מחבירו חלקו ואפילו לאותה דיעה שבסי' ק"ל דכשלא אמר הלוה להערב ערביני ושלם א"צ לשלם לו אבל בשנים שערבו לאחד אפילו לא אמר לו ערביני ושלם צריך לשלם לו חלקו כשפרע כל החוב כיון שיכול המלוה להפרע ממי שירצה ודינו כקבלן שבשם ואפילו להיש חולקים שבסעי' הקודם שאינו יכול לתבוע מהאחד הכל כשיש גם להשני וגבה ממנו הכל ג"כ אין השני יכול לומר הלא היה לו ממה לגבות ממני ולמה פרעת הכל וא"כ ויתרת לי ולא אשלם לך הלקי דכיון דנתערבו ביחד ונעשו ערבאים זל"ז הוה כמו שהרשהו לשלם שע"מ כן נשתתפו בה [רביטו ב"י] ודווקא כשערבו ביחד אבל כשערבו כל אחד בפ"ע אינו תובע מחבירו חלקו [נס"מ]:

ה אחד שערב בשביל שנים כשיפרע הערב אחד משני החובות יודיענו המלוה בשביל איזה חוב מקבל ממנו כדי שיחזור הערב על אותו הלוה לגבות ממנו כי הברירה ביד המלוה לקבל על איזה חוב שירצה כמ"ש בסי' פ"ג [סמ"ע] וי"א דהדבר תלוי בהערב שיודיע להמלוה בשביל איזה מהם הוא פורע כדי שאותו הלוה יהיה מחוייב לשלם לו דאם לא יודיענו לא יוכל לחזור עליהם דכל אחד ידחנו לאמר לא בשבילי פרעת אא"כ יקח הרשאה מהמלוה ויגבה מאחה מהם ממ"נ והמלוה אינו חושש בשביל מי שיפרענו

שיפרענו כי מה איכפת לו [ע"ז וס"ך] וכן נתבאר בסי' ע"ז סעי' ה' ע"ש :

ו שנים שנכנסו ערבים ופטר המלוה את אחד מהם י"א שיכול המלוה לתבוע כל הממון מהערב השני לריעה ראשונה שבסעי' ג' דיכול לתבוע ממי שירצה ואפילו לא מחל לו היה יכול לגבות מאחר כל החוב ונתבאר בסי' ע"ז סעי' י' ואין לומר דהא עכ"ז יש הפסד להשני דאם לא היה מוחל להאחד היה גובה ממנו כשהמלוה היה גובה מהשני כל החוב וכשמחל לו לא יהיה ביכולתו לגבות ממנו די"ל דהם באמת נכנסו בערבות בשביל הלוה ומהלוה יהיה ביכולתו לגבות וזה שביכולת המלוה לגבות כל החוב מאחד מהם משום דהוה כמו שכל אחד נתערב בעד כל החוב וא"כ אין לו שום טענה על המחילה [נ"ל] ואף שי"א דכשהשני פרע כל החוב יכול לתבוע מהערב חציו ואינו מועיל מחילת המלוה לא נראה כן לרינא [וכ"כ בלח"ת] ויש מי שאומר שאם עשה המלוה שטר מחדש לאחד מן הערבים וזקפן עליו במלוה נפטר הערב האחר אמנם אם נעשה שטר החדש בשביל שום חיוב נוסף לא נפטר הערב האחר דלא היתה הכוונה להטיל כל חיוב הערבות רק עליו ועשיית עיקר השטר הוא בשביל החיוב שנתוסף וממילא הוצרך להזכיר חיוב הערבות :

בס"ד סליק החלק הראשון

סימן קלג [מי שמחזיק במטלטלים הידועים לאחר ובו י׳ סעיפים]:

א כל דבר המטלטל שהוא ברשות האדם לבד בעלי חיים שיתבאר בסי׳ קל״ה הוא בחזקת ששלו הוא ואפילו אם יביא המערער עדים שהיו שלו ואומר להמוחזק הפקדתים לך או השאלתים לך נאמן המוחזק לומר אתה מכרתו או נתתו לי במתנה וישבע היסת שכן הוא ואפילו המטלטלין שברשות הקטן הם בחזקת שלו דלא כיש מי שחולק בזה [נס״מ] ולכשיגדל ישביענו היסת [כ״ל] ואם טען המחזיק אמת שהחפץ הוא שלך אבל משכון הוא בידי יכול לטעון עד כדי דמי החפץ במיגו שהיה אומר לקוח הוא בידי אמנם חייב לישבע שבועה חמורה בנק״ח כדין הנשבעין ונוטלין ואע״ג דבלקוח אינו נשבע אלא היסת מ״מ בהודה שמשכון הוא בידו כיון שאינו טוען על גוף החפץ צריך לישבע בנק״ח ועוד טעמים בארנו בזה בסי׳ ע״ב סעי׳ ל״ג ואף שי״א שגם בזה אינו נשבע אלא היסת [רא״ב״ד] אין הלכה כן [ס״ך סס ס״ק ע׳] ואם טוען המחזיק שהמערער חייב לו עד כדי דמיו מעסק משא ומתן שביניהם נכון הדבר שיברר ממה נתחייב לו שמא הוא סבור שנתחייב לו וכשיברר דבריו אולי יתברר שאינו חייב לו מיהו אם אמר ששכח החשבון ויודע בבירור שחייב לו כך וכך ע״פ חשבון שביניהם אין הבירור מעכב ואפילו אם אין המערער מביא עדים שהיתה שלו יכול לחייב את המחזיק שבועה כמו מי שטוען מנה לי בידך דחייב לישבע היסת מיהו יראה לי דאם לפי ראות עיני ב״ד אין החפץ של המערער אף שאין להם ראיה ברורה על זה אין מחייבין שבועה להמחזיק דאל״כ כל אדם שאינו הגון יחייב שבועות לכל בעלי נכסים ולא שבקת חיי דהא גם כשטוען מנה לי בידך צריך לברר דבריו כמ״ש בסי׳ ע״ה וכבר בארנו עיקר גדול בענייני שבועות בס״ם ט״ו ע״ש:

ב אפילו אם מסר המערער החפץ למחזיק בעדים אם אין עדים שראו החפץ בידו סמוך לתביעתו באופן שאין יכול לומר החזרתיו קודם התביעה נאמן בהיסת לומר החזרתיו ואף אם עתה בעת התביעה הראה החפץ לב״ד נאמן לומר לקוח במיגו שלא היה מראה עתה החפץ [סמ״ע] אבל שיהא נאמן במיגו שלא היה מראה החפץ קודם התביעה לעדים לא אמרינן דמיגו למפרע הוא ואף אם אמר אז להעדים שלקוח הוא בידו אינו כלום דכל מה שאמר חוץ לב״ד אינו מועיל כלל [סס] ואדרבא דכשאמר בפני עדים לקוח הוא בידי גרע טפי דבזה אף אם הראה להם זמן רב קודם שבא לב״ד אינו נאמן אח״כ בב״ד לומר לקוח הוא בידי במיגו דהחזרתיו לך כיון שהודה בפני העדים דלקוח הוא דלחובתו נאמן במה שהודה בפני העדים [סס] ויש חולקין בזה אא״כ לא היה לו גם בפני העדים שום מיגו כגון שראהו אצלו קודם שאמר לקחתיו [ס״ך] וכן עיקר [נס״מ] וכמ״ש בסי׳ ע״ב סעי׳ מ״ג וכן כשאמר לפני העדים משכון הוא בידי אינו נאמן אח״כ אף כשהיה לו מיגו בפני העדים כיון שבטענת משכון לא זכה בגוף החפץ [סס] ויתבאר בסעי׳ ה׳:

ג אם בעת שמסר לו בפני עדים א״ל אל תחזיר לי אלא בעדים והוא אומר החזרתיו לך בלא עדים י״א דמ״מ נאמן במיגו דנאנסו וישבע שד״א כמו אם היה טוען נאנסו וי״א דאינו נאמן דהוה כמיגו במקום עדים דאנן סהדי שלא החזיר לו כיון שהתנה עמו שלא יחזיר לו אלא בעדים [ט״ז וש״ך] ואע״ג דבשטר בעדים נאמן לומר החזרתי במיגו דנאנסו ולא עדיף מה שאמר בפני עדים יותר מאלו חתמו על השטר [תו״ת] מ״מ בהתנאי שהתנה הו״ל כאלו פירש לו שלא יהא נאמן במיגו דאל״כ מה מועיל התנאי [נס״מ] ואם טוען החזרתיו לך בפני פלוני ופלוני והלכו להם למדה״י או שמתו נשבע היסת ונפטר אבל אם לא פירש בפני פלוני ופלוני אלא החזרתי לך בעדים סתם אינו נאמן [סמ״ע] דאל״כ אין לדבר סוף דלעולם יאמר החזרתי לך בפני עדים ומה מועיל התנאי ומוכחא מילתא שמשקר ולכן אם ניכר שבאמת שכח מי הם העדים נאמן בהיסת [ש״ך סי׳ ע׳ סקי״ג] ואם א״ל אל תחזיר לי אלא בפני פלוני ופלוני וא״ל החזרתי לך בפני אחרים אם אותם אחרים העידו בב״ד שבפניהם החזיר לו פטור כיון שעכ״פ מעידים שהחזיר לו מה לי אם לא קיים דבריו אבל אם אינם בכאן שיעידו אינו נאמן וכמ״ש שם בהלואה ע״ש:

ד אם לא מסר לו בפני עדים אפילו אם ראו אותו עתה בידו נאמן לומר לקוח הוא בידי אבל אם מסרו בפני עדים וגם ראהו עתה בידו סמוך לתביעתו אינו נאמן וגם זהו דווקא כשהעדים מעידים שנתנו לו בתורת פקדון וכה״ג אבל אם מעידים שנתנו לו סתם יכול לומר בתורת מכר או מתנה נתנו לי:

ה אם ראו עדים החפץ ביד המחזיק קודם שתבעו המערער לדין אפילו אמר בפניהם קודם שהראם דעו כי הוא ממושכן לי בכדי דמיו מקרי שפיר עדים וראה ואפילו לא מסרו לו בפני עדים [ט״ז וש״ך] דלא כיש מי שחולק בזה דכיון שאין לו מיגו בשעה שבא לפני ב״ד גרע זה משאם לא היה אומר משכון הוא בידי כמ״ש בסעי׳ ב׳ וכבר בארנו בסי׳ ע״ב סעי׳ מ״ג דבמשכון צריך המלוה לקבל שטר מהלוה או להלות לו בפני עדים וי״א דדווקא כשתובע ממנו המעות שהלוהו אינו נאמן בטענת משכון שאמר בפני העדים אבל אם אינו תובע המעות עתה ורק מחזיק בהחפץ עד שיחזיר לו מעותיו נאמן להחזיק גוף החפץ דלגופו
של

של חפץ אין חילוק בין שאמר לפני העדים לקוח הוא או ממושכן הוא [נס"מ] וכן עיקר דכן משמע ממה שנתבאר בסי' ס"ד ע"ש [ובזה ה"ס מ"ס הסמ"ע דבעינן דווקא עדים ולאס] :

ו בעדים וראה טוב שיתרה בו בעל החפץ בפני אותם העדים שלא יחזירו לו אלא בפני פלוני ופלוני דנהי שמיד לא יוכל לטעון החזרתי לך כיון שהעדים ראו את החפץ אבל אם יומשך זמן מה הלא יהיה נאמן לומר החזרתיו לך ולכן יתרה בו מקודם [עסמ"ע סק"ט] :

ז אמר המערער למחזיק מה טיבו אצלך וא"ל אתה מכרתו לי או נתתו לי במתנה וטען המערער אצל פלוני הפקדתיו ואמרתי לו אל תחזירו לי אלא בעדים ולא החזירו לי ונתנו לך שלא במצותי והביא עדים שאמר כן לאותו פלוני ישבע המחזיק שהמערער מכרו או נתנו דאמרינן אלו היה אותו פלוני כאן היה אומר החזרתי לך בפני עדים [סמ"ע] ואפילו הביא המערער עדים שאמר בפניהם לאותו פלוני אל תחזיר לי אלא בפני ראובן ושמעון והמה אומרים שלא החזיר בפניהם מ"מ אמרינן אלו היה כאן היה מביא עדים אחרים שמסר בפניהם או היה מראה לפנינו כת"י של המערער שקבל ממנו [ש"ך] וכן אם טוען המחזיק אתה צוית לאותו פלוני למוכרו לי נאמן במיגו שהיה טוען אתה מכרתו לי [סס] וכשאותו פלוני כאן ואומר שהחזיר לו שלא בעדים י"א שמוציאין מיד המחזיק דאנן סהדי שמיד הנפקד באת לידו דוודאי לא החזיר לו שלא בעדים כיון שא"ל שלא יחזיר אלא בעדים [ט"ז] :

ח זה שאמרנו דאם לא מסרו לו בעדים נאמן אפילו כשראו עדים עתה החפץ בידו בד"א בדברים שאינם עשוים להשאיל ולהשכיר אבל בדברים העשוים להשאיל ולהשכיר ויש למערער עדים שהיו שלו וראום עתה ביד המחזיק והמערער אומר שהשאילו או השכירו אע"פ שאין לו עדים היאך בא לידו של זה אין המחזיק נאמן לומר לקוח הוא בידי ולא ממושכן הוא בידי וצריך להחזירו להמערער והמערער ישבע היסת שהשאילו או השכירו ואפילו אם היה ג' שנים ביד המחזיק דחזקה זו מהני גם בקרקע מ"מ במטלטלים בדברים העשוים להשאיל ולהשכיר לא מהני דלפעמים משאיל או משכיר על יותר מג' שנים או שמא שכח למי השאילו או השכירו [טור] ואפילו מת המחזיק מוציאין מיד היורש בלא שבועה כיון שאין היורש טוען ברי ואם היורש טוען טענת וודאי ואמר בפני נתנו למורישי או מכרו לו נשבע המערער היסת וי"א דביורש אף כשאינו טוען טענת וודאי צריך המערער לישבע היסת דאנן טענינן ליורש כל מה שמורישו היה יכול לטעון ורבינו הרמ"א הכריע כדיעה זו ובסי' ע"ב סעי' מ"א נתבאר איזה חפץ עשוי להשאיל ולהשכיר ע"ש :

ט בד"א שדברים העשוים להשאיל ולהשכיר נאמן המערער כשטוען השאלתים או השכרתים לך אבל אם טען גנובים הם ממני אינו נאמן אא"כ יצא לו שם גניבה בעיר כמ"ש בסי' שנ"ז דאחזוקי אינשי בגנבי לא מחזקינן ולפיכך אע"ג שיש לו מיגו דהשאלתים או השכרתים אינו נאמן דמיגו במקום חזקה אלימתא לא אמרינן כמ"ש בכללי מיגו בסי' פ"ב וי"א דזהו רק כשאומר אתה גנבתם או פלוני גנבם דאז אינו נאמן להחזיק אותו או את פלוני לגנב אבל כשאומר סתם נגנבו ממני נאמן דכמה גנבים יש בעולם ואין המיגו סותרת החזקה ואף דהוה מיגו להוציא מ"מ כיון שעשוין להשאיל ולהשכיר לעולם עומדת ברשותו של בעלים אף בעת שנמצאו ברשותו של אחר ועוד דהא אף לפי טענתו שנגנבה צריך להחזיר דמים להקונה מפני תקנת השוק כמ"ש שם [ש"ך] ועוד יתבאר בזה בס"ד :

י וכן מי שהיה בידו דברים העשוים להשאיל ולהשכיר אע"פ שהודה ואמר יודע אני שהיתה שלך אבל פלוני מכרם לי או נתנם לי במתנה והלה טוען שאותו פלוני שאלם ממנו או שכרם ומכרם לו בגזילה אין מוציאין מידו ואפילו הביא המערער עדים שכלים אלו שלו היו מפני שאדם עשוי למכור כליו ג"כ דאע"ג דהעשוים להשאיל ולהשכיר בחזקת הבעלים הם ואף מיורשים מוציאים כמ"ש מ"מ כיון שלדברי המערער אותו פלוני הוא גזלן ופלוני זה אינו לפנינו אין אנו תופסין דבר"ו לעשותו לגזלן ואמרינן אולי אם היה לפנינו היה מברר שמכרם לו וכגון זה שעושה את המוכר לגזלן טוענין ללוקח [ש"ך וכמ"ס סאו"ת] ואינו דומה לאומן שיתבאר בסי' קל"ד מפני שהכלים שביד האומן הם ממש כעומדים ברשות הבעה"ב [וח"ס קושית סט"ז] ויש חולקין וס"ל דלא עדיף המחזיק מאותו פלוני בעצמו וכיון שאותו פלוני בעצמו אינו נאמן בלא ראיה כשיש עדים שראו החפצים אצלו גם זה הבא מכחו אינו נאמן וסברא זו דאחזוקי אינשי בגנבי לא מחזקינן אינה אלא כשאומר שלא השאילם כלל אלא שנגנבום ממנו אבל כשאומר שהשאילם והשואל מכרם אף שבאמת גזילה היא מ"מ כיון שאינו אומר שגנבן וגזלן דרך גנב וגזלן אלא שבהיתר בא לידו מוקמינן ברשותו של הראשון וראיה לזה דאם לא נאמר כן א"כ בכל דברים העשוים להשאיל ולהשכיר כשמוציאם מהמחזיק בע"כ שעושה את המחזיק לגזלן ועכ"ז נאמן ואי משום דאולי אם זה הפלוני היה לפנינו היה מברר שלקחם מ"מ עתה שאין הבירור לפנינו מוקמינן כלים אלו בחזקת הראשון ורבינו הרמ"א הכריע כדיעה זו ואם טען המערער אני השאלתים או השכרתים לך מוציאין מידו כיון שיש עידי ראיה ואין לו מיגו דלהד"ם או החזרתי ואין משגיחין במה שאומר פלוני מכרם לי ואף לדיעה ראשונה ואין להקשות לדיעה ראשונה יהא נאמן

נאמן לומר שאותו פלוני מכרם לך בגזילה מיגו דאי בעי אמר השאלתים לך דזהו כמיגו במקום חזקה אלימתא לדיעה זו כמ"ש ואם החפצים היו מדברים שאינם עשוים להשאיל ולהשכיר ואומר שלקחם מפלוני ה"ז נשבע המחזיק היסת שזה המערער לא השאילו ולא השכירו אלא מפלוני לקח ומעמידין הכלים בידו וי"א עוד דזה שאמרנו דכשטוען גנובים הם אינו נאמן זהו דווקא כשטוען המחזיק אתה מכרת לי והוא טוען נגנבו דאז בע"כ צ"ל שאם כדברי המערער אז המחזיק בעצמו גנבם דאל"כ אלא קנאם מהגנב למה לא אמר כן קניתי מפלוני אלא וודאי דבעצמו גנבם ולכן אין המערער נאמן לעשות אותו לגנב אבל כשאומר פלוני מכר לי והמערער אומר שיכול להיות כדבריך אבל נגנבו ממני נאמן המערער דאינו עושה גם את הפלוני לגנב דיכול להיות שהגנב מכרם לפלוני והפלוני מכרם לו וכמה גנבים יש בעולם [כס"מ] :

סימן קלד [אומן שטוען בדבר שהוא אומן שקנאו מבעליו ובו ו' סעיפים] :

א האומן בדבר שהוא אומן אין לו חזקה בכלים שת"י אחד העשוים להשאיל ולהשכיר ואחד שארי כלים כיצד ראו עדים כלי ביד האומן קודם שתבעו אותו לדין דא"י יכול לומר החזרתיו לך והמערער הביא עדים שיודעים שכלי זו או חפץ זה שלו הוא ואומר המערער שנתתיו לו לתקנו והאומן אומר לא בא לידי אלא במכירה או מתנה או שטוען אתה נתתו לי אתה מכרתו לי אחר שבא לידי לתקנו אע"פ שמסרו לו שלא בפני עדים ואפילו אם שהה ביד האומן כמה שנים מוציאין אותו ממנו ומוסרין להמערער אחר שישבע היסת שכדבריו כן הוא דאומן דינו ככלים העשוים להשאיל ולהשכיר ועדיפא מנהון לדיעה ראשונה שבסעי' קל"ג סעי' י' ואם טוען המערער השאלתיו או השכרתיו והכלי אינו מהעשוים להשאיל ולהשכיר הדין עם האומן ואין בעל הכלי נאמן במיגו שהיה אומר לתקנו נתתיו לך דהוה מיגו להוציא [סמ"ע] ולפי מ"ש שם סעי' ט' לעולם עומדת הכלי ברשות הבעלים הראשונים ונאמן במיגו [כ"ל עה"ת] :

ב ואם לא ראו הכלי ביד האומן אלא שטען כלי פלונית נתתי לו לתקן ולא החזיר לי והאומן אומר החזרתיו אפילו ראו עתה הכלי כשבאו לדין מ"מ נאמן האומן לומר שהחזירו לו ומכרו או נתנו לאחר והוא קנה מיד האחר או שהוא עצמו קנאו ממנו שלא בא לידו בתורת תיקון ונשבע האומן היסת ונפטר מפני שיש לו מיגו דלהד"ם דמה שראו את הכלי בבואם לב"ד לא מקרי ראה כמ"ש שם ולא הפסיד המיגו שלו בכך ולא עוד אלא אפילו מסרו לתקן בעדים נאמן האומן במיגו שיכול לומר החזרתיו לך שהרי לא התנה עמו שיחזירנה בעדים ונשבע האומן היסת ונפטר ואם בא בעל הכלי להאומן לבקשו שיראיהו את הכלי בפני עדים אינו מחוייב להראותו דכשיראיהו לא יהיה לו עוד מיגו ולכן אם הראהו בפני עדים קודם שהלכו לב"ד אבד המיגו שלו וכשהביא המערער עדים שהוא שלו נוטלו ממנו אף שמסרו לו שלא בעדים ונשבע המערער היסת דטענת לקוח אין יכול האומן לטעון :

ג אם העדים שראו החפץ בידו אין מכירים בבירור שזהו של המערער אלא שנדמה להם בסימנים כמו שלו אם טוען לא נתת לי מעולם נאמן אבל אם טוען נתתו לי לתקנו ושוב לקחתי ממך או לקחתיו מקודם אינו נאמן במיגו דלהד"ם דאין כאן מיגו טוב שירא לומר להד"ם כיון שהעדים ראו כיוצא בזה בידו ואינו נאמן אף כשמסרו שלא בעדים דבזה אינו נאמן רק בטענת להד"ם או החזרתי לך [טור] :

ד אם החפץ יוצא מת"י אחר ואומר בפני אמרת לאומן למוכרו לי ולקחתיו ממנו נאמן במיגו שהיה אומר אתה מכרת לי אבל כשטוען שהאומן אמר לו שהוא מכר לו אינו נאמן כיון שבעצמו אינו יודע הוה כחזקה שאין עמה טענה דהרי האומן עצמו אינו נאמן ואיך יחזיקנו ע"י דברי האומן דנהי דהאומן אמר לו כן הרי אינו נאמן ודווקא כשראו עדים החפץ בידו קודם שירד לב"ד דאל"כ גם האומן נאמן כמ"ש [סמ"ע] ובכה"ג אף אם אין להמערער עדים שהחפץ היה שלו מוציאין מיד המחזיק ומוסרין להמערער דכיון שזה המחזיק יודע שהיתה של המערער ואם היה החפץ ביד האומן היה זה עד אחד שהיתה של המערער והיה האומן מחוייב שבועה להכחיש את העד ושבועה זו אין ביכולתו לישבע שהרי גם הוא מודה שהיתה של המערער ושבועתו הוא שלקחה ממנו ושבועה זו אין העד מחייבו וממילא דדינו מתוך שאינו יכול לישבע משלם כמ"ש בסי' ע"ה [ש"ך] ועכ"ז עידי ראייה צריך דהמוחזק אינו כעד לגבי ראייה דהוא נוגע בדבר במה שאמר שלקחו מהאומן דאם לא יאמר כן אלא שהיה אומר שלקחו מהמערער יתחייב שבועה ועד הצריך שבועה אינו עד כמ"ש שם [כס"מ] אבל במה שיודע שהיה החפץ של המערער אינו נוגע בדבר [ומ"ש הט"ז תרלנו בסי' קל"ג סעי' י' ע"ש] :

ה ירד האומן מאומנתו הרי הוא כשאר כל אדם ונאמן אפילו בכלי שבא לידו בעודו אומן במיגו שהיה אומר שלקחו אחר שירד מאומנתו ולכן י"א דדווקא שנשתהה בידו אחר שירד מאומנתו זמן שאין דרך להניח

להניח כל כך זמן כלים בבית האומן אחר שנודע שירד מאומנתו דאל"כ לא היה נאמן גם אם היה אומר שלקחו אח"כ דלעניין זה נחשב כמו שעדיין הוא אומן כיון שדרך שעדיין יהיו כלים אצלו מאומנתו :

ו בן האומן שאינו אומן אם בא בטענת עצמו שאומר שקנאו מבעליו הרי הוא כשאר כל אדם אם אינו סמוך על שולחן אביו ואם אמר שירשו מאביו הרי הוא כאביו ואם אמר בפני הודה לאבי שמכרה לו או שאמר אני יודע שמכרה לאבי יש לו חזקה במיגו שהיה אומר שבעצמו לקחו אבל י"א דהיינו דווקא כששהא אחר מות אביו זמן שאין דרך להניח כל כך זמן כלים בבית האומן אחר שמת אביו דכיון דאביו מת אמרינן שירשה ממנו ואינו נאמן לומר אפילו לקוחה היא בידי דחזקה שכל מה שנמצא אצלו ירש מאביו ואם נשתהה בידו הזמן הנזכר אז דינו כאומן שירד מאומנתו ויש לו חזקה בכל עניין אפילו אמר שאביו הגיד לו שקנאו אין מוציאין מידו [ט"ז] ואפילו לא אמר כלום אלא אומר שירשה מאביו דלדיעה זו אין שום חילוק באמירתו והעיקר תלוי בין אישתהי ובין לא אישתהי וכשיש עדים שזה המערער מסרה לאביו גם לדיעה ראשונה לא מוקמינן בחזקת היורש אפילו טוען שהוא בעצמו לקחו אא"כ אישתהי [או"ת] וכ"ז כשאביו מת אבל בחיי אביו האומן אם הבן טוען שבעצמו לקחו נאמן בכל עניין ודינו כאיש אחר כשאינו סמוך על שולחן אביו וכמ"ש בסי' קמ"ט ודין אומן שהשכין כלים שנתנו לו לתקן יתבאר בסי' שנ"ו בס"ד :

סימן קלה [דין המחזיק בבעלי חיים כגון בהמה ועבד ובו ב' סעיפים] :

א אע"פ שהמחזיק בדבר המטלטל נאמן לומר ששלו היא כמ"ש בסי' קל"ג מ"מ על בעלי חיים כבהמות וחיות ועופות אינו נאמן כשיש להמערער עדים שהיתה שלו ואין המחזיק נאמן בלי ראיה לומר שקנאה דכיון שהם בעלי חיים יש לחוש שמא מעצמם נכנסו לרשותו או שמא לקחם בדרך והחזיק בם ולכן אם לא הביא ראיה שלקחם נשבע המערער היסת שלא מכרה ולא נתנה לשום אדם ונוטלן מהמחזיק ואם אין להמערער עדים שהיתה שלו נשבע המחזיק היסת ועומד בשלו ובמקום שהמערער נוטלן וצריך לישבע היסת הסכימו גדולי אחרונים שתחלה נוטלן ואח"כ נשבע ההיסת וכן משמע מרמב"ם [פ"י מטוען] אבל רבינו הב"י כתב דנשבע היסת ונוטל וכ"כ הטור ויראה לי דדווקא קאמרי דאף דמעיקר הדין נוטל תחלה ואח"כ נשבע דהשבועה היא רק תקנה מ"מ חיישינן שמא כשיטלה לא ירצה לישבע לפיכך אין מוסרין לידו עד שישבע וה"ה בכ"מ שיש שבועה ונוטל בהשבועה אינו נוטל עד שישבע וזה שאמרנו שכשאין עדים להמערער נשבע המחזיק בד"א כשטוען המערער ברי שנגנבה ממנו אבל אם טוען שמא כגון שהמחזיק אומר מפלוני קניתיה והמערער אומר שמא אתה יודע שהיא שלי אינו נשבע [כס"מ] אלא מט"ל עליו קבלה ואם המערער מודה לו שלקחה מפלוני אלא שאומר שאותו פלוני גנבה ממנו אף אם יביא עדים צריך להחזיר לו דמיו מפני תקנת השוק כמ"ש בסי' שנ"ז ובמקום שדרך למסור הבהמה להרועה שחרית ולוקחה מידו ערבית באופן שאינה הולכת לבדה כלל וכה"ג שארי בעלי חיים הנשמרים ת"י בעליהן דינם כשארי מטלטלין ונאמן המחזיק בשבועת היסת לומר שקנויה לו ואם המחזיק טוען שהזיקה לו כדי דמיה או שהוא חייב לו כך וכך אפילו לא בא לידו בתורת משכון אלא שתופסה בעד חובו שיפרע לו [סמ"ע] ישבע בנק"ח כמה מגיע לו ונוטל אף שיש להמערער עדים שהיא שלו כיון דליכא עידי ראייה כמ"ש בסי' קל"ג וי"א דאם החזיק בהם ג' שנים בכל עניין הוה חזקה כבקרקע דאע"ג דבמטלטלין במקום דלא מהני חזקה לא מהני אף בג' שנים דבמטלטלין אמרינן דשמא השאילם על יותר מג' שנים או שכח למי שהשאיל אבל בבע"ח לא אמרינן כן [סמ"ע] וכן עיקר לדינא [ס"ך] :

ב עבד כנעני גדול דינו שאין לו חזקה עד אחר ג' שנים כיון שהוא מהלך וצריך המחזיק להביא ראיה ששימש לו כל השלשה שנים כדרך עבד לרבו דאל"כ לא החזיק כראוי ואם העבד הוא קטן שאינו יכול להלך ברגליו דינו כמטלטלין ויש לו חזקה מיד אפילו אם יש לו אם שרגילה לצאת ולבא בבית המחזיק לא אמרינן שהוליכתו שם והניחתו דחזקה שהאם לא תניח בנה ואם לא היה של המחזיק היתה נוטלתו עמה ובסי' ק"מ יתבאר אם צריך שבועה בחזקת ג' שנים וכל דיני חזקה ומחאה שיתבאר בקרקעות ישנם בעבדים ובע"ח אמנם זה שיתבאר בסי' קמ"ה דכשלא הביא המחזיק ראיה שהחזיק ג' שנים חייב להחזיר להמערער כל הפירות שאכל לא שייך בעבדים ובע"ח דלא יהא אלא גזלן ואינו משלם רק כשעת הגזילה כמו שיתבאר בסי' שס"ג מיהו השבח שהשביחה כגון שילדה או חולבת אם היה קודם יאוש משלם השבח כבגזלן כמ"ש בסי' שס"ב אבל במלאכה שהרויח מהם אינו משלם דבגזלן ג"כ פטור [כ"ל] :

סימן קלו [מי שנתחלפו לו כליו בבית האומן וכיוצא בזה ובו ב׳ סעיפים]:

א מי שנתחלפו לו כליו בבית האומן שנתן להאומן לתקן הכלי או הבגד שלו ובא אח״כ אל האומן לקבלו וא״ל הילך טלית או כלי וקבלה ויצא ומצא שאינה שלו ה״ז משתמש בהן עד שיבא בעל הכלי ויטול את שלו דתלינן שמא אדם אחר נתן טליתו או כליו להאומן למוכרן וטעה האומן ומכר של זה במקומה וכשבא זה ושאל טליתו מהאומן ידע שטעה ונתן לו בעבורה טליתו של האחר שצוהו למכור ואין כאן תשמיש שלא מדעת ואין לומר דמ״מ איך משתמש בה ע״י מסירת האומן והלא אם לא יתרצה הלוקח בטליתו של זה כשיחליפנו הלא יכול להחזיר לו הטלית ונמצא משתמש בטליתו של מוכר שלא מדעתו די״ל כיון שהמוכר היה רחוק למעות ומכר טליתו אינו מקפיד אם ישתמשו בה אחרים שגם הוא משתמש בהמעות [לבוש] ודווקא שנתנה לו האומן בעצמו דהוא כמו שלוחו של המוכר והוי השימוש כמו מדעתו של המוכר אבל אם נתנו לו אשתו ובניו לא ישתמש בה שאין להם רשות ליתן להשתמש בו ואפילו האומן עצמו דווקא כשא״ל הילך טלית סתם דבזה תלינן כמ״ש אבל אם א״ל הילך טליתך או כליך אסור להשתמש בו דנראה שטעה ואסור להשתמש שלא מדעת ואם הטלית שנתן לו האומן שוה יותר מטליתו הברירה בידו או ליתן לבעל הטלית את העודף או להחזיר לו טליתו ויקבל ממנו המעות שנתן לו האומן ויתבע את האומן שיחזיר להקונה מעותיו ויקבל טליתו ואם טליתו שוה יותר יוכל לקבל העודף מבעל הטלית או לבטל המכירה ואם יבא בעל הטלית ויאמר אני לא צויתי להאומן למוכרו ולא לקחתי ממנו דמים נאמן ליקח טליתו מיד זה אם יש לו עדים או שיתן סימן על הטלית ששלו הוא דנהי שאנו תולין לומר שצוה לו למוכרו מ״מ אם טוען שלא צוהו למוכרו נאמן [טור] אף בלא שבועה כיון שזה מודה שאינו שלו והוא יחזור אחר האומן לקבל טליתו או מעותיו ואף אם לא יקבל מהאומן אין לו לעכב טליתו של זה ואם האומן מכחישו לבעל הטלית יקוב הדין ביניהם:

ב נתחלפו לו כליו או חפיציו בבית האבל או בבית המשתה או בבהכ״נ או בשארי מקומות כגון שלקח כליו או חפיציו וראה אח״כ שאינם שלו לא ישתמש בהן ולא תלינן דבעל החפץ נטל את שלו ומשתמש בו וישתמש גם הוא בחפץ זה כדתלינן באומן דבאומן יש רגלים לדבר שלא א״ל הילך טליתך כמו שנתבאר אבל כשידוע שבטעות נתחלף לא אמרינן כן דאולי בעל החפץ לא נטל את שלו ואפילו נטל שמא לא יתרצה להשתמש בו ולכן כשיבא בעל החפץ יחזיר לו חפצו אע״פ ששלו נאבד וכן כובסת המכבסת לרבים והביאה לאחד חפיצים שאינם שלו אסור להשתמש בהם ויחזירם לבעליהם אע״פ ששלו נאבד וכה״ג בכל הדברים אין לראובן לעכב חפצי שמעון בשביל שנאבדו שלו דמה חייב שמעון בזה ואם החפיצים אצלו כמה ימים ולא בא בעל החפיצים לתבוע אפשר שיש לתלות שהבעלים נתייאשו מזה או שהכובסת שלמה להבעלים או שהחפיצים הם שלה ובכוונה נתנם לזה שנאבדו חפיציו אצלה ונתנה לו תמורתן [עע״ז] והמנהג במקומות הגדולים מקום שרבים מתאספים שם ומניחים המנעלים העליונים בפרוזדור ובצאתם יתחלפו של זה בזה אין מקפידין בדבר ומשתמש כל אחד בשל חבירו עד שיתראו פנים ומחליפים א״ע ואיז בזה חשש גזילה שכך נהגו:

סימן קלז [מי שליקט פירותיו של חבירו ובו ג׳ סעיפים]:

א היורד לתוך שדה חבירו וליקט פירותיה ובעל השדה טוען שבגזל לקחם וזה אומר שמכרם לו נאמן בהיסת כבכל המטלטלין ואפילו יש עדים שליקטן וגם יש עדים שראו הפירות בידו דאין לו מיגו דלהד״ם ולא מיגו דהחזרתי דבכה״ג גם במטלטלין אינו נאמן כמ״ש בסי׳ קל״ג וכ״ש בקרקע מ״מ נאמן בשבועה על הפירות שליקטם משום דאומדנא גדולה היא דלא חציף אינש כולי האי לילך לשדה חבירו וללקט הפירות ומסתמא ברשות בעל השדה עשה זאת וי״א דהטעם דלא חציף אינו אלא כשאמר מקודם אלך ואלקוט פירותיו של פלוני אבל בלא אמירה לא אמרינן זה וחזקתו כבשארי מטלטלין ולכן אם יש עדים שלקחן שלא בפני בעל השדה וגם ראו ברשותו את הפירות צריך להחזירם להבעלים והבעלים נשבעים היסת שלא מכרן לו רק אם אינו ידוע אם לקחן שלא בפני בעל השדה נאמן בשבועה [כס״מ לסמ״ע] וי״א דאמירתו אינו מעלה ומוריד כלל [ע״ז]:

ב מטעם זה שנתבאר דאין אדם חצוף לילך לשדה חבירו וללקט הפירות לכן אפילו אם אין בעל השדה כאן ואמר אחד אלך ואלקוט פירות האילן של פלוני שמכרן לי אין ב״ד צריכים למונעו דמסתמא האמת כן הוא אמנם אם באו הבעלים קודם שהכנים הפירות לכליו [ע״ז] ומכחישים אותו מעכבים על ידו דבהכחשת הבעלים לא נוכל להעמיד על אומדנא זו דאל״כ יקום עז פנים ויכחיש הבעלים בפניהם וילקט פירות חבירו ולא שבקית חיי אמנם אם כבר הכנים הפירות לכליו אף שכליו מונחים עדיין בשדה בעל הפירות נאמן מטעם אומדנא זו וי״א דכ״ז הוא כשעשה כן בפרהסיא

אבל

אבל כשעושה בצינעא אין מניחים אותו כשאין הבעלים בכאן דחיישינן שרוצה לגזול וי"א דאפילו בצינעא מניחים אותו כשאמר מקודם אלך ואלקוט פירותיו של פלוני וי"א דאף אמירה לא צריך [שם] רק אם ניכר שעושה במסתרים כגנב ושומר א"ע מראיית בני אדם וודאי דאין מניחים אותו כשאין הבעלים בכאן [שם] ודווקא על הפירות נאמן ע"פ אומדנא זו אבל האומר אלך ואכרות אילנות של פלוני ב"ר מוחים בידו דדווקא פירות העומדים להנטל מהאילן מעמידים על אומדנא זו אבל אילנות שאינם עומדים להקצץ אין מעמידים על אומדנא זו ולכן אם האילנות עומדים להקצץ דינם כפירות וכן אם הפירות אינם עומדים להבצר עדיין דינם כאילנות [נ"ל] וכל מה שנתבאר שנאמן בליקוט הפירות אינו אלא כשאומר שרק הפירות מכרו לו הבעלים אבל אם אומר שמכר לו גוף השדה או גוף האילן אינו נאמן אף על הפירות אף אם ליקטן והכניסן לכליו ואפילו הביאן לרשותו כיון שאין לו שטר ולא החזיק שלשה שנים וכמו שיתבאר בסי' קמ"ה:

ג מזה שנאמן אדם בבואו ללקוט פירות משדה חבירו שלא בפני הבעלים ואין ב"ר מוחין בידו אין ללמוד מדין זה לשארי דברים כגון אם יכנוס אדם לבית חבירו ליטול מטלטלין או לחנותו של חבירו ליטול סחורה שלא בפני הבעלים וכה"ג דפשיטא שמצווים ב"ר שלא להניחו ליקח ורק בלקיטת פירות שיש טירחא רבה בליקוטם אמרינן חזקה זו דאין אדם חצוף לעשות כן בלי רשות הבעלים אבל נטילת חפיצים וסחורות דבשעה קלה נוטלם א"א להעמיד על חזקה זו וכשיש עדים שנטלן בלי רשיון הבעלים כופין אותו להחזירם אף אם לא ראו עתה החפיצים והסחורה בידו ויתבאר בסי' שס"ד ובסי' שמ"א יתבאר אם הגוזל את חבירו בעדים צריך להחזיר לו בעדים אם לאו [וראיה לדין זה מהרי"ף פ"ז דשבועות שער עשירי וגם להגאון שם ולהראב"ד בתמים דעים ס' ל"ד. מ"מ בלכתחלה מודים ודו"ק]:

סימן קלח [דין שנים אוחזין בטלית וחולקין עליו ובו י"ב סעיפים]:

א כיון שנתבאר דכל מטלטלין מעמידין ביד המוחזק לכן אם שנים מוחזקים בו בשוה מעמידין אותו בחזקת שניהם ויחלוקו כיצד שנים שהיו אוחזים בטלית אחת או בכלי אחד או שהיו רוכבים ע"ג בהמה אחת ברכיבה שקונין בו כמו שיתבאר בסי' קצ"ז או שהיה אחד רוכב על הבהמה ואחד מנהיג בה או שהיו שנים יושבים בצד ערימה של חיטים סמוך להחיטים לא רחוק מד' אמות [נה"מ] והחיטים מונחים בסימטא דהוא מקום ראוי לקניין כמ"ש בסי' קצ"ח וכשיושבים בצידה חשוב כאלו שניהם מוחזקים בה [ש"ך] או שמונחים בחצר של שניהם דאז אף אם אין יושבים בצידה הם כמוחזקים בה ואפילו אחד יושב בצידה ואחד אינו יושב מ"מ הוי בחזקת שניהם כיון שמונח ברשותם [נ"ל] וכן כשחלוקים על חפיצים שבבית השותפות או ששכרוה שניהם לאפוקי אם הבית היא של אחד או ששכרה אחד מהם ולקח את השני לדור אצלו בחנם כל המטלטלין שבבית הוא רק בחזקת הבעה"ב או השוכר אותה ואם השכיר לחבירו חלק בבית אף שהבית הוא שלו מ"מ כיון ששכר ממנו חלק בהבית כל מה שנמצא הם בחזקת שניהם דשכירות ליומא ממכר הוא [נה"מ] ואם שכר כל הבית כל מה שנמצא הוא בחזקת השוכר ואם יש לכל אדם חדרים מיוחדים כל אחד מוחזק לבדו במה שנמצא בחדריו וכל מה שבחצר הוא בחזקת שניהם כששניהם יש להם רשות להשתמש בו ואפילו לאחד יש בני בית רבים ולאחר מועטין אין לזה יותר חזקה מלהשני ואפילו שכרוה שניהם ואחד משלם דמי דירה יותר מ"מ כיון שיש רשות לשניהם להשתמש שם כל מה שנמצא הוא בחזקת שניהם בשוה וכן אם שנים חלוקים על גג שעל ביתם שהגג נסמך מצד אחד על ביתו של ראובן ומצד אחד על ביתו של שמעון ורה"ר מהלך תחתיו וכל אחד אומר שהעצים של הגג שלו הם הרי הוא כאלו שניהם תופסים וחולקין ובאכסניא כל המטלטלין הנמצאים הם בחזקת בעל האכסניא אמנם אם יש להאורחים חדרים מיוחדים שאין הבעה"ב משתמש שם כלל כל הבגדים הנמצאים שם והממון ומיני סחורות הכל בחזקת האורחים הם ותלוי בראיית עיני ב"ד [נ"ל]:

ב בכל אלו הדברים שהוא בחזקת שניהם ושניהם מוחזקים בו בשוה וזה אומר כולה שלי וזה אומר כולה שלי יחלוקו ואמנם חשו חז"ל שלא יהא כל אחד הולך ותופס בחפצו של חבירו ויהיה מוחזק בה כמו חבירו ויחלוק עמו לכן הטילו שבועה בנק"ח על כל אחד מהם כדי שהשקרן יפרוש מזה וכיצד ישבעו דאם כל אחד ישבע שכולה שלו יתראה להדיא שבועת שקר מאחד מהם ולמה לנו לעשות כן ושישבע כל אחד שיש לו בו החצי כפי שנוטלין מכוער הדבר ששבועתו סותרת טענתו שאמר כולה שלי לכן תקנו חז"ל שכל אחד ישבע שבועה שיש לי בה בחפץ זה ואין לי בה פחות מחציה ויחלוקו ואם אמר אחד לחבירו השבע וטול כולו שומעין לו ואם גם השני אינו רוצה לישבע חולקין בלא שבועה ואם אחד רצונו לישבע והשני אינו רוצה נשבע זה שרוצה ונוטל כולה:

ג זה אומר כולה שלי וזה אומר חציה שלי אם הוא דבר הראוי לחלוק יטול החצי שחבירו מורה לו בלא שבועה ואח"כ נשבע כל אחד שאין לו בהחצי השני פחות

פחות מחציו ויחלוקו החצי השני ואם הוא דבר שאין ראוי לחלוקה האומר כולה שלי ישבע שבועה שיש לי בה ושאין לי בה פחות משלשה חלקים והאומר חציה של ישבע שבועה שיש לי בה ושאין לי בה פחות מרביע וזה נוטל ג' חלקים וזה נוטל רביע ולמה נשבע גם על החצי שהודה לו כדי שלא יעשה איזה רמאות בשבועתו ואופן החלוקה כשיש הפסד אם יחלקוה ממש ימכרוה ויחלוקו הדמים לפי החלוקה שנתבאר וזה שטוען חציה שלי אינו נאמן ליטול החצי במיגו שהיה אומר כולה שלי דמיגו להוציא לא אמרינן כמ"ש בסי' פ"ב ואפילו למאן דס"ל דאמרינן מיגו להוציא מ"מ יותר נוח לו לומר חציה שלי דאינו מעיז בחבירו כל כך מלומר כולה שלי [נמק"י ריש ב"מ] ואין זה מיגו טוב ועוד שאלו היה נוטל חציה יותר היה נוח לו לומר חציה שלי ושיטול כל תביעתו מלומר כולה שלי ושלא יטול רק חצי התביעה ולפיכך כשם שאם אומר כולה שלי אינו נוטל אלא חצי תביעתו כמו כן כשאומר חציה שלי אינו נוטל רק חצי תביעתו [סס] ועוד דהגם שבארנו שם דאמרינן מיגו מממון לממון היינו כשהוא מוחזק כולו בשני הממונות אבל כשאינו מוחזק כולו בשניהם כמו בכאן שגם השני מוחזק בהם לא אמרינן מיגו מממון לממון אפילו למאן דס"ל דאמרינן מיגו להוציא [וח"ס מ"ס הס"ך סס אות י"ג] ועוד דיש מי שאומר דלא אמרינן מיגו אלא במקום שאם היה טוען המיגו לא היה ספק בטענתו אבל אם גם בהמיגו היה ספק בדבריו לא אמרינן מיגו [כנה"ג סס אות קל"ס וע"ס בתו"ת] :

ד י"א דזה ששניהם חולקין היינו דווקא במקום שיכול להיות ששניהם אינם משקרים כגון במציאה ובמקח וממכר שיכול להיות ששניהם מצאוה ושניהם קנאוה וכן בחפיצים שבבית יכול להיות שהם של שניהם אבל כשאחד מהם וודאי משקר כגון שזה אומר אני ארגתי את החפץ וזה אומר אני ארגתיה יהא מונח עד שיבא אליהו וי"א דאין חילוק בזה דאף דאחד משקר מ"מ החלוקה יכולה להיות אמת דאולי הקנה לו החצי [סמ"ע] ואינו דומה למה שיתבאר בסי' ש' דמנה שלישי יונח ביד השליש ולא אמרינן דחולקין אע"ג דמה שהשליש מוחזק הוה כאלו שניהם מוחזקים דבשם כיון שקודם שנודע מחלקותם היה ידוע להשליש שהוא של אחד מהם לבדו אין חולקין ביניהם שבוודאי החלוקה לא יהיה אמת שאין דרך להקנות מה שמונח ביד שליש אבל בכאן שקודם זה לא נודע לנו כלל של מי הוא חולקין ביניהם [תוס' ורא"ש ריש ב"מ] ואף שבסי' רכ"ב יתבאר במקח כשקבל דמים מאחד מדעתו ומאחד בע"כ ועכ"ז אמרינן דחולקין משום דבשם אין הפסד בזה כיון שלוקחים בדמים וגם אין הרמאות ניכר כל כך דיכול להיות דאף שקבל מאחד בע"כ עכ"ז נדמה לו שנתרצה משא"כ בזה אומר אני ארגתיה וזה אומר אני ארגתיה [נ"ל ומתורץ קושית הלו"ת] :

ה בד"א שחולקין בשוה כשאוחזין בשפת הטלית שאין ביד אחד שלש על שלש אצבעות מהבגד שהוא השיעור היותר קטן לטומאה ובקניין אין קונין כשתופסין פחות משיעור זה כמ"ש בסי' קצ"ה ולכן הם כמוחזקים בכל הבגד בשוה אבל אם כל אחד קצת הטלית בידו לא פחות מג' על ג' וזה אומר כולה שלי וזה אומר כולה שלי זה נוטל עד מקום שידו מגעת בתפיסתה וזה נוטל עד מקום שידו מגעת שבזה שכל אחד מוחזק ממש אין כח ביד השני להוציאה מידו והשאר חולקים בשוה ונשבעים על הדרך שנתבאר ויש לכל אחד לגלגל על חבירו שבל מה שנטל מה שתפס בה בדין נטל וי"א דתחלת השבועה היא גם על מה שתפוסים בה [סמ"ע וס"ך] דכיון דעיקרא דתקנתא דשבועה היתה שלא יהא כל אחד ואחד תופס בטליתו של חבירו א"כ גם במה שתפס בה שייך תקנה זו ובבהמה כשאחד רוכב ואחר מנהיג חשיב תפיסתם בשוה דהיא הולכת מכח שניהם בשוה וכשאחד רוכב ואחד תפוס במוסירה יתבאר בסי' רע"א דהרוכב קנה הבהמה והתפוס בהמוסירה אינו קונה רק מה שתפוס בידו ואם אחד אוחז את כל הבגד או דבלי והשני מתאבק עמו ונתלה ונסרך בה ה"ז בחזקת האוחזה דסירכא ותלייה לאו כלום הוא :

ו כשחולקים הבגד במה שאין שניהם תפוסים בה וחולקים בשוה אפילו היה הבגד מרוקם ברקמי זהב וכסף וסמוכין לצד האחד אינו יכול לומר נחלוק לרחבו כדי שהכסף והזהב יבואו לחלקו אלא חולקים לארכו ויבא לשניהם בשוה דבמה שאין מוחזקים ממש כח שניהם שוה בו וכבר נתבאר דכל חלוקה האמורה כאן אם הוא דבר שיפסד אפילו קצת [סס] אם יחלק ממש מוכרים אותו וחולקים ביניהם הדמים וי"א שאם ההפסד פחות מחומש לא מקרי הפסד ולא נראה כן מכל הפוסקים [ע' נס"מ] :

ז צריכין הב"ד לראות אופן אחיזתם בבואם לב"ד שאם בשעת מעשה תופסים שניהם יחלוקו ואם אחד תפוס והשני רק נסרך בה היא כולה להתופס ואף אם השני אומר שגם הוא היה תפוס בה קודם ביאתם לב"ד רק זה תפסה מידו אין להשגיח בו אא"כ עדים מעידים שראו מקודם אופן אחיזתם ואז דין ראיית העדים כדין ב"ד [ס"ך] ואם באו שניהם אדוקים בהחפץ לפני ב"ד או עדים ושמטה האחד מיד חבירו בפניהם אם השני צווח מיד אין תפיסתו כלום ואם שתק בשעת מעשה אע"פ שחזר וצווח אין מוציאין מהתופס דהשתיקה ששתק הוה כהודאה וכ"ש אם גם אח"כ לא צווח דהוה הודאה גמורה אע"פ שאומר מה היה לי לצווח והרי הב"ד או העדים רואים שתפסה ממני אין זה טענה כלל דאם לא היה מודה לו לא היה שותק ולכן י"א

דאף

דאף אם השותק הביא אח"כ עדים שהיא שלו אינו מועיל דכיון שהודה לו בשתיקתו הודאת בע"ד כמאה עדים דמי והוא נאמן על עצמו יותר מהעדים וי"א דזה אינו רק בשתק מתחלה ועד סוף אבל בשתק ואח"כ צווח אין זה הודאה גמורה אלא ספק הודאה וכיון שמביא עדים מוציאין מהשני [ב"ח וט"ז] וכן עיקר לדינא [כס"מ] ואם טוען טעיתי בשתיקתי י"א דבפני עדים יכול לומר טעיתי ולא בפני ב"ד [סס] דבפני ב"ד אדם מדקדק היטב אבל אם טוען לא הודיתי בשתיקתי אינו נאמן אף בפני עדים דאנן סהדי כיון דשתק לגמרי הוה כהודאה :

ח חזר האחד ותקפה בפנינו מיד זה התוקף אע"פ שזה צווח מתחלה ועד סוף יחלוקו כמקדם והטעם דאע"ג דאמרינן דהתוקף השני הודה להראשון ומה מועיל עתה תפיסתו וגם בלא זה הלא תפיסת השני אינה תפיסה כלל דהוה תפיסה לאחר שנולד הספק דבשלמא בתפיסת הראשון אמרינן דהשני הודה לו אבל תפיסת השני מה מועיל מ"מ כיון שבבואם לפנינו היו שניהם מוחזקים בה ודנים בזה דין חלוקה לכן כיון שזה תפס מזה וזה מזה אנו מבטלים התפיסות ודנים דין חלוקה כמקדם ולפ"ז נדון בה דין חלוקה לעולם אף אם יחזור הראשון ויתפוס [ככ"ל לדעס זו שסול דעת סרמב"ס וסב"י] וי"א דכיון דזכה הראשון מפני הודאתו של השני אין השני יכול לתקוף ממנו עוד ותפיסתו אינו כלום אא"כ מביא ראיה בעדים ששלו היא ואף להי"א שבסעי' הקודם דגם עדים אינו מועיל מ"מ בחזר ותפס מהני עדים [וס"ס בזס מ"ס רבינו סרמ"א בסעי' ז' בלא רא"ס וסותר למ"ס בסעי' ו' ודו"ק] והעיקר לדינא דאם בתקיפת הראשון שתק השני לגמרי אינו מועיל עוד תפיסתו אבל אם שתק ואח"כ צווח מועיל תפיסתו ויחלוקו [ס"ך] ומכאן ואילך לא תועיל עוד תפיסה ויחלוקו לעולם ועדים מהני [ככלע"ד] :

ט אם בעת תפיסתם לפני ב"ד הקדיש אחד מהם את החפץ או שאמר יהיה לעניים אף שהשני שתק אינו קדוש חלקו של שני דאין ביכולתו להקדיש דבר שאינו ברשותו ושתיקתו אינה ראיה על הודאה שתהא ביכולתו להוציא מידו דמה לו לזה לצווח כיון שהקדישו אינו הקדש ו׳יהו אם תקפה אחד בפנינו באופן שקנה כגון שהשני שתק אם הקדישה התופס אז הוה הקדש ואינו מועיל עוד אם השני יחזור ויתפסנה מהראשון [סמ"ע] ואף ששתק ולבסוף צווח בעת תפיסת הראשון דכיון שהיתה כולה ביד הראשון היה לו רשות להקדישה ויראה לי דגם אם מכרה לאחר בק"ם הוה כהקדישה :

י באו שניהם ארוקים בהבגד או הכלי ואמרו להם הב"ד צאו וחלקו אותה או דמיה ויצאו וחזרו והרי היא ת"י אחד מהם והוא טוען שהשני הודה לו בצאתם מב"ד שאין לו חלק בה והשני טוען לא הודיתי לו אלא השכרתיה לו אינו נאמן והממע"ה דאיך אפשר שישכירנה לו בלא עדים כיון שאמר לפנינו שגזלן הוא בזה החפץ שכולה שלי היא ואפילו אם אמר נתגבר עלי וחטפה ממני אינו נאמן בלא ראיה דהיה לו להשמר ממנו וליקח עדים עמו [סס] ואם לא הביא ראיה ישבע התופס היסת שהודה לו ויפטר ואין חבירו יכול לחזור ולתקוף ממנו [ס"ך] וי"א דוודאי כשאומר השכרתיו לו אינו נאמן אבל בטענת שחטפה ממנו נאמן דאין בידו להוליך עדים עמו ולכן הם כמקדם ויחלוקו ואינו נאמן לומר השכרתיו במיגו דחטיפה דזהו כמיגו במקום עדים דאנן סהדי שלא היה משכיר לו בלא עדים ולכן אם אמר השכרתיו לו בפני פלוני ופלוני והלכו להם למדה"י נאמן במיגו שהיה אומר חטפה ממני וכן הכריע רבינו הרמ"א ואם החפץ הוא מדברים העשוים להשאיל ולהשכיר גם לדיעה ראשונה נאמן בכה"ג [תו"ת] ואין חילוק בין אמר השכרתיהו לו או השאלתיהו לו :

יא שני אנשים שבאו ממרחקים ואשה עמהם וחבילה של סחורה עמהם זה אומר זו אשתי וזה עבדי והסחורה שלי והשני אומר כמו כן זה עבדי וזו אשתי והסחורה שלי והאשה אומרת אלו שני עבדיי הם והסחורה שלי יונח הסחורה עד שיבא אליהו או עד שיתברר הדבר ואם שניהם נתנו לה גט מדעתם כדי להתירה להנשא תגבה כדי כתובתה מן הסחורה והשאר יונח [קדושין ס"ס:] ודווקא שהיא עומדת בדבריה הקודמים דאז גובה כתובה ממ"נ אבל אם חוזרת ואומרת שהיא אשתו של אחד מהם ותובעת כתובתה מהסחורה נשארת קרחת מכאן ומכאן כיון שמודית שאין לה תביעה רק מהכתובה ואיך תקבל מהסחורה שלא ידענו אם הם של אישה אם לאו [ריטב"א] ולמה אין דנין כאן דין חלוקה כבשנים אוחזים בטלית או כל דאלים גבר כבסי' קל"ט בשאין שניהם מוחזקים בהחפץ מפני שבכאן וודאי איכא אחד שקרן וגם אין החלוקה יכולה להיות אמת כיון שבל אחד טוען על השני עבדי הוא ועליה אשתי היא ומה שקנה עבד קנה רבו ומה שקנתה אשה קנה בעלה לכן דנין בזה כבמנה שלישי שיתבאר בסי' ש' וכמ"ש בסעי' ד' [כ"ל] :

יב שנים אוחזים בטלית זה אומר כולה שלי וזה אומר כולה שלי אלא שיש לך שיעבוד עליה על סכום כך וכך גובה זה הסך שהודה לו מהשיעבוד ממ"נ כמו בכתובה שנתבאר [תו"ת] ודע דכל מ"ש בסי' זה היינו כששניהם מוחזקים בהחפץ ואף שאין תופסים כל החפץ מ"מ כיון ש אוחזים בשפתו הם כמוחזקים בו ולכן דנין בזה דין חלוקה אבל כשאין מוחזקים בו כלל דנין בזה דין כ ל דאלים גבר כמו שיתבאר :

סימן קלט [דין שנים חלוקין בדבר שאין מוחזקין בו ואם בא שלישי וחטפה ובו ז׳ סעיפים]:

א שנים שחלוקים בדבר ואין שום אחד מהם מוחזק בו כמעשה שהיה בספינה אחת שרבו עליה שנים וכל אחד אמר שלי הוא ופסקו חכמים דכל דאלים גבר וכן בקרקע אם כל אחד הביא עדים שאכלה שני חזקה או שכל אחד הביא עדים שהיא של אבותיו הדין כל דאלים גבר דדווקא כששניהם מוחזקים בו כהך דשנים אוחזין בטלית רואים אנו את החפץ שהיא בחזקת שניהם ויחלוקו אבל במה שאין מוחזקין בו למה לנו לפסוק חלוקה דקרוב הדבר שנגזול אחד מהם ומוטב לנו להעמיד על כל דאלים גבר ויש לנו לתלות שמי ששלו הוא יתאמץ להעמיד את שלו בידו וזה שאינו שלו לא יתאמץ בזה באמרו מה בצע בתקפי עתה ממנו ולמחר יביא ראיה ויטלנה ממני וכיון שאין כאן שום חזקה לא חזקת רשות כבשנים שאוחזין בטלית ולא חזקת מרא קמא כהמחליף פרה בחמור וילדה שיתבאר בסי׳ רכ״ג ובשם גם בלא טענותיהם יש ספק לב״ר וב״ד מחפשין אחר איזה חזקה שיש בהעניין ומעמידין עליה אבל בזה שאין ידוע לב״ר כלל מקום הספק ואין שום חזקה פסקינן כל דאלים גבר :

ב כיון שהדין הוא כל דאלים גבר לכן אותו שתגבר ידו תחלה הוא שלו עד שיביא האחר ראיה ומיהו השכנגדו יכול להשביעו היסת ששלו היא ואע״פ שברשות עשה מה שתפס מ״מ אין בנו כח לפוטרו משבועה כשהלה תובעו שישבע לו ואם אחר השבועה הביא השני ראיה ששלו היא יטלנו מזה ואין משגיחין בשבועתו אבל בלא ראיה אף אם תגבר יד השני אין מניחין אותו ליקח אותה מהראשון שגברה ידו תחלה אף אם לא נשבע דאל״כ לעולם יהיו בקטטות ומריבות פעם יגבר זה ופעם יגבר השני ויש חולקין בזה דכיון דמה שפסקנו כל דאלים גבר אינו טעם ברור לכן אם חזר השני ותקפה אין מוציאין מידו [ס״ך] ומיהו אם הראשון נשבע גם לריעה זו אינו מוציא השני ממנו בלא ראיה [נ״ל] :

ג אם בעת ששניהם חלוקים על החפץ בא אדם אחר וחטפה בטענה שאומר ששלו הוא אין מוציאין מידו כיון שהוא מוחזק בו עתה והם לא היו מוחזקים בו ואין להם רק להשביעו היסת ששלו הוא ואם חטפה בלא טענה מוציאין מידו כיון שמודה שאינו שלו וי״א שאם הדבר שתפס הוא מטלטלין אין לו כפרה עד שישיב חפץ לכל אחד כדין גזילה שחייב להשיב להבעלים וכיון שאינו יודע מי הם הבעלים וכל אחד אומר אני הוא בעל החפץ אין לו כפרה במה שיוציאנה מת״י עד שישיב לכל אחד ואם היא קרקע ואכל פירותיו גוף הקרקע אינה נגזלת והפירות משלם לכל אחד ואחד ויש חולקין בזה [ס״ך] דאין זה כגזילה ממש שיתחייב להשיב לכל אחד ואחד דהרי לא היתה כוונתו לגזול אלא שסבור היה כיון שהם חלוקים בה רשאי לתפסה ולפיכך מוציאה מת״י ודיו :

ד אם אחד מהשנים בא לב״ד ואמר שיתפסוה תחת ידם עד שיביא ראיה אין שומעין לו והטעם מפני שהב״ד לא יהיו רשאים להוציאה מידם אם לא בראייה ברורה וחיישינן שהוא רמאי ואין לו ראיה וחבירו יהיה ביכולתו במשך הזמן להביא ראיה ואם הב״ד לא יתפסוה יתאמץ חבירו לתופסה ולא יהיה ביכולתו להוציאה ממנו ולכן רצונו שתהיה ת״י ב״ד כדי שגם חבירו לא יתפסה ומפני שראייתו יהיה במשך זמן יוכרח עתה להתפשר עמו כדי ליטלה מיד ואם עכ״ז תפסוה הב״ד או ששניהם בקשום שיתפסוה אין מוציאין מידם עד שיתברר של מי הוא שאין ב״ד רשאין להוציא ממון מידם בלי ראיה גמורה :

ה אם הם חלוקים על שדה ואין אחד מהם מוחזק בה כגון שמת בעל השדה ושנים באו ליורשו וכל אחד אומר אני הוא הקרוב היותר הראוי ליורשו ואין להם עדים אם שניהם מוחזקים בה כגון שעוסקים בעבודתה יחלוקו ואם אין שניהם מוחזקים בה כל דאלים גבר ואם גבר האחד ואכל פירותיה ואח״כ הביא השני עדים שהוא קרוב ואף שאינם יודעים אם זה שנגבר הוא קרוב אם לאו מוציאין מזה שנגבר מפני שאין לו עדים כלל והוי ספק קרוב והאחר הוא קרוב וודאי מוציא הוודאי מן הספק וכ״ש אם השני הביא עדים שהוא קרוב יותר מזה שנגבר מוציאים מזה ונותנים לזה ויחזיר לו כל פירות שאכל אפילו אין ידוע ע״פ עדים שאכלם אלא על פיו ויש לו מיגו דאי בעי הוה אמר לא אכלתי מ״מ כיון דטענתו על הפירות הוא מחמת שטוען על הקרקע שהוא הקרוב הראוי ליורשו והקרקע יוצא ממנו בדין ממילא שהפירות נמשכין אחר הקרקע אף אם יש לו מיגו ויש חולקין בזה דנהי דעל הקרקע אינו נאמן מ״מ עכ״פ על הפירות נאמן שהוא הראוי ליורשו במיגו רק אם הוא בעצמו אינו יודע אם הוא הקרוב יותר צריך לשלם גם הפירות אף כשיש לו מיגו כיון שגם אצלו הוי ספק ומדינא יוצאה מת״י [עס״ך סק״ס] :

ו כתב רבינו הרמ״א דבר שהפוסקים חולקים בו ולא תפיס חד מינייהו אם הוא דבר ששייך בו חלוקה חולקין ואם לא שייך בו חלוקה כל דאלים גבר עכ״ל וכן בכל תיקו שבש״ס אם אין שניהם מוחזקים בו חולקין

חולקין [ע"ז] וכשאין שייך בו חלוקה כל דאלים גבר ויש שפירשו דכ"ז הוא בדבר שא"א לעשות בו חלוקה כלל כמו מה שיתבאר בסי' ק"ע במים שבנהר דבהכרח לומר כל דאלים גבר אבל בדבר שאפשר לעשות בו חלוקה אף שהחלוקה א"א בגוף הדבר תופסין ב"ד את הדבר ומוכרין וחולקין הדמים דדינא דכל דאלים גבר אינו אלא בדבר שאפשר להתברר דשמא יבואו עדים ולכן אין ב"ד מזדקקין לחלוקה כשאין שניהם מוחזקים בו כמו שבארנו אבל בספיקא דדינא שאין שייך בירור או בטענת שמא ושמא חלוקה עדיפא [לבוש וס"ך וכס"מ] וכל זה לעניין לכתחלה אבל תפיסה מהני בפלוגתא דרבוותא [סס] וכן עיקר לדינא וכתב מהרש"ל ז"ל בתשו' סי' א' ראובן שהחזיק ג' שנים בקרקע ויותר וקודם מיתתו הודה שהקרקע היא של שמעון ובע"ח של ראובן בא לגבות מהקרקע מוסרין הקרקע לשמעון דאין אחר הודאתו כלום ויראה לי שאף הפירות שאכל מוציאין מהיורשים אם הניח נכסים כיון שהודה :

סימן קמ [דין המחזיק בקרקע של חבירו ודין חזקת הבתים והחנויות ובו י"ז סעיפים] :

א קרקע בחזקת בעליה עומדת ואינו כמטלטלין דנאמן המוחזק לומר לקוחה היא בידי מפני שיש רגלים לדבר דהיאך באה לידו אם לא נתן לו מדעתו אבל קרקע שאינה זזה ממקומה אפשר שהלך לתוכה ועבדה בלי ידיעת בעל הקרקע לפיכך קרקע הידועה בעדים שהיא של ראובן שיודעים שהיתה בחזקתו אף יום אחד ואפילו אין יודעים בוודאי שהיא שלו אלא שראו את ראובי או את אביו משתמש בה או שיש קול מבירר שהיא של ראובן [סמ"ע] והיא עתה בחזקת שמעון ואוכל הפירות ואומר שלקחה מראובן וראובן מערער ואומר שגזולה היא בידו נאמן ראובן וישבע היסת ונוטל את שלו אא"כ החזיק בו שמעון כראוי ובטענה כמו שיתבאר דאז נשבע שמעון היסת ועומד בהקרקע וכ"ש אם יש לו שטר מכירה מראובן דא"צ אפילו שבועה ואם המערערים היו יתמי ראובן וטוענים ששמעון החזיק בשל אביהם ואין שטר בידו אלא חזקה כראוי דחייב לישבע שבועה דמורה בנק"ח ואם שמעון מת ולא נשבע ישבעו יורשיו שבועת היורשים ואין אומרים בזה אין אדם מוריש שבועה לבניו כיון שהשבועה אינה להוציא אלא להחזיק מה שבידם [סס] ואם אין עדים או קול ברור לראובן שהיתה שלו א"צ שמעון חזקה כראוי ונשבע היסת ועומד בשלו ונאמן לומר שלקחה מראובן במיגו שהיה אומר לא היתה שלך מעולם [טור] ובסי' צ"ה נתבאר דאין נשבעין שד"א על קרקעות ע"ש :

ב י"א דזה שהחזיק שלש שנים א"צ שבועה רק המערער ביכולתו להטיל איסור על כל מי שמחזיק בשלו שלא כדין ורוב הפיסקין אין סוברים כן ומ"מ יש מי שאומר שאם החזיק ג' שנים ולהמערער אין עדים ולא קול ברור שהיתה שלו דיש להמחזיק תרתי לטיבותא חזקתו והעדר ראיה להמערער אינו מחוייב לישבע ואין המערער יכול להטיל עליו רק קבלה [סמ"ע] וכן עיקר לדינא דאל"ב יהיה ביכולת כל אחד להטיל שבועה על בעלי קרקעות וכן מי שקנה קרקע מחבירו ויש לו שטר והמוכר טוען חזרת ומכרת לי אם אין לו ראיה א"צ הלוקח לישבע וכן אם אחד אומר לחבירו מכרת לי קרקע ואין לו שטר ולא עדים ואינו מוחזק בה אם זה משיבו להד"ם אינו חייב לישבע [ס"ך] ואם הב"ד רואים שיש ממש בטענתו מחייבין שבועה להנתבע וכשיש עדים להמערער שהיתה שלו והמחזיק לא החזיק ג' שנים רק טוען שיש לו שטר מהמערער והמערער אומר ששטרו מזוייף או אמנה הוא אומרים לו ב"ד שיקיים השטר בחתימות העדים ועומד בשלו בלא שבועה ואם לא נתקיים השטר מוציאין הקרקע מידו והמערער ישבע שהשטר הוא מזוייף או אמנה ונוטל הקרקע :

ג טען המחזיק שיש לו שטר שמכרה לו וגם יש לו עדים שהחזיק ג' שנים אע"פ שדי בעידי חזקה לבד מ"מ כיון שאומר שיש לו שטר צריך לקיים גם השטר ועכ"ז אינו מעכב אם א"א לו לקיימו כגון שמתו העדים ההתומים בו או הלכו למדה"י ואין מי שיכיר חתימתם סומכין על עידי חזקה וישבע היסת שלקחה אבל אם ישנם להעדים לא תועיל לו חזקתו עד שיבואו העדים ויקיימו השטר דמי שטוען שיש לו שני ראיות אף שא"צ אלא לאחד מ"מ מציים לו לברר שניהם רק אם אין ביכולת לברר אינו מעכב ואם חזר ואמר אבד שטרי אינו נאמן דחיישינן כיון שמקודם אמר שיש לו שטר ועתה אומר שנאבד קרוב הדבר שמצא איזו פסול בהשטר ואין ביכולתו להראותו וכיון שהחזקה היא כעדות על השטר והשטר בטל ממילא דגם החזקה אינה כלום וכ"ש אם הביא השטר ובאמת נמצא בו פסול כגין שהעדים קרובים או פסולים או נמצא בו איזה זיוף דנתבטלה גם החזקה דהחזקה אינה אלא ראיה שהיה לו שטר וכשהשטר פסול מה מועיל החזקה :

ד וכן אם נתגלה ריעותא של הטענה אין החזקה כלום כגון מי שנתן קרקע לאחר בעדים וחזר והחזיק בה שני חזקה ותבעו המקבל מתנה לב"ד ואמר שהמתנה היתה בטעות או איזה טענה אחרת טוען על המתנה ועדים מכחישים טענתו אפילו אם החזיק הנותן ג' שנים לאחר המתנה ואם היה טוען חזרתי ולקחתי ממך היה נאמן אבל עכשיו שטוען טענה שעדים מכחישים

מכחישים אותו אינו נאמן במיגו שהיה אומר חזרתי ולקחתי ממך דמיגו במקום עדים הוא דזה הוא כלל גדול דחזקה אינה קניין אלא מעידה על הקניין וכשיש בהקניין ריעותא אין החזקה כלום:

ה עניין החזקה הוא מפני שאין באפשרות שיזהר אדם בשטרו לעולם אמרו חכמינו ז"ל דעד ג' שנים אדם נזהר בשטרו ולא יותר ולכן פחות מג' שנים אינה חזקה ואומרים לו הבא שטרך וביותר מג' שנים א"צ ליזהר בשטרו עוד אא"כ עשה המערער מחאה שביכולת לבא לאזני המחזיק כמו שיתבאר בסי' קמ"ו דאז מחויב ליזהר בשטרו עד שיעמוד עמו בדין וכן אמרו חז"ל דאם עברו ג' שנים ולא עשה מחאה בוודאי אין לו שום טענה נגד המחזיק דעד ג' שנים יש מבני אדם שאין מקפידים כשאחרים משתמשים בשלהם ויתבאר בסי' קמ"ג ולכן י"א דגם בבע"ח הוה ג' שנים חזקה כמ"ש בסי' קל"ה אף דאין דרך לעשות שטר על בעלי חיים רק מטעם שלא מיחה הוה חזקה וכן בקרקע אף אם יברר בעדים שנשרפו אצלו כל הניירות וא"כ אין ראיה מה שאינו מראה השטר לב"ד מ"מ בפחות מג' שנים עדיין עומדות בחזקת בעליהם הראשונים ולאחר מכאן כיון שלא עשה מחאה אבד חזקתו ודווקא כשהחזיק חזקה כראוי כאשר יתבאר אבל כשלא החזיק כראוי עדיין עומדת ברשות הראשון ולא חשש למחות כיון שראה שאינו מחזיק כראוי ואינו משתמש בה כאדם המשתמש בשלו ניכר שאין רצונו לומר שהיא שלו ולמה ימחה וכל שלא החזיק כראוי אינה חזקה אפילו כשידוע שמכר לו קרקע רק שאינו ידוע שהיא זו שהחזיק בה יכול המוכר ליטול קרקע זו ולומר לו שמכר לו קרקע אחרת הגרוע מזו דכיון שלא השתמש כראוי יש ריעותא בחזקתו כמ"ש ולכן יש מהראשונים שכתבו דחזקת ג' שנים אינה רק כנגד הטוען על גוף הקרקע אבל מי שאין לו בקרקע רק שיעבוד חוב או כתובה אינו מועיל בזה חזקה ויכול לגבות מהלוקח החוב או הכתובה אף שהלוקח החזיק ג' שנים ואינו יכול לומר למה לא עשית מחאה נגדי מפני שיכול לומר לא חששתי למחות כיון דאין הקרקע שלי ושמא אמצא לגבות ממקום אחר [סמ"ע]:

ו כיצד היא החזקה שישתמש בו ויהנה ממנו ג' שנים מיום ליום כל דבר כפי הנאתו ותשמישו כדרך שבעלים משתמשים בשלהם ולכן בחזקת בית א"צ להביא ראיה שהשתמש בכל החדרים שבבית אלא אם נשתמש כדרך הבעלים החזיק בכל הבית וכה"ג בשארי דברים ובבית צריך להביא עדים שדר בו או השכירו לאחרים שלש שנים רצופות ומשהביא עדים על זה הוי חזקה ואפילו אותם השוכרים יכולים להעיד על זה רק באופן אם לא פרעו עדיין השכירות להמחזיק והשכירות בידם ליתן למי שיזכה בדין אבל אם כבר פרעו להמחזיק הם כנוגעים בדבר שחפצם להחזיקו בהבית דאם תצא הבית מידו יצטרכו ליתן השכירות פעם אחרת להמערער והם יצטרכו לתבוע מהמחזיק ופעמים שאין לו [טור] ולכן אפילו נתנו השכר למחזיק יכול המחזיק לחזור וליתנו להם שיתנו למי שיזכה בדין ואז אינם נוגעים בדבר ואף שיש מי שחולק גם בזה וס"ל דגם זה מיחשב כנוגעים דיש לומר שמפני הטובה שעושה להם להחזיר השכירות שלא יצטרכו לדון עמו אין יכולים להעיז נגדו אין הלכה כן [ס"ך] ואין דינם אלא כאוהב ואוהב כשר לעדות:

ז ואם השוכרים אין דרים בו עתה אלא שדרו כבר ג' שנים ויצאו ממנו אם אין המערער יודע שדרו בו רק על פיהם אפילו נתנו השכירות להמחזיק אינם נוגעים בעדות במיגו דאי בעי אמרי לא דרנו בו מעולם נאמנים לומר דרנו ופרענו ויש חולקים בזה וס"ל דאין זה מיגו טוב שיראים שיוודע הדבר בלעדם שדרו בו דמילתא דעבידא לגלויי היא ויתבע מהם המערער שכירות הבית ולכן רוצים להעמיד בחזקת המחזיק [ס"ך וט"ז] ועוד דבשנים לא אמרינן מיגו [ט"ז] ואע"ג דאי בעי שתקי אמרינן כמ"ש בכללי מיגו מ"מ יריאים גם לשתוק פן יתוודע שדרו בו ועוד דאין זה מיגו כלל דמיגו לא שייך אלא כשב"ד שואלים אותם דבר והם משיבים צריך לראות אם נאמנים בדבריהם ע"פ מיגו שהיו אומרים לא ידענו כלל מזה העניין אבל עדים שבאו מעצמם להעיד וע"פ עדותם המה כנוגעים בהעניין ופסולים לעדות זה איך נאמין להם במיגו שלא היו מעידים הלא רצונם להעיד ומיגו כזה לא אמרינן [זהו כוונת הטור] ואע"ג שהיו ביכולתם להעיד שאחרים דרו בו [ב"י] זה בוודאי יריאים לומר שלא יתגלה שקרותם ואם המערער יודע שדרו בה אפילו לדיעה ראשונה אין נאמנים ואפילו אין למערער עדים שדרו בה והיו יכולים להכחישו מ"מ כיון שאם הכחישוהו היו צריכים שבועה ועדים הצריכים שבועה אינם עדים [ס"ך]:

ח י"א שאין עדות השוכרים מועיל אלא כששכרו בשטר שיש לזה קול אבל אם שכרו בלא שטר אינו מועיל ואע"ג דבלוקח מהמחזיק כשדר בו ג' שנים מועיל אף בלא שטר כמ"ש בסי' קמ"ד מ"מ בשוכרים שאין באים להחזיק לעצמם אלא הם עדים וצריכים דווקא שנים דאין עדות בפחות משנים וכיון שצריכין לצירוף אינו מועיל בלא שטר כמו בשלשה לקוחות שיתבאר שם [ב"ח] ועוד דיכול המערער לומר לא חששתי למחות שידעתי שהשוכרים הם אנשים ישרים ולא יגזלוני ולא ידעתי ששכרו מזה המחזיק כיון שאין להם שטר [סמ"ע] וי"א דדין שוכרים כדין לקוחות ואם דרו ג' שנים א"צ לשטר ואם שלשה שוכרים דרו בו שנה אחר שנה צריכים לשטר [טור בשם רשב"ם] וי"א דעדיפא מלקוחות דאפילו השכיר לשלשה זוגות שוכרים

שוכרים זה אחר זה לכולם בלא שטר מצטרפים דכיון דבשוכרים נקרא עליהם שם המשכיר תמיד הוה כמו שהחזיק המשכיר בעצמו כל הג' שנים [טור] ודווקא שני שוכרים בכל שנה דעל כל שנה נצרך שני עדים ועדות השוכרים מועיל אפילו לא דרו שניהם ביחד אלא זה דר בה שנה ראשונה ושנייה ושלישית וזה דר בה רביעית חמישית וששית ואפילו ששה שוכרים אחד בכל שנה עלתה לו חזקה דקיי"ל עדות לממון מצרפין כמ"ש בסי' ל' ויש על כל שנה משני חזקה שני עדים ומצרפין השנים וכשזה דר בו אב"ג וזה דה"ו לא בעינן שטר אפילו לדיעה השנייה שבארנו כיון שכל אחד דר בה ג' שנים [סמ"ע] ובששה שוכרים א"צ שטר רק לדיעה האחרונה :

ט זה שבארנו דכשהשוכרים שלמו השכירות להמחזיק אינם עדים בדבר היינו דווקא כשכבר בא המערער ועירער על המחזיק אבל קודם שבא המערער יכול המחזיק להביא השוכרים לב"ד שיעידו ששכרו ממנו אפילו אחר שפרעו שכירותם לו והב"ד מקבלים עדותם כדי שלא יהא עירעור על הבית ואינם כנוגעים בעדות כיון שהמערער אינו לפנינו ואף דאין מקבלין עדות שלא בפני בע"ד מ"מ כיון דעתה הם כשירים לעדות וכשיבא המערער יהיו פסולים מקבלים שלא בפניו ולא גרע מאם היו העדים נחוצים לילך למדה"י שמקבלים שלא בפני בע"ד כמ"ש בסי' כ"ח וכ"ש בכה"ג ועוד כיון דלע"ע אין כאן מערער לא שייך לומר שלא בפני בע"ד דאין כאן בע"ד זולת המחזיק שמביאם כדי שיה'ה שפוי ושקט במקחו ויראה לי שאם יצא קול שיש מערער אף שעדיין אינו לפנינו אין מקבלין עדותן כששלמו השכירות ואף אם לא שלמו השכירות יש להסתפק אם מקבלין שלא בפני המערער :

י אף אם לא השכיר הבית בשכר אלא השאילם בחנם ג"כ הוה חזקה להמשאיל דאף שעדיין לא נהנה המחזיק מפירות הבית מ"מ כיון שדרו בו מכחו זהו הנאת פירותיו ומקרי מוחזק בהבית רק דבזה צריך עדים אחרים שיעידו דהם עצמם אינם עדים כלל דפשיטא שהם נוגעים בדבר דכשיזכה המערער הלא יתבע מהם שכר דירה ויראה לי שאפילו אין כאן עדיין מערער אין מקבלין עדות עצמם שכיון שדרו בחנם הם כבעלי דבר קצת :

יא אע"פ שבארנו בסעי' ו' שכשהביא עדים שנשתמש בו ג' שנים רצופות כדרך שבעלים משתמשים בשלהם הוי חזקה מ"מ אם המערער טוען אני יודע שדר שם רק ביום ולא בלילות ולכן לא חששתי למחות כי ראיתי שאינו מחזיק כבשלו טענתו טענה וצריך המחזיק להביא עדים שיעידו בפירוש גם על הלילות דכיון שהבית היא בחזקת המערער כל מה שטוען נגד המחזיק אף טענה חלושה צריך המחזיק לברר והמחזיק ביכולתו לברר זה ע"פ שכנים שיעידו שלא הרגישו בו שיצא בלילות אלא ראינוהו כמנהגו של עולם שנכנס בערב ויצא בבוקר ולא ימלט אם היה יוצא בלילות שלא ירגישו בו שכיניו ועכ"ז אם יוסיף המערער לטעון ראיתיו שיצא מהבית בלילות אחר שישנו השכנים לא הוה חזקה אא"כ יעידו השכנים מפורש שיודעים שדר שמה כל הלילות בשלימותם או יביא עדים שיאמרו שכרנו ממנו הבית ודרנו בו ימים ולילות ובאופן שהם כשירים לעדות לפי מה שנתבאר וכ"ז כשטוען המערער טענות כאלו אבל אנן לא טענינן ליה כשאינו טוען בעצמו אבל ליתומים או שלא בפניו גם ב"ד טוענים בשביל המערער טענת הלילות אבל לא טענת שיצא בכל לילה אחר שישנו השכנים דהוה מילתא דלא שכיחא כלל [גס"מ] וכן אם היה המערער מאנשים שאין מלאכתם בעיר וכן אם היה רוכל המחזיר בעיירות וכה"ג אע"פ שלא טען ברי לי שלא היה דר בו בימים ובלילות טענינן ליה אנן וגם הטענה שאולי יצא באמצע הלילה דחיישינן ששמר עת בא המערער לביתו שלא ימצאנו שמה [ט"ז] ולהרמב"ם אפילו לא טען המערער אלא טענת שמא שאומר שבא כמה פעמים לביתו ולא מצאו שדר בו ושמא מפני שיצא משם בלילות ואף שיכול להיות שיצא אז לעסקיו מ"מ לא חששתי למחות [ס"ך] טענתו טענה וצריך להביא עדים שדר בה ביום ובלילה ואף אם המערער מלאכתו בעיר וכן אם היה המחזיק מאנשים שאין מלאכתן בעיר כמו רוכל המחזיר בעיירות או שהשוכרים היו מרוכלים המחזירים בעיירות אע"פ שלא טען המערער טענינן ליה ואומרים למחזיק הבא עדים שהחזקת אתה או השוכרים ממך ביום ובלילה שלש שנים אמנם זה לא שייך אלא כשהמחזיק הוא יחידי וכן שוכריו אבל כשיש אצלם בני בית כאשתו ובניו בטלה לטענה זו דאף אם הוא אינו בביתו תמיד נשארים שם בני ביתו [כ"ל] :

יב וכל זה הוא שיטת הרמב"ם בפי"ב מטוען והרשב"ם [ריש פ"ג דכ"ט] אבל רבינו תם והרא"ש שם חולקים על כ"ז אלא כל שהעידו עדים או שכנים שדר בו כמנהג שרגילים לידע אע"פ שלפעמים יצאו השכנים לעסקיהם מהעיר ולא ידעו אם נשאר המחזיק בבית בעוד שלא היה בעיר אלא מעידין שכשיצאו מן העיר הניחוהו בהבית וכשבאו מצאו אותו בבית הוי חזקה ואם אמר המחזיק לשכנים תעידו לי סתם שדרתי בו שלש שנים בחזקת ימים ולילות אע"פ שאינם יודעים שדר בו כל הימים וכל הלילות אלא שראוהו שדר בו מקצת ימים ומקצת לילות בכל עת שראו טענתו טענה ומספיק עדותן אם יעידו כדבריו ואפילו אם יטעון המערער ברי לי שלא דר בו בלילות דבכלל הדברים שהשכנים או העדים [ס"ך] א"צ להעיד על כל הימים ועל כל הלילות ודי כשאומרים שבכל עת שהיו בבית

ראו

ראו את המחזיק יוצא ונכנס בביתו ביום ובלילה ואף שלא ראינו בכל יום כי זהו מן הנמנעות לברר מיהו אם לא שצ(?)ן המחזיק שיבואו העדים או השכנים ויעידו לי סתם כמ"ש וגם השכנים אין מעידין מעצמם כן אין הב"ד טוענים עבורו כיון שהמערער טוען ברי שלא דר בו בלילות [סמ"ע] ואף אם היו העדים או השכנים רוכלים המחזירים בעיירות שהרבה ימים אינם בביתם מ"מ מועיל עדותם שבכל עת שהיו בביתם ראוהו יוצא ונכנס בבית זה ואדרבא אם היו רוכלים עדיפי טפי דהב"ד טוענים לו בעדו משום דברוכלין חיישינן שמעצמם לא יטענו כן מפני שסבורים שלא תועיל עדותן [סס] ויש מפקפקים בעדות רוכלין [תו"ת] וכן אם היו השוכרים הדרים בהבית רוכלין אע"פ שיצאו כמה פעמים לעסקיהם ולא דרו שם ג' שנים רצופים מ"מ כיון שהיה שלש שנים בחזקתן ובכל עת שבאו להעיר לא דרו רק בזה הבית הוי חזקה וה"ה לשאר מחזיק שיצא לפעמים מן הבית אחר עסקיו ומיד כשבא היה חוזר לבית מקרי חזקה בשלש שנים ורבינו הרמ"א הכריע כדיעה זו וכן פסקו גדולי האחרונים עם שיש חולקים בדבר:

יג ולכן בחזקת מקומות של בהכ"נ אם מעידים העדים שישב על מקום זה בכל עת שנכנס לבהכ"נ אע"פ שלפעמים לא בא כלל לבהכ"נ או ששינה מקומו מפני אבילות הוה חזקה הואיל ועשה בחזקתו כמנהג העולם וזה אפילו לדעת הרמב"ם והרשב"ם דא"א להיות חזקה בבהכ"נ באופן אחר [כ"ל] וכתב רבינו הרמ"א דמקומות של בהכ"נ שהמנהג שכל אחד כותב שמו עליו הוי כשטר וכל מי ששמו עליו הוי שלו ואין למערער בו כלום עכ"ל ודווקא במקומות שאין מקפידים שכל אחד ישב על מקומו המיוחד לו רק שיושבים פעם במקום זה ופעם במקום זה והסימן מחזקת המקום הוא רק בכתיבת שמו על המקום אבל כשמקפידים כל אחד לישב רק על מקומו בעת התפלה אין הכתיבה ראיה כשלא ישב על זה המקום ואדרבא ריעא חזקתו כיון שלא ישב עליו [תו"ת] ואם לא היה המחזיק השלשה שנים בעיר וודאי דהכתיבה ראיה [כ"ל]:

יד י"א דאם גם המערער דר בבית זה אע"פ שדירתו בפ"ע בחדרים פנימים והמחזיק דר בחצונים אם המערער עובר תמיד דרך החדרים החצונים אין לו חזקה להמחזיק בהחדרים החצונים ואף שיכול להיות שמכר לו החצונים ע"מ שיהיה לו דרך בהם מ"מ על המחזיק לברר חזקתו שלא יהיה בה שום ספק כשיש עירעור ע"ז [פ"ז] ואף אם יש חדרים מן הצד שלא עבר בהם מ"מ כיון שהמחזיק טוען שהחזיק בכל החדרים החצונים וכיון שהמערער עבר דרך חדר אחד הוה כמחאה ויותר ממחאה כיון שלא החזיק מעולם לבדו ומבטלת כל החזקה [נה"מ] ולכן אם היה ידוע שהמער' היה דר בחדר הפנימי מן הבית וטוען שהי' עובר דרך הבית החצון ולפיכך לא מיחה בהמחזיק בבית החצון אע"פ שיש להחדר הפנימי עוד דרך אחרת שלא ע"פ החדר החצון ולא ידעינן כלל אם עבר דרך החצון מ"מ טענתו טענה וצריך המחזיק להביא ראיה שלא עבר דרך החצון וי"א דהעברה דרך עליו אינה מבטלת החזקה אלא אם גם השתמש בהם לפרקים [רסב"ס] וי"א עוד דגם העברה עם תשמיש אינם מבטלים החזקה אא"כ טוען המערער כשרציתי הייתי משמש בכל בית החצון והוצרכת לדחות מפני ולא החזקת בבית החצון רק כשלא הוצרכה לי ובזה אף אם החזיק בחדרים הפנימים כיון שהמערער טוען שלפרקים השתמש בהם והיה המחזיק נדחה מפניו צריך המחזיק לברר חזקתו:

טו ממה שנתבאר למדנו דאם ראובן ושמעון דרים בבית אחד הרבה שנים ולראובן יש חזקת אבות בהבית או שטר מכירה אין ביכולת שמעון לטעון שהם שותפים בהבית בראייה ששניהם דרים בה דאין זה חזקה כלל אא"כ יש לשמעון חדרים מיוחדים שמשתמש בהם לבדו ואין לראובן בהם דרך עליו אף באחד מהם אמנם אם גם לראובן אין [illegible] מבוררת הבית בחזקת שניהם וכיוצא בזה [illegible] חזקות:

טז כתבו רבותינו בש"ע החנויות של תגרים וכיוצא בהם שאין דרין בהם אלא ביום כיון שדר בהם ג' שנים ביום ה"ז חזקה וי"א דבעינן שהחזיק בהם ו' שנים ביום עכ"ל ואינם דומים לרוכלים או סוחרים היוצאים כמה עיתים מהבית ועכ"ז הוה חזקה בג' שנים דבשם אין זמן בטילתם ידוע וקבוע משא"כ בחנויות דידוע זמן בטילתם בלילות [טור] ואינו דומה למקומות בהכ"נ דחזקתם אינה אלא בזמן התפלה ודי בג' שנים דבשם אין שייך תשמיש אחר וזהו אכילת פירותם בג' שנים משא"כ בחנויות דשם חדר עליו וראוי לדור בו יום ולילה ולכן צריך להשלים גם בעד הלילות [סמ"ע] ויש מחלקים דאם היתה כבר חנות סגי בחזקת ג' שנים אבל אם היה כבר בית והוא עשה ממנה חנות צריך שהחזיק בה ו' שנים ביום דכיון דאם לא עשה חנות היו דרים בו יומם ולילות צריך להשלים גם בעד הלילות [סס] ורבינו הרמ"א הכריע כדיעה זו ודע דחנויות שלנו שאין עשוים רק לישב בהם בסחורה ולא לדור בהם לכל הדיעות די בג' שנים כמו במקומות בהכ"נ והפוסקים מיירו בחנויות שבבתים שדרים בהם ג"כ אם רוצים [ולכי תידוק לא פליגי הפוסקים לדינא רק בביאור הגמ' ועתוס' ב"ב כ"ט: ד"ה ומודה ודו"ק]:

יז כתבו רבותינו בעלי הש"ע היה מעמיד בהמה במקום מסויים בחצר חבירו או שהיה מגדל שם תרנגולים או מעמיד שם תנור וכירים ורחים או שנתן שם זבלו בין שהעמיד שם מחיצה בין שלא העמיד,

אם נשתמש בדברים אלו וכיוצא בהם ג' שנים וטען על בעל החצר ואמר נתת לי מקום זה או מכרתו לי ה"ז חזקה ואפילו היה לו חלק בחצר בשותפות אם הוא מקום שדרכן להקפיד בזה או שעשו שאר דברים שדרך להקפיד עליו ולא הקפידו עליו הוי חזקה למה שהחזיק עכ"ל וביאור הדברים דבחצר חבירו אין חילוק בין מחיצה להעמדה גרידא ובעינן חזקת ג' שנים בטענה ובלא זה לא מהני אפילו עשה מחיצה דאמרינן דרך שאלה העמידו לזמן מה כיון שהמחזיק רוצה להחזיק בגוף הקרקע לעולם לתשמיש זה ולכן בעינן חזקה וטענה ובחצר השותפים הוא בהיפך דכשהעמיד מחיצה הוה חזקה לאלתר דדרך השותפים להקפיד על מחיצה ומדשתק וודאי מחיל וא"צ טענה שלקח ממנו או נתנה לו במתנה דהא אינו בא על גוף הקרקע רק על התשמיש ובשתיקה הוי מחילה מיד ואם השותף ג"כ טוען על גוף הקרקע שקנה אותה לחלוטין משותפו וודאי דבעי ג' שנים וטענה ובדרך שיתבאר בסי' קמ"ט ואם גם בחצר חבירו אינו טוען על גוף הקרקע אלא על התשמיש ומטענת מחילה אם צריך ג' שנים יש בזה מחלוקת הפוסקים ויתבאר בסי' קנ"ג [סמ"ע] והחזקות הנהוגות מצד התקנה יתבארו בסי' קנ"ו ובס"ס קע"ה בס"ד :

סימן קמא [דין חזקת שדה לבן וחזקת שדה אילן ובו י"ב סעיפים] :

א שלש שנים שאמרו הם מיום ליום אפילו היו חסרים יום אחד לא החזיק ומסלקין אותו ממנה בד"א בדברים שעושים פירות כל ימי השנה כגון בתים וחצרות ובורות ושיחין ומערות וחנויות ופונדקאות ומרחצאות ושובכות ובתי הבדים שלהם שעושים בהם שמן כל השנה ובתי השלחין והם שדות שמשיקין אותן ביד כמו שכתוב והשקית ברגלך כגן הירק וזורעין בהן תמיד במדינות החמים כל מיני ירקות בכל ימות השנה וכן עבדים גדולים אבל שדה הבעל שהיא שותה מי גשמים ושדה אילן וכן בתי הבדים שלנו שעושים בהם שמן מגרעיני פשתן וכיוצא בהם ובתי יין שרף שעבודתן הוא רק בזמן החורף אין חזקתן מיום ליום אלא כיון שאכל שלש תבואות ממין אחד בשלשה שנים אף שלא נשלם ג' שנים הרי אלו כשלשה שנים כיצד היתה שדה תמרים וגדר שלש גדירות או שדה ענבים ובצר שלש בצירות או שדה זתים ומסק שלשה מסיקות וכן שדות שלנו ושדי אילנות שלנו כמו שדה תפוחים ושזיפים וגודגדניות שגדילים רק בקיץ ונטל הפירות בשלשה ימי קיץ רצופים הרי אלו כשלש שנים שלימים והחזיק ואע"פ שנתבאר בסי' ק"מ דטעם חזקת ג' שנים הוא משום דעד ג' שנים אדם נזהר בשטרו וא"כ איך נאמן לומר קודם כלות השנים שאבד שטרו אמנם לאו בג' שנים תליא שמירת השטר אלא באכילת הפירות של הג' שנים שכיון שאכל ג' פירות ולא מיחה בו בטוח הוא שלא ימחה עוד ולכן לא נזהר בשטרו [נמק"י] וי"א דבדווקא אמרו חז"ל ג' שנים מיום ליום ובכל דבר ואף בשדה בעל ואילן צריך ג' שנים דווקא דעד שלש שנים נזהר בשטרו [רשב"ם ל"ו: ד"ה זו] ורבינו הרמ"א כתב דכן נראה להורות :

ב ג' שנים שאמרו צריכים להיות רצופות זו אחר זו אבל אם החזיק בשדה וזרעה שנה והובירה שנה ולא זרעה אפילו עשה כן הרבה שנים לא החזיק וכ"ש בבתים ושארי דברים שאם לא החזיק רצופות אינה חזקה מפני שלא השתמש כדרך שאדם משתמש בשלו ולפיכך לא חשש המערער למחות ולכן אם דרך אותו המקום שלא לזרוע שנה אחר שנה וכמו במדינתינו שזורעין שנה ומובירין שנה מפני שאין כח בהקרקע שתתן כחה שנה אחר שנה ה"ז חזקה כשהחזיק בה ששה שנים אף שהשלש שאכל הן מפוזרות כיון שכן עושה כל אדם בשלו ואף אם יש מקצת אנשים שזורעים שנה אחר שנה מ"מ כיון שרובם אין עושין כן הוי חזקה ואם זרעה שלש שנים רצופות במקום שכולם אין זורעין שנה אחר שנה יש מי שאומר דעכ"ז הוי חזקה דכ"ש דהיה לו להמערער למחות שלא יקלקל השדה ויש מי שאומר שאינה חזקה דהמערער יכול לומר אתה בעצמך הראית שאינה שלך דעשית כגזלן לגזול ולאכול דאם היתה שלך לא קלקלת אותה ואני לא חששתי לקילקולה כיון שאיני מתפרנס ממנה ואיני עובדה ואם זרעה שנה ראשונה והניחה בורה בשנייה ואח"כ זרעה שני שנים רצופים ואנשי המקום יש שמובירים ויש שזורעים רצופים אין לו חזקה רק לשני השנים ואם לא זרעה ג' רצופים או ג' מפוזרים אין לו חזקה [כ"ל] :

ג נרה שנה אחר שנה ולא זרעה כלל אפילו עשה כן כמה שנים אינו כלום דכיון שלא נהנה ממנה אינה חזקה וכן אם פתח בה שבילי המים וחרשה והחליקה אחר החרישה כיון שלא אכל פירותיה אינה חזקה דמה היה לו למחות כיון שלא נהנה ממנה ואדרבא תיקן השדה ואפילו אם זרעה אלא שלא הרוית בה כלום שזרע כור ואסף ממנה לא יותר מכור אין זה חזקה שהרי לא נהנה ממנה ואם מעצם התבואה הרויח רק שהוציא עליה הוצאות ממקום אחר כמסים וכיוצא בזה אף שלא הרויח בה אין זה מבטל החזקה דגם בעלי השדה לפעמים עושין כן מוציאים הוצאות מהצד מפני שחביבה עליהם תבואת עצמם שרואה ברכה במה שזרע וכן אם נרה וזרעה אחר הניר מונין לו השלש שנים מזמן הניר כיון שעשה כדרך הבעלים ויש חולקין בזה

בזה וס"ל דאין מונין אלא משעת זריעה ורוב הפוסקים הסכימו לדיעה ראשונה [טור] וכ"ז הוא כשראוהו מכניס הפירות אבל כשלא ראוהו שהכניס הפירות אף שראו אותו חורש וקוצר ומעמר וזורה ובורר אינה חזקה שעיקר החזקה אינה אלא באסיפת הפירות [סמ] וכן אם בנה אדם חורבתו של חבירו שלש שנים כל זמן שלא נכנס בה אינה חזקה ואף אם בנה שנה ודר בה שני שנים אין מונין שנת הבניין לשני חזקה ואף דבשדה מונין שנת הניר לרוב הפוסקים זהו מפני שבכל שדות מוכרחים לחרוש קודם הזריעה אבל בבתים אין מונים אלא משעה שדר בה וכן אם תיקן השדה בכמה תקונים לא הוה חזקה כשלא זרעה כיון שלא הגיע הנאה להמחזיק בעבודות אלו וכן אם זרעה בלא חרישה י"א דלא הוי חזקה כיון שלא עשה כדרך הבעלים :

ד היה המקום שהחזיק בו סלע או חלמיש שאינו ראוי לזריעה צריך ליהנות בו בדבר הראוי לקרקע כזו כגון לשטוח בה פירות או להעמיד שם בהמות וכיוצא בזה ואם לא נהנה בה בכל אותו הזמן בדבר הראוי ליהנות בה לא החזיק וקרקע הראויה לזריעה אין לו חזקה בשטיחת פירות ובהעמדת בהמות אלא בזריעה דאין בעל שדה שוטח פירות במקום הראוי לזריעה [כ"מ בב"ב כ"ט: ע"ס] ואפילו זרע כל השדה והניח מקצת שלא זרעה החזיק בבולה לבד אותו מקצת שלא קנה כיון שלא נהנה בהמקצת ואפילו אותו מקצת היה סלע או חלמיש היה לו לשטוח שם פירות וכיוצא בזה בד"א שבאותו המקצת היה מקום חשוב שראוי לקרא עליו שם שדה כגון מקום המחזיק בית רובע שיוכלו לזרוע בו רובע הקב תבואה אבל אם היה פחות מבית רובע בטל אגב השדה וקנהו אפילו היה ראוי לזריעה :

ה שדה שהיא מוקפת גדר ובא זה שהחזיק בה וזרעה חוץ לגדר ונהנה שם אע"פ שאכלו שנה אחר שנה לא עלתה לו חזקה דמקום שאינו שמור אין הבעלים מקפידים על זה וה"ה כל הזורע מקום שאינו שמור שיד חיות מצוים בו אינה חזקה אבל אם זרע גם בתוך הגדר קנה אף מה שחוץ לגדר כיון שזרעוהו או עשה בו תשמיש אחר ואף שיש בו שיעור שדה במה שחוץ לגדר אבל אם לא עשה בו שום תשמיש לא קנה [נ"ל] :

ו אם האילן טבעו תמיד להשיר פירותיו קודם שילקטם אע"פ שעכשיו עמדו על האילן [לבוש] עד שגדלו כל צרכם אינה חזקה דכיון דטבעו תמיד להשיר הפירות אינם פירות טובים דע"פ רוב אינם מבושלים כל צרכם ולא קפיד עלייהו ולא חשש למחות דלא הוי חזקה אלא עד שיהיו פירות שמלקטים אותם בידים [ככ"ל כוונת הב"י והלבוש וה"ש קושית הסמ"ע והאו"ת] אבל בפירות הגדילין על האילן כדרכן ואדם לוקטן אע"פ שאין עושין פירות אלא אחת לשלש שנים כמו מין האנים לבנות הנקראים בנות שוח ואף שאינם טובות כל כך הוי חזקה ולא עוד אלא שי"א שאם התחיל בשני חזקה בשנה הראשונה שחנטו ונעל וגדר השלשה שנים ותיקן צרכי האילנות ואכל הפירות בשנה השלישית הוי חזקה כיון שדרך בני אדם לעשות כן אבל פירות הנושרין מן האילנות בעצמן אין להם שום חשיבות כלל ולא חשש לעשות מחאה :

ז אכלה להתבואה שחת שעדיין לא נגדלה שליש גידולה וקוצרין אותה לבהמות לא הוי חזקה ודווקא כשקצרה ולא תגדל עוד כשנעשה גבעול אבל אם קצרה בילדותה ותגדל עוד וקצרה בתבואתה בשלימותה הוי חזקה [טור] וחשבינן זמן החזקה מתחילת הגידול כי כן דרך לעשות כן ואם בני המקום דרכן היה לזרוע לשחת מפני שהיה להם הרבה בהמות ודמי השחת יקר אצלם ה"ז חזקה כיון שעשה כדרך אותו המקום ואף שלו אין בהמות מוכרם בדמים וכן אם באת לידו בעודה שחת כמו בחודש סיון ואכל התבואה של קיץ זה וכן בקיץ השני ובקיץ השלישי ובכלות הג' שנים בסיון אכל השחת ה"ז חזקה ואף שחטף לאכול בעודה שחת ולא המתין עד גמר גידולה מ"מ כיון שכלו הג' שנים היה לו למחות ומדלא מיחה הפסיד [סמ"ע] ואפילו לדיעה אחרונה שבסעי' א' דבעינן ג' שנים שלימות לא אמרינן דבעינן כל התבואה שהכינה סוף שנה שלישית אף אם יתמשך ברביעית וכ"ש לדיעה ראשונה שם כלה חזקתו בראשית השנה השלישית כשנתגדלה התבואה ואכלה דהוה ג' תבואות וי"א עוד דאפילו לא אכל אלא השחת של שנה ראשונה כשהחזיק בשדה ואח"כ אכל שני תבואות גמורות בשני שנים ובכלות השלישית אכל ג"כ השחת שבעת ההיא הוה חזקה דאף דאכילת השחת הראשונה אינה בחשבון מ"מ השחת של האחרונה עולה בחשבון כיון שכלו אז הג' שנים ואכל מה שהיה אז [ט"ז] והעיקר כדיעה ראשונה :

ח אפילו אכלה באיסור כגון שעבר וזרע בשביעית בא"י או שזרע שם כלאים או אכלה ערלה ה"ז חזקה דמ"מ היה לו להמערער למחות ויש חולקין וס"ל דלא הוי חזקה דלא חשש למחות במה שעשה באיסור ולא החזיק כדמחזקי אינשי אא"כ אכל הזמורות או כיוצא בזה במה שאין בו איסור ומזה למדנו דאף אם המחזיק הוא רשע כיון שאינו ידוע לגזלן יש לו חזקה דהא אפילו להי"א בטלו להחזקה רק מפני שאין זה אכילה ולא מפני שהוא בעל עבירה דמומר לדבר אחד אינו מומר לשארי דברים לבד במומר לעכו"ם או לחלל שבת בפרהסיא או שעושה להכעיס אף בעבירה אחת או שהוא צדוקי או מין ואפיקורס דדינו כמומר לכל התורה כולה :

ט בסי' רט"ז יתבאר שהמוכר אילן אחת או שתים אין ללוקח קרקע ואם מכר שלשה אילנות יש לו קרקע כפי צורך האילנות ומ"מ האוכל כל פירות אילן שלשה שנים וטוען על בעל האילן אתה מכרת לי אילן זה וקרקעו ה"ז יש לו קרקע בעובי האילן עד התהום לפיכך המוכר אילן יחידי או שני אילנות לחבירו צריך למחות בו בתוך כל ג' שנים כדי שלא יחזיק בקרקע ואם החזיק בג' אילנות יש לו קרקע כפי צורך האילנות אף כשטוען מכרת לי סתם ולכן אם מכר לו ג' אילנות מפורש בלא קרקע בהכרח שיעשה מחאה תמיד על האילנות כדי שלא יחזיק בהם או שיקבל כתב מהלוקח שאין לו קרקע ושיעור קרקע השייך לאילנות יתבאר שם ואם החזיק בשדה אילן שבכל השדה נטועים אילנות שייך הקרקע להאילנות וכשהחזיק בהאילנות קנה כל הקרקע כשהאילנות נטועים בסדר נכון אבל אם אינם נטועים בסדר נכון אינו קונה רק הקרקע הצריך לאילנות כמ"ש שם :

י וכיצד הוא הסדר נתבאר ברמב"ם פ"ג משמיטה לעניין ההפרש בשביעית בין שדה לבן לשדה אילן דשדה אילן מקריא כשנטועים ג' אילנות זקנים בכל בית סאה ושיהיו מפוזרין בכל הבית סאה ושיהיה מרחק אילן מחבירו כדי שהבקר יכול לעבור בכליו בשביל עבודת האילנות ואם האילנות הם ילדים שעדיין נקראים נטיעות צריכים להיות עשרה לבית סאה ושיהיו מפוזרות בכל הבית סאה ואם עשויות שורה אחת או מוקפות בעטרה אין זה שדה אילן ושיעור בית סאה הוא חמשים אמה על חמשים אמה ושיערו חכמים שיעור זה לפי שזה הוא שיעור יניקות האילנות מהקרקע כשנטועות כפי מה שנתבאר ולכן אם החזיק בשדה אילן הנטועות כשיעור הזה קנה כל הקרקע אבל אם נטועים פחות מעשרה לבית סאה או זקינים פחות מג' לבית סאה לא קנה רק הקרקע הצריך להם דאין זה שדה אילן ואם נטועים יותר מג' זקינות או יותר מעשרה נטיעות לבית סאה שנטועים רצופים אפילו נטועים בפחות מד' אמות בין זל"ז אם רק אכל כל האילנות הוה חזקה וקנה כל הקרקע ואף שיש חולקים בזה [רסב"ס] מ"מ כן עיקר לדינא דבחזקה לא איכפת לן מה שהן רצופים דיעקור המותר מביניהם וכ"ז כשאכל כל האילנות אבל אם לא אכל כל האילנות יש דין אחר בזה כיצד שדה אילן שהיו בו שלשים אילנות בג' סאין ממטע עשרה לבית סאה ואכל עשרה בשנה ראשונה ועשרה בשנה שנייה ועשרה בשלישית והעשרה שאכל בכל שנה אכל שלשה מבית סאה זו ושלשה מבית סאה השנייה ושלשה מהשלישית והשלשה שבכל בית סאה היו ג"כ מפוזרות [טור] קנה כל הקרקע שבהשלשה סאין עם כל האילנות ודווקא כששארי האילנות לא הוציאו פירות כמו בנות שוח שעושות לג' שנים והעשרה שאכל בשנה ראשונה חנטו כבר לפני ב' שנים ושל שנייה חנטו לפני שנה ושל שלישית חנטו בשנה ראשונה של החזקה אבל אם שארי האילנות הוציאו פירות ולא אכלן לא הוחזק רק במה שאכל אם אכל לאחת מהבתי סאות שלש שנים רצופות אבל אם לא אכל אלא כמו שנתבאר צריך לשלם אף הפירות שאכל כמ"ש בסי' קמ"ה [ס"ך] וי"א דזהו דווקא כשאכל הוא מקצת הפירות ובזוז העם שאר הפירות דכיון שהניח לבזוז ניכר שאינם שלו ואין זה חזקה אבל אם הניח פירותיהם עליהם הואיל ואכל אילן מכאן ואילן מכאן מכל השדה החזיק בכל השדה אף שלא אסף כל פירותיהן ויש חולקין בזה דאם רק הוציאו פירות ולא אכלן אין לו חזקה [טור] ואפילו לא הוציאו שארי האילנות פירות זהו דווקא כשנטועים עשרה לבית סאה אבל אם נטועים בפחות משיעור זה ואכלן מפוזר לא החזיק בקרקע רק הצריך לאילנות וי"א דה"ה אם היו נטועין יותר מעשרה לבית סאה כיון שלא אכל כל האילנות אע"פ שלא הוציאו פירות אין זה חזקה לכל הקרקע רק להקרקע הצריך להם וי"א דבכה"ג הוי חזקה אא"כ אין אילן רחוק מחבירו ד' אמות דאז הם בעקורים כשלא אכל מכל האילנות וכמ"ש וכן באילנות זקינות הנטועות ג' לבית סאה והיו ט' אילנות בהג' סאין ואכל אחד מסאה בשנה ובהג' שנים אכל ג' מהג' סאים אין זה חזקה כלל אף שהשאר לא הוציאו פירות ואינו דומה לשלשים נטיעות דאע"ג דבעיקר הדבר שוין ג' זקינים לעשר נטיעות מ"מ כיון שלא אכל רק אילן אחד בכל שנה לא הוי חזקה וכן הדין בבית סאה אחת לכל הדברים שנתבאר ואף שי"א דגם בג' זקינים הדין בכל הדברים כמו עשר נטיעות לא קיי"ל כן וכן הכריע הרא"ש ז"ל :

יא כמו שנתבאר כשהחזיק באילנות קנה כל הקרקע כמו כן אם החזיק בהקרקע קנה האילנות ואם אחד החזיק באילנות ואכל פירותיהם ואחד החזיק בקרקע וזרעה ואכל פירותיה וכל אחד טוען כולה שלי ואני לקחתי הקרקע והאילנות זה שהחזיק באילנות ואכלן שלש שנים יש לו האילנות והקרקע הצריך להם והוא כמלא לקיטת הפירות וסלו חוצה לכל אילן ואילן כמ"ש בסי' רט"ז וזה שהחזיק בהקרקע יש לו שאר הקרקע וע"ש בסי' רט"ז :

יב חזקת הג' שנים אם היתה שנה אחת מעוברת צריך להחזיק גם חודש העיבור דבכל מקום שהוזכר שנה גם העיבור בכלל ואין חילוק בין שידעו שהשנה יתעבר אם לאו :

סימן קמב [דין אם סייע המערער להמחזיק ובו ד' סעיפים]:

א אע"פ שאין חזקה בפחות מג' שנים מ"מ אם הביא המחזיק עדים שהמערער עשה דברים המורים שמכר לו כגון שהמערער הגביה סל פירות משדה זו על כתיפו של המחזיק כדי להוליכם לביתו של המחזיק והמערער ידע שהמחזיק נושאם לביתו בעד עצמו או שסייעו ללקט את הפירות והגביהם מהארץ ונתנם לתוך כליו של המחזיק וידע שיוליכם לביתו וכ"ש אם המערער בעצמו הוליך הפירות לביתו של מחזיק הוי חזקה מיד דאם לא היה מוכר לו לא היה עושה לו דברים הללו וי"א דה"ה אם המחזיק שלח דורון להמערער מפירות שדה זו וקבלן ממנו הוי ג"כ חזקה מיד שאם היה הקרקע שלו לא היה לו לקבלם בתורת מתנה אלא היה לו ליקח הכל וכ"ז כשיש עדים דאז אינו נאמן ליתן איזו אמתלא זולת כשטוען לפירות הורדתיו כמו שיתבאר מפני שקרוב הדבר שמכר אבל אם אין עדים אלא שהמערער בעצמו הודה על אחד מדברים אלו שעשה ונותן אמתלא על זה הפה שאסר הוא הפה שהתיר ונאמן דזה אינו הודאה ממש רק במקום עדים אין אנו מקבלים אמתלא [נס"מ]:

ב כל זה הוא אם המערער טוען שלא מכר לו כלל לא גוף השדה ולא הפירות דאז אינו נאמן אבל אם טוען שמכר לו הפירות על כמה שנים ולפירות הורדתיו לשדה זו וגוף השדה לא מכרתי לו נאמן ואין בזה שום חזקה אבל כשאינו טוען כן אינו נאמן במיגו שהיה אומר לפירות הורדתיו דאין זה מיגו דהא רצונו להוציא ממנו גם הפירות ואיך יודה עליהם ועוד דהוה כמיגו במקום עדים דהא עכ"פ מהעדים נודע שטענתו שקר ולפיכך אם אחד מוכר לחבירו פירות שדהו על כמה שנים צריך לעשות מחאה בכל ג' שנים להודיע שלפירות הורידו דלאחר ג' לא יהא נאמן גם בטענה זו ולכן בהכרח לעשות מחאה או לקבל ממנו שטר שאין לו רק פירות על כך וכך שנים:

ג וכן אם ראובן מערער על שמעון על הקרקע שבין ביתו לביתו של שמעון ששמעון גולה ממנו ואח"כ העמיד שמעון כותל בינו לבין ראובן וראובן סייעו בהעמדתה אין ביכולתו שוב לערער והחזיק שמעון מיד אף קודם ג' שנה ואפילו אין עדים על זה אלא הודאת ראובן הוה הודאה גמורה שהקרקע היא של שמעון דאל"כ לא היה מסייעו להעמיד כותל שמה וכן אפילו אם לא היה שום עירעור ביניהם ואפילו עמד הכותל שבינים על המיצר ונפל הכותל שביניהם ובנה שמעון הכותל והכניסו לגבול ראובן וראובן סייעו בבניינו וידע ראובן ששמעון הכנים לתוך שלו הוה חזקה מיד ואמרינן דמחל לו הקרקע דאל"כ לא היה מסייעו ולא עוד אלא אפילו אם שמעון בעצמו לא ידע ולא הרגיש כלל שהכניסו לגבול ראובן מ"מ כיון שראובן ידע וסייעו קנה שמעון מיד מטעם מחילה ואף שלא נתכוין לקנות קנה דרק בנכסי הגר בעינן כוונה לקנות כמ"ש בסי' ער"ה אבל במקום שיש דעת אחרת שמקנה לו לא בעי כוונה [נמק"י פ"ג דב"ב] ודווקא כשראובן מודה שידע שהכנים לתוך שלו אבל אם אומר שטעה ולא הרגיש שלא היה מכיר מקום שעמדה שם הכותל אם שמעון אומר ג"כ שלא הרגיש נאמן ראובן בלא שבועה [נ"ל] דכיון דשמעון אומר ג"כ שבטעות היתה למה לא נאמין לראובן ומחילה בטעות לא הוי מחילה אפילו עברו שנים הרבה ולא סילקה כיון שידוע שתחלת עמידתה בטעות היתה אבל אם שמעון אומר ששניהם ידעו מזה וראובן נתנה לו במתנה או שקנה ממנו אם יש עדים שסייעו בבניינו נאמן שמעון בהיסת שמכרה או נתנה לו וקנה מיד וא"צ חזקת ג' שנים ואם אין עדים אלא שראובן מודה מעצמו שסייעו ושהיתה בטעות נאמן ראובן בשבועת היסת קודם ג' שנים [נ"ל] וכן אם ראובן לא סייע כלל בבניין הכותל אע"פ שידע שהכנים שמעון לתוך שלו אין לשמעון חזקה קודם ג' שנים ואם שמעון טוען שראובן מכר לו או נתן לו וראובן מכחישו נשבע ראובן היסת ומעמיד הכותל על מקום הראשון כיון שהוא עדיין קודם שני חזקה וזהו דווקא בבניין כותל אבל בפתיחת חלון לחצר חבירו כגון ששמעון פתח חלון לחצירו של ראובן לדעת הרמב"ם ז"ל כיון שידע ראובן בפתיחת החלון ולא מיחה מיד אפילו לא סייעו בפתיחתה [ש"ך] אינו יכול לחזור ולערער דלהיזק ראיה יש חזקה מיד דדווקא בכותל יש שיכול לסבול ומחשב בלבו לא אניח לו להחזיק ואעמידנה על מקום הראשון ולכן כשלא סייעו צריך שני חזקה אבל בהיזק ראיה אין אדם שיכול לסבול ומדשתק וודאי דמחל ויש מרבותינו שחולקים בזה וס"ל דאדרבא בחלון אפילו סייעו בפתיחתה אין לו חזקה דדווקא בהעמדת כותל שהשיג גבול קרקעו אינו מדרך העולם לסייעו בזה אבל בפתיחת חלון שגבולו לא השיג י"ל דלא איכפת ליה מה שעושה עתה בשלו וסומך שכל זמן שירצה יסתום לו החלון ועיקרי דינים אלו יתבארו בסי' קנ"ד בס"ד:

ד ממה שנתבאר דכשהמערער עושה איזה דבר להמחזיק שנראה ממנו כהודאה אינו יכול שוב לערער כתב רבינו הרמ"א דמזה יש ללמוד על ראובן ושמעון שיש להם עירעור על חזקת ישוב וקנה ראובן משמעון החזקה לשנה הרי הישוב לשמעון והוה כהודאה ממנו שאלו היתה החזקה לראובן לא היה קונה משמעון לשנה דאע"ג דעביד איניש דזבן דיניה ואין רצונו לעמוד במחלוקת מ"מ זהו אם היה קונה ממנו הזכות לעולם

לעולם אבל כשקנה על שנה הרי לא עשה כלום דאחר השנה יהיה המחלוקת כמקדם וא"כ למה עשה כן אלא וודאי שהודה לו וכן אם שכרו ממנו בכל שנה בכך וכך אף ששכרו לעולם מ"מ הוה כהודאה ממנו דדרך האנשים לקנות ולשלם דמים פעם אחת כדי שלא לעמוד במחלוקת אבל לא לשכור [סמ"ע וכס"מ] לשלם בכל שנה ושיקרא שם המשכיר על זה וה"ה לכל כיוצא בזה מיהו זה וודאי אם הב"ד רואים שהוכרח ראובן לקנות משמעון על שנה או לשוכרה מפני איזה הכרח שהיה לו כגון שלא היה לו מקום לדור או לאחד מקרוביו וכיוצא בזה שאר הכרח דאין זה הודאה ממנו והכל לפי העניין [כ"ל] :

סימן קמג [המחזיק שלא בפני המערער שהוא במדינה אחרת או ברח ובו ד' סעיפים] :

א כבר נתבאר בסי' ק"מ דטעמא דחזקה שלש שנים מפני שאמרו חז"ל דעד ג' שנים אדם נזהר בשטרו ולכן קודם ג' שנים אף אם לא עשה המערער מחאה ואפילו החזיק בפני המערער שהיו שניהם בעיר אחת אינה חזקה משום דאמרינן להמחזיק הבא שטרך ואף אם יברר שנשרפו אצלו כל הניירות אין חזקה בפחות מג' שנים משום שיש בני אדם שאין מקפידין כשמשתמשים בשלהם עד ג' שנים אבל לאחר ג' שנים אפילו היה המערער בריחוק מקום כיון שלא עשה מחאה אבד חזקתו ואפילו היה במדינה אחרת אם רק שיירות מצויות ממקום המחזיק למקום שהמערער שם דאם היה מוחה היה מגיע לאזני המחזיק דחברך חברא אית ליה והיה נזהר בשטרו אבל אם היתה מלחמה ושיבוש דרכים בין מקום זה למקום זה לא הוי חזקה דמה תועיל המחאה כיון שלא תגיע לאזני המחזיק וכן במקום שצריך למחות ועשה מחאה אף שנודע בבירור שלא הגיעה המחאה לאזני המחזיק מ"מ אינה חזקה ואע"ג דמה היה לו להמחזיק לעשות הרי עברה ג' שנים ולא הגיע המחאה לאזניו וכן כשהמערער היה במקום שלא תועיל המחאה והוא לא ידע מזה שיהא נזהר בשטרו למה לא ישאר בחזקתו כיון דיותר מג' שנים אין אדם נזהר בשטרו אמנם עיקר העניין כן הוא דאין החזקה נגמרת במה שהיתה בידו שלש שנים וא"א לו ליזהר בשטרו דזה לבד אינו מספיק להעמיד הקרקע בידו כיון דקרקע בחזקת בעליה המערער עומדת בכה יזכה בה זה המחזיק בלא ראיה ולכן אם המערער היה יכול למחות ולא מיחה זה גופה ראיה גמורה על חזקתו של המחזיק והשטר לא שמר אחר ג' השנים אבל כשהיה במקום שאינו מועיל המחאה או שמיחה ולא הגיעה לאזני המחזיק נהי דלא מצינו ריעותא מהעדר שמירת השטר אצל המחזיק כיון שעברו ג' שנים אבל עכ"פ אין לו ראיה במה לזכות בהקרקע [עיין רמב"ן פ"ג דב"ב ובקלס"ח סי' ק"מ] :

ב כשהמערער היה במקום שאינו מועיל המחאה אפילו יש עדים שבא המערער ליום השוק במקום המחזיק ושהה כאן ל' יום ואפילו היו השלשים יום בסוף השלש שנים בעניין שאם לא ימחה עתה לא יהיה עוד זמן למחות מ"מ אינה חזקה מפני שהמערער יכול לומר דכל אותם ל' יום שהייתי בכאן הייתי טרוד בשוק ולא ידעתי שהיית מחזיק בביתי ודווקא שהיה לו לזה המערער עוד בית באותה העיר שהיה מתאכסן שם בבואו ליום השוק ולכן יכול לומר שבכל השנים שהייתי בריחוק מקום שאין שיירות מצויות לא הגיעה החזקה לאזני כי כמו שהמחאה אפשר שלא תבא לאזני המחזיק כמו כן לא הגיעה החזקה לאזני המערער וכשהייתי בכאן על יום השוק ונתאכסנתי בהבית האחר והייתי טרוד ולא ידעתי מהחזקה כלל וכ"ש אם היתה חזקת שדה דוודאי קרוב הדבר שלא ידע כלל [רשב"ם ל'. בד"ה ה"ל ורא"ש שם ומ"ש התוס' ל"ח. בד"ה מהא"ס כוונתם שיכול לטעון שהחזקה נשמעת] אבל יש מי שאומר שדין זה דטרדת השוק אינו אלא בשוק של כפרים שהעם טרודים בשווקים שלהם אבל בשווקים דעיירות וכרכין אין טענת טירדא כלל דבשם רווחי עלמא ואין נדחקין כל כך ואין הטירדא גדולה כל כך שלא יתוודע מהחזקה ודווקא שהיה בכאן בסוף הג' שנים אבל אם היה בתחלתן או באמצעיתן ולא מיחה אינה חזקה מפני שיכול המערער לומר דכשהייתי בכאן לא חששתי למחות מפני שהיה לי עוד פנאי עד כלות הג' שנים ואח"כ נשתקעתי בריחוק מקום שאין שיירות מצויות ולשוב לא יכולתי וכ"כ רבינו הרמ"א דהכל הולך אחר סוף הג' שנים שאם היה בתחלתן במקום שאין יכול למחות ובסוף במקום שיכול למחות הוי חזקה ואם היה בתחלתן במקום שיכול למחות והלך למקום שאין יכול למחות לא הוי חזקה דמה שלא מיחה בתחלה י"ל שסמך למחות בסוף ולשוב אלא שלא נזדמן לו עכ"ל :

ג אין כל אלו הדברים אמורים אלא כשהדבר ידוע שלא היה המערער במדינה ששיירות מצויות מזו לזו אבל אם אין ידוע אין שומעין לו במה שאמר שלא היה כאן ואפילו שבועה א"צ המחזיק [ט"ז] עד שיברר זה בעדים דכיון שזה החזיק בשופי ג' שנים והחזקה נשמעת למרחוק עליו לברר שהיה במקום שלא היתה המחאה נשמעת ואם לא כן טענה גרוע היא ועליו להביא

להביא ראיה אבל כשהמחזיק אומר קניתיה ממך בכאן ביום פלוני בשעה פלונית והמערער אומר לא הייתי כלל בכאן ביום פלוני על המחזיק להביא ראיה ויתבאר בסי' קמ"ו סעי' י"ג מפני שזהו טענה קרובה לומר שהיה במקום אחר ודרך אנשים כן הוא אבל לומר שהיה בריחוק מקום כל כך עד שאין המחאה נשמעת הוי טענה גרוע [נ"ל וא"ש שלא יסתור הסמ"ע למ"ש בסי' קמ"ו סעי' י"א וע' תומים] :

ד ברח המערער מחמת סכנת נפשות אין מחזיקין בנכסיו אפילו ברח למקום קרוב מפני שירא לעשות מחאה שלא יתוודע מקומו וירדפו אחריו אבל אם ברח מחמת עניין ממון מחזיקים בנכסיו שאינו ירא כל כך וכן יש מי שאומר שאין מחזיקין בנכסי שבוים ולא בנכסי רטושים והם אנשים שעזבו מקומם והלכו למרחקים מפני הרוחק [כ"ל] ואין אדם יודע איפא הם ולא בנכסי שוטים דבכל אלו לא שייך מחאה ואינם יודעים מי שמחזיק בשלהם דנפיש צערייהו וע"פ רוב הם במרחק רב שאין החזקה נשמעת והכל לפי ראות עיני הב"ד ומה גם עתה שנתרבו מהירות הדרכים בעולם צריכים להבין היטב מקום שנשמעת החזקה והמחאה ומקום שאינה נשמעת :

סימן קמד [שנים שהחזיקו בשדה אחת זה אכלה וזה אכלה ובו ד' סעיפים] :

א שנים שהחזיקו בשדה ששה שנים האחד אכלה שנה ראשונה ושלישית וחמישית והשני אכלה שנייה ורביעית וששית לא עלתה חזקה לאחד מהם ואף אם היה דרך אותו המקום להוביר שנה ואם היה הראשון לבדו היתה חזקתו טובה מ"מ עתה שהשני זרעה ג"כ אבד גם הוא חזקתו בזה שהניח להשני לזורעה בשנים שהיתה צריכה להיות בורה וקלקל השדה ולא החזיק כראוי ואפילו אם היה דרך אותו המקום לזרוע שנה אחר שנה והמה שותפים וטוענים שלקחוה מהמערער ג"כ אין להם חזקה מפני שיכול המערער לומר גזולה היא בידכם ולא הששתי למחות כיון שראיתי שלא החזיק בה אחד מכם ג' שנים רצופות כראוי ולכן אם עשו שטר ביניהם והביאו השטר שותפות שלהם לב"ד ונכתב בו שכן עשו ביניהם שזה יזרע שנה וזה שנה ואומרים שהשטר מכירה מהמערער נאבד מהם כיון שעברה ג' שנים הוי חזקה דכשיש להם שטר הם שניהם כאיש אחד ואפילו לא אכל כל אחד מהם ג' שנים ורק בין שניהם אכלו ג' שנים הוי חזקה דשטר יש לו קול והיה לו להמערער לעשות מחאה :

ב וכן אם אינם טוענים שלקחוה מהמערער אלא שאומרים שלקחו שדה זו מפלוני ועשה להם המוכר הזה שטר מכר והביאו זה השטר לב"ד כיון שעברו שלשה שנים עלתה להם חזקה אם רק נתברר שהמוכר שלהם החזיק בה אף יום אחד דבכה"ג טענינן ללוקח שהמוכר קנאה מהמערער כמ"ש בסי' קמ"ו וכיון שיש להם שטר מזה המוכר נחשבים כאחד וה"ה לעבד שהחזיקו בו בעניין זה הוה חזקה דדין אחד לעבד ולקרקע וכן מצטרפים ג' לקיחות כשיש להם שטר זה מזה כגון אכלה האחד שנה ומכרה לאחר והחזיק גם הוא שנה ומכרה הוא לשלישי והחזיק שנה אם מכרו זל"ז בשטר עלתה להם חזקה כשהראשון טוען שלקחה הוא מהמערער או מאחר שלקחה מהמערער וכמ"ש דכיון שיש שטר ביניהם כולם כאיש אחד הם ובלא שטר לא עלתה להם חזקה :

ג החזיק אחד בשדה שנה ומת וירשה בנו או שאר יורש הראוי ליורשו [כ"ל] ואכלה שתים או שהאב אכלה שתים והבן שנה הוה חזקה גם בלא שטר דלא שייך שטר בירושה והכל יודעים דבן יורש את אביו והיה לו לעשות מחאה ואפילו היה הבן קטן בשעה שמת אביו היה לו ג"כ למחות [סמ"ע] ואפילו אכלה האב שנה והבן שנה והלוקח שלקחה מהבן שנה ה"ז חזקה ודווקא כשלקחה בשטר וכמ"ש :

ד אכלה המחזיק בחיי בעל השדה שנה ומת בעל השדה ואכלה בפני בנו שתים או בפני האב שתים ובפני בנו שנה ה"ז חזקה דהיה לו להבן לעשות מחאה דרשות האב והבן אחד הם ודווקא כשהיה הבן גדול בשעת מיתת אביו דאם היה קטן אין מחזיקין בנכסי קטן אפילו הגדיל אח"כ וכמ"ש בסי' קס"ט וי"א עוד דדווקא שהיה הבן גדול בתחלת החזקה שהיתה בפני האב [רשב"ס] דאם היה קטן אז לא ידע אח"כ אף כשנתגדל בחיי אביו וכן אם היורש היה במרחקים בשעת מיתת מורישו ובא לאחר ג' שני החזקה אין זה חזקה דהא לא ידע מירושתו ומזה שאחר החזיק בשל מורישו ואפילו שיירות מצויות דהא לא שלו היא השדה שיתחקור אחרי המחזיקה [כ"ל] וכן אם אכל בפני האב שנה ובפני הבן שנה ובפני לוקח מהבן שנה ה"ז חזקה אך דבר זה א"א להיות כשמכר הבן שדה זו לבדה דא"כ אין לך מחאה גדולה מזו והיה לו להמחזיק ליזהר בשטרו אבל אם מכר כל שדותיו סתם דממילא נכללה גם שדה זו בכלל אין זה כמחאה שהרי לא הכיר המחזיק שנמכרה ולפיכך לא נזהר בשטרו והיה לו להבן או להלוקח ממנו כל שדותיו לעשות מחאה ואפילו מכרה בפ"ע דווקא כשמכרה בשטר אבל בלא שטר אין לזה קול ולא ידע המחזיק שיזהר בשטרו ויש חולקים בזה דדווקא גבי לקוחות המחזיקים בעינן שטר כי אין להמערער לחקור אם החזיקו כראוי אם לא

לא שיתברר הדבר ממש בקול אבל המחזיק יש לו לחקור שאחר לא ימכור שדהו [טור] ולכן אם אפילו מכרה המערער בלא שטר הוה מחאה וכן אם הקדישה המערער בתוך הג' שנים בטלה חזקתו דזהו ג"כ כמחאה [סמ"ע] ואפילו מכרה או הקדישה בריחוק מקום שאין נשמעת להמחזיק מ"מ בטלה חזקתו כיון שהמערער עשה מחאה [כס"מ] וכמו שבארנו בסי' קמ"ג :

סימן קמה [הביא המחזיק עדים ולא כוונו עדותם ובו ח' סעיפים] :

א עידי חזקה שהעיד האחד שאכלה חיטים והשני העיד שאכלה שעורים אין זה הכחשה מפני שבין חיטים לשעורים כשהם בקמותיהם הטעות מצוי אבל אם אחר אומר חיטים או שעורים והשני אמר קיטניות אין מצטרפין [טור] דבזה לא טעו אינשי וכן עיקר לדינא ודלא כיש מי שחולק בזה [ס"ך] ואם אחד אומר לא דקדקתי לראות מצרפין עדותו וכן להיפך בחיטים ושעורים שזה אומר דקדקתי יפה והיה חיטים וזה אומר דקדקתי יפה והיה שעורים בטלה עדותם [נ"ל ולא"ס ממ"ש בכללי מיגו אות י"ג] :

ב ואם היתה הכחשה ביניהם בזמן החזקה כגון שזה אומר שאכלה שנה ראשונה שלישית וחמישית וזה אומר שנייה ורביעית וששית אינם מצטרפים אפילו לא הכחישו ממש זה את זה [טור] אלא שזה ראוהו אג"ה וזה ראוהו בד"ו דאם הוא מקום שאין מובירין הלא לא העיד אחד מהם על שלש שנה רצופות ואם הוא מקום שמובירין ג"כ אינה חזקה דהרי נודע מהם שזורעה רצופות ולא הוה חזקה לדיעה שנייה שבסי' קמ"א סעי' ג' ולדיעה ראשונה שם הוי חזקה [נ"ל] ולדיעה שנייה צריך לשלם גם הפירות מכל הששה שנים שאכל [סמ"ע] ואף דאין רק עד אחד על הפירות מ"מ כיון דאינה חזקה הרי צריך לישבע להכחיש העד והוא אינו מכחישו ויש לו דין דמתוך שאינו יכול לישבע משלם כמ"ש בסי' ע"ה אבל כשמכחישין זא"ז שזה אומר שאכלה אג"ה ולא בד"ו וזה אומר בד"ו ולא אג"ה חזקה לא הוי אבל הפירות א"צ לשלם כיון שמכחישין זא"ז וכשאחד אומר שאכלה אב"ג והשני אומר דה"ו אם מכחישין זא"ז אינה חזקה ומחזיר הקרקע ולא הפירות ואם אין מכחישין זא"ז הוה חזקה אם הוא מקום שאין מובירין ואם הוא מקום שמובירין תלוי בשני הדיעות שבשם ואם אחד אומר אב"ג והשני אומר גד"ה או בג"ד ומכחישין זא"ז בשנה אחת או שתים ובמקצת שוין הן אינה חזקה והפירות ישלם בעד השנים שאין מכחישין זא"ז [נ"ל] :

ג אם שני עדים העידו על שנה ראשונה ויותר אינם יודעים ושנים העידו על שנה שנייה ושנים על שנה שלישית הוה חזקה [ב"ב נ"ו:] ואין זה חצי עדות כבשתי שערות שנתבאר בסי' ל' דאין זה עדות משום דבשם ביכולתם לראות כל העדות אבל בחזקה א"א לראות כל הג' שנים בזמן אחד ובהכרח לראותם מפוזרות ולכן מצטרפין זל"ז [רשב"ם שם] ועוד דבשם החצי עדות אינו כלום אבל בחזקה יש ממשות בעדים דכל שנה בלבד דבעדותן בלבד מוציאין הפירות שאכל אם אין עדים על כל הג' שנים [רי"ף ותוס'] ולכן כשיש עדים על כל השלש שנים מצטרפין זל"ז וכן מצטרפים לעדות זה ג' אחים שכל אחד מעיד על שנה אחת ואחר יש עמהם המעיד על כל הג' שנים עלתה לו חזקה הגם דקרובים פסולים יחד לעדות מ"מ מצטרפים מפני דכל שנה הוא עדות בפ"ע רק דממילא נתבררה החזקה :

ד לא מצא עדים אלא על ב' שנים לא לבד שאינה חזקה אלא גם צריך להחזיר הפירות שאכל ע"פ העדים ואין זה מן התימא שהעדים שהביא לזכותו יתחייב על פיהם דוודאי כן הוא דהא העדים אין מעידין שהשדה שלו אלא שראוהו עובד בה ואכל פירותיה וממילא כיון דלא החזיק שני חזקה עומדת ברשות המערער וצריך להחזיר הקרקע והפירות ושמין לו כיורד שלא ברשות אם נטע או בנה כמ"ש בסי' שע"ה ובין ששני עדים מעידים על השנים ובין שעד אחד מעיד עליהם צריך להחזיר הפירות כשהמערער תובע הפירות משום דהוא מחוייב שבועה להכחיש את העד ואינו יכול לישבע דבזה אין העד מכחישו וכל מחוייב שבועה ואינו יכול לישבע משלם ומיהו פירות של שנה שלישית א"צ להחזיר דממ"נ אם נאמין לו שאכלה נחזיקו בהקרקע ואם אין עדים כלל והוא אומר השדה שלי ואכלתי הפירות שני שנים אם צריך להחזיר גם הפירות ע"פ עצמו יש מחלוקת בזה אם אומרים מיגו דאי בעי אמר לא אכלתי נאמן ג"כ לומר אכלתי ושלי אכלתי או לא והעיקר דא"צ לשלם [מהרו"ס] וכן אם הביא עד אחד שאכלה ג' שנים מחזיר הקרקע ולא הפירות דאם נאמין להעד נצטרך להחזיקו בהקרקע כיון שמעיד על ג' שנים ואין צ"ל כשאין עדים כלל על אכילת הפירות והמחזיק אומר שאכלם ג' שנים שמחזיר הקרקע ולא הפירות מטעם זה ובמחזיק עצמו אף כשאומר שאכלה שתי שנים א"צ להחזיר הפירות מטעם מיגו כמ"ש :

ה כשמחזיר הקרקע והפירות ישבע המערער היסת שלא מכר ולא נתן לו כלום ובכל אלו שמחזיר הקרקע ולא הפירות ישבע המערער ותחזור לו הקרקע והמחזיק ישבע שאינו חייב לו כלום מהפירות שאכל ויפטר

ויפטר אבל לא ישבע שמכר לו כדי שלא יכחישו זא"ז להדיא בהשבועה [סמ"ע] ואין דבר שיכריחנו לזה :

ו כל המתחייב להחזיר הפירות שאכל אם לא היו ידועים ואין ב"ד יכולים לשער אותם כמו פירות אילן שאינה ידועה הואיל שאין כאן טענה וודאית שאכל כך וכך ישלם מה שמודה ומטילין קבלה על כל מי שאכל יותר ואינו משלם ואם טוען בברי שאכל כך וכך ישבע המחזיק היסת וכל המחזיר קרקע מת"י אם השכירו לאחר בעת שהחזיק בה והשוכר קיים מוציאין ממנו דמי שכירות פעם שנית ונותנים לבעל הקרקע והוא חוזר ותיבע לזה שהשכיר לו דבר שאינו שלו ונטל ממנו שכר בגזילה ואף אם כבר עבר הזמן מ"מ כיון שהדבר ידוע צריך לשלם להבעלים :

ז כשאין עדים על הג' שנים ומצווים להמחזיק להחזיר הקרקע להמערער אפילו כשהמערער אומר שאכלה ג' שנים ויותר ואין לתמוה הא הודאת בע"ד כמאה עדים דמי וליהוי הודאתו כמו שהעידו עדים על ג' שנים ולמה נוציאה מהמחזיק כשלא עשה המערער מחאה דהטעם הוא מפני שהמערער זוכה במיגו שהיה אומר שלא אכלה שלש שנים ואף שרצונו להוציא גם הפירות מ"מ לגבי הקרקע הוה מיגו טוב ובהפירות יודע שע"י עצמו לא יוציא ואין זה מיגו להוציא דקרקע בחזקת בעליה עומדת [תו"ת] ועוד דבכל מקום שאומרים הודאת בע"ד כמאה עדים היינו בהודאה גמורה וזה שהודה שאכלה שלש שנים הלא אדרבא אמר שבגזילה אכלה וזה שאנו מעמידין בחזקת המחזיק כשיש עדים על ג' שנה היא אומדנא בעלמא והרי אם היו עדים מעידים שאכלה שלש שנים וגזולה היא בידו היו מוציאים ממנו והרי גם המערער טוען כן ועוד דכבר בארנו בסי' קמ"ג דהחזקה אינה מצד הג' שנים דעדיין אין לו במה לזכות ועיקר החזקה הוא מפני שלא מיחה בו וכיון שאין כאן עדים יכול המערער לומר לא הוצרכתי למחות כיון שידעתי שאין לו עדים על כל הג' שנים וממילא דאין החזקה כלום [כ"ל] ולכן גם כשנשבע המחזיק על הפירות כמ"ש בסעי' ה' צריך לישבע על כל השנים שאינו חייב לו כלום דאין אכילתו חזקה :

ח יש להסתפק בשלשה כיתי עדים לשלשה השנים אם יש הכחשה באחת מהכיתות המעידים על שנה אחת שאחד אומר חיטים ואחד אומר שעורים אי לא הוה עדות מוכחשת ואף שבסעי' א' נתבאר שאין זה עדות מוכחשת זהו מפני שמעידים על כל הג' שנים ואין נ"מ בזה לעניין החזקה לא דייקי בין חיטים לשעורים אבל כשמעידים על שנה אחת וע"פ עדותם בלבד חייב המחזיק לשלם הפירות והוה כמו שבאו לחייבו מה שאכל והוה כמו שזה אומר חיטים חייב לו וזה אומר שעורים דהוה מוכחשת [תו"ת] אמנם באמת אין זה עדות מוכחשת [נס"מ] דהא העדים אין באים לחייבו אלא להעיד ששלו הוא רק לדינא אינו מועיל כשאין עדים על הג' שנים וכיון שעכ"פ עתה יש ג' כיתות לכל הג' שנים הדר הוה ליה כאלו הם עצמם מעידים על כל הג' שנים [כ"ל] :

סימן קמו [דיני מחאה ובו ל"א סעיפים] :

א מחאה מבטלת החזקה אפילו מיחה שלא בפני המחזיק ואפילו הוא במדינה אחרת אם רק שיירות מצויות ביניהם כמ"ש בסי' קמ"ג ובלבד שימחה בפני עדים ודי שימחה בפני שנים ואפילו הם זקנים וחולים שאינם יכולים לילך ולהודיע להמחזיק מפני דחברך חברא אית ליה והם יאמרו הדבר לאחרים ואחרים לאחרים עד שישמע המחזיק ולא בעינן בזה עדים כשרים דווקא דאפילו בפני נשים או עבדים או קרובים או פסולים דאין זה עדות אלא מחאה בעלמא [כ"ל] אבל בפני חרש שוטה וקטן אינו מועיל דאין בהם דעת ואין דבריהם נשמעין כלל ולא יצא הקול על פיהם ואפילו בפני אחד פקח ואחד חש"ו אינו כלום [כ"ל] :

ב אין מחאה בפחות משנים אבל באחד לא דאחד אינו מוציא קול ואפילו מיחה גם בפני המחזיק ואפילו מודה המחזיק שמיחה דמתוך שיכול לומר לא מחית בי נאמן ג"כ לומר לקוחה היא בידי וישבע היסת ואע"פ שעד אחד היה אז מכחישו מ"מ חשיב מיגו כיון שלא היה חייב שר"א דבקרקע ליכא שר"א כמ"ש בסי' צ"ה ולפיכך גם עתה שאינו מכחיש את העד בהמחאה אלא שבא בטענת לקיחה אין דנין בזה דין דמתוך שאינו יכול לישבע משלם דבשבועה דרבנן אין דנין דין זה כמ"ש בסי' ע"ה ויש מי שחולק בזה וס"ל דאפילו אין כאן עד כלל כיון שמודה במחאה אבד חזקתו דהיה לו ליזהר בשטרו ואבד המיגו שלו דעכ"פ היה לו ליזהר בהשטר ודיעה ראשונה ס"ל דיכול המחזיק לומר כיון שלא מיחה בפני שנים סבור הייתי שלא כיון רק להשטות בי ולכן לא נזהרתי בשטרי [סמ"ע] :

ג אפילו אם העדים שמיחה בפניהם אומרים לא ספרנו המחאה לשום אדם אפ"ה הוי מחאה לבטל החזקה כיון שמיחה כראוי וסמך עליהם שיגידו מחאתו לאחרים דכבר בארנו בסי' קמ"ג דעיקר החזקה הוא מפני שלא עשה המערער מחאה וכיון שעשה מחאה אין חזקת המחזיק חזקה בלא שטר ולא עוד אלא אפילו אמר המערער להעדים שמיחה בפניהם אל תאמרו לו להמחזיק

להמחזיק או שהעדים אמרו מעצמם לא נאמר לו הוי מחאה דכיון שלא אמר רק שלא יאמרו לו משמע שלאחרים יכולים להגיד וממילא שהם יאמרו לאחרים ואחרים לאחרים עד שיגיע לאזני המחזיק ואפילו אמרו לא נוציא דבר זה מפינו הוי מחאה דמילתא דלא רמי עליה דאינש שהדבר אינו נוגע לו ואינו מוזהר מהבעל דבר אומר לפני אחרים ולאו אדעתיה מה שאמר לא אוציא דבר זה מפי ולכן אם המערער אמר להם לא יצא דבר זה מפיכם לא הוי מחאה ואפילו עברו ואמרו להמחזיק שעשה המערער מחאה כיון שהגידו לו שאמר להם לא יצא זה מפיכם לא חש לזה ולא נזהר בשטרו [ס"ך] ויש מי שאומר שאפילו לא אמרו לו שהמערער צוה שלא יגידו ג"כ לא הוה מחאה כיון שכשקר אמרו לו דהא אין מחאתו מחאה כלל כיון שצוה שלא יגידו ולא נהירא דהן אמת דמחאתו אינו כלום אבל גם חזקתו אינו כלום דכיון שלדעתו הוה מחאה למה לא נזהר בשטרו:

ד כיצד הוא לשון המחאה אומר בפני שנים פלוני שהוא משתמש בביתי או בשדי גזלן הוא ואתבע אותו לדין וכן אם אמר להם שכורה היא בידו או משכנתא ואם יטעון עלי שמכרתיה או נתתי לו אתבענו לדין וכן כל כיוצא בזה ה"ז מחאה אבל אם אמר להם רק פלוני שמשתמש בחצירי או בביתי או בשדי גזלן הוא ולא סיים שיתבענו לדין אין זו מחאה שהמחזיק אומר כששמעתי דברים אלו שאמר אמרתי שכוונתו היתה רק לחרפיני בלבד ולכן לא נזהרתי בשטרי ולדיעה זו צריך המערער להזכיר באיזה אופן תופסה המחזיק אם בגזילה אם בשכירות ואם במשכנתא ושיתבענו לדין אבל י"א דתביעה לדין אינו מעכב המחאה אלא כיון שאמר פלוני משתמש בחצירי בגזל או פלוני גזלן הוא שמשתמש בחצירי או שאמר שכורה היא בידו או משכונא הוי מחאה ומה שהזכירו בגמ' [ב"ב ל"ח:] תביעה לדין אינו לעיכובא אלא שכן דרך בני אדם לומר לא אשתוק ואתבענו לדין ודוקא כשאומר רק פלוני גזלן הוא אין זה מחאה דהוא רק לישנא בישא בעלמא אבל כשהזכיר העניין א"צ יותר:

ה מחאה בפני שנים והשומעים כותבים המחאה אע"פ שלא צוה להם לכתוב דזכות הוא לו כדי שתתקיים המחאה ע"פ כתבם ג"כ אם לא יוכלו להעיד וגם להמחזיק אין זה חובה דאין מריעין לו כלום ואדרבא אם יש שטר בידו ישמרנו כשישמע המחאה [סמ"ע] ויכתבו בלשון שליחות פלוני העדנו על עצמו לכתוב לו שעשה מחאה על חזקת פלוני ואף שלא צוה להם לכתוב מ"מ כיון שמיחה בפניהם מסתמא גם רצונו היה שיכתבו אלא שלא התעורר לצוות להם שיכתובו ולא יכתבו שמענו שעשה מחאה דזהו כעדות מפי כתבם ואע"פ שנתבאר דאין זה עדות גמורה אלא גילוי מילתא בעלמא וכ"ש לשיטת הראשונים שבסי' כ"ט דעדות בכתב כשר מ"מ כל מה שביכולת לעשות שיהיה כעדות גמורה בהכשר גמור וודאי נכון לעשות ולכן בדיעבד אם כתבו שמענו שמיחה מקיימין המחאה מפי כתב זה ואף שיש מי שחולק בזה מ"מ כן עיקר לדינא [תו"ת] ועידי המחאה מצטרפין אפילו כשמיחה לפני כל אחד בפ"ע [ס"ך]:

ו כיון שמיחה פעם אחד קודם כלות ג' שנים א"צ לחזור ולמחות עוד בכל שנה ושנה ורק צריך לשמור שלא תהא בין מחאה למחאה ג' שנים שלימות דאם עברו ג' שנים אחרי המחאה הראשונה נתחזק המחזיק בחזקתו שיכול לומר כיון ששתק ג' שנים מזמן המחאה סברתי שחזר בו ממחאתו הראשונה ולא נזהרתי בשטרי עוד בד"א כשהיתה רק מחאה בדיבור בעלמא מהמערער אבל אם עשה מעשה שהיא כמחאה כגון שמכרה לאחר תוך ג' שנים מחזקתו א"צ למחות עוד לעולם כיון שעשה מעשה למוכרה לאחר צריך המחזיק ליזהר בשטרו עד שיתברר הדבר בב"ד ואע"ג שביכולת המחזיק לטעון אחרי משך ג' שנים ממכירתו שקנאה מזה שמכר לו מ"מ אין להמערער לדאוג על זה והקונה באמת צריך ליזהר בזה ויודיע לב"ד או לעדים קודם כלות ג' שנים מזמן קנייתו מהמערער או שיעמיד עדים שיעידו שהחזיק זה המחזיק בהקרקע גם קודם שקנה הוא מהמערער [נ"ל] וכן לא הצריכו למחות בסוף כל שלש שנים אלא כשעמד בתוכה אותו הראשון המחזיק אבל אם המחזיק מכרה לאחר אינו צריך למחות בהלוקח לפי שהלוקח הזה אינו בא אלא מכח הראשון המחזיק וכבר מיחה בהראשון ודווקא אם הוא מובטח בהלוקח הזה שלא ישקר לטעון שקנאה מהמערער או שהודה הלוקח כן בפני עדים דאל"כ צריך למחות כדי שלא יטעון הלוקח שקנאה מהמערער [סמ"ע]:

ז עירער בסוף שלש שנים וחזר ועירער בסוף שלש שנים אחרות אם מחמת טענתו הראשונה עירער מחאתו מחאה ואם טוען טענה אחרת כגון שבראשונה אמר גזולה היא בידו ובאחרונה אמר משכנתא היא בידו בטלה מחאתו וזה עומד בחזקתו לפי שהודה בעצמו שמחאתו הראשונה היתה שקר והוה כלא עשה מחאה כלל וי"א דזהו דווקא כשהודה באחרונה שטענתו הראשונה היתה שקר אבל בסתמא נוכל לומר שמקודם היתה גזולה ביד המחזיק ואח"כ משכנה בידו [סמ"ס בטור] ובתוך השלש שנים אפילו עשה כמה מחאות ושינה ממחאה למחאה הוה מחאה בכל עניין דכיון שיש לו זמן שלש שנים יכול לבחור לו איזה טענה שירצה ולא אמרינן שהוחזק כפרן דאין אדם נעשה כפרן רק ע"פ עדים ולא ע"פ עצמו [רא"ש] וי"א דאפילו בתוך שלש שנים אינו יכול לשנות ממחאה למחאה [רשב"ם ל"ט: נמק"י שם] והרמב"ם פי"א מטוען השמיט

דין

דין זה לגמרי ולא ידעתי למה שהרי היא ברייתא מפורשת שם [ואולי ס"ל דרבא פליג ע"ז מדלא אמר סלכס כב"ק או וכן אמר רבא אלא לאפוקי מברייתא דיליה ע"ש ודו"ק]:

ח מחאה אינו מועיל רק כשידוע שהקרקע היא של המערער ומפורסם הדבר אבל אם אין זה ידוע אע"פ שהאמת שהיא של המערער אינו מועיל כגון שבעל הקרקע נתן קרקע זו במתנה להמערער רק שנתנה בסתר ולא בעדים אלא בשטר בבת"י ולא נתגלתה לכל שהיא שלו אין מחאתו כלום דהמחזיק יכול לומר לא חששתי כלל למחאת. שלא נודע ששלו היא הקרקע ואני קניתיה ממי שנתנה לו וממנו לא שמעתי שום מחאה ולכן לא נזהרתי בשטרי ולפ"ז כשירצה שתועיל מחאתו יביא שטר מתנתו לב"ד ויקיימוהו ואח"כ תועיל מחאתו [כ"ל]:

ט אע"פ שנתבאר דהטעם דעד ג' שנים לא הוה חזקה דאמרינן ליה למחזיק הבא שטרך דעד ג' שנים אדם נזהר בשטרו ולפ"ז היה לנו לומר דאם יטעון המחזיק קנייתי היתה בכסף או בחזקה ולא בשטר שתועיל חזקתו מיד אבל לא מצינו שחלקו חז"ל בזה והטעם דגם טעם שבארנו בסי' ק"מ דעד ג' שנים לא קפיד איניש גם זה אמת ולכן אין לו להמערער לעשות מחאה קודם ג' שנים וכשעשה מחאה והמחזיק אומר שקניינו היה בכסף או בחזקה יביא עדים על זה ואם באמת היה הקניין בינו לבינו איהו דאפסיד אנפשיה כמו שמפסיד המערער במחאתו אם אין קניינו ידוע בעדים כמ"ש כמו כן מפסיד המחזיק בחזקתו אם אין לו לא שטר ולא עדים [כ"ל]:

י כל חזקה שאין עמה טענה אינה חזקה כיצד הרי שאכל פירות שדה זו כמה שנים ובא המערער וא"ל מאין לך שדה זו והשיבו איני יודע של מי היא וכיון שלא אמר לי אדם דבר ירדתי לתוכה אין זו חזקה שהרי אינו טוען לא שלקחה ולא שירשה ולא שנתנוה לו ואעפ"כ אין מוציאין אותה מידו עד שיביא זה המערער עדים או ראיה שהיא שלו דכל ממון שביד אדם אין מוציאין מידו עד שיתברר שהוא של אחרים [ד"מ] דהן אמת שאינה של המחזיק אבל שמא אינה גם של המערער והיא הפקר וזכה בה המחזיק ואם הביא המערער עדים או ראיה תחזור לו השדה ומוציאין ממנו כל הפירות שאכל וא"צ שבועה [ב"י] כיון שהמחזיק מודה שאין לו שום שייכות בה ואם חזר המחזיק וטען שטר היה לי ונאבד ומה שלא טענתי כן תחלה מפני שיראתי פן יאמר לי המערער הראיני השטר שומעין לו ואין זה טוען וחוזר וטוען דבכה"ג חוזר וטוען שאין זה סותר טענתו הראשונה [רסב"ס מ"א.] כיון שמתרץ דבריו אבל הב"ד אין פותחין בדברים להמחזיק תחלה לומר לו שמא שטר היה לך ונאבד עד שיטעון מעצמו שאין לב"ד לפתוח בלימוד טענה וכן האוכל שני חזקה מחמת שיש שטר בידו ונמצא השטר בטל מחמת איזו פסול בטלה חזקתו ותחזור השדה ופירותיה להבעלים:

יא הבא מחמת ירושה שטוען ירשתיה ממורישי א"צ טענה אחרת רק שצריך להביא ראיה שמורישו דר בה או נשתמש בה אף יום אחד וכיון שאכלה ג' שנים מחמת מורישו מעמידים אותה בידו דחזינן להשלשה שנים שהחזיק הוא כאלו מורישו החזיקה וטוענין להיורש שמורישו קנאה מזה וה"ה אם מורישו החזיקה ג' שנים אע"פ שזה לא נשתמש בה כלל כיון שנתברר שהוא היורש ומורישו אכלה ג' שנים א"צ היורש לרעת באיזה אופן באה ליד מורישו ואנו טוענין בעדו שהמוריש קנאה מזה המערער אבל אם לא הביא ראיה שמורישו דר בה או נשתמש בה כלל תחזור השדה ופירותיה להמערער שיש לו עדים או ראיה שהוא שלו ואפילו הביא המחזיק עדים שמורישו נראה בהבית כיון שלא ראוהו דר בה אין זה כלום דשמא בא רק לבקר אותה ולא קנאה ואם היתה שדה והביא עדים שמורישו נרה ה"ז בחזקה שקנאה דמי שאינו בעל השדה לא יעשה ניר וכן אם ידוע שבית זה או שדה זו מוחזקת איזה זמן שהיא של המוריש הוי חזקה ג"כ דלא בעינן דווקא שידור או יעבוד אלא שתהא מוחזקת בשלו וכבר נתבאר בסי' קמ"ד דמצטרפין הזמן של היורש והמוריש לג' שני חזקה וכן לוקח א"צ טענה אלא ראיה שלקחה מפלוני ופלוני זה דר בו יום אחד וחשבינן ג' שנים שהחזיק הוא כאלו המוכר דר בו וטוענין ללוקח שזה שמכרו לו לקחה מהמערער ואין הלוקח צריך לדעת באיזה אופן באה ליד המוכר לו כמו ביורש וכן בע"ח שגבה קרקע בחובו מהלוה ויצא עירעור על הקרקע דינו כיורש וכיון שהביא ראיה שהלוה דר בו יום אחד או נשתמש בו והוא החזיק ג' שנים טוענין בעדו שהלוה שלו קנאה מהמערער ואפילו אם המוכר או הלוה אומרים עתה שהקרקע לא היתה שלהם אין נאמנים להפקיע כח הלוקח או המלוה וקודם גבייה נאמן לומר שאין הקרקע שלו כשידוע שהיתה של אחר ונאמן לומר ששכורה היא בידו מהאחר אפילו החזיק בה הרבה שנים [תו"ת] וכן טוענין לשוכר בשביל המשכיר כשאין המשכיר כאן כמו שטוענין ללוקח וליורש ואף שיש מי שחולק בזה מ"מ כן עיקר לדינא [כס"מ]:

יב אשה שהחזיקה בקרקע בעלה לאחר מותו ולאשה אין חזקה בנכסי בעלה כמ"ש בסי' קמ"ט ואח"כ החזיק בנה שאינו בן הבעל הזה ג' שנים ובאו יורשי הבעל ואומרים שקרקע זו של הבעל ובנה אומר שנפלה לאמו בכתובתה נאמן הבן במיגו דאי בעי אמר מכם קניתיה והרי אכל שני חזקה אבל אם לא אכל שני חזקה שאין לו מיגו אע"פ שמורישו החזיק ג' שנים לאו

לאו כלום הוא דאין לאשה חזקה בנכסי בעלה וזה שטוענים ליורש זהו דווקא אם המוריש היה נאמן בחזקתו אלו הוה טעין לקחתיה מהמערער אבל במקום שהמוריש עצמו לא היה נאמן לא עדיף כח היורש ממורישו וכן בכל אלו שנתבאר שטוענים בעדם כמו לוקח ובע"ח אם היה המוכר או הלוה מאותם שאין להם חזקה כמו שותף ואריס אין טוענין להם ג"כ אא"כ החזיקו בעצמם שני חזקה וטוענים שיודעים בבירור שהמוכר או הלוה קנאו מהמערער דאז נאמנים במיגו וכמ"ש אבל כשאין להם מיגו כגון שיש להמערער עדים שבאים מכח המוכר והלוה וכן הבן בא בכח אמו אין להם חזקה אפילו החזיקו שני חזקה וזה שאמרנו דהיורש כשאין לו מיגו אין חזקתו חזקה זהו דווקא יורש וכיוצא בו אבל אם האשה מכרה הקרקע בפירסום ואחר לקחה ממנה מוקמינן הקרקע בחזקת הלוקח כשהחזיקה האשה שני חזקה ואף שאין לאשה חזקה בנכסי בעלה מ"מ אלו לא היו הקרקעות של האשה לא היו היורשין מניחין להאשה שתמכור בפירסום ודווקא כשהחזיקה שני חזקה [תו"ת] ויראה לי דאין ללמוד מדין זה לשארי בני אדם שאין להם חזקה ודווקא באשה נגד יורשים אמרינן דבכה"ג חזקתה חזקה לעניין להעמיד הקרקע ביד הלוקח מפני שכחה חלוש וכח היורשים חזק אבל הבו דלא לוסיף עלה ללמוד מזה לשארי דברים וכן הסכים לזה אחד מגדולי האחרונים ולחלק יצא מטעם אחר [כס"מ] ואף שלשון רבינו הרמ"א שכתב וכן כל כיוצא בזה דחוק הוא מ"מ נראה שכן עיקר לדינא :

יג הביא המערער עדים שזו השדה שלו היא והמחזיק טוען ממך לקחתיה ואכלתיה שני חזקה טען המערער ואמר היאך תאמר שלקחת ממני היום שלשה שנים והלא באותו זמן לא הייתי בהעיר מצריכים לזה המחזיק להביא ראיה שזה המערער היה עמו בעיר בזמן שאומר שמכרה לו אפילו יום אחד כדי שיהא אפשר שימכור ואם לא הביא ראיה מסלקין אותו דקרקע בחזקת בעלים הראשונים עומדת ועל המחזיק להביא ראיה דטענת המערער טענה נכונה היא וכן הדבר מצוי שאין האדם בעירו כמ"ש בסי' קמ"ג סעי' ג' ויש מי שאומר דמה שצריך להביא ראיה זהו דווקא כשמזכיר לו המחזיק הזמן שמכר לו כגון שאומר ביום פלוני או חודש פלוני דאז צריך להביא ראיה שהיה המערער כאן אף יום אחד מזה הזמן אבל אם אינו מזכיר הזמן אלא שאומר קניתיה ממך קודם ג' שנים א"צ להביא ראיה שהיה כאן בהיום שקנאה ואפילו אם יאמר המערער אמור באיזה יום קנית אותו אין מזקיקין אותו לכך דיכול לומר איני זוכר באיזה זמן היתה הקנייה וי"א עוד דאפילו כשהזכיר המחזיק הזמן שקנה ממנו א"צ להביא ראיה שהיה בכאן דשמא מכר לו ע"י שליח ואפילו אמר ממך בעצמך קניתי ולא ע"י שליח נאמן במיגו שהיה אומר שמכרה ע"י שליח אא"כ היה אז קודם הג' שנים בהזמן שאומר שקנאה שעת חירום שאין שיירות מצויות דאז צריך להביא ראיה ואפילו כשאומר שמכרה ע"י שליח צריך להביא ראיה מי היה השליח כיון שבאותו הזמן לא היה דרך אנשים לבא לכאן [עסמ"ע סקכ"ז] אבל בלא זה א"צ להביא ראיה :

יד הרי שאכל שדה זו שנים רבות ובא מערער ואמר מה לך ולשדה זו והודה לו ואמר יודע אני מכבר שהיתה שלך אבל פלוני מכרה לי והוא אמר לי שלקחה ממך או מסתמא לקחה ממך וא"ל המערער פלוני שמכר לך גזלן הוא הואיל שהודה המחזיק שידוע לו שהיא של המערער מכבר והוא לא לקחה ממנו וגם אם המוכר לקחה אינו יודע בעצמו תחזור השדה עם כל הפירות להמערער ואף אם אין להמערער עדים כלל ששלו היתה כיון שהוא בעצמו מודה לו דלא אמרינן טוענין ללוקח אלא כשיש עדים שהמוכר דר בה יום אחד או אפילו אם המחזיק היה אומר שראהו דר בו יום אחד [ס"ך] אז היינו רואין שני חזקה שדר זה מכחו כאלו הוא עצמו דר בו וטוענין בעדו וכן אם לא היה ידוע להמחזיק שהיא של המערער רק ע"פ המוכר היינו טוענין בעדו כיון שאין ידוע לו ששלך היא רק ע"פ המוכר והמוכר הלא אומר שקנאה ממך [סס] אבל כיון שהוא בעצמו יודע שהיתה שלו וזה שהמוכר לקחה ממנו אין ידוע לו בוודאי לא אתי ספק שמא לקחה ממנו ומוציא מידי וודאי שהיתה שלו ואין לו במה להחזיק בהקרקע דהיא חזקה שאין עמה טענה והמחזיק נשאר קרח מכאן ומכאן דגם מהמוכר אינו יכול לגבות מעותיו דיאמר לו אתה ברוב דבריך קלקלת ולמה היה לך לומר לו שידוע לך שהיתה שלו לא היה לך להשיב לו רק לקחתיה מפלוני וכיון שאין לו עדים שהיתה שלו לא היה יכול להוציאה ממך :

טו ולכן אם הביא זה המחזיק עדים שפלוני שמכר לו עסק בה אף יום אחד או שאומר שהוא בעצמו ראהו עוסק בה יום אחד [סס] או שא"ל בפני לקחה ממך ואח"כ מכרה לי מעמידין אותה בידו דהוה חזקה בטענה ואלו רצה היה טוען ממך לקחתיה שהרי יש לו שני חזקה ואפילו יש עדים להמערער שהיתה שלו טוענין ללוקח וי"א עוד דבכה"ג שאין להמערער עדים שהיתה שלו אפילו לא החזיק בה שני חזקה אין מוציאין ממנו כשטוען בפני לקחה ממך דכיון שכל כחו של המערער הוא רק מפני הודאתו של המחזיק והרי אומר שראה שהמוכר לקחה ממנו ונאמן במיגו שהיה אומר לא היתה שלך מעולם או לקחתיה ממך [סס] וכבר נתבאר בסעי' י"א דדווקא כשראוהו דר בה או עסק בהשדה אף יום אחד אבל אם רק ראוהו

נבנס

נכנס בהם אין זה כלום או למודדם ג"כ אינו כלום דשמא נכנס לראותה או למודדה ולא קנאה :

טז אם לאחר שטען המחזיק קניתיה מפלוני שא"ל שקנאה ממך או שמסתמא קנאה ממך חזר וטען קנאה ממך בפני אין שומעין לו דבכה"ג אינו חוזר וטוען ואין לו אמתלא למה לא אמר כן מקודם אבל אם מתחלה אמר מפלוני קניתיה סתם ושוב הוסיף ואמר שקנאה ממך בפני שומעין לו דאין זה חזרה ממה שאמר אלא תוספת שגם הלשון הראשון סובל כן ובכה"ג חוזר וטוען כמ"ש בסי' פ' ודווקא שאמר כן קודם שיצא מב"ד אבל משיצא מב"ד אין שומעין לו בכל עניין [סמ"ע] דמדלא טען כן בעמדו בב"ד בוודאי למדו אותו לטעון כן כמ"ש שם וי"א דדווקא כשאמר מתחלה מפלוני קניתיה דזבנה מינך יכול אח"כ להוסיף ולאמר מה שאמרתי דזבנה מינך ידוע לי דבפני קנה אבל אם לא אמר מתחלה רק מפלוני קניתיה אינו יכול להוסיף עוד דהוה כחזרה גמורה דאם היה כן למה לא אמרה מקודם שהרי זהו עיקר זכותו ושיהא נאמן במיגו שהיה אומר כן מקודם לא אמרינן מיגו למפרע [ש"ך] :

יז אם עמד המוכר בדין עם המערער קודם שמכרה להמחזיק ונפטר ממנו בדין בטענת שלך היתה וקניתיה ממך דנאמן במיגו שלא היתה שלך מעולם כשאין עדים להמערער ששלו היתה כמ"ש אע"פ שלאחר שמכרה לזה המחזיק עירער מערער זה על המחזיק והודה לו ששלו היתה לא הפסיד בזה כיון שהמוכר שלו כבר יצא זכאי מב"ד יש לו כל זכותו של מוכר דכיון שיצא זכאי אז הוה כידוע לנו שהיא של המוכר ואף שמלשון הטוש"ע בסעי' ט"ו משמע קצת דדווקא כשהודאת המחזיק ששלו היתה היא ע"פ המוכר שא"ל כן אבל אם בעצמו יודע כן אין הדין כן לאו דווקא ואורחא דמילתא נקטי דכיון דהטעם הוא מפני שהמוכר יצא מב"ד זכאי והוא יש לו זכותו מה לי אם יודע ע"פ המוכר או יודע מעצמו ולא עוד אלא יראה לי דאף אם אח"כ בעת שהיתה ת"י המחזיק הביא המערער עדים שהיתה שלו דבכה"ג לא היה זוכה המוכר בדין מ"מ כיון שהוא יצא מב"ד זכאי הוה כידוע לנו שהיא של המוכר [ואמנם זה תלוי בפלוגתת הש דיני וסדר דיני ודו"ק] :

יח הביא המחזיק עדים שדר בו המוכר יום אחד ואח"כ הביא המערער עדים שהמחזיק רצה לקנותה ממנו וטוען המערער אלו קנית מפלוני כמו שאתה אומר למה רצית לקנותה ממני אינה טענה שאומר רציתי לפייסך במעט מעות כדי לסלק תרעומתך דעביד איניש דזבן דיניה ואם המחזיק לא טען טענה זו אנן לא טענינן ליה דאין זה רגיל כל כך שאדם יוציא מעות בשביל דין ודברים שיש לחבירו עליו כשיודע שהצדק אתו ולכן אם אינו משיב בעצמו תשובה זו בטלה חזקתו אבל ליורשי המחזיק כשהמערער מביא עדים שמורישם רצה לקנותה ממנו טוענים הב"ד בשבילם טענה זו דכללא הוא דכל מה שהמוריש יכול לטעון טוענים הב"ד בעד יורשיו [כס"מ] דעב"ז לא נקראת טענה דלא שכיחא :

יט אם לא הביא המחזיק עדים שדר בו המוכר יום אחד וטוען המערער שהמוכר גזלה ממנו או אפילו בשיש עדים שדר בו המוכר אלא שיש למערער עדים שהוחזק המוכר גזלן על שדה זו או בית זה וגזלן אין לו חזקה כמ"ש בסי' קמ"ט והביא המחזיק עדים שנתייעץ עם המערער אם יקחנה וייעצו לקנותה וטוען המחזיק אלו היתה גזולה ממך למה יעצתני לקנותה אינה טענה שיאמר המערער אתה נוח לי להוציאה מידך ממה שאוציאנה מיד הגזלן ולכן רציתי שתקננה אתה ואוציאנה מידך בקלות ולא דמי למה שיתבאר בסי' קמ"ז דאם המערער היה אחד מעידי השטר בטלה עירעורו דבשם כיון שעשה מעשה המורה על הודאתו שהיא של המוכר אין לדחות מעשיהו מפני טעם דהשני נוח לו ולכן אם היה סרסור ביניהם בטלה עירעורו ג"כ דזהו מעשה אבל דיבור בעלמא לומר לו קנה אותה יכול להיות שאמר כן מפני טעם זה [סמ"ע] ומ"מ עבר על לפני עור לא תתן מכשול ועל ארור משגה עור בדרך שנתן לו עצה להכשילו ומציל א"ע בממון חבירו [סס] מיהו עירעורו לא בטלה וי"א עוד דבזה אף אם לא טען המערער טענה זו דהשני נוח לו אנן טענינן בשבילו [סס] ותלינן מה שלא טען מפני שמתבייש לומר דבר זה שרצה להכשיל את חבירו [תו"ת] ואין לומר איך נטעון בעדו טענה שאינה הוגנת דהרי ממ"נ אינו איש ישר או שמערער בחנם או שייעץ אותו להכשילו וכיון דע"פ הדין עירעורו עירעור ויש לנו טעם על עצתו טענינן בשבילו ולא דמי לסעי' הקודם שרצה להוציא מעות וכ"ז בשהמערער מודה שייעצו לקנותה אבל אם כופר ואומר מעולם לא ייעצתיך לקנותה וזה מביא עדים שייעצו מחייבים את המערער ומוקמינן ביד המחזיק והגם די"ל שמתבייש לומר זה או ששכח על זה מ"מ כיון שעכ"פ עתה הוא מוכחש מעדים בטלה עירעורו ואפילו אם יחזור ויודה ויתן אמתלא למה לא אמר מקודם וכתב אחד מהגדולים דדווקא כשרק א"ל המערער קנה השדה דטובה היא אבל אם א"ל קנה השדה שהיא של המוכר וא"ל הלוקח ראה שאני סומך עליך חייב המערער ממ"נ משום דינא דגרמי כמו מראה דינר לשולחני בסי' ש"ו ולי נראה דאף אם לא א"ל הלוקח אני סומך עליך כיון שא"ל שהיא של המוכר אינו נאמן לומר אח"כ שלי היתה דהרי הודה שהיא של המוכר ואי מפני שרצה שזה יקננה מטעמא דנוח לו להוציאה ממנו היה די לו לומר קנה אותה כי טובה היא ומה לו להורות שהיא של

של המוכר [וכ"מ בס"ם ח"ס ל': ע"ס] :

כ אם המחזיק הביא עדים שא"ל המערער ליקחנה לו מיד המוכר אינה טענה לומר לו אם היא שלך למה רצית לקנות דעביד איניש דזבין דיניה שאינו רוצה לעמוד במחלוקת ומוותר משלו כבסעי' י"ח וגם בזה דווקא כשטען כן אבל אנן לא טענינן ליה כמ"ש שם [סמ"ע סקל"ז] :

כא בזה שאמרנו דעביד איניש דזבן דיניה אינו יכול לתבוע המעות אם אפילו נתברר שבאמת זבין דיניה כגון המערער הזה שלקחה מהמוכר ובירר אח"כ שהיתה שלו והמעות שנתן בחנם נתן דאדרבא כיון דעביד איניש דזבין דיניה וודאי לא היתה כוונתו לתבוע מעותיו בחזרה והמוכר יכול לומר או שחזר ולקחה ממנו ומכר לו אח"כ או שנתן לו לשם מתנה וכן פסק הרשב"א ז"ל במי שקנה קרקע אחת שני פעמים ותיבע המוכר במעות השניים אם טוען המוכר שחזר ולקחה מן הלוקח וחזר ומכרה לו נאמן דכיון שעשה מעשה בקנייתו הוי ראיה גמורה שחזר ומכרה לו ואם המוכר אינו טוען כך אלא טוען דלמתנה נתת לי אם יש להמוכר מיגו שהיה יכול לומר לא לקחת ממני שני פעמים דאין עדים בדבר נאמן לומר שלמתנה נתנם לו ואם יש עדים בזה צריך הלוקח לברר למה קנאה שני פעמים אם אמר שטעה או שמברר שאנוס היה והיה מוכרח לזה נאמן ומחזיר לו מעות השניים [כ"ל] ואם אמר שידע ולא היה אנוס הדין עם המוכר דוודאי לשם מתנה נתן לו והוה כמקדש אחותו דקיי"ל באה"ע סי' נ' דמעות מתנה ואף שבסי' שע"ג יתבאר בקנה שדה גזולה דהמעות פקדון ולא מתנה הכא אנן סהדי דלא הוה יהיב ליה פקדון למוכר זה כיון שיש יכולת בידו לומר שחזר וקנאה ממנו או איזה טענה אחרת אף שאינו נאמן מ"מ לא הוה מפקיד גביה משא"כ בסי' שע"ג י"ל דלפי שעה היה רצונו לעשות טובה להנגזל ולהוציא השדה מיד הגזלן ולכך נתן לו המעות וכוונתו לשם פקדון דע"פ רוב אין אדם נותן מתנות אבל בכאן מי הכריחו לזה [ומיושב קושית סס"ך ועלו"ת וכס"מ] ואף שיתבאר בסי' שנ"ד דכשקנה חפץ מגנב מפורסם א"צ הגנב להחזיר המעות והם מתנה ולמה לא נאמר ג"כ שהיה רצונו לעשות טובה להנגנב להחזיר לו חפצו וכוונתו היתה לשם פקדון דבמטלטלים אין בהם חשיבות כל כך שנאמר סברא זו דיש לקנות אחרים במקומן ועוד דלגנב מפורסם לא היה מאמין להפקיד אצלו [כ"ל] ודומה למ"ש בסי' ר"ך במכר את הצמד דהמעות מתנה ובסי' רל"ב במצא יתרון במעות ע"ש [ע' ב"ב ע"ח. תוס' ד"ה אבל] :

כב טען המחזיק מפלוני קניתיה והחזקתי שני חזקה ויש לו עדים שדר בה המוכר יום אחד או שהמערער מודה שהיתה של המוכר רק שמשיב לו והלא יש בידי שטר מקויים שאותו פלוני מכרה לי זה ד' שנים מהיום וקדמה קנייתי לקנייתך וחזר המחזיק וטען שני חזקה שאמרתי לא בשביל ג' שנים בלבד אלא שנים רבות יש לי שקניתיה ואני קדמתיך טענת המחזיק טענה ואין זה חוזר וטוען מפני שאדם קורא לשנים רבות שני חזקה ולכן אם המחזיק הביא עדים שאכלה שבע שנים ואכלה שני חזקה קודם שקנאה זה המערער מעמידין אותה בידו אבל אם אכלה פחות מג' שנים קודם שקנאה המערער מוציאין אותה מידו שאין לך מחאה גדולה מזו מה שמכרה בשטר קודם שלשה שנים מחזקתו והיה לו ליזהר בשטרו כמ"ש בסי' קמ"ד ואם קנאה שלא בשטר יביא עדים שקנאה קודם ומה שאין המחזיק נאמן לומר קנייתי קודם לקנייתך במיגו שהיה אומר ממך קניתיה ולפ"ז היה די לו כשיביא עדים רק על ג' שנים משום דאין זה מיגו טוב שירא לומר שלקחה ממנו דהא לא ידע שזה המערער יש לו שטר מהמוכר ואף שלשטר יש קול מ"מ אין ידוע שלזה מכרה [ס"ך] ולכן אם נתברר שידע משטרו של המערער דיו בחזקת ג' שנים וכן אם לא עשה לו שטר להמערער אלא שמכרה לו בעדים אין לזה קול ולא חשיב במחאה ודי לו בחזקת ג' שנים ושיתחילו אלו הג' שנים קודם קניית המערער אפילו יום אחד [סמ"ע] :

כג בר"א כשאמר תחלה שני חזקה סתם אבל אם פירש שלש שנים ואח"כ הוציא המערער השטר של ד' שנים אפילו הביא המחזיק עדים שהחזיק בה שבע שנים אינו כלום דהודאת פיו שאמר ג' שנים דמשמע ולא יותר פוסל העדים ואינו יכול לחזור ולטעון כשסותר דבריו הראשונים [סס] ויש חולקים על זה וס"ל דה"ה אם אמר אכלתי ג' שנים שיכול לחזור ולטעון דכוונתו על שנים רבות כיון שלא אמר ולא יותר ויכול ליתן אמתלא טובה דכיון שלא ידע משטרו של המערער לא הוצרך לו לומר יותר מג' שנה דאין אדם אומר אלא מה שצריך :

כד אם היו הטענות בעניין שנודע למחזיק קודם שיטעון טענתו שיש למערער שטר עליו אם טען המחזיק השתא מקמי דזבנא לך זבנה לי חד יומא נאמן במיגו דאי בעי אמר מינך זבינתא ואף דהוה מיגו דהעזה אמרינן בכה"ג [ס"ך] ואע"פ שאין לו עדים רק על שלש שנים ולא יותר נאמן לומר שלקחה קודם ומכירתו להמערער היתה שלא כדין [סס] ויש מי שאומר שאם יש עדים שאכלה גם קודם שקנאה המערער אבד המיגו שלו דאיך יאמר מינך זבינתה ולמה אכלה קודם ואם יאמר שלפירות ירד לתוכה הלא אין לו חזקה כלל [תו"ת] ואם יש עדים שאחר שמכרה להמערער דר בו המוכר אף יום אחד נאמן המחזיק שקדמה קנייתו במיגו דאי בעי הוה טעין שהמוכר

שהמוכר חזר ולקחה מהמערער [ס"ך] ומכרה לו וא"צ עדים רק על ג' שנים :

כה שנים שהיו עוררים על שדה זה אומר שלי וזה אומר שלי ואין לאחד מהם ראיה או שכל אחד הביא עדים שהיא שלו או של אבותיו או שכל אחד הביא עדים שאכלה שני חזקה והשנים שהעידו בהם אלו הם השנים שהעידו בהם אלו באופן שהעדים מכחישים זא"ז דאל"כ היה מהדין ליתן למי שהחזיק בה בשנים האחרונות [סמ"ע] אם היה אחד מהם מוחזק בה מקודם תשאר בידו לעת עתה וישבע היסת שהיא שלו ואם לא היה אחד מהם מוחזק בה כל דאלים גבר ואין ב"ד מזדקקין לזה אלא אומרים להם שמניחים אותה בידיהם וכל מי שיתגבר על חבירו יטלנה והטעם מזה הדין נתבאר בסי' קל"ט ואם בא שלישי ותקף על שניהם וירד לתוכה מסלקין אותו ממנה כיון שאין לו שום טענה ואף אם אומר ג"כ שלי היא אם השנים הביאו ראיה אף שעידיהם מכחישים זא"ז מ"מ הא השלישי אין לו שום ראיה ומוציאין ממנו ואם גם הם אין להם ראיה והוא אומר שלי הוא אין מוציאין מידו [סס] ויכול מי שירצה משניהם להשביע היסת לזה השלישי :

כו הביא האחד עדים שהיא של אבותיו ושאכלה שני חזקה והאחר הביא עדים שאכלה שני חזקה אלו השנים עצמן שהראשונים אומרים ונמצא שעדות החזקה מוכחשת מעמידין אותו ביד זה שהעידו עליו שהיא של אבותיו ומורידים אותה לתוכה ואע"פ שבעדות חזקה מכחישים זא"ז מ"מ במאי דלא איתכחשו מאמינים להם כיון דלא ידעינן איזה כת העידו שקר כמ"ש בסי' ל"א דשני כיתי עדים המכחישים זא"ז כל אחת כשירה לעדות אחרת ולכן אפילו בעדות זו עצמה במאי דלא איתכחשו מקבלין עדותן ואם אח"כ חזר השני והביא אף הוא עדים שהיא של אבותיו ונמצא דגם בזה מכחישים זא"ז חוזרים ב"ד ומסלקים ממנה גם הראשון כשב"ד הספיקו בהעת להורידו מקודם ומניחים אותה ברשות שניהם וכל שיגבר יזכה בה לעת עתה וישבע היסת ואם היתה תחלה ביד אחד מהם מחזירין אותה לידו כמקדם ואין להקשות לפ"ז למה כשב"ד הורידוהו תחלה מוציאין מידו דוודאי כן הוא דכל מה שב"ד עשו ונמצא אח"כ שלפי מה שנתגלה העניין אין הדין כן לא חיישינן לזילותא דבי דינא ומעמידין הדבר כמו שהיה מקודם זה ויחזור דינו לכל דאלים גבר :

כז זה אומר של אבותי וזה אומר של אבותי זה הביא עדים שהיא של אבותיו וזה הביא עדים שאכלה שני חזקה תחזור לזה שהביא עדים שהיא של אבותיו ויחזור הפירות שאכל אפילו אין עדים שאכלם אלא על פיו שהרי לא טען כלום ואין אכילתו ראיה דהא אינו טוען שלקח השדה ממנו או מאבותיו אלא אומר שהיא של אבותיו ובזה נתכחש מהעדים והוה חזקה שאין עמה טענה ואין חזקתו כלום ואין להאמינו על הפירות במיגו דלא אכלתי דהוה מיגו במקום עדים שמכחישים עיקר טענתו ואם חזר זה המחזיק ואמר כן הוא ששל אבותיך היתה ואתה מכרת לי וזה שטענתי תחלה שהיא של אבותי כלומר שאני סומך עליה כבעל של אבותי או שאומר של אבותי שלקחוה מאבותיך או שאומר של אבותי שלקחוה ממך ויש לו עדים שאבותיו דרו בו יום אחד אבל בשל אבותי שלקחוה מאבותיך א"צ עדים שדרו בו אבותיו יום אחד [סמ"ע] כיון שאין המערער יוכל לטעון ברי שלא מכרו אבותיו לאבות של זה על זמן מועט ואח"כ לקחוה בחזרה ואם טוען כל זה אינו כחוזר וטוען והרי זה טענה נכונה שהרי נתן אמתלא לדבריו הראשונים ומעמידים אותה בידו ודווקא שטוען כן בעודו בפני ב"ד אבל אם יצא מב"ד וחזר וטען כן אין שומעין לו דחיישינן שמא למדוהו לטעון שקר דלמה לא טען כן בעודו בפני ב"ד וגם הב"ד אין טוענים עבורו כן ואם טען בתחלה וא"ל של אבותי ולא של אבותיך אין שומעין לו בטענות אלו האחרים אף בעודו בפני ב"ד וכל מ"ש זהו שיטת הרמב"ם ז"ל בפט"ו מטוען :

כח אבל הטור פסק בזה אומר של אבותי וזה אומר של אבותי והאחד הביא עדים שהיא של אבותיו והשני הביא עידי חזקה אם לא העידו העדים רק סתם שהיתה של אבותיו ולא העידו שלא מכרוה אם אפשר לפרש דברי המחזיק שאמר של אבותיו שכוונתו יכול להיות שאבותיו קנאוה כגון שטען המחזיק ירשתיה מאבותי שומעין למחזיק ואפילו לא טען כן אנו טוענים בעדו [סמ"ע] אבל אם טען תחלה שהיא של אבותיו מעולם אינו חוזר וטוען ואפילו הוא בעצמו אינו יכול לומר עוד שאבותיו קנאוה כיון שסותר דבריו הראשונים ואם המחזיק לא אמר לשון ירשתי מאבותי אלא כשאמר המערער של אבותי השיבו של אבותי אנו אין טוענין בעבורו שכוונתו היתה שלקחוה מאבותיו של זה דריהטת לשונו משמע שמעולם היתה של אבותיו אבל הוא יכול לתרץ כן דבריו ומיהו אם היה לו עדים שאבותיו דרו בו יום אחד אע"פ שלא טען לפרש דבריו כן אנן טענינן ליה ואם העדים שהביא המערער אמרו שהיא של אבותיו מעולם ולא מכרוה אפילו הביא המחזיק עידי חזקה מוציאין ממנו הקרקע והפירות כמ"ש מקודם ואם חזר המחזיק ואמר אמת שהיא של אבותיך אבל אתה מכרת לי ומה שטענתי שהיא של אבותי כיוונתי שאני סומך עליה כאלו היתה של אבותי שומעין לו כשאמר כן בעודו בב"ד וכמ"ש מקודם :

כט זה שאמרנו שאינו יכול לחזור ולטעון טענה שסותרת לגמרי טענה ראשונה בד"א כשטען טענה ראשונה בפני ב"ד אבל מה שאמר חוץ לב"ד יכול

יכול לחזור ולטעון בב"ד אפילו הסותר לגמרי מה שדיבר חוץ לב"ד דדרך אנשים כן הוא שלא לגלות טענותיהם אלא בב"ד ויש מי שאומר דוודאי לפרש דבריו יש ביכולתו אפילו בדבר שאם היה אומר כן בב"ד והיה יוצא לחוץ וחוזר לב"ד לא היינו מקבלים דבריו כמ"ש בסעי' כ"ז ובזה אם אמר מקודם חוץ לב"ד יכול לבא לב"ד ולפרש דבריו אבל אם אמר חוץ לב"ד מפורש לפני עדים שדה זו של אבותי ולא של אבותיך אינו יכול לומר בב"ד של אבותי שלקחוה מאבותיך דהוה כמי שמודה בפני עדים שחייב מנה לחבירו דאינו יכול לחזור בו ודיעה ראשונה ס"ל דבעניין סכסוכים וטענות אין שום הודאה חוץ לב"ד :

ל הביא המערער עדים שזהו השדה שלו וזה שבתוכה טוען ממך לקחתיה והרי שטרי והוציא שטר מקויים או שטר שיכול לקיימו [טור] וטען המערער שהוא מזוייף ואם בעל השטר היה שותק לא היה באפשרי לברר הזיוף והעדים היו מקיימים אותו בדמיונם כי כתב ידם הוא שלא היה ניכר הזיוף כלל אלא שהוא בעצמו הודה ואמר שמזוייף הוא אבל שטר אחר כשר היה לי ונאבד ממני ולקחתי את זה במקומו כדי לאיים על המערער שיודה לי האמת ה"ז נאמן ואין מוציאין הקרקע מידו וישבע היסת ששלו היא משום דנאמן במיגו דאלו רצה לא היה מודה שמזוייף הוא כיון שהוא מקויים או שאפשר לקיימו ואפילו לא החזיק ג' שנים כיון דחשבינן כאלו יש לו שטר [סמ"ע] ואע"ג דבשטר הלואה אין מוציאין ממון בבה"ג כמ"ש בסי' פ"ג זהו להוציא אבל להחזיק מה שבידו כבכאן שהוא מוחזק בהקרקע מחזיקין אותו ע"פ זה המיגו וכיון דזכה מפני חזקתו בה לכן אם תקף המערער והחזיק בהקרקע או אפילו אם הדיין הוריד את המערער בהקרקע אין מוציאין ממנו [ס"ך] אא"כ החזיק שני חזקה [נ"ל] :

לא מי שהחזיק שני חזקה והמערער הביא ראיה שנתבטל המקח כגון שמצאו כתוב בפנקס העיר שנתבטל מקח זה וכיוצא בו אפ"ה הוי חזקה דשמא אח"כ חזר וקנאה ממנו ועוד אפילו אם ידוע שלא קנאה אח"כ אין כתיבה כזו מבטלת המקח עד שיחזור ויקנה אותה ממנו בקניין גמור שמוכרה או נותנה כמ"ש בסי' רמ"ג וסילוק דברים בעלמא אינו מועיל בזה וגם מחילה אינו מועיל בזה כמ"ש שם :

סימן קמז [המערער על השדה או בית והוא עד או דיין בדבר מה שסותר עירעורו ובו ה' סעיפים] :

א העורר על שדה שמכר ראובן לשמעון בטענה שראובן גזלה ממנו והמערער עצמו חתום על שטר המכירה שהוא אחד מעידי השטר אין עירעורו כלום ואפילו אין לראובן עדים שהיא שלו דהרי עידי שטר המכירה העידו שהיא של ראובן וממילא דאין משגיחין עוד על ראיות שיביא המערער ולא דמי למ"ש בסי' קמ"ו סעי' י"ט דכשנמלך עם המערער אם לקנותה וייעצו לקנותה לא איבד זכותו דהתם דיבור בעלמא הוא אבל הכא שחתם בשטר או העיד בפיו בב"ד דהוה במעשה [סמ"ע] אינו יכול לערער עוד ויראה לי דדווקא כשחתום בעדות על המכירה אבל אם המוכר מכר לו בשטר בחת"י והעדים לא באו רק לקיים חתימתו ולא את העניין יכול לערער אח"כ מפני שיכול לומר שעל העניין לא העדתי כלל ודינו כדיין שחתום בקיום השטר שיתבאר בסעי' ד' ואף גם בחתום בעדות על המכירה אינו אלא בבה"ג אבל מלוה שחתם א"ע לעד בשמכרה הלוה לאחר חוזר וטורף ממנו כמ"ש בסי' קי"א דאין לו רק שיעבוד והלוה בדין מכר ומותר היה לו לחתום בהעדות :

ב ואפילו אם לא על שטר מכירה זה הוא חתום אלא שאיש אחד מכר איזה שדה לאיש אחר וכשמצר לו המצרים כתב ששדה זו של ראובן הוא מיצר מצד מזרח והמערער חתום בעד על שטר מכירה זו הואיל שעשה המוכר שדה זו סימן להקונה והוא חתום בעד הוה כאלו העיד שהיא שדה של ראובן ואיבד זכותו ואינו יכול לערער עוד עליה וכ"ש אם המערער עצמו מכר איזה שדה וכתב להקונה שדה של ראובן למיצר או כשהמחזיק מכר איזו שדה וכתב לשדה זו שהמערער טוען עליה למיצר והמערער חתום בעד דאינו יכול לערער עוד אבל כשהמוחזק מכר איזו שדה להמערער וכתב לשדה זו למיצר לא איבד המערער זכותו דיכול לומר יראתי למחות דאם הייתי מוחה לא היה מוכר לי ואני הוכרחתי לקנותה ולמסור מודעא ג"כ יראתי פן יתוודע ותתבטל המקח [כתובות ק"ט:] :

ג אם טען העד אמת שהודיתי שהיא של המחזיק אבל לא היתה כוונתי על כל השדה אלא על תלם אחד מקום המיצר וכל השדה שלי היא ורק אותו תלם הסמוך למיצר בלבד היא של ראובן ה"ז טענה הנשמעת ויש לו לערער על כל השדה חוץ מאותו תלם ודווקא כשיש בהתלם תשעה קבין שהוא שיעור שדה כשכתוב בשטר שדה של ראובן מיצר מזרח דאין שדה פחות משיעור זה כמ"ש בסי' קע"א ואם אין כתוב שדה אלא קרקע

קרקע של ראובן מיצר מזרח אין לו אלא תלם קטן ואף גם על התלם הזה אם אח"כ חוזר וטוען עוד שחזרתי ולקחתי ממנו התלם שהודיתי בו אם אין חתימת ידו יוצא ממקום אחר ואלמלי הודה שהוא ח"י לא הוו מכירין כלל שהיא חתימתו נאמן במיגו שהיה אומר אינה חת"י ומיהו כשכתוב לשון שדה אינו נאמן במיגו זה לומר שכוונתו היתה על פחות מט' קבין דהוה מיגו במקום עדים דאנן סהדי דאין נקראת שדה פחות משיעור זה [סמ"ע] וכן אם התלם בידו והחזיק בו אח"כ נאמן לומר חזרתי ולקחתיו ממנו ויראה לי דדווקא בתלם יכול לטעון כן חזרתי ולקחתי ממנו אחר שעשיתיו לסימן אבל על כל השדה אינו יכול לטעון אמת שעשיתי אותה לסימן אבל אח"כ לקחתיה ממנו דהלא תחלה כשעירער בע"כ או שאמר שהיא של אבותיו מעולם או שלקחה ממנו קודם כתיבת שטר זה דאל"כ איזה שובר הוא מה שחתום בעד וכיון שכן אינו חוזר וטוען אבל על תלם יכול לטעון כן דמה שטען תחלה הוא על כל השדה ואודות התלם לא דיבר כלל [ע"ס בכתובות ק"ט: ברש"י ור"ן ודו"ק] וטענת חזר ולקח טוענים ב"ד בעד יתמי המערער [ס"ך] וכן אם טוען המערער דמה שעשאו לשדה זו סימן לאחר לא מפני שהיא שלו אלא שהיא נקראת כך מפני שבזמן העבר היתה שלו ונשארה בשמה הקודם טענתו טענה אא"כ פירש בהדיא ששלו הם כגון שכתוב שדה שהיא של ראובן או השייך לראובן אבל כשכתוב סתם שדה ראובן יכול לומר דשם בעלמא הוא כמ"ש :

ד זה שאיבד זכותו כשחתום בעד דווקא כשיש עוד עד אחד עמו אבל אם חתום הוא לבדו לא איבד זכותו דיכול לומר דמה שחתם מפני שידע כי אין חתימת עד אחד כלום וכן אם הוא לא חתם בעד רק לכבוד בעלמא שיש עדים בלעדו לא איבד זכותו דכיון שלא היה מעידי השטר ממש לא ידע מה שכתוב שם וכן דיין החתום בקיום השטר יכול לערער מפני שיכול לומר לא ידעתי מה היה כתוב בהשטר מפני שהדיינים יכולים לקיים את השטר אע"פ שלא קראוהו שאין מקיימין רק חתימות העדים אבל אם היה דיין והגבה לזה הקרקע בחובו שהיה חייב לו המחזיק אבד זכותו שזה גרע עוד מעד החתום דמעשה ב"ד אע"פ שלא התמו הב"ד מעשה רבה היא וכן אם המערער שכר הקרקע מהמחזיק הוה כחתם עליה בעד ואיבד זכותו כמ"ש בסי' קמ"ב דבשכירות לא אמרינן עביד אינש דזבין דינא והוה כהודאה :

ה כתב רבינו הרמ"א בסעי' ב' אפטרופס או ב"ד דזבנו של יתומים בכה"ג לא אבדו זכותם שיש להם על השדה עכ"ל וביאור הדברים כגון ששמעון עירר שראובן גזל שדה ממנו ויש לשמעון עוד שדה בצד שדה זו ומת שמעון והב"ד והאפטרופסים מכרו אותה שדה לאחר ועשו שדה הגזולה לסימן וכתבו שדה ראובן מיצר מזרח לא אבדו היתומים זכותם כי אין הודאת הב"ד והאפטרופס מחייבת אותם וכן אפטרופס שמכר שדה יתומים לגזלן שגזל ממנו שדה והשדה היא במיצר היתומים וכתבה לסימן בשטר שהיא שדה של הגזלן לא אבד האפטרופס זכות עירעורו דהוכרח לעשות לטובת היתומים ואם לא כתב לו לא היה קונה ממנו והיתומים היו מוכרחים למעות [תו"ת ועסמ"ע ולפמ"ס ת"ס בפסיקות ודו"ק] :

סימן קמח [מי שאבדה לו דרך שדהו ובו ד' סעיפים] :

א ראובן שהיה לו שדה עם דרך ההולך להשדה והלך למדה"י וכשבא נאבד לו הדרך דבעלי שדות המקיפים אותו זרעוה ואין ביכולת להכיר מקום הדרך שהיתה לו אם לא היו כל השדות המקיפות אותו של איש אחד אלא של כמה אנשים כל אחד יכול לדחותו ולאמר לו שמא אין דרכך אצלי ושמא היא אצל האחר לפיכך יקנה לו דרך במאה מנה או יפרח באויר כי אין לו ממי לתבוע ביחוד ואפילו אם בשעה שהלך היו השדות המוקפים של איש אחד ואח"כ מכרן לכמה אנשים כל אחד דוחיהו אצל האחר ואפילו היו מקודם לכמה אנשים ואח"כ מכרו לאיש אחד וא"כ הרי יכול לומר ממ"נ דרכי אצלך ותן לי איזה דרך מ"מ כיון שהוא בא מכח כולם והם היו יכולים לדחותו יש לו ג"כ כח זה שהרי אומר לו אם אחזיר לכל אחד שטרו לא תגבה מאחד מהם ואני קניתי מכל אחד מהם כל זכות שיש לו ולכן אף כשלא החזיר להם השטרות יש לו זכותם כמ"ש בסי' קי"ח דכל מקום שיש לו ריוח בהחזרת השטר רואין כאלו החזיר ואם מתו המוכרים חייב ליתן לו דרך דהא אין ביכולתו עתה להחזיר להם השטרות [ס"ך] ויש חולקים בזה דהא עכ"פ יש להם זכותם [תחרונים] ונראה עיקר כדיעה ראשונה דהא מצד זכותם בלבד אין ביכולתו לזכות בהדרך כיון שזהו ברי שדרכו של זה אצלו הוא וכל זכותו אינו אלא מפני החזרת השטרות וכיון שכולם מתו א"א לו להחזירם ואם כל השדות היו של איש אחד וגם עתה הם שלו או מכרן לאחר ואחר לאחר מ"מ כיון שיחידי הוא הרי זה אומר מ"מ הרי דרכי אצלך היא אך הברירה ביד בעל השדות ליתן לו אף דרך קצרה ובאיזה שדה שירצה שילך דרך שם :

ב כתב הרמב"ם ז"ל בפט"ו מטוען אם החזיק בדרך ואומר זו היא דרכי אין מסלקין אותו ממנה אלא בראיה ברורה עכ"ל וי"א דדווקא כשהחזיק שני חזקה ולפ"ז

ולפ"ז אפילו הם של כמה אנשים זוכה מטעם חזקה וי"א דאפילו לא החזיק שני חזקה כיון שהוא תפוס ועומד אין מוציאין ממנו ולפ"ז אין דין זה אלא באחד שחייב ליתן לו דרך רק שביכולתו ליתן לו איזה דרך שירצה ולכן אם תפס איזו דרך אין מוציאין ממנו וגם שבועה א"צ אבל במקום שא"צ ליתן לו דרך כלל באיזה כח יתפוס [סמ"ע ולח"מ] וי"א דאפילו בכה"ג זכה בה כיון שהוא טוען ברי שזהו הדרך שלו ואצלם הוי שמא ובברי ושמא כשתפס אין מוציאין מידו [ש"ך] וכן נראה עיקר אם רק טוען ברי שדרכי הוא וישבע היסת שכן הוא אבל באחד שמדינא חייב ליתן לו דרך אם תפס איזו דרך אף אם אינו טוען ברי אין מוציאין מידו ולכן גם שבועה א"צ אא"כ בעל השדות טוען ברי שזו הדרך אינה שלך [כ"ל]:

ג יש מי שאומר דבחד דאתי מכח כולם שבארנו דא"צ ליתן לו דרך זהו דווקא כשעצם הקרקע לא היתה של הנאבד אלא שהיה לו דריסת הרגל בלבד אבל כשעצם הקרקע שלו היתה צריך ליתן לו דרך דעכ"פ הקרקע שלזה אצלו היא ולא משמע כן מכל הפוסקים דהא משמע להדיא דהדין אחד לחד דאתי מכח ארבעה ולארבעה דאתו מכח ארבעה ובכה"ג פשיטא דכל אחד מדחה אותו וה"נ בחד דאתי מכח ארבעה דהרי כולם מכרו לו זכותם ובידו להחזיר להם שטרותיהם כמ"ש:

ד אם היה לראובן דריסת הרגל בחצירו של שמעון במקום שאינו מסויים דשמעון היה יכול ליתן לו באיזה מקום שירצה ואח"כ מכר שמעון חצירו לשני אנשים אם מכר בזה אחר זה נשאר הדריסת הרגל על השני דהראשון שקנה היה יכול לדחותו אצל שמעון ואם קנו בבת אחת נשאר החיוב על שניהם ויתפשרו ביניהם [נס"מ]:

סימן קמט [השותפין והאריסין והאפטרופסין והגזלנים וחש"ו אין להם חזקה ובו כ"ב סעיפים]:

א יש שאין להם חזקה שאפילו אם יחזיקו כמה שנים בשל אחרים אין מועיל להם אבל אחרים מחזיקין בשלהם ויש שאין מחזיקין בנכסי אחרים ולא אחרים מחזיקין בשלהם כיצד ראובן שאכל שדה של שמעון שני חזקה וטען שהיא לקוחה בידו והביא שמעון עדים שהשדה ידוע שהיא שלו וכן הביא עדים שראובן ידוע שהוא שותפו או אריסו או אפטרופסו ומפני זה לא מיחה כי אינו מקפיד עליהם ודרך העולם כן הוא תחזור השדה לשמעון וישבע היסת שלא מכר ולא נתן לו אבל אם לא הביא שמעון ראיה שראובן היה שותף או ארים או אפטרופס אלא ראובן הודה מעצמו ואמר אמת שהוא שותפי ומכר לי נאמן במיגו שהיה יכול לומר שלא היה שותפו מעולם ואפילו אין בהשדה דין חלוקה שאין בה כדי שיעור שיתבאר בסי' קע"א לזה ולזה דאלו יש בה דין וחלוקה אפילו בלא מיגו אם אכלה שני חזקה יש לו חזקה דבוודאי לא היה מניחו לאוכלה לבדו כמה שנים כיון שאפשר לחלוק אבל כשאין בה דין חלוקה אם אין לו מיגו הרי היא תמיד בחזקת שניהם דשמא כך עשו חלוקה ביניהם שזה יאכל פירותיה כמה שנים ואח"כ יאכל השני ואפילו יש בה דין חלוקה דווקא כשהחזיק בכל השדה אבל אם החזיק בחציה ואומר שחלק זה הגיע לחלקו לעולם לא הוי חזקה דהשני יכול לומר שתנאי היה בינינו שאתה תאכל חלק זה כמה שנים ואני אוכל חלק השני ואח"כ נחליף החלקים וכן אפילו אם החזיק בכולה והשותף נותן חצי המס או שעובד בה איזה עבודה אף שאינו אוכל פירותיו הוי כמחאה ואינה חזקה ואפילו יש לו מיגו יש להסתפק אם מועיל בזה:

ב שני שותפים בקרקע אחת ובא אחר והחזיק בקרקע שלהם אע"פ דלגבי האחד אין לו חזקה כגון שהיה אריסו או אפטרופסו או שלא היה עמו במדינה והיה במקום שאין השיירות מצויות מ"מ מועיל חזקתו נגד השני ואף שלא חלקו בהקרקע מ"מ היה לו למחות כדי שלא יאמר זה האחר קניתי חלקך לעמוד במקומך עם שותפך וי"א דכשלא היה במדינה אינו חזקה לגבי השני כי יוכל לומר סבור הייתי ששותפי העמידך במקומו כי אתה בעיניו שלא תקלקל הקרקע ואם טוען כך אין לו חזקה להמחזיק [ט"ז] אא"כ דגם להשותף עצמו היה מועיל החזקה כגון שיש דין חלוקה בהקרקע ואכלה כולה:

ג הבן שסומך על שולחן אביו ונחשב בכלל בני ביתו אם אכל נכסי אביו שני חזקה וכן האב שאכל נכסי זה הבן שני חזקה אין להם חזקה וכשנסתלק מעל שולחנו מחזיקין זה על זה ושני החזקה צריך להיות מזמן ההסתלקות ואין מצטרפין מה שאכלו מקודם [כ"ל] ויש מי שאומר דה"ה לחתן בנכסי חמיו הדין כך וכן אב בנכסי הבת ובת בנכסי האב וכן הבן והבת בנכסי אמם והאם בנכסיהם וכן בשארי קרובים שאין מקפידין זע"ז לפי ראות עיני הב"ד ואפילו הבן ושארי קרובים שאינם סמוכים על שולחן אחד מ"מ כיון שלפי ראות עיני ב"ד סומכים זה על זה בעסקי נכסיהם אין להם חזקה זה על זה [ט"ז] וכן האחים במה שירשו מאביהם הם כשותפים ואין מחזיקין זע"ז אפילו אם אין כים אחד לכולם שכל אחד עוסק בפ"ע ובמה שלא ירשו מאביהם

מאביהם דינם כשארי קרובים ואם כיס אחד לכולם או שאוכלין על שולחן אחד אין להם חזקה זע"ז וכ"ש אם אח אחד עשיר ואחד עני ואין לו כלום ואחיו העשיר מוציא עליו הוצאות והעני דר בבית של העשיר דאין לו בה חזקה ואם העני טוען שקנאה ואבד שטרו צריך העשיר לישבע היסת [ב"ח] אבל העשיר בנכסי העני יש לו חזקה ואף שאפשר שמפני הבושה לא נטלה ממנו מ"מ היה לו לעשות מחאה [סס] ואשה שטוענת שהשאילה מקום בבהכ"נ לחתנה וישב עליו לא הוי חזקה אפילו אינו סמוך על שולחנה [ס"ך] שכן דרך העולם שאין האשה מקפדת על חתנה בכה"ג וכ"ש חתן העומד על מקום חותנו שאין לו חזקה וה"ה העומד על מקום חתנו שאין העולם מקפידים בכה"ג [ע' טור סל"ז] :

ד אין לאיש חזקה בנכסי אשתו והאיש שאכל בנכסי אשתו שני חזקה אע"פ שאינו אוכל פירות נכסיה כגון שהתניתה עמו שלא יאכל פירותיה וקבל בקניין ואף אין לו שום שייכות בנכסיה גם לאחר מותה כגון שהתניתה עמו בעודה ארוסה שלא יירשנה כמ"ש באה"ע סי' צ"ב ואכל הפירות ואפילו בנה בניינים והרס בניינים ישינים העומדים להסתר [כ"ל] ועשה הכל כבתוך שלו מ"מ אין לו חזקה דאין אשה מקפדת על בעלה וכן אין לאשה חזקה בנכסי בעלה אף שאכלה פירות נכסיו ונשתמשה בהם כחפצה כמה שנים ואף שייחד לה שדה למזונותיה והיא אכלה גם שדות אחרות מ"מ אין לה חזקה דאיש אינו מקפיד על אשתו וכ"ז דווקא שלא הזיקו גופה של קרקע אבל אם חפרו בהקרקע בורות שיחין ומערות וכיוצא בהן שקלקלו הקרקע ולא מיחו זה בזו או זו בזה הוי חזקה דבכה"ג אם לא היה שלה או שלו היו מוחים זב"ז וכן אם סתרו בניינים טובים שאינם עומדים להסתר הוי חזקה [עסמ"ע וב"ח] ולא עוד אלא אפילו אם אוכל פירות נכסיה הוי חזקה כשקלקל הקרקע דבזה וודאי היתה מוחית בו ויש חולקין בזה [ע' בטור] וכן היא בנכסי בעלה [כ"ל] וכן חזקת נזיקין כמו פתיחת חלונות וכיוצא בו י"א דהוי חזקה דכיון שאינו מחזיק בגוף הקרקע אלא שמשתמש בו לפרקים וא"צ בזה חזקת ג' שנים כפי שיתבאר בסי' קנ"ג הוי מחילה מיד ולמי שסובר שם דגם בחזקות אלו צריך ג' שנים דינם ככל החזקות שאין מחזיקין זה על זה וכשנתגרשה האשה אפילו ספק גירושין ועדיין חייב במזונותיה הרי הם כשארי כל אדם ויש להם חזקה זה על זה כיון שמפורדים זה מזו ולא לבד שאין לבעל חזקה בנכסי אשתו אלא אפילו אחר האוכל נכסי אשת איש הרבה שנים אין לו חזקה דאין מחזיקין בנכסי א"א כמ"ש באה"ע סי' פ"ז משום דהיא סומכת על בעלה שיעשה מחאה כיון שאוכל הפירות ויורש אותה ולכן אם אינו אוכל הפירות ואינו יורשה יש לאחר חזקה בנכסיה אבל אם התנאי לא היה על שני הדברים שאוכל פירות ואינו יורשה או יורשה ואינו אוכל פירות סומכת עליו ואין חזקה בנכסיה ובשם נתבאר עוד בזה [סב"ס חולק בזס] :

ה ראובן שמכר פירות שדהו לשמעון לשלש שנים ובא לוי ואכלן אותן השלש שנים לא עלתה לו חזקה דאינו מקפיד לעשות מחאה כיון שהפירות מכר לשמעון סובר ששמעון הורידו לתוכה ואם חפר בה בורות שיחין ומערות הוי חזקה כמו בבעל [טור] ולאו דווקא חפירות אלא אפילו בנה בה בניין או נטע אילנות דבבעל לא הוי חזקה משום דלא קפיד אבל באחר וודאי דהוי חזקה ולמה לא מיחה בו הלא אין זה שייך להפירות שמכר לשמעון [כ"ל] וכן אם אכל הפירות שלש שנים אחר כלות הזמן מפירותיו של שמעון יש לו חזקה :

ו מי שהוחזק גזלן על שדה זו אין לו בשדה זו חזקה ובשדות אחרות יש לו חזקה [סמ"ע] ואם הוחזק גזלן לכל דבר או אפילו שרק אבותיו הוחזקו שהורגים נפשות על עסקי ממון אין לו שום חזקה אפילו אכל כמה שנים ואפילו חפר בה בורות [כ"כ] דמפני יראתם יריאים למחות בהם ותחזור לבעלים וכן המחזיק בנכסיו אין לו חזקה דאינה ראיה מה שלא מיחה דסמך על אלמותו שבכל עת שירצה יטלנה ובן גזלן יש לו חזקה כשבא בטענת עצמו כמ"ש בסי' קנ"ב דדווקא כשאביתיו הוחזקו להורגי נפשות מוטלת גם אימת זרעם על הבריות אבל בסתם גזלן אף שחשוד להרוג ג"כ כדרך הגזלנים מ"מ כיון שאין פירסומו להורג נפשות יש לבנו חזקה [כל"ל להרמב"ס וסס"ע ודו"ק] ואם עשה תשובה גמורה יש לו חזקה מכאן ולהבא ולא על העבר מה שאומר שקנה בגזלנותו ואפילו אומר שהחזירה וקנאה אח"כ כיון שהוחזק על שדה זו בגזלנות אין לו חזקה לעולם עליה [טור] ובזה שכתבנו דבהוחזק להורג נפשות גם לבנו אין חזקה אף שמדברי הטור לא משמע כן מ"מ כיון שברמב"ם מפורש כן והטור לא כתב מפורש להיפך נקטינן כהרמב"ם וכן בש"ע לא הוזכר דעת הטור כלל וע' מ"ש בסי' קנ"ב :

ז עכו"ם אין לו חזקה בשל ישראל אלא בשטר מקויים מפני שהוא אלם ולכן עכו"ם שאכל כמה שנים קרקע שהיתה של הישראל או שמברר שהיתה שלו אין אכילתו ראיה ואם לא הביא שטר תחזור השדה לבעלים בלא שבועה וישראל שקנה מעכו"ם קרקע הידוע שהיתה של ישראל או שמברר שהיתה שלו דינו כמותו ואין אכילתו ראיה וא"צ המערער לישבע כיון שאינו טוען שידוע לו שלקחה העכו"ם מהמערער הוי חזקה שאין עמה טענה אבל אם טען זה הישראל ואמר בפני לקחה העכו"ם שמכרה לי מזה המערער או שאומר שהראה לי שטר מקויים או אפילו אינו מקויים רק שבעצמו

הכיר חתימות העדים [סמ"ע] ה"ז המחזיק נאמן בהיסת מתוך שיכול לומר אני לקחתי ממך והרי אכלתיה שני חזקה ולכן אם ידוע שקנאה מהעכו"ם אין לו מיגו ומוציא המערער מידו [כס"מ] וי"א דאף בכה"ג מהני חזקה דיכול המחזיק לומר דאח"כ לקחתי ממך [סמ"ע] ומומר לעבודת כוכבים דינו כמוהו והבא מכחו אין לו חזקה ואע"ג דהמערער היה לו למחות כשהיתה ביד ישראל הקונה מהעכו"ם די"ל דהיתה עליו אימת העכו"ם גם כשהיתה ביד הקונה ממנו והיה ירא למחות ולכן אם מיחה פעם אחת ושוב שתק ג' שנים ולא מיחה עוד הוי חזקה דהרי גילה דעתו שאינו ירא מלמחות וכן בגזלן הדין כן וכ"ז במקום שאין ממשלת מלוכה להעכו"ם הגוזלים והחומסים אבל כל מקום שיכולים לכוף את העכו"ם בדינא דמלכותא ואם יבא להחזיק שלא כדין יוציאו ממנו בערכאות יש לישראל הבא מכחו חזקה :

ח ראובן שקנה משמעון ששמעון קנה מעכו"ם ואין שמעון לפנינו שיברר באיזה אופן קנאה מהעכו"ם וגם ראובן אינו יודע מ"מ טוענים ללוקח וטוענים הב"ד בעד ראובן שמא ראה שמעון שטר מקויים אצל העכו"ם או שבפניו לקחה מהישראל דמועיל חזקה כמ"ש וכמו שישראל הבא מכח עכו"ם נאמן לומר בפני לקחה העכו"ם ממך כמו כן אם החזיק עכו"ם בקרקע ונתגייר ושהתה בידו שלשה שנים אח"כ וטוען קניתי ממך אחר שנתגיירתי נאמן ואפילו אמר שקנה קודם נאמן במיגו [לבוש וט"ז] ולא דמי לגזלן שאין לו חזקה על העבר כמ"ש בסעי' הקודם דגזלן הוחזק בגזלנות משא"כ כאן [ט"ז] :

ט חרש שוטה וקטן אין להם חזקה דאין אכילתם ראיה מפני שאין להם טענה כדי שתעמוד הקרקע בידם כיון שאינם בני דעת אלא תחזור לבעלים וכן מי שמחזיק בנכסיהם אין לו חזקה דאין אכילתו ראיה כיון שאינם בני דעת ואין יודעים לעשות מחאה ובנכסי קטן אין מחזיקין אפילו הגדיל כיצד אכלה מקצת שנים כשהיה בעל הקרקע קטן ומקצת אחר שהגדיל וטען אתה נתת לי אתה מכרת לי או אביך מכרה לי אינו כלום עד שיאכל ג' שנים רצופות אחר שהגדיל ונאמן בשאומר שקנה מאביו [ע' במל"מ פי"ד מטוען ובסעי' ט"ז] וי"א דאף בכה"ג אינו חזקה דכיון שירד לשדהו כשהיה קטן לא ידע שהיתה שלו שימחה אפילו כשהגדיל והיה ביד המחזיק הרבה שנים וכן הכריע רבינו הרמ"א ואפילו טען קניתי ממך אחר שהגדלת אינו נאמן ואם אין עדים שהיתה בידו בעוד שהיה המערער קטן ויכול לומר שקנה ממנו אחר שהגדיל נאמן ג"כ לומר קניתי מאביך [כ"ל] ואם מת הקטן וירשו גדול והחזיק ג' שנים בפניו הוי חזקה דהגדול יודע בנכסי מורשי יורישיו [כס"מ] :

י הא דאין מחזיקין בנכסי קטן דווקא כשידוע שהיתה של אביו ואפילו ראוהו עדים שדר בו יום אחד די [סמ"ע] אבל אם אינו ידוע הוי חזקה ולא בעינן חזקת שלש שנים אלא אפילו מוחזק בו יום אחד נאמן לומר שלקחה מאביו במיגו שהיה אומר לא היתה של אביך מעולם ואע"ג דהוה מיגו דהעזה אמרינן [ס"ך] וכן אפילו כשידוע שהיתה של אביו אם החזיק בה שלש שנים בחיי האב ואחרי מותו בא בנו הקטן לערער אין שומעין לו ואם המחזיק צריך להביא עדים על חזקתו מביא ומקבלים עדותן אע"פ שהמערער קטן ואין מקבלין עדותן בפני קטן דהוי כמו שלא בפני בע"ד מ"מ כיון דזה החזיק כראוי מקבלין עדותן שיעמוד בחזקתו [טור] ואם יצא קול המגרע את החזקה כגון שיצא קול שבתורת משכונא באת לידו אם יצא הקול בחיי האב קודם שהחזיק בו ג' שנים שהיתה המשכונא בידו לשנים ידועות וכלו השנים אחרי מיתת האב לא הוי חזקה דבחייו וודאי לא מכר לו כיון שלא כלו שני המשכונא ואחרי מותו כשהיורש קטן ג"כ לא קנה ממנו וממילא היא מוחזקת להיורש אבל אם החזיק בה ג' שנים בחיי האב קודם שיצא הקול ואח"כ מת הוי חזקה אפילו כשיצא הקול אחר הג' שנים שיכלו שני המשכונא אחר מותו [סמ"ע] דמיד שהחזיק ג' שנים קודם שיצא הקול הוי בחזקתו ואם כלו ימי המשכונא והחזיק בו אח"כ ג' שנים יתבאר בסי' ק"נ ועיין בסעי' י"ב :

יא כשאינו ידוע שהיתה של אביו כלל לא לבד שנאמן המחזיק לומר לקוחה היא בידי אלא אפילו מודה ואומר שהיא של אביו אלא שמשכונא היא בידו נאמן במיגו שהיה אומר שלא היתה שלו מעולם או לקוחה היא בידו ולכן מי שהחזיק בנכסי קטן ואמר משכונא הם בידי ויש לי עליהם חוב כך וכך הואיל ואלו רצה אמר לקוחים הם בידי נאמן שהרי אינם בחזקת אביו של זה ולכן אפילו החזיק יום אחד די ונאמן אף לטעון שמגיע לו מאביו חובות אחרים שלא הלוהו על משכונא זו [סס] כיון שיש לו מיגו והרי זה גובה בשבועה מה שטוען ותחזור אח"כ ליתומים ובלא שבועה אינו גובה כיון דעיקר נאמנותו אינו אלא מפני המיגו שלא היתה של אביו כלל דגם טענת לקוח אינו אלא מפני מיגו זה כיון שלא החזיק ג' שנים ואם היה טוען שאינה של אביו היה צריך לישבע כיון שהבן טוען ברי שהיא של אביו ולכן גם בטענת משכונא אף שהבן אינו יכול להכחישו בברי אינו נוטל שלא בשבועה [ס"ך] וי"א דאינו נאמן אלא על הפירות שכבר אכל אבל על פירות דלהבא אינו נאמן משום דהוה מיגו להוציא [סמ"ע] וי"א דנאמן אף לאכול פירות דלהבא [ס"ך] עד שיגבה חובותיו ואין זה מיגו להוציא כיון שאין ידוע כלל שהיתה של אביו אלא ע"פ עצמו נאמן גם על להבא דהפה שאסר הוא הפה

שהתיר

שהתיר ועדיף ממיגו [כס"מ] ועל פירות שעבר אם יש לו מיגו שלא אכלן א"צ שבועה [כ"ל]:

יב אבל אם יצא עליה קול שה"א של היתומים כעניין הקול שכתבנו בסעי' י' שהוא קול המגרע חזקתו ואפילו לא יצא קול שהיא עתה של יתומים [תו"ת] אלא שהיתה של אביהם ואם עכ"ז היה טוען לא היתה של אביהם מעולם היה נאמן דלא מפני קול בעלמא נוציאו מהשדה מ"מ כשטוען שמגיע לו חובות אינו נאמן במיגו זה דאינו נוח לו לטעון שלא היתה של אביהם מעולם כיון שיש קול והוי העזה גדולה [ס"ך] ואפילו יצא הקול אחר שהחזיק ג' שנים בפני היתומים אינו נאמן ולא דמי לסעי' י' דבשם החזקה כיון שהיתה בחיי האב היה נאמן לומר לקוחה היא בידי אבל בכאן החזקה היא בפני היתומים ואין מחזיקין בנכסי קטן ובחיי אב לא החזיק ג' שנים וכל נאמנותו אינו אלא במיגו שלא היתה כלל של אביהם ואינו נוח לו לטעון כן כמ"ש [סס] דלא כיש מי שחולק בזה ולכן תחזור השדה וכל הפירות שאכל להיתומים עד שיגדילו ויעשה עמהם דין וי"א דקול שהיתה של אביהם אין זה כלום לגרע החזקה אא"כ עדים מעידים על זה אמנם אם היה קול שבמשכונא בא לידו מאביהם קול כזה וודאי מגרע החזקה כיון שהקול מפרסם באיזה אופן בא לידו ולכן אף שהיה נאמן נגד הקול מ"מ מיגו אין לו מטעם שנתבאר [כס"מ וכ"מ מרשב"ס בסוגיא דרבה בר שרשום] ואין להקשות כיון שנאמן לטעון נגד קול למה אמרנו בסעי' י' דכשיצא הקול קודם שהחזיק ג' שנים בחיי האב אינו נאמן לטעון לקוחה היא בידי נגד הקול דוודאי כן הוא דבטענת לקוח אינו נאמן דלא גרע קול דמשכנתא ממחאה והיה לו ליזהר בשטרו אבל להכחיש הקול ולאמר שלא היתה שלו מעולם נאמן אלא דאין לו מיגו מפני זה כמו שבארנו [ג"ל]:

יג ואם אכלה שני חזקה בחיי אביהם אע"פ שיצא קול שהיא של אביהם קודם שהחזיק בה שני חזקה אם לא יצא הקול שבמשכנתא באת לידו נאמן לומר לקוחה היא בידי דקול כזה אינו כמחאה ומתוך שיכול לומר לקוחה היא בידי מאביהם נאמן ג"כ לומר חוב יש לי על אביהם [ס"ך] וי"א דביצא קול שהיתה של אביהם אינו נאמן לומר לקוח היא בידי דהוי כמחאה ואפילו יצא הקול אחר שני החזקה והיה נאמן לומר לקוחה היא בידי מ"מ לטעון חוב יש לי במיגו דלקוחה אינו נאמן דאינו נוח לו לטעון העזה כזו נגד הקול [סמ"ע וכס"מ] ואינו נאמן אא"כ לא יצא קול כלל ואז נאמן גם על החוב כמו שנאמן על טענת לקוח וגובה אותו מהפירות ואף מפירות דלהבא אף לדיעה ראשונה שבסעי' י"א וגובה שלא בשבועה מתוך שיכול לומר שלי הן דדווקא כשלא אכלה שני חזקה צריך שבועה כמ"ש שם דבהמיגו היה צריך שבועה כמ"ש שם אבל בטענה דלקוח לא היה צריך שבועה דאין יכולים להכחישו בברי ולכן גם על החוב א"צ שבועה אבל י"א דכיון דאביהם היה יכול לטעון טענת ברי שלא מכרה לו והיה מחייבו שבועה טענינן אנן טענה זו בשביל יורשיו וחייב לישבע ויתבאר בסי' ק"נ בס"ד:

יד החזיק בה המחזיק בחיי האב אפילו החזיק ג' שנים רק בשעת מיתת האב ראינו את הקרקע מוחזקת בחזקת האב אבל לא החזיק בה האב ג' שנים אחר שהוציאה מיד המחזיק ומת והניח בן קטן וטוען המחזיק הקודם שבגזילה היתה ביד האב דשני חזקה לא החזיק ושטר לא נמצא על קרקע זו מ"מ מעמידין אותה לע"ע בחזקת הקטן ואין מקבלין עדות המחזיק להחזיק בה עתה כיון שהבן קטן ונמצאת בחזקת אביו בשעת מיתתו ולאחר שיגדיל הקטן אם יביא המחזיק עדים שהחזיק בה ג' שנים כראוי בחיי האב בלי מחאה מהאב אם היתה ידועה שהקרקע היא מעולם של האב והבן לא ימצא ראיה שמכרה המחזיק אחר שני חזקתו להאב אזי יוציאו אותה מיד הבן ויתנוה להמחזיק דהא גם מהאב היו מוציאין אותה ממנו בכה"ג אבל אם שהתה ביד האב ג' שנים או מקצת שלש בידו ותשלום השלש ביד בנו אחר שהגדיל אין מוציאין אותה מיד הבן לעולם אבל מה שהיתה ביד הבן בעודו קטן אינו מצטרף לתשלום ג' שני חזקה של אביו ורבים חולקים בזה וס"ל דמצטרפין מה שהיתה ביד הבן לשני חזקה אף כשהוא קטן ודווקא כשכל השני חזקה היה ביד הבן בקטנותו אין זה חזקה אבל בצירוף להאב מצטרפין [תו"ת] דהיה לו להמערער לעשות מחאה ואם האב אכל שני שנה ומת והניח בן קטן שנה לפני גדלותו או יותר ואכלה הבן בקטנותו וגם שנה אחר שהגדיל מצטרפין גם לדיעה ראשונה אף שאין השנים רצופות דמ"מ היה לו לעשות מחאה [סס] וכשהביא המערער עדים שעשה מחאה קודם שנשלמו ג' שנים אף שהחזיק האב ג' שנים אין זה חזקה ומוציאין מיד הבן כשאין לו ראיה שאביו קנה מהמחזיק [כ"ל]:

טו מי שהחזיק שני חזקה בקרקע של יתומים וטוען שהאפטרופס מכרה לו ואבד שטרו י"א דהוי חזקה דיש כח לאפטרופס למכור לצרכי היתומים ועומד במקום אביהם וכיון שהאפטרופס לא מיחה נשאר בחזקתו ויש חולקין דכל קונה מאפטרופס צריך ליזהר בשטרו דיודע שהקרקע אינה שלו והאפטרופס הוא רק כשליח ואין להיתומים להפסיד במה ששלוחם לא עשה מחאה ויכולין לומר לתקוני שדרתיך ולא לעוותי וכן הכריע רבינו הרמ"א ואם החזיק ג' שנים אחר שנתגדלו היתומים הוה חזקה אפילו להי"א שבסעי' ט' דאל"כ הקונה מאפטרופס יצטרך לשמור שטרו לעולם ולא

ימצא

ימצא מי שירצה לקנות נכסי יתומין ואין לך נעילת דלת בפני היתומים גדול מזה [כ"ל] וי"א דלדיעה ראשונה אם האפטרופס מכחישו להמחזיק ואומר שלא מכר לו והוא אינו נאמן לדיעה זו צריך לשלם להיתומים על מה שלא עשה מחאה דאין לך פושע ומזיק גדול מזה [תו"ת] ויש חולקין [נס"מ] דפשיעה פטור בקרקעות וזהו פשיעה ולא כמזיק בידים אמנם לפי הכרעת רבינו הרמ"א אין נ"מ בדין זה :

טז יש מי שאומר שאם קנה קרקע מקטן והקרקע היתה שלו שלא ירשה מאביו ואחר שהגדיל שתק ולא מיחה קנה הקרקע [קלס"ח] והביא ראיה לזה ואם כי אין הראיה מכרעת אבל דין זה תלוי במחלוקת הרמב"ם עם רבותיו בפכ"ט ממכירה הלכה י"ז ובסי' רל"ה יתבאר בס"ד כדעת הרמב"ם ולפ"ז ראיה גמורה לדין זה ולדעת רבותיו אין זה קניין ואפילו החזיק ג' שנים אינו כלום [כ"ל] :

יז ארים אם היה ארים לאביו של בעל השדה או לאנשי משפחתו אין לו חזקה בשדותיו שכיון שהוא ארים של בתי אבות שלעולם אינו מסתלק משדותיהן אין מוחין הבעלים בידו ומניחין לו לאכול הפירות כמה שנים ואח"כ אוכלים הבעלים אבל אם הארים הזה הוא שנעשה ארים תחלה אצלו ואם לא יישרו זה לזה יסתלקו זה מזה הואיל ואכלה כולה שני חזקה מעמידים אותה בידו ואומרים להבעלים היאך אכל שנה אחר שנה ולא מחיתם בידו ואין זה מדרך העולם ואם הארים הזה ידוע ומוחזק להאיש הזה שנים רבות וידוע שנתיישרו זל"ז אין לו חזקה [כ"מ מססמ"ע] אבל הבעלים מחזיקים בשל אריסין אפילו באריסי בתי אבות דהארים הוא מוחזק לעשות בשדות הבעלים ולא הבעלים בשדה הארים ומדלא מיחה וודאי מכרה לו וכן ארים שירד מאומנתו ואכלה ג' שנים אח"כ החזיק אפילו אם היה ארים בתי אבות :

יח אמרינן בגמ' [מ"ו] ארים של בתי אבות שהוריד אריסין תחתיו יש לו חזקה ואם חילק לאריסין אין לו חזקה וההפרש הוא אם הורידם תחתיו והוא אינו עובד עמהם יש לו חזקה להארים דאם לא היה מוכרה לו לא היה מניחו להוריד אחרים תחתיו ולשתוק ג' שנים אבל אם חילק להאריסין השדות והוא בעצמו עובד עם כל אחד אין לו חזקה דבכה"ג אין בעל השדה מקפיד [רסב"ס] והרמב"ם מפרש דההפרש הוא בין האריסין שהיו בהם כבר דאף אם חילק להם הארים לכל אחד חלקו לעבוד בו לבדו אינו מקפיד בעל השדות ואף דהארים יכול לומר היאך הנחתני לחלוק שדותיך יכול המערער לומר ממונה על האריסין עשיתי אותך וטוענין בעדו טענה זו [כ"מ מלשון הרמב"ס] אבל אם הוריד אריסין חדשים יש לו חזקה דבכזה אלו לא מכר לו היה מוחה בו :

יט האומנים שהיו בונים בקרקע או מתקנים אותה שנים רבות אין להם חזקה ואפילו אינו ידוע שירד בה בתורת אומנות אלא שידוע שהוא אומן אין לו חזקה [נס"מ] ודווקא כשדרך אותו אומנות לישב בתוך הבית או לאכול פירות השדה דאל"כ אין אכילת הפירות שייך לאומנתו ואם ירדו מאומנתם אם אכלו אותה ג' שנים אח"כ יש להם חזקה והבעלים מחזיקים בשל אומנים אפילו בעת אומנתם כמ"ש בארים ואפילו בעת שהאומן אוכל שדה הבעלים ולו אין חזקה מ"מ הבעלים בשלו יש חזקה ואין האומן יכול לומר נתתי לו שדי שיאכל פירותיה כל זמן שאעסוק באומנתי בשדהו ואוכל פירותיו [כ"ל] :

כ האפטרופסים אין להם חזקה בין שהיה אפטרופס על שדה זו בין על שארי נכסים בין שב"ד מינו אותו בין אבי היתומים ואפילו הוא אפטרופס שלא בהתמנות אלא שהיתומים נסמכו עליו ומעיין בעסקיהם ובין שהוא אפטרופס על גוף הקרקע או על הפירות היוצאים ממנה [טור] ואפילו גדלו היתומים והניחו אותו לאכול כמה שנים אין לו חזקה ולאו דווקא אפטרופס של יתומים אלא אפילו מינה אדם אפטרופס בביתו על הוצאה והכנסה כיון שהוא משתמש ברשות הבעלים אין לו חזקה ולפ"ז כל האנשים המושכרים בעסקי אחרים אין להם חזקה בשל הבעלים אבל י"א דלאפטרופס ולכל אלו אין להם חזקה רק בשדה שממונה עליה אבל בשדות אחרות יש להם חזקה דכיון שאין לו רשות בהן הוי כאחר והבעלים מחזיקים בשל האפטרופסים ובמושכרין בנכסיהם ואפטרופסין והמושכרים שעברו מהתמנותם ואכלו ג' שנים אחר שעברו הוי חזקה כמ"ש בארים ואומן :

כא המחזיק בהקדש עניים או של בהכ"נ או משארי נחלות עולמית השייך לחבורת מצוה כמו ת"ת ובק"ח וכיוצא באלו אין לו חזקה אפילו החזיק הרבה שנים דאין ראיה מה שלא מיחו בו דקדירא דבי שותפי כל אחד סומך על חבירו ועוד דכל אחד מדמה שהוא עוסק בעד הצדקה ולא לעצמו ואם יש גיזברים ממונים על מעשה הצדקה ויש להגיזברין חלק בזה אז מתוך שיש להמחזיק חזקה בחלק הגיזברים החזיק בכולה אבל אם אין להם חלק לא הוי חזקה ולא יפסידו העניים וההקדש במה שהגיזבר לא עשה מחאה אבל ההקדש והצדקה יש להם חזקה בשל אחרים דהיה לו להבעלים למחות וכן המחזיק בשל קהל י"א דלא הוי חזקה דהוא קדירא דבי שותפי [ס"ך] וכן אם הם החזיקו בשל אחרים אין להם חזקה שיראים למחות בהם אבל רבינו הרמ"א הכריע דדינם כהקדש שאין מחזיקין בשלהם והם מחזיקין בשל אחרים [סס] :

כב כמו שיש חזקה לנכסים כמו כן יש חזקה למצוה כגון יחיד שיש לו ס"ת והחזיק שהציבור קורא תמיד

תמיד בס"ת שלו זכה בחזקתו ואין להם לקרות באחרת כל זמן שהס"ת שלו כשירה וטוב לקריאה ודווקא כשהיה אז להציבור ס"ת אחרת ועכ"ז קראו בשלו הוי חזקה אבל כשלא היה להם ס"ת אחרת לא מקרי חזקה דמפני ההכרח עשו כן ולא מפני שנתנו לו חזקה בזה אא"כ יש עדים שנתנו לו אז חזקה ומ"מ אף שאין לו מדינא חזקה כשלא היה להם אחרת עכ"ז כיון שזכה בהמצוה אין נוטלים ממנו לגמרי וכבר היתה מעשה כזה בזמן הקדמונים ופסקו שיקראו שתי שבתות בס"ת של הקהל ושבת שלישי בס"ת שלו וכן אדם שהחזיק במצוה כמו גלילת ס"ת או הוצאת ס"ת והכנסה לאה"ק וכיוצא בזה ואירעו אונס שאין יכול לעשות המצוה ונתנו הציבור המצוה לאחר כשיעבור אונסו של ראשון חוזר למצותו דאונס אינו מבטל חזקה אבל אם נתן המצוה לאחר בלא אונס נתבטלה חזקתו אף בפעם אחת אמנם אם נתינתו לאחר היה בדרך כיבוד לא אבד חזקתו ואדרבא יפה כחו בחזקתו שמכבד גם לאחרים וכ"ז בחזקה שיש עמה טענה כגון שאומר שהציבור נתנו לו מצוה זו לעולם אבל אם בעצמו החזיק בה שלא ע"פ הציבור אין בחזקתו כלום [תשובות] ובית שהיתה בה מקום תפלה מימים רבים אין לשנותה לבית אחר מפני דרכי שלום דלא גרע מעירוב דמערבין בבית ישן מפני דרכי שלום כמ"ש בא"ח סי' שס"ו ועוד שיחשדו אותו ואת ב"ב שבשביל שאינם מהוגנים שינו מקומם [מג"א סי' קנ"ג] ודווקא לבית אחד אין להעביר אבל אם בנו בהכ"נ קבוע אין בזה לא חשד ולא מחלוקת וגם חזקה לא שייך בזה דכן דרך העולם כשבונים בהכ"נ קבוע אין מתפללים בבית יחיד ואדרבא חובה לעשות כן כמו שידוע שע"י ריבוי מניינים של יחידים גורם הריסות בעיר וראובן ושמעון שירשו מאביהם זכות שאין לשום אדם כח לבנות בהכ"נ בלי רשותם או שארי זכות מצות שירשו מאביהם אין יכולים למכור כחן לאחרים דלהם ניתן הרשות ולא לאחר וגם המוחזק בעצמו אין ביכולתו למכור זכות המצוה לאחר דאין זה נתפס במכירה דהוה כדבר שאין בו ממש וכן כל שום התמנות א"א למכור מטעם זה ועוד דהציבור כשנתנו לו זכות הזה לו לעצמו נתנו ולא למכור לאחרים ואפילו להוריש זה לבניו אינה בירושת נחלה אלא שהתורה צוותה לנו דכשהבן ממלא מקום אבותיו עומד במקומו וכך שנינו בת"כ גבי כה"ג שבניו קודמים לכל אדם בזמן שממלאין מקום אבותיהם ואם לאו יבא אחר וישמש תחתיו וחזקה בדבר מצוה בין בחנם בין בשכר הוי חזקה ואף אם ירצה אחר להוסיף ממון אין ביכולתו להוציא ממנו מצותו דאל"כ איזו חזקה היא והרי הפוסקים דימו זה להזקת נכסים וזה שכתוב בשם ר"י החסיד שכשמוסיפין לצדקה הם קודמים אינו מדינא אלא ממדת חסידות שכך ראוי לעשות לפנים משוה"ד [כ"ל] ואל יתקוטט אדם בדבר חזקת מצוה וגדול השלום :

סימן קנ [מי שירד לשדה בתורת משכון וחזר ועשה שטר מכירה ובו ז' סעיפים] :

א מי שירד לתוך שדה אחת בתורת משכונא אין לו בה חזקה אם ידוע בעדים או שהדבר מוחזק ומפורסם לרבים שבתורת משכונא ירד לתוכה וי"א שאין לו בה חזקה לעולם אפילו אם ידוע ששלמו ימי המשכונא והחזיק בה שלש שנים אח"כ ואף דבאומן וארים כשהחזיקו ג' שנים אחרי שירדו מזה יש להם חזקה כמ"ש בסי' קמ"ט משום דבשם אף בעת אומנתם ואריסותם אינו ידוע לנו שלא קנאה רק שאין אנו מאמינים להם בעודם בזה ולכן כשירדו מעסק זה יש להם חזקה משא"כ במשכנתא ידוע לנו שלא קנאה ולכן אין לו חזקה לעולם [תו"ת] ועוד דבשם דרך העולם כשיורדים מעסק זה לקבל מהם הקרקע בחזרה אבל משכנתא כיון שהוא דחוק למעות קרוב הדבר שלא פראה עדיין והולכת הכל בדרך הלואה [כ"ל] וכמו שארים ואומן יש לבניהם חזקה כמו כן בן המלוה יש לו חזקה כשבא בטענת עצמו דלא כיש מי שחולק בזה [כ"ל] וי"א שאפילו במלוה עצמו אם אכלה ג' שנים אחר שכלו ימי המשכונא יש לו חזקה ויש מי שאומר שאם העידו העדים ששדה זו משכונא אצלו ויודעים שהיו שנים קצובות ואינם יודעים לכמה שנים אפילו החזיק בה כמה שנים אין לו חזקה ואם העידו שמשכנה אצלו לכך וכך שנים או אפילו משכנה אצלו סתם וסתם משכנתא היא לשנה ואכלה ג' שנים אחרי כלות זמן המשכונא ובסתם אחרי השנה יש לו חזקה וזהו ג"כ כעין הדיעה הקודמת :

ב אם אין הדבר ידוע בבירור אלא שיש קול בעלמא ששדה זו היתה ממושכנת אצלו והוא בעצמו מודה שבמשכנתא באת לידו אלא שאח"כ קנאה ממנו כבר נתבאר דכשיצא הקול קודם ג' שנים הוה כמחאה ואינו נאמן לטעון לקוחה היא בידי ומ"מ עצה טובה לממשכן לעשות מחאה בסוף כל שלש שנים דאולי יסתור זה שטר המשכונא אחר שישכח הקול ויטעון לקוחה היא בידי כמעשה שהיה באחר שמשכן פרדס לחבירו לעשרה שנים ואחר שאכלה ג' שנים א"ל להממשכן אם תמכרנה לי טוב ואם לאו אסתיר את שטר המשכונא ואטעון לקוחה היא בידי :

ג במעשה שכתבנו שהוכרח הממשכן למוכרה להמחזיק עשה הממשכן תחבולה בדבר שמקודם שמכר לו נתנה לבנו במתנה וחזר ועשה שטר מכירה לבעל המשכונא

המשכונא ואח"כ נתוודע כל העניין ואמרו חכמים שמכירתו אינה כלום והמעות שנתן בעל המשכונא להממשכן יתר על דמי המשכונא אינה אלא כמלוה בע"פ והשטר אינו כלום מפני שנעשה באונס וכיון שהוא כמלוה בע"פ נאמן לומר פרעתי ואינו גובה מלקוחות ודווקא כשהאונס היה מצד הקונה כמעשה זו אבל אם עשה הערמה ברצון נפשו מפני מצב עצמו שלא מסיבת הקונה אף שמצד הדין אין המכירה כלום מפני ההערמה מ"מ כיון שהשטר מכירה נעשה ברצון יש על המעות דין מלוה בשטר [סמ"ע] וכן הדין בכל מכירה שנתבטלה מאיזו סיבה יש על המעות דין מלוה בשטר אם רק לא נעשה השטר מכירה באיסור כמו ריבית וכיוצא בזה [ט"ס] וי"א דאין חילוק בזה ובכל מקום שהמכירה בטילה אין על המעות רק דין מלוה בע"פ [ט"ז] והעיקר כדיעה ראשונה [תו"ת] וכ"ז כשהמכירה היתה בשטר אבל אם היה בכסף או בחזקה ונתבטלה המכירה אין על המעות רק דין מלוה בע"פ [נ"ל] וכן כשהמכירה היתה בשטר ונתבטלה מרצון נפשם גם לדיעה שנייה יש דין מלוה בשטר [כ"מ בט"ז]:

ד ראובן שירד לתוך שדהו של שמעון בתורת משכונא והיה לראובן אצל שמעון עוד תביעה אחרת על פה ואינו יכול להוציאה מידו וכלו ימי המשכונא ורצה לעכב השדה ולאכול הפירות עד כדי תביעתו שיש לו אצל שמעון ולהחזיר לו אח"כ ולא גילה זה לעדים דאם היה מגלה להם לא היה ביכולתו לעשות כן אלא שאח"כ נתגלה שכן היה דעתו מתחלה [סמ"ע] אם ידוע לנו שירד לה בתורת משכונא אינו נאמן אפילו אם החזיק בה ג' שנים אלא צריך להחזירה מיד עם כל הפירות שאכל מזמן כלות ימי המשכונא [ט"ס] כיון שידוע לנו שכלו ימי המשכונא ואם אינו ידוע נאמן על תביעתו האחרת במיגו שהיה יכול להסתיר שטר המשכונא ולטעון לקוח הוא בידי וצריך לישבע היסת ואע"ג דגבי יורשים י"א דא"צ שבועה כמ"ש בסי' קמ"ט סעי' י"ג משום דבשם בהמיגו לא היה טענת ברי כמ"ש שם וי"א דגם זה דווקא שאכל כבר הפירות כדי התביעה שטוען עליה אבל אם בא לתובעו קודם שיאכל הפירות אינו נאמן לעכב הקרקע בידו אף שיש לו מיגו דקרקע לא דמי למטלטלין דלעולם עומדת ברשות הבעלים והוי מיגו להוציא [ט"ס] אמנם רבים חולקים בזה וס"ל דנאמן גם על להבא כיון שהוא מוחזק עתה בהקרקע אין זה מיגו להוציא [ס"ך] אלא דהוה מיגו מממון לממון ואמרינן מיגו כמ"ש בכללי מיגו בסי' פ"ב ואם החזיק ג' שנים אחר שכלו ימי המשכונא לדיעות האחרונות שבסעי' א' דהיה נאמן לומר לקוחה היא בידי אפשר דנאמן גם על התביעה במיגו דלקוח אף כשידוע לנו שירד בתורת משכונא או אפשר דריעא מיגו שלו כמו בקול שיתבאר:

ה ואם אינו ידוע שירד בתורת משכונא אלא שיצא קול על זה אם הקול יצא קודם שהחזיק בה ג' שנים אינו נאמן לטעון לקוחה היא בידי דהקול הוא כמחאה והיה לו ליזהר בשטרו כמ"ש בסי' קמ"ט סעי' י"ב ואם יצא הקול אחר שהחזיק ג' שנים אם היה טוען לקוחה היא בידי היה נאמן אבל אם טוען יש לי תביעה אחרת ורוצה לעכב הקרקע עד שיאכל כדי תביעתו מפני מיגו זה אינו נאמן דהורע כח המיגו דכיון שיצא הקול שבמשכונא ירד אין רצונו לטעון לקוחה היא בידי וכמ"ש שם ואף בפירות שכבר אכל אינו נאמן דהורע מיגו זה [ס"ך]:

ו וכמו שהדין בין ראובן ושמעון כן הדין בינו ובין יורשי שמעון כמ"ש שם ואם מת שמעון הממשכן ובא ראובן לטעון כנגד יורשיו לתבוע תביעה אחרת אם הוא בעניין שיכול לטעון לקוחה היא בידי כגון שאינו ידוע שירד לה במשכנתא וגם אין קול [סמ"ע] נאמן גם על הפירות שאכל עד כדי התביעה וגם לאכול הפירות להבא נאמן להרבה החולקים שבסעי' ד' [כ"ל] ואם אין יכול לטעון לקוחה היא בידי ואף אם יכול לטעון כגון שיש רק קול בעלמא מ"מ אינו נאמן על התביעה האחרת שהורע כח המיגו וכמו שנתבאר אלא שבזה יש מי שאומר שיש חילוק בין שמעון ליורשיו ששמעון בעצמו היה יכול להשביעו על התביעה האחרת שיש לו עליו כיון שהיה יכול להשביעו בטענת ברי גם על המיגו שלקוחה היא בידו אבל כנגד היתומים שאין יכולים להשביעו בברי על המיגו אין יכולים להשביעו גם על הטענה האחרת ונוטל בלא שבועה אבל יש חולקים וס"ל דכל מאי דביכולת אביהם לטעון ולהשביעו בברי טענינן להו ליתמי אפילו בשמא אם היא רק טענה טובה ועוד דמיגו לאיפטורי משבועה לא אמרינן [עתו"ת]:

ז ירד לתוכה בתורת משכונא ואכלה ג' שנים ואין עדים וגם אין קול [ס"ך] שירד לתוכה בתורת משכונא ואומר שעדיין יש לו להחזיק בתורת משכונא שני שנים נאמן במיגו דלקוחה היא בידי אפילו אם טוען המלוה שטר משכונא היה לי ואבד ואין זה מיגו להוציא אף לדיעה ראשונה שבסעי' ד' כיון שלפי טענתו כבר זכה בהקרקע למשכנתא ויש חולקים על זה דוודאי אם טוען לא היה לי שטר משכונא נאמן במיגו אבל כשמודה שהיה לו שטר משכונא ריעא מיגו שלו דבשטר משכונא מזהר זהירי בו אינשי שלא לאבדו ולכן הוה ספיקא דדינא ואין מוציאין ממנו מה שאכל ועל להבא אינו נאמן דהממע"ה [ט"ס]:

סימן קנא [כל אלו שאין להם חזקה אם הביאו עדים ובו ג' סעיפים]:

א כל אלו שנתבארו בסי' קמ"ט שאין להם חזקה ואין אכילתן ראיה אם הביאו עדים שהבעלים מכרו להם שדה זו או נתן במתנה ראייתן ראיה ומעמידין השדה בידם לבד מגזלן אף אם הביא עדים אינו ראיה אם אומרים שהודה בפניהם שמכר לו שדה זו או נתנה אם לא שראו נתינת המעות כמו שיתבאר וכן בעל בנכסי אשתו אין הודאתה כלום שיכולה לומר נחת רוח עשיתי לבעלי ולא רציתי להתקוטט עמו כדי שלא יאמר לי עינך נתת בגירושין ובמיתה ואף כשראו נתינת המעות אינו כלום מטעם זה [כ"מ מרסב"ס מ"ע: ד"ס תימה ע"ש] ובאיזה נכסים יכולה לומר כן בנכסי צאן ברזל שהכניסה לו בנדונייתה או אם קנה ממנה השדה שייחד לה בכתובתה תחת המעות או מטלטלין שהכניסה לו בנדונייתה ובשדה שכתב לה בכתובתה אפותיקי על מנה או מאתים של כתובה ובשדה שנתן לה משלו על תוספת כתובה דבכל אלו השדות כיון ששלו הם יש איבה אם לא היתה מסכמת לרצונו ואף בשטר אינו כלום אבל בנכסי מלוג שעיקר הקרקע שלה הוא גם עתה ואינו אוכל אלא הפירות יש לו ראיה כשהביא עדים שמכרה או נתנה לו ואף אם הודית בפניהם שמכרה או נתנה לו דבזה גם אם לא היתה מסכמת לא היה לו איבה וקטטה עמה דלא כיש מי שחולק בזה:

ב ואשה בנכסי בעלה שהביאה עדים שמכר לה נתבאר באה"ע סי' פ"ה דאם קנתה במעות טמונים אין קניינה כלום דיכול הבעל לומר שרצה להוציא ממנה המעות שהטמינה ממנו ואף שכתב לה שטר אינו כלום ואם קנתה במעות גלויים קניינה קניין ואם נתן לה במתנה קנתה ועוד נתבארו שם פרטי דין זה בסעי' מ"ד דלהרמב"ם דעת אחרת בזה:

ג גזלן כיצד כיון שהוחזק גזלן על שדה זו אע"פ שהביא ראיה בשטר שהודו הבעלים בפני עדים שמכר לו השדה וכתוב בשטר שלקח דמים ואין כתוב בו שהעידו העדים שראו נתינת המעות והבעלים אומרים לא מכרתי לו כלל ולא לקחתי דמים רק מפני היראה הודיתי לו מוציאין את השדה מידו ואין לו כלום ואם העידו העדים שבפניהם מנה לו כך וכך מעות מוציאין השדה מיד הגזלן ומחזירין לו הבעלים את הדמים ואף שאין מסירת מודעא לפנינו דבגזלן א"צ מסירת מודעא דהאונס ידוע וזהו דעת הרמב"ם ז"ל אבל הרא"ש ז"ל חולק בזה וס"ל דאם ראו העדים נתינת המעות ולא מסר המוכר מודעא תחלה מכירתו מכירה דקיי"ל תליוהו וזבין זביניה זבינא כמ"ש בסי' ר"ה ושם יתבאר וכן הכריע רבינו הרמ"א וכל גזלן שלא הוחזק לגזלן רק על שדה זו יש לו חזקה בשדה אחרת דעל שדה זו מוסר נפשו ויריאים ממנו ואם הוחזק לגזלן על כל הדברים אין לו חזקה וראיה בשום מקום ואין חילוק בין גזלן עכו"ם לגזלן ישראל [כ"ל] ואם כתוב בשטר אחריות נכסים י"א דקנה כשלא הוחזק גזלן רק על שדה זו דכולי האי אין יריאים ממנו לשעבד לו גם נכסים אבל בהוחזק גזלן לכל הדברים אין ראיה גם בשיעבוד נכסים [סמ"ע] ואחריות באשה ובבעלה נתבאר שם:

סימן קנב [דין אלו שאין להם חזקה אם יש לבניהם חזקה ובו ה' סעיפים]:

א כל אלו שאמרו אין להם חזקה יש לבניהם חזקה שאם הבן אכל ג' שנים וטוען שהבעלים מכרוה או נתנוה לו יש לו חזקה ואפילו מודה שבאה ליד אביו באריסות או באומנות או בגזלנות או באפטרופסת או במשכנתא ואפילו כשאביהם חי ואף בבן הגזלן והגזלן עודנו חי דמשום יראתו לא יתיירא למחות לבנו וכבר בארנו בסי' קמ"ט דלהרמב"ם והש"ע כשהוחזק להורג נפשות על עסקי ממון אין חזקה גם לבנו ולכל ב"ב דאימתם מוטלת על כל:

ב בד"א בבאים בטענת עצמם אבל אם טוענים שהיא ירושה להם מאביהם שאכלה שני חזקה אין גם להם חזקה ואפילו אכלו גם הם שני חזקה דהיא חזקה שאין עמה טענה כיון דלהאב לא הוי חזקה וכן בן הבן אם טוען שירשה מאבי אביו אין לו חזקה וכן לעולם כל מי שטוען שירשה מהראשון הוי חזקה שאין עמה טענה אבל אם בן הבן טוען שירשה מאביו ואכלה שני חזקה ואביו דר בו יום אחד או עסק בה יש לו חזקה דטוענין ליורש כל מה שיכול מורישו לטעון ואלו היה אביו חי היה נאמן לומר שקנאה מהמערער:

ג ואם הביא הבן עדים שהודו הבעלים לאביו שמכרה או נתנה לו מעמידים השדה בידו אפילו לא החזיק שני חזקה כיון שהודה הודאה גמורה בפני עדים וי"א שאפילו לא הביא עדים אלא שהבן אומר שבפני הודה לאבי שמכרה לו והחזיק הבן שני חזקה נאמן במיגו שהיה אומר לקוחה היא בידי חוץ מבן הגזלן שאף שהביא עדים שהודה אין הודאתו כלום כמ"ש בסי' קנ"א מיהו אם אומר בפני מנה לך אבי המעות והוא החזיק ג' שנים נאמן במיגו שהיה יכול לומר לקחתי ממך ולדעת הרמב"ם שם סעי' ג' אין כאן חזקה ומחזיר לו הדמים [סמ"ע]:

ד הודאה לגזלן אינו מועיל אפילו הודה שלא בפני הגזלן דיראתו מוטל עליו גם שלא בפניו ובן בנו של גזלן אם בא בטענת אבי אביו כגון שאומר בפני הודית לאבי אבי שמכרת לו אינו כלום אבל אם בא בטענת אביו בירושה יש לו חזקה כמו שנתבאר וי"א דאם בן בנו של גזלן אומר בפני הודית שמכרת לאבי אבא הוי חזקה דכולי האי אין מוטל יראתו בעד בן בנו אבל בן הגזלן שאומר בפני הודית שמכרת לאבי לא מהני דמשום מורא הוצרך להודות גם לו :

ה יראה לי דדווקא בניהם של כל אלו יש להם חזקה אבל נשותיהם אף של אומן וארים אין להן חזקה אפילו באין בטענת עצמן דאשתו כגופו ואיש בנכסי אשתו לאחר מותה והיא בנכסי בעלה לאחר מותו יש להם חזקה [ירושלמי פ"ג דב"ב ס"ס] ולאחר גירושין ג"כ יש חזקה כמ"ש בסי' קמ"ט :

סימן קנג [דין הוצאת זיז ומרזב והעמדת סולם ונעיצת קורות ובו כ"ג סעיפים] :

א יש חזקות שאינן לגוף הקרקע אלא חזקת תשמיש ברשותו של חבירו כגון שהוציא זיז שהוא נסר או קורה הבולט לרשותו של חבירו ובעל הזיז משתמש בו או הוצאת מרזב ומזחילה לרשות חבירו שישפכו המים לרשותו של חבירו או העמדת סולם בחצירו של חבירו שיעלה על הסולם לתקן גגו וכה"ג שארי חזקות כאלו ויתבארו בסי' זה ויש מין חזקה שאינו עושה כלום ברשות חבירו אלא ברשותו רק שבזה מזיק לחבירו בהיזק ראיה כגון שפותח חלון בכותלו לחצר חבירו וכה"ג ויתבאר בסי' קנ"ד וכן יש שעושה דבר ברשותו ומקלקל הקרקע של חבירו כגון שחופר בור ברשותו אצל מיצר חבירו ומקלקל לחבירו קרקעו או נוטע אילן אצל מיצר חבירו וכה"ג ויתבאר בסי' קנ"ה ובכל מיני חזקות אלו אם החזיק בהם הוי חזקה ואין חבירו יכול לסלקו ובהיזק ראיה אף שיש מרבותינו דס"ל שאין חזקה להיזק ראיה ויכול לכופו לעולם לסתום חלונו לא קיי"ל כן כמ"ש רבותינו בעלי הש"ע סי' קנ"ד סעי' ז':

ב רבותינו הראשונים נחלקו בכל אלו החזקות אם צריך ג' שנים וחזקה שיש עמה טענה כבחזקת קרקעות או לא ודעת הרמב"ם והרמב"ן והגאונים דא"צ אלא מיד שעשה כן בפני חבירו ונתברר לו הזיקו מחל לו וזכה זה בחזקתו מטעם מחילה ודעת רשב"ם ור"ת והתוס' והרא"ש והטור דצריך ג' שנים וטענה שמכרה או נתנה לו כבחזקת קרקעות ואדרבא דבחזקת קרקעות החזיק אפילו שלא בפניו כמ"ש בסי' קמ"ג ובחזקות אלו לא הוי חזקה כלל שלא בפניו כיון שלא ידע שימחה ובקרקע יש קול כמ"ש שם [נ"ל] :

ג והכרעת רבותינו בעלי הש"ע אינה מבוררת רבינו הב"י בספרו הגדול הביא שני הדיעות ולא הכריע ובש"ע כתב לשון הרמב"ם כדרכו ורבינו הרמ"א בסעי' ב' הגיה על דברי המחבר דיעה זו דצריך ג' שנים וטענה ובסעי' ט"ז ובסי' קנ"ד סעי' ז' כתב דבחזקת ג' שנים יש מחלוקת ובסי' קנ"ה סעי' ל"ה בחזקת נזקין הכריע דלא בעינן ג' שנים ויש מי שאומר דדעתו להכריע כן בכל הדברים וגילה דעתו בסוף כל הענינים וכוונתו על כל הסימנים הקודמים [ט"ז] ויש מי שאומר דרק שמה הכריע כן משום דעושה בשלו וההיזק מגיע ממילא לחבירו אבל בזיז וכיוצא בו שבסי' זה דמשתמש בשל חבירו וכן היזק ראיה שבסי' קנ"ד דמזיקו בראייתו ונהנה מאורו של חבירו ומונע אותו מלבנות נגד חלונו הוי ג"כ כמשתמש בשל חבירו וצריך ג' שנים [סמ"ע] והטעם דכיון שיש מחלוקת בזה הוי ספיקא דדינא והממע"ה ולכן בסי' זה ובסי' קנ"ד נקרא האחר מוחזק ויכול לעכב עליו עד ג' שנים ובסי' קנ"ה הוי הוא המוחזק וא"צ ג' שנים או אפשר דבסי' זה וקנ"ד לא הכריע כלל והוי ספיקא דדינא וכל דאלים גבר [ש"ך] כי שניהם שוים בחזקתם האחר נקרא מוחזק מפני שעושה מעשה בחצירו והוא נקרא ג"כ מוחזק במה שכבר עשה וכן בהיזק ראיה וכיון ששניהם שוים בחזקתם הויין כשניהם אינם מוחזקין ונתבאר בס"ס קל"ט דבספיקא דדינא בכה"ג כל דאלים גבר משא"כ בסי' קנ"ה דוודאי הוא מוחזק והאחר הוא המוציא וכן נראה עיקר :

ד אם יש מנהג בעיר בכל אלו החזקות הולכין אחר המנהג ודווקא בחזקה בלא טענה אלא מטעם מחילה בזה יש לילך אחר המנהג דמסתמא היה דעתו כפי המנהג אבל בחזקה בטענה שטוען אתה מכרת לי בזה אין שייך מנהג כיון דלדבריו מכר לו חזקה זו ולכן בהרחקת נזקים דבסי' קנ"ה דפסקינן דא"צ ג' שנים וטענה צריך הדיין לידע מנהג המקום בזה ואם מנהג המקום אינו ידוע או במקום שאין מנהג הולכין אחר הדין [נ"ל] :

ה המבקש להוציא זיז מכותלו על אויר חצר חבירו אפילו זיז כל שהוא בעל החצר מעכב עליו שהרי מזיקו בראייה בעת שתולה בו ומשתמש בו ומביט בחצירו ואפילו כנס הכותל לתוך שלו [נס"מ] ואף אם יאמר כשאשתמש בו אחזיר פני ולא אראה בחצר מ"מ מי יוכל לשומרו ואף כשיביט לחצר יתנצל שהיה מוכרח לעשות כן דנתירא שמא יפול כשיהפוך פניו וכשמיחה בו ועדיין לא הספיק להסירו והניחו בעל החצר מרצונו עד שיסירנו אין בעל הזיז משתמש בו כל זמן שלא הוסר עדיין ובעל החצר משתמש בו

ובשאין

וכשאין בו טפח אין בעל הזיז יכול להסירו ואם הוציא את הזיז ולא מיחה בו בעל החצר לאלתר כשנתברר לו הנזק ושתק ולפי אומדנא דב"ד נתברר לו הזיקו ומחל [כס"מ] הרי החזיק בעל הזיז ומשתמש בו ואפילו לא נשתמש עד עתה כיון שהחזיק בשתיקתו ומחילתו ומונע את בעל החצר מהלשתמש בו וי"א דכל חזקות אלו בעינן ג' שנים וטענה כמ"ש ולדיעה זו כל זמן שלא החזיק ג' שנים ומיחה בו ועדיין לא הסירו אסור לבעל הזיז להשתמש בו ובעל החצר משתמש בו כמ"ש [טור]:

ו אף כשהחזיק בהזיז יש חילוק ברוחב הזיז כיצד היה בזיז טפח שבולט טפח לחצר חבירו וראוי לעשות בו תשמיש לתלות עליו חפצים החזיק גם באויר החצר שתחת הזיז ואם רצה בעל החצר לבנות תחת הזיז בענין שיבטל תשמישו בעל הזיז מעכב עלי' וצריך להניח לו אויר כפי עניין התשמיש וגם אצל הזיז ממש אסור לבנות ואם אין בהזיז טפח אע"ג דהחזיק בו ואין בעל החצר יכול להסירו מ"מ באויר שתחתיו לא החזיק ובכל עת שירצה בעל החצר לבנות תחתיו אין בעל הזיז יכול לעכב עליו אף שעי"ז יתבטל תשמיש הזיז [ט"ז] וי"א עוד דבזיז שאין בו טפח לא מהני חזקה כלל אפילו החזיק בו כמה שנים ואף על הזיז עצמו משום שאין בו שום חשיבות ויכול בעל החצר להסירו כל זמן שירצה ואף כשלא מיחה בו והניחו מרצונו להשתמש בו יכול הוא להשתמש בו ולא בעל הזיז אם הוא מעכב עליו ואם היה הזיז רחבו טפח באורך הכותל ומשוך באויר חצירו של חבירו ד' טפחים או שבולט טפח לחצירו במשך ד' טפחים באורך הכותל ולא מיחה בו החזיק בארבע על ארבע וביכולתו להרחיבו עד ד' על ד' והטעם דכיון דהניח לו אורך או רוחב של מקום חשוב נתרצה לו ג"כ שירחיבו או יאריכו דאין מקום חשוב בפחות מד' על ד' ויותר מד' אינו יכול להרחיבו אף אם היה משוך לחצר הרבה כגון שהחזיק בזיז בולט טפח במשך עשרה טפחים או משך טפח ובולט עשרה טפחים אינו יכול להרחיבו כפי בליטתו או כפי משכו אלא עד ד' ולא יותר ובאויר שתחת הזיז ג"כ יש חילוק שאם רחבו טפח א"צ להניח לו אויר רק כשיעור תשמישו אבל כשרחב ד' צריך להניח לו אויר עשרה טפחים ואינו יכול לבנות תחתיו אם לא ישאר לו לבעל הזיז עשרה טפחים אויר תחת הזיז כדי שישתמש בהזיז תשמיש חשוב ואם הוציא זיז טפח במשך ג' טפחים או איפכא אינו יכול להרחיבו כשיעור משכו אלא ישאר כמו שהוא דפחות מד' אין בו חשיבות שיהא ביכולתו לעשותו רחבו כארכו או ארכו כרחבו וכשיש חזקה לבעל הזיז יורד לחצירו ומשתמש בהזיז [טור]:

ז אע"פ שנתבאר דאם היה הזיז פחות מטפח יש לבעל החצר יותר זכות מלבעל הזיז זהו כשעשה בעל הכותל אבל אם בעל החצר רוצה לקבוע זיז בכותל חבירו בעל הכותל מעכב עליו ואפילו בזיז פחות מטפח מפני קילקול הכותל ואסור לו אף לתחוב מסמר בכותלו של חבירו בלא ידיעתו אא"כ תוחבו ביני אורבי ואם עשה זיז ברשות בעל הכותל אם הוא פחות מטפח אין לו חזקה וביותר מטפח יש לו חזקה ואין בעל הכותל יכול להסירו וכמו שכתבנו לעניין חזקתו של בעל הכותל כמו כן לעניין חזקת בעל החצר [ככ"ל מדברי סר"י ברגלוני שבטור ובזה אין חולק עליו ע"ש ודו"ק] ובעל החצר יכול להוציא זיזין בחצירו עד סמוך לכותל חבירו [ס"ך]:

ח יש מי שאומר שזה שאין ביכולת בעל הכותל להוציא זיז בחצר חבירו אינו אלא בחצר שאין לו לשם לא פתח ולא חלון אבל בחצר השותפים שיש בו לכל אחד פתחים וחלונות או אפילו בחצר חבירו רק שזה החזיק מכבר בפתיחת דלת או חלון לחצירו אם רוצה להוציא זיז לפני פתחו וחלונו להשתמש עליו אין בעל החצר יכול למחות בו כיון דכל עיקר הטעם הוא משום היזק ראיה והרי בלא"ה רואה בחצירו מפתחו וחלונו ומה יוסיף לו היזק בזה וגם לבנות תחתיו אינו יכול גם בלא הזיז מפני פתחו וחלונו וכן ראוי להורות:

ט אותן זיזין שמוציאין מגג של רעפים כגגות שלנו שהן משופעין ומוציאין הזיזין לרשותו של חבירו [כ"מ בסמ"ע סכתב לסהליך וכו'] מפני קיום הכותל מן המטר כמו בבליטות של גגותינו שקורין קאפעז אין בעל החצר יכול למחות בו דמי הגשמים גם אם יפול על הכותל ילכו לחצירו וה"ל זה נהנה וזה לא חסר ואין לו חזקה דכללא הוא דבכל מה שאין המערער יכול למחות אין להמחזיק בו חזקה ולכן כשירצה בעל החצר לבנות עד סמוך לכותלו יסלקם לגמרי דדרך העולם הוא להניח לחבירו הדר בצידו להאריך זיזו לחצירו עד העת שיצטרך לבנות [סמ"ע] ובמדינותינו אין בניין שלא יהא גגו בולט להלאה שלא יפלו הגשמים על הכותל וכל הבא לבנות על המיצר צריך להכנים לתוך שלו כדי מקום הבליטה או ששכינו נותן לו רשות להוציא הבליטה לתוך שלו ויש לזה חזקה וכל בניין שעומד ג' שנים יש לו חזקה על הבליטה וכן המנהג פשוט:

י הרוצה להוציא צנור על חצר חבירו כדי שיקלח שם המים והצנור בולט להלאה מהגג או לעשות מזחילה והוא צנור גדול המונח על כל הגג או על פני אורך הכותל כדי שיהיו המים נזחלים ויורדים לחצר חבירו ועד עתה לא היה לו חזקה שמימיו יפלו אפילו בנטיפה [כ"מ מסעי' י"ב] בעל החצר מעכב עליו ואם לא מיחה מיד כשנתוודע לו עשייתו החזיק זה בצנורו או במזחילתו וכבר נתבאר די"א דבעינן חזקת שלש שנים וטענה ולאחר שהחזיק כשם שאין בעל החצר

יבול

יכול לסלק צנורו כמו כן אם רצה בעל הצנור לסלקה או לסותמה בעל החצר מעכב עליו שבשם שבעל הצנור החזיק לשפוך מימיו לחצירו של זה כמו כן החזיק בעל החצר שיהיו מימי גגו של חבירו באים אצלו לחצירו ומשתמש בהמים ודווקא כל זמן שהגג קיים אבל אם רצה בעל הגג לעשות מהגג עליה או בניין אחר ולא ילכו עוד הגשמים לחצירו של זה אין בעל החצר יכול לעכב [סמ"ע] וכן אם בעל הגג סתר את הצנור שלא לעשות אחר וזה ראה ושתק איבד זכותו דהוי מחילה מיד אפילו להמצריכין חזקת ג' שנים כמ"ש בסי' קנ"ד גבי סתימת חלון וכן אם סילק בעל הגג את הצנור ואמר לבעל החצר שמוחל חזקתו או שעשה מעשה הניכרת שמוחל לו [סגר"ה] מיד הוי מחילה ואינו יכול להחזירה עוד אבל אם נפל הכותל ועמד כך שנים הרבה יכול לחזור ולבנות אימתי שירצה עם הצנור וכן אם עשה בעל החצר מעשה שנראה שאינו רוצה הצנור וראה זה ושתק הוי מחילה מיד [סס]:

יא אין בעל החצר יכול לעשות שום שינוי בהצנור ולא יוכל לומר לבעל הצנור להטותו לרוח אחרת או לשנות בו כלל ואפילו אם הוא ארוך אינו יכול לקצרו ודווקא בדבר שיש קפידא לבעל הצנור כפי ראות עיני ב"ד אף שאין לו היזק מזה רק קפידא בעלמא אבל בלא"ה כופין על מדת סדום ובלבד שיקלחו מימיו יפה אבל בעל הגג אם רצה לעקור הצנור מצד זה ולהחזירו לצד אחר שגם משם יבואו המים לחצירו ולא נראה לב"ד שיגיע לו היזק בתשמישו ע"י זה או שהיה ארוך ורצה לקצרו או להיפך ואין בזה היזק לבעל החצר אין בעל החצר מעכב עליו שהרי לא החזיק אלא במימי הגג והרי באים אליו מכל מקום וגם בעל החצר אף שבהצנור אינו יכול לשנות מ"מ אם רצה לבנות תחת הצנור או לפניו בין שהיא של עץ ובין שהיא של אבנים [סמ"ע] אין בעל הגג יכול לעכב עליו שאין הצנור עשוי לתשמיש כזיז שיחזיק באויר שתחתיו שאינו אלא לקילוח המים וכיון שהמים מקלחים בטוב כמו שהיה אין לו לעכבו מלבנות תחתיו או לפניו דביכולתו לקבל המים בכלי או ע"י צנור שיחבר לצנורו של בעל הגג שילכו למרחוק והואיל דאין על בעל הגג רק החזקה שבעל החצר יקבל מימיו אם ירצה בעל החצר לקבלם בכלי או ע"י צנור הדין עמו:

יב מי שהוריד מי גגו על חצר חבירו ולא מיחה בו והחזיק בדבר זה או לאלתר כדעת הרמב"ם או בג' שנים כדעת התוס' אם המים מנטפים מכל אורך הגג ורצה לקבצם למקום אחד ולעשות צנור עושה וכן להיפך אם היו באים דרך צנור ממקום אחד והילקן על רוחב הכותל ועשאן נוטפים עושה ואין בעל החצר יכול למחות בידו ובלבד שלא יהא מקום הצנור בהדרך שהולכין בו להבתים [כ"ל] ואפילו בא לבנות על גגו כמין צריף שהוא מלון של שומרי שדות שאין לו גג והדפנות הולכים הרבה בשיפוע עד שנוגעים זו בזו והצנור או קצה הצריף בעצמו כשאין צנור שיורדים המים משם לחצר אינו גבוה מכפי שהיה רק מפני שהצריף משופע הרבה המים יורדין במהרה לחצר חבירו הרשות בידו שהרי הוחזקו מימיו של זה לירד לחצר חבירו ובכל מה שאין היזק לבעל החצר ביכולתו לעשות הורדת המים בכל אופן שירצה אבל בעל הגג שבא להגביה מקום שפיכת המים כדי שיהיו המים יורדין ממקום גבוה לתוך החצר בעל החצר מוחה בו שזה וודאי מוסיף בהיזק דכשיורדים ממקום גבוה יורד לחצר ברעש ומקלקל קצת הקרקע וכן כל כיוצא בזה במה שמוסיף קצת היזק כגון לעשות הטיפין הנוטפין סמוכים מאד שיכסה את הגג בענפי אילנות ויהיו הטיפין סמוכין ותכופין זל"ז ולא יהיה נוח לבעל החצר להשתמש תחת הגג מפני הטיפין התכופין והסמוכים הנופלים על ראשו אבל יש מתירין להגביה ולעשות הטיפין סמוכין דס"ל דאפילו יש קצת תוספת היזק כיון שהחזיק בזה אין ביכולת בעל החצר למחות בו בכל אופן שרצונו לעשות בגגו אבל אם בא למעט האויר שתחת הצנור כגון שרוצה להשפיל הצנור בעל החצר מעכב עליו שהרי לא זכה בעל הגג בהאויר דבעל החצר יכול לבנות תחתיו כמו שנתבאר וכשישפילה ימעט האויר ולא יוכל לבנות תחתיה כל כך:

יג אע"פ שאמרנו דנוטפים יכול לעשות שופכים וזהו ברשות חבירו כשיש לו חזקה אבל אם רצה לעשות כן ברה"ר שהיו המים נוטפים מגגו ורצה לעשותם דרך צנור ומרזב שישפכו בני רה"ר מעכבין עליו דהמים הנשפכים דרך מרזב מעכב במקום הזה את העוברין שאין יכולים לילך בכאן ומוכרחים להקיף ועוד שמזיקים להמשאות העוברים דרך שם שיורד הקילוח ומקלקל המשא וכ"ש אם המים מקלחים לביב של בעלי בתים דיוכלו הבניינים להתקלקל מרוב מים וכ"ש אם לא היה לו זכות כלל בירידת מימיו לרה"ר שאסור לו לעשות שיפלו מימיו לרה"ר אפילו נוטפין וה"ה אחד מבני מבוי שרצה להחזיר שופכיו למבוי ומזיק לאחר אפילו אינו מבני מבוי זה אלא שכותל שלו עומד אצל מבוי זה ויוכלו השופכין להזיק לכותלו אפילו אם עתה אינם מגיעים לכותלו שיאמר לסוף יצופו המים ויקלקלו הכותל [לבוש] אע"פ שאין לבעל הכותל שום זכות במבוי זה שהשופכין יורדין לתוכו כללו של דבר שאסור לעשות שום שינוי במימיו בדבר שביכולתו להזיק איזה איש שאין לו חזקה עליו:

יד מעשה בראובן שהיה לו בית אצל חצר שמעון והיה לו חזקה שמי גגו יהיו נוטפין לחצירו של שמעון ונפלה ביתו של ראובן ולא בנאה מיד ונשאר המקום

חרב ושוב בנה שמעון בית בחצירו סמוך למיצר חורבתו וקנה שמעון מראובן שיקבל ראובן מי גגו של שמעון בחורבתו בכל מקום שירצה ואח"כ בנה ראובן את חורבתו וממילא נטפו מי גגו של שמעון על גג ראובן מה עשה ראובן החזיר מי גגו ע"י צנורות לחצירו של שמעון כבתחלה ובאותם הצנורות נפלו ג"כ מי גגו של שמעון ונפלו לחצירו ביחד עם מי גגו של ראובן וטענת ראובן היתה שבנפילת ביתו לא אבד חזקתו כמ"ש בסעי' י' ושמעון טוען שלא לבד שאין לו לקבל לחצירו מימי עצמו כיון שקנה מראובן שיפלו לרשותו אלא אפילו מי ראובן אין לו עתה לקבל דראובן אבד חזקתו בעת שקנה שמעון ממנו שמימיו יפלו לרשותו וכ"ש שאין לו לקבל מי ראובן ופסק הרא"ש ז"ל דהדין עם שמעון וראובן מחוייב לקבל מימיו וגם מי שמעון באופן שלא יחזרו לחצירו של שמעון וכן ראובן שהיה לו חזקה שיפלו מימיו לרשותו של שמעון וקבל ראובן בקניין לסלק מימיו מרשותו של שמעון הקניין קיים ואין זה קניין דברים דמכר לו הרשות שבחצר שהיה לו לשפוך מימיו ואפילו מת ראובן כופין את היורשים שיסלקו המים מחצירו של שמעון [סמ"ע] וראובן שהיה לו חזקה שיהיו מימיו יורדין על גגו של שמעון ורצה שמעון להגביה גגו צריך להכנים הגג ברשות שלו כדי הנחת מרזב במקום ראשון שלא יפסיד ראובן חזקתו:

טו אע"פ שאמרנו שבהחזקת ירידת מי גשמים יכול בעל הגג לשנות כרצונו מנוטפין לשופכין ומשופכין לנוטפין כמ"ש בסעי' י"ב זהו מפני שאין בזה ריבוי מים מכפי שהיה אבל כשיש ריבוי מים כגון מי שהחזיק בחצר חבירו לשפוך בה מי כביסה אחת אין יכול לשפוך מי כביסות יותר ומוחין בידו אם בא לשפוך שתי כביסות וכ"ש יותר וכן אין יכול לשנות ממים למים כגון אם החזיק למי גשמים לא ישפוך שם מי כביסה שגרועין יותר ואין ראוין לתשמיש ומקלקלין הקרקע וכה"ג בעניין זה צריכים ב"ד להבין ולהשכיל שביכולתו לשנות רק במה שלא יגיע היזק ניכר לחבירו וא"א לבאר הכל בכתב וכ"ז כשהחזיק לשפוך ברשותו של חבירו אבל מי שהחזיק לשפוך שופכין ברשותו והמים הולכין דרך ביב העוברת בחצר חבירו אע"פ שלא החזיק אלא לדבר אחד יכול לשפוך שם מה שירצה הואיל דברשותו הוא שופך והביב נשתעבד לו לקבל מימיו המקלחים דרך שם ואין חילוק בין מעט להרבה שכן דרכן שכולן נבלעין או מקלחין דרך שם [לבוש] ואין עיקר ההיתר תלוי במה ששופך לרשותו אלא עיקר ההיתר הוא משום דעניין הביב הוא שחצירות הרבה עושים ביב שהוא צנור גדול ההולך למרחוק וכשנתקלקל כולם מתקנים אותו לפיכך אף שפירשו בעת עשייתו שהוא למי גשמים יכולין לשפוך ג"כ מי כביסה דהביב הוא של שותפות וכולם שופכים ברשותם והביב מקלח המים למרחוק אבל מי שעשה ביב לחצר חבירו והחזיק בו מטעם מחילה או מכירה אסור לו לשפוך אפילו ברשותו יותר ממה שדיבר עמו דשמא לא מחל או לא מכר יותר [כס"מ] וזה שאמרנו שהחזיק בחצר חבירו לשפוך שם זהו ג"כ כשנעשה איזה מעשה המורה על החזקה כגון שנעשה דבר קבוע שם כמו ביב או צנור וכ"ש כשיש כתב ביניהם [כ"ל] אבל בשפיכה בעלמא לקרקע החצר בלי צנור וביב אין בזה חזקה כלל [סס] אם לא שיביא עדים שברשיונו עשה שהושוו ביניהם שישפוך לחצירו:

טז אמרו חז"ל דסולם גדול יש לו חזקה וקטן אין לו חזקה ואיזהו גדול כל שיש לו ד' שליבות לפיכך המעמיד סולם קטן שאין לו ד' שליבות בצד כותלו העומדת על מיצר חבירו והעמיד הסולם בחצירו של חבירו או שדהו וסמכו על כותלו וכשיצטרך הולך בחצירו של חבירו ועולה בסולמו על גגו להתקן מה שצריך אין לו חזקה וכל זמן שירצה בעל החצר בונה בצד הסולם ומבטל תשמישו ואם קבעו במסמר אפילו קטן יש לו חזקה ואם היה סולם גדול שיש לו ד' שליבות או יותר החזיק וכשבא בעל החצר לבנות בצדו ולבטלו בעל הסולם מעכב עליו עד שירחיק כשיעור שתהא ביכולתו לעלות ולירד בו שהרי החזיק להעמיד סולם ברשותו ולפיכך כשיבא בעל הגג להעמיד ברשות חבירו סולם גדול חבירו מעכב עליו כדי שלא יחזיק בו אבל אם העמיד סולם קטן אינו יכול למונעו שהרי אומרים לו אין לך הפסד בזה כל זמן שתרצה תטלנו כן כתב הרמב"ם פ"ח משכנים והעתיקו רבינו הב"י בסעי' י"ג והטור חולק עליו דהיאך ישתמש בשל חבירו בע"כ וי"א דהטעם משום דזה נהנה וזה לא חסר וכשירצה לבנות יסלקנו ואין זה מספיק דאין לך חסר מזה שהולך בחצירו ומזיקו בראיה ויראה לי דלכן דקדק הרמב"ם בלשונו לומר שאם העמיד סולם קטן אינו יכול למונעו ולמה לא אמר שלהעמיד סולם קטן אינו יכול למונעו כבתחלת דבריו בסולם גדול דהוה דבר והפוכו אלא וודאי דאם בא בתחלה להעמידו או מיד כשנתוודע מזה דיכול למונעו מליכנס בחצירו כלל וק"ו מזיז כל שהוא שיכול לעכבו כמו שנתבאר אבל כשהעמיד סולם קטן בחצר חבירו ולא מנעו חבירו במה שנכנס לחצירו שאינו מקפיד בזה רק שבא לכופו להסירו כדי שלא יחזיק בו אומרים לו שמטעם זה אין אתה יכול למונעו כי אין לזה חזקה אבל בסולם גדול גם מטעם זה יכול למונעו אבל וודאי כשבא למונעו לכתחלה מלהעמידו או כשנתוודע מזה מפני כניסתו לחצירו יכול לעכב [ומוכרח לזה דאל"כ למה אין חזקה לסולם קטן תהא חזקתו מפני כניסתו לחצירו כמו שבאמת הר"י פסק כן כמ"ש בטור ולדבריו א"ש]:

יז כותל שבין ראובן ושמעון אם היו שותפים בו שניהם

שניהם משתמשים בו זה חופר בו מצד זה ומכנים בו קורותיו וזה חופר בו מצד זה ומכנים בו קורותיו ואע"פ שהאחד הכנים והשני לא הכנים זמן ארוך מ"מ יכול להכנים כשירצה ואין זה מחילה שעדיין לא הוצרך לזה שכן דרך השכנים כיון שחצי הבניין שלו הוא ואין כל אחד יכול להכביד על הכותל רק כפי המנהג ואם הכותל היא של ראובן לבדו אין שמעון יכול להשתמש בו בלא רצונו של ראובן :

יח כותל הידוע שהיא של ראובן לבדו אם חפר בה שמעון והכנים בה קורה אחת וראובן לא מיחה בו החזיק שמעון במקום קורה זו ואפילו היתה קטנה ורוצה שמעון להחליפה בקורה גדולה ועבה מחליף ולא אמרינן הרי לא החזיק בכותל זה אלא למשא קל ואיך רשאי לבנות משא כבד דקים להו לחכמים שכל מי שמבקש מחבירו שיתן לו רשות שיבנה בכותלו אינו מבקש על קורה זו אלא מבקש סתם כפי כח חוזק הכיתל ומה שלא הכביד עליה עד עתה מפני שלא הוצרך אז יותר [לבוש] אם לא שראובן מביא ראיה שמתחלה התנו כן שלא יניח בה קורה כבידה ושיעור חזקת סולם ונעיצת קורות כמו שנתבאר די"א דבעינן ג' שנים וטענה וי"א דמיד כשנתוודע לו הזיקו ושתק ולא מיחה הוי חזקה אף בלא טענה רק מטעם מחילה ואף לדיעה זו אם היתה הקורה לבניין סוכת עראי כל ל' יום לא החזיק בה סתם שהרי ראובן אומר לא מחלתי כלל ולא הנחתיך אלא מפני שהוא בניין עראי ולאחר ל' יום החזיק דאין בניין עראי יותר משלשים יום ואם סוכת החג היא לא החזיק גם כל שבעת ימי החג כשנתוספים על השלשים יום ולאחר החג החזיק כשעברו שלשים יום וימי החג מצטרפים להשלשים יום [כ"ל] ואם חיבר ראש הקורה בהכותל בטיט החזיק מיד ודווקא שיביא שמעון ראיה שראובן סייע עמו בחיבור הטיט או ראה ולא מיחה דאל"כ יוכל ראובן לומר לא ידעתי מזה כלל ויהיה נאמן דהכותל היא בחזקתו והממע"ה וי"א דסוכת החג כיון שנעשית למצוה ואחרי שעבר החג ולא מיחה בו מיד הוי חזקה ולא בעינן ל' יום לדיעה זו [ב"י וט"ז] וכן לדיעה זו כשהחזיק שמעון בכותל זה בקורה אחת אינו יכול להחזיק בקורה שנייה כיון דהטעם משום מחילה הרי לא ראינו שמחל לו גם על השנייה ועליו להביא ראיה ואינו דומה למ"ש דיכול להכביד בהקורה זהו בזו הקורה עצמה ולא באחרת אבל להאומרים דצריך ג' שנים וטענה אם החזיק בהקורה אחת יכול להכנים קורות הרבה דמסתמא אין קניין למחצה [סמ"ע] ולא הוצרך עד עתה לשארי קורות :

יט ואף לדיעה זו דהחזקה הוי מיד מטעם מחילה בד"א שאין יכול להחזיק בשארי קורות כשבא שמעון מטענת מחילה והודה שאינו שותף בהכותל אבל אם טוען שהוא שותף בה שקנה מראובן מחצה הכותל הואיל שנשתמש בקורה אחת נאמן ומשתמש בכולה אחר שישבע היסת שהוא שותף בכל הכותל והטעם דבאמת נעיצת קורה הוי חזקה על גוף הכותל כמו אכילת פירות בשדה ולכן נאמן לטעון לקוחה היא לי למחצה ועכ"ז כשטוען מטעם מחילה אינו נאמן במיגו שהיה אומר שותף אני בה דאנן וודאי מהמנינן לו במה שאומר שמחל לו ומזה עצמו אנן סהדי כיון דרק מחילה היא וודאי לא מחל לו רק על אחת [ב"ח וט"ז] וי"א שאם באמת טוען מפורש שמחל לו על הרבה קורות נאמן מטעם מיגו ולא משמע כן מפוסקים דהוי כעין מיגו במקום עדים דאין האדם מוחל הרבה :

כ ויש חולקים בעיקר דין זה וס"ל דאין נעיצת קורות ראייה על קניין הכותל ולכן אם דווקא אין לראובן ראיה ברורה שהכותל היתה שלו בזה וודאי שמעון נאמן שהוא שותפו בהכותל כיון שגם לראובן אין ראיה ברורה אבל אם הכותל מוחזק בחזקת ראובן ושמעון עצמו מודה כן שמתחלה היתה של ראובן אלא שבא בטענת חזקה אין נעיצת קורות ראיה על הכותל עצמה אפילו בחזקת ג' שנים אא"כ עשה תקרה עליה ואז יש ראיה שקנה ממנו חצי הכותל ונאמן אז שמעון בשבועה שקנה ממנו חצי הכותל דאל"כ לא היה מניחו לעשות תקרה והוה חזקה או לאלתר או בג' שנים וטענה כפי הדיעות שנתבאר ועכ"ז בלא שבועה אינו נוטל כיון שראובן מכחישו בברי ואף להסוברים דנעיצת קורות הוי חזקה לא הוי חזקה על מקום הכותל כשתפול אלא כל זמן שעומדת יש לו חצי הכותל וכן לחלק באבני הכותל כשתפול אבל לא על המקום [ככ"ל לפרש דברי רבינו הרמ"א] :

כא ראובן החזיק בנעיצת קורות בכותל הידוע לחבירו ובעל הכותל מודה בחזקתו ונפל הכותל וחזר בעל הכותל ובנאה אין לו לראובן לנעוץ על הכותל החדשה דאין חזקתו אלא כל זמן שהכותל עומד ואפילו לדיעה דצריך ג' שנים וטענה ג"כ הדין כן [כ"ל] דהא במקום הכותל לא זכה כמ"ש בסעי' הקודם וממילא דאין קניינו אלא כל זמן שהכותל עומד ולא עוד אלא אפילו אם היתה הכותל מתחלת להתמוטט וראובן רוצה לתקנה ולחזקה יכול בעל הכותל לעכב על ידו דאין חזקתו רק בכותל כמו שהיא ואם החזיק בתקרה ומעזיבה י"א דחזקתו לעולם אף כשתפול ויכול לכופו לבנותו מחדש בשותפות וכ"ש שיכול לתקנה רק אם אין רצונם לבנות חולקים האבנים ובקרקע אין לו חלק כמו שנתבאר וי"א דבחזקה ע"י תקרה יש לו חזקה במקום הכותל ג"כ [סמ"ע בשם הדיעות בטור] :

כב כותל הידוע שהיא של ראובן וקורותיו היו תחובים בתוך הכותל ובצד של שמעון עשה ראובן מקומות חפורים להכנים בהם ראשי הקורות ואף שהכין גם הנסרים

הנסרים הנצרכים לזה [נ"ב ו'.] עכ"ז לא החזיק שמעון בזה להכנים בהם קורות ואינו יכול לטעון שקנה ממנו חצי הכותל ונעשה שותף עמו דאל"כ למה עשה ראובן הכנה בצדו על הכנסת הקורות דיכול ראובן לטעון אני חפרתי מקומות אלו מצדך כדי שיהיו מוכנים לעת שתקנה ממני ותצטרך להכנים הקורות שלא תתמוטט כותלי אז כשתחפור וכיון שעתה אין לו לשמעון תשמיש בהכותל אין לו חזקה :

כג ראובן שבנה יסוד חומתו והיסוד בולט להלאה מכותלי החומה ואותה הבליטה נכנסת בחצירו של שמעון וראובן החזיק בחזקה כראוי ובטענה שקנה קרקע שיעור הבליטה משמעון החזיק גם למעלה כנגד כל היסוד עד רום רקיע ואם ירצה ראובן להכנים גם כותלי חומתו בשוה עם היסוד אין שמעון יכול לעכב עליו ואף שעתה הכתלים אינם רחבים כהיסוד מ"מ אין יכול שמעון לומר לא החזקת אלא לבנות היסוד בגבולי ולא הכתלים דראובן יכול לומר לו קניתי ממך הקרקע עד רום רקיע ובפעם הראשון שבניתי כנסתי הכתלים לתוך שלי ועתה אני חפץ לבנותה בשוה עם היסוד או שיכול לומר שמקודם היו באמת שוים להיסור ואח"כ הכנסתים לתוך שלי ועתה אני רוצה להחזירם למקומם והטעם מפני שקרקע זו היא בחזקת ראובן אך צריך לישבע שלא הסיג גבול שמעון וכתב רבינו הרמ"א דזהו דווקא במקום שאין מנהג להרחיב היסודות מן הכתלים אבל במקום שיש מנהג להרחיבם כמו במדינתינו אין לו רק היסוד שהחזיק בו דמסתמא לא קנה משמעון רק מה שצריך להיסוד וכ"ז במקום שאין עדים או ראיה אבל כשיש עדים או ראיה יעשו כדבריהם :

סימן קנד [להוסיף דיורים ופתחים בחצר השותפים וחזקת חלונות ופתחים ובו מ"ה סעיפים] :

א שותפים שהיה להם חצר בשותפות והבתים מיוחדים לכל אחד אם אחד מהשותפים הביא לביתו אנשי בית אחרת שידורו עמו יחד בביתו כתב הרמב"ם פ"ה משכנים דיש לחבירו לעכב עליו מפני שמרבה עליו את הדרך שמוסיף אנשים אחרים בחצר השותפות ואע"ג דלא קפדי אינשי אדריסת הרגל שבחצר זהו באנשים מן השוק שעוברים בהעברה בעלמא אבל זה הדר בקביעות ויש לו הילוך ותשמיש תדיר בחצר קפדי אינשי [סמ"ע] וכן המשכיר ביתו לבעה"ב אחד ואח"כ הביא עמו קרוביו או מיודעיו לשכון עמו כאחד בקביעות בביתו הרי המשכיר מעכב עליו ואם הם סמוכים על שולחנו אינו יכול לעכב עליו לא השותף ולא המשכיר דאיך יכול לעכב שלא ידורו בביתו אותם שמאוכלי שולחנו אף שנתוספו אח"כ כיון שאין כוונתו לפרנסה כמו אכסניא אלא אוכלים בחנם ורבים חולקים בשותף כיון שהבית שלו יכול למלאות ביתו אכסנאים ודיורים כל שאינו מוסיף בניין חדש ואף שיש להם בית הכסא אחד לא יוכל השותף לומר שממלאים לו בית הכסא דהרי מקודם נשתעבדו זל"ז באופן זה ולכן אפילו חולק ביתו לדיורים אינו יכול לעכב עליו שהרי דיורים יכול למלאות כמה שירצה לדיעה זו ואיזה היזק הוא להשותף במה שחולק את ביתו [מ"ס ספ"ת בסס דגמ"ל היגו כן במרדכי למדקדק סס] אבל שנים שיש להם בשותפות בית אחד אין האחד יכול להרשות לאחרים להשתמש בחלקו אע"ג שבחצר אינו יכול לעכב לדיעה זו אף בממלא ביתו דיורים מ"מ בבית קפדי אינשי ואפילו אין השותף דר עמו בבית מ"מ יכול לעכב עליו שלא להכנים אחרים לביתו בקביעות כי יקלקלו חלק ביתו מחמת ריבוי הדיורים [עסמ"ע ס"ק ז' וס"ק ח' ול"ע] ודווקא כשמרבה בדיורים אבל אם השותף רוצה להעמיד אחר במקומו והוא בעצמו לא ידור שם אין השותף השני יכול לעכב ואפילו כשהשותף השני דר שם אין ביכולתו לומר עמך אני יכול לדור ולא עם זה שהושבת במקומך כמו בשוכר בסי' שי"ז דהלא השותף יכול למכור חלקו וגם יכול לכופו לחלוק בדינא דגוד או איגוד [סס] ואם אחד מבעלי החצר רצונו לעשות איזה אומנות בחצר אם חבירו יכול למחות יתבאר בסי' קנ"ו בס"ד :

ב ואפילו לדעת החולקים על הרטב"ם דבחצר השותפים יכול כל אחד להושיב בביתו דיורים כמה שירצה אבל לפתוח פתח חדש מביתו לחצר יכול השני לעכב עליו שכל אחד מבני החצר אין לו רשות לשנות כלל בהחצר אלא כמו שבנאו או קנאו או ירשו יש להם לנהוג בו אפילו בנה עלייה על גב ביתו או בנה אצל ביתו עוד בניין כשיש לו קרקע בחצר השייך לו לבדו ובנה העלייה או הבניין לא לדירות דזה אין לו רשות אף להחולקים להוסיף דיורים חדשים בבניינים חדשים אלא שבנאן לצורך אוצרות [כס"מ] לא יעשה להם פתח לתוך החצר לפי שמרבה עליהם את הדרך ונעשה כמי שהיה לו שכן אחד ונעשו לו שכנים הרבה דבריבוי פתחים יתרבו הנכנסים והיוצאים ולכן יש להשותף למנעו מלפתוח פתח חדש אלא יפתחם לתוך ביתו ואפילו היתה לו מכבר עלייה על ביתו והיתה פתוחה להבית אסור לו לפותחה להחצר אבל למנעו מבניין העלייה או בניין אצל ביתו כשיש לו קרקע לבדו אינו יכול

יכול למונעו כיון שבונה לעצמו ולא להכנים דיורים חדשים ואצ"ל שאם רצה לחלוק ביתו לשנים ואינו מוסיף בניין חדש דאינו יכול לעכב עליו כשאינו פותח פתח חדש לחצר ולהרבות דיורים שם נתבאר בסעי' א' :

ג ולא עוד אלא אפילו היה פתח או חלון [ס"ך] של אחד מהשותפים בהחצר קטן אינו יכול להרחיבו שהרי שותפו אומר לו בפתח קטן אני יכול להסתר ממך בשעת תשמיש בהחצר ואיני יכול להסתר ממך בפתח גדול ואני צריך לעשות תשמישים שאין רצוני שתראה ואם היה הפתח גדול לא יעשנו שנים קטנים אפילו לא יהא רחבם יותר מהפתח האחת שיש עתה שהרי השותף אומר לו בפתח אחד אני יכול להסתר ממך כשהיא נעולה דדרך הפתח להיות לפרקים נעולה אבל בשנים איני יכול דכשהאחד יהיה נעול יהיה השני פתוח וכן אם היו לו שני פתחים קטנים של שני אמות אינו יכול לעשות פתח אחד של ד' אמות מפני שיכול לומר לו בפתח קטן ביכולתי להסתר ממך דאין העין שולטת כל כך כבפתח גדול אבל אם היה לו פתח פתוח לחצר בשתי דלתות ורוצה לעשותה דלת אחת יש מי שאומר שאין יכולים לעכב עליו אע"פ שנפתח כולו תמיד מה שאינו כן כשהיתה בשתי דלתות דכיון דאינו משנה בהפתח ביכולתו לעשות בבניינו כל מה שירצה ועוד דהא ביכולתו לפתוח תמיד השתי דלתות וי"א דגם משתי פתחים של שני שני אמות יכול לעשות אחת של ארבע [ט"ז וס"ך] דהראייה שולטת בפתח קטן כמו בגדול ואפילו לדיעה זו דווקא כשהשתי פתחים היו זה אצל זה אבל אם היו רחוקים ורוצה לסתום האחת ולהרחיב האחרת מעכב עליו כיון שבא לפתוח במקום חדש ואפילו לסתום פתח זה ולפתוח פתח אחר במקום אחר כרחבו של הראשונה יכול לעכב עליו שיכול לומר לו בפתח זה הורגלנו לשמור ממך ולא כשתהיה במקום אחר ולעשות מפתח גדול פתח קטן וודאי מותר ואם בינו לבין שותפו אין כאן מחיצה כלל ורוצה לעשות מחיצה עם פתח יכול למונעו ואף שמהמחיצה אינו יכול למונעו מ"מ יכול לומר שתחזיק עלי בהפתח ואין רצוני בזה וטוב לי יותר בלי מחיצה כלל מבמחיצה בפתח שבלא מחיצה לא אעשה דבר צנוע אבל במחיצה אעשה ואתה תביט בהפתח ואין רצוני בזה [כ"ל] ועוד שביכולתו לכופו לעשות מחיצה כמ"ש בסעי' י"ד :

ד מכל מה שנתבאר למדנו ק"ו דאם אחד מהשותפין בחצר לקח בית בחצר אחרת אינו יכול לפתוח פתחו של הבית האחרת לחצר השותפים שלו ואפילו אם ירצה לסתום הפתח שבחצר אחרת ואפילו קנה רשות מבעלי החצר לפתוח עוד פתח מביתו שבחצר השותפות וירצה להחליפה על הבית שבחצר האחרת אינו יכול [כס"מ] בד"א בפותח לחצר ממש אבל יכול לפותחה לתוך ביתו שבחצר זה והוא שיסתום הפתח שהיה לו בחצר האחרת וי"א דאפילו לתוך ביתו אסור דדווקא בעלייה או בבניין שבחצר זה יכול לפתוח לביתו דהחצר נשתעבד לכל הבניינים שבחצר זה אבל לא נשתעבד לבנייני חצר אחרת ואפילו לא יתוספו דיורים יכולים לעכבו להוסיף הילוך מבניין שלא מחצר זה אפילו כשילכו דרך ביתו שבחצר :

ה כל מה שנתבאר זהו דווקא כשקנו חצר בשותפות ובית לכל אחד ונתרצו לדור כמו שהוא דאז אסורים לשנות בפתחים ובכל מה שנתבאר וכ"ש אם ירשו כן או שבנאו ע"מ כן אבל אם בעת שקנאו נתרצו שכל אחד יעשה לו איזה שינוי בבניינו כפי צרכיו או כפי מנהג המקום אף שעבר זמן רב ולא עשה לא אמרינן דמחל דאין שום ראייה על מחילתו דאין דרך למחול על צרכיו וביכולת כל אחד לעשות כפי צורכו או כפי המנהג אפילו אחר זמן רב אא"כ יביאו ראיה שנתרצו אח"כ בקניין שתשאר כמות שהיא דאז אין יכול אחד מהם לשנות וכן אם בנאו והתנו בשעה שבנאו שכל אחד יש לו רשות לעשות ולשנות כרצונו דתנאם קיים ואם בנו או קנאו ולא דברו כלל ביכולת כל אחד לעשות כפי מנהג המקום ואם בא אחד לשנות ממנהג מקומו חבירו מעכב עליו דכיון שלא פירשו מסתמא על מנהג המקום נתרצו [ככ"ל וע' בכס"מ סק"ב] :

ו קיי"ל דהיזק ראיה שמו היזק דרוב בני אדם מקפידין כשאחרים מביטים במעשיהם ובתשמישם ובמלאכתם דעין הרע שולט בהבטת אחרים ואמרו חז"ל דאסור לו לאדם לעמוד על שדה חבירו בשעה שהיא עומדת בקמותיה ועוד דרשו על פסוק דוהסיר ד' ממך כל חולי זו עין הרע ועוד דיש הרבה מלאכות ותשמישים הצריכים צניעות וכשאחר מביט מונעו מעשייתו ועוד קיי"ל דיש חזקה להיזק ראיה ושיעור החזקה יש מחלוקת כמ"ש בר"ס קנ"ג די"א דמיד כשחבירו עשה ונתוודע לו הזיקו ושתק הוי מחילה מיד וי"א דצריך ג' שנים וטענה וכבר בארנו שם סעי' ג' דבחזקה של היזק ראיה כיון דהוי ספיקא דדינא הממע"ה והניזק נקרא מוחזק ולכן אין חזקה זו בלא טענה ולא בפחות מג' שנים אבל חזקה יש להיזק ראיה ואף שיש מהגדולים דס"ל דאין חזקה כלל להיזק ראיה מ"מ הכריעו רבותינו בעלי הש"ע דיש חזקה וכן יש להורות מאחר שהחזיק ג' שנים ובטענה :

ז לפיכך לא יפתח אדם חלון לחצר חבירו ואפילו אחד מהשותפים בחצר שבקש לפתוח לו חלון או להוסיף עוד חלון בתוך ביתו להחצר שותפו מעכב עליו מפני שמסתכל בו ממנו ואם פתח יכול להכריחו שיסתמנה מיד ואינו יכול לומר כיון שיש לי פתח בחצר

בחצר ואני נכנס בכל עת שארצה איזו היזק יש לך בפתיחת חלון דיכול שותפו לומר לו עד עתה כשהיית בביתך לא הייתי צריך להסתיר ממך ועתה בפתיחת חלון מוכרחני להסתיר א"ע גם בעת ישיבתך בביתך כי תביט דרך החלון ואף כשהיה לו חלונות לתוך החצר מ"מ יכול למונעו מלפתוח עוד חלון דבריבוי חלונות צריך יותר הסתר [נ"ל] ואם נתנו לו השותפים רשות לפתוח בהחצר חלון או פתח רשאי והוא שלא יפתח פתח כנגד פתחו של חבירו וחלון כנגד חלונו של חבירו ואפילו חזקה אינו מועיל להשני בזה ואפילו יש עדים שמחל לו או נתן לו שטר על זה אינו מועיל [סמ"ע] דאיסור דאורייתא הוא וכך דרשו חז"ל על פסוק דוירא את ישראל שוכן לשבטיו שראה שלא היו פתחיהן מכוונין זל"ז ואמר ראויין הללו שתשרה עליהם שכינה ולכן אינו מועיל חזקה וטענה וקניין לא בפתח כנגד פתח ולא בחלון כנגד חלון וי"א דבחלון נגד חלון מהני חזקה ובפתח נגד פתח מהני מחילה או שטר או קניין [סס] אבל חזקה לא מהני אפילו בחזקת ג' שנים [נס"מ] והטעם דס"ל דאין איסור בדבר אלא שבני אדם מקפידים על זה הרבה ובחלון נגד חלון אין הקפידא גדולה כל כך לכן מהני חזקה אבל פתח נגד פתח הקפידא מרובה והוה כמו נזקים גדולים שיתבאר בסי' קנ"ה שאין להם חזקה אבל מחילה או שטר או קניין מהני ואף שבחזקה למאן דס"ל דהחזקה הוי מיד והוא מטעם מחילה לא מהני זהו משום דמחילה זו אנו תולין מטעם שתיקתו ובוודאי שעל נזק גדול כזה אין מוחלים ואין שתיקתו ראיה אבל מחילה גמורה מהני [סס] ושיעור המרחק בין הבתים שאסור לפתוח הוא עד שלא יהא ביכולת לראות מפתחו או מחלונו לתוך בית חבירו :

ח אם באו שניהם כאחד לפתוח פתח כנגד פתח או חלון כנגד חלון ואין ביכולתם להשוות ביניהם וכל אחד אומר אני מוכרח לפתוח במקום זה ואתה תתרחק ותפתח להלאה רואין הב"ד אם אחד מהם אינו חסר במה שיתרחק ממקום זה והשני נהנה במה שיפתח במקום זה כופין את זה שאינו חסר דכללא הוא דכשזה נהנה וזה לא חסר כופין על מידת סדום ואם שניהם חסירים יעשו פשרה ביניהם ואם שניהם אינם חסירים אין ב"ד מחוייבים להזקק לזה ומי שיפתח קודם יתרחק חבירו ממנו [נ"ל] :

ט וכמה יתרחק זה מכנגד זה משהו ותחלת הפתיחה של זה יהיה משהו משוך מכנגד סוף פתיחתו של זה ואע"ג דכשמתרחק מעט עדיין יכול לראות כשיכוף ראשו מ"מ כיון שאינו רואיהו להדיא דרך תשמישו תדיר אינו יכול למונעו דגם בלא זה אינו יכול למונעו מהסתכלות לגמרי כיון שהוא עמו בחצר אחד וכשיהיה בחצר הלא יכול לראותו ולכן אם הוא לחצר אחרת שנתנו לו בני אותו חצר רשות לפתוח פתח או חלון כיון שאין לו באותו חצר דריסת הרגל תמיד צריך להרחיק מכנגד פתחו וחלונו של חבירו עד שלא יוכל לראות בו כלל :

י אם מפסיק רה"ר בין הבתים והוא רחוב שרבים הולכים בו יכול לפתוח פתח כנגד פתח וחלון כנגד חלון ואף שהרחוב אינה רחבה ויכול להסתכל בבית חבירו דהרי בלא"ה בני רה"ר מסתכלין בו וצריך להסתיר מהם ויכול לומר לו הריני כאחד מבני רה"ר שרואים אותך ולכן זהו דווקא אם הפתח או החלון אין ראש העליון שלהם גבוה מד' אמות אבל כשראש העליון שלהם גבוה מד' אמות יכול למחות בו מפני שיכול לומר לו בני רה"ר לא יראוני כשאשתמש למעלה ואתה תראה אותי [ש"ך ונס"מ] וי"א דכשראש התחתון מהפתח או החלון מתחיל למטה מד' אמות אף דעולה למעלה מ"מ אינו יכול למחות בו דסוף סוף בני רה"ר רואים אותו דרך הראש התחתון [סמ"ע] וכן מי שהיה לו פתח קטן לרה"ר ורצה להרחיבו או היה רחב ורצה לעשותו שנים אין חבירו שכנגדו מעבר השני מעכב עליו ואצ"ל שבני רה"ר אין ביכולתם לעכב עליו ואם רוצה לפתוח פתח או חלון לרה"ר ויש בזה היזק ראיה לחצר שכנגדו העומד בצד רה"ר באופן שבני רה"ר אין יכולים לראותו אותו בעל החצר שכנגדו יכול למחות בו ומבוי שאינו מפולש משני רוחות י"א שאין דינו כרה"ר דאין רבים הולכים שם תדיר וי"א שכל שיש ממנו ולהלאה עוד שלשה בתים דינו כרה"ר דסוף סוף הלא צריך ליזהר מהם ושלשה הם כרבים :

יא אע"פ שברה"ר מותר לפתוח פתח כנגד פתח וחלון כנגד חלון מ"מ לפתוח חנות כנגד פתחו או חלונו של חבירו יכול חבירו לעכבו מפני שזה היזק קבוע תמיד דבני רה"ר עוברים ושבים ואינם מביטים בו תמיד וזה יושב בחנותו כל היום ומביט בו תמיד לפיכך צריך להרחיק הרבה עד שלא יראה בו כלל וכן כל עסק קבוע אסור לו לעשות כנגד פתחו או חלונו של חבירו :

יב אע"פ שאמרנו שלמעלה מד' אמות אין אדם יכול להסתכל עכ"ז מי שבא לפתוח חלון לחצר חבירו בין למעלה מד' אמות מקרקע ביתו בין למטה בין גדולה בין קטנה בעל החצר מעכב עליו שהרי אומר תזיק לי בראיה ואע"פ שהיא גבוה תעלה בסולם ותראה וכן בחלון נגד חלון אף כשרה"ר מפסיק ביניהם ואף למעלה מד"א מקרקע ביתו אסור [נס"מ] ובכותל שבחצר כתב אחד מגדולי הראשונים דרשאי לפתוח למעלה מד"א דאין דרך להעמיד סולם בכותל חצר ולראות בחצר חבירו [סס בסס רמב"ן] ומביא ראיה ממה שאין כופין לבנות כותל בחצר למעלה מד"א כמ"ש בסי' קנ"ז ואף שאין הראיה מכרעת דבשם איזה שיעור תתן ועוד דבשם כשיעמוד על איזה דבר ויסתכל בהחצר הלא יתראה בגופו בעבר השני ויתפס כגנב

משא"כ בכאן יוכל להציץ דרך נקב שבחלון מ"מ לא מצינו מי שחולק בזה :

יג כבר נתבאר דיש חזקה להיזק ראיה ולכן מי שפתח חלון לחצר חבירו ובעל החצר מחל לו בפירוש או שגילה דעתו שמחל לו כגון שסייעו בפתיחת החלון או שהחזיק ג' שנים ולא יצא עליו עירעור החזיק זה בהחלון ואינו יכול אח"כ לחזור ולערער עליו לסתום אותה ולא עוד אלא דבעל החצר כשבא לבנות כנגדו צריך להתרחק מהחלון כמו שיתבאר ואף שיש חזקה להיזק ראיה אינו אלא לגוף החלון שאין ביכולת בעל החצר לסותמה ולבנות כנגדה אבל מ"מ בעל החלון אסור לו לעמוד ולראות בחצר חבירו דאסור להזיק בראיה ואיסורא קעבד ולא מהני חזקה לזה ובעל החצר כשתופסו שמביט בחצירו יכול למחות בו ושמא תשאל דא"כ למה אסור לפתוח חלון כיון דאף כשיש לו חלון אסור לו להביט איזה היזק יש לבעל החצר בפתיחת חלון דוודאי כן הוא דאסור להביט אבל בעל החצר אין ביכולתו לסמוך על זה שהוא וכל בני ביתו יזהרו באיסור זה ולכן יכול למחות ועוד דנ"מ שיהא ביכולתו לבנות עד הכותל וכן צריך אדם ליזהר מלהסתכל בבית חבירו יותר מדאי אף שאין כוונתו להזיקו בראיה זאת מ"מ יחשדוהו באיסור כיון שאין לו טעם על הבטתו וכ"ש כשמביט בכוונה דאיסור גדול יש בדבר כמ"ש [סמ"ע] וכל זמן שעדיין לא החזיק בהחלון יכול לכופו שיסתמנה מיד אף שבעל החצר א"צ לע"ע לבנות בצדו ואם עדיין אינו מזיקו בראייתו כגון שבעל החצר אין לו עדיין בית בהחצר אלא שעתיד להזיקו כשיבנה בית יש בזה מחלוקת הרא"ש והרשב"א ז"ל כמו שיתבאר לפנינו :

יד זה שאמרנו דיש חזקה להיזק ראיה בד"א בעושה מעשה כגון פותח חלון או פתח לחצר חבירו וכה"ג אבל בלא מעשה כגון חצר השותפים אף שעמדו שנים רבות בלא מחיצה ביניהם כיון דממילא בלא שום מעשה מזיקים זא"ז בראייה וכשם שהוא מזיק לחבירו כן חבירו מזיקו אין לזה חזקה וכופין זה את זה לבנות מחיצה ביניהם כמו שיתבאר בסי' קנ"ז ואם יש עדים שמחלו בפירוש זל"ז היזק ראיה אין יכולין לחזור בהם [טור] :

טו הרי שפתח חלון לחצר חבירו והחזיק בה כראוי ונפל הכותל שהחלון בו לא הפסיד זכותו וכשיבנה הכותל יחזיר בו החלון ולא דמי למ"ש בסי' קנ"ג סעי' כ"א כשהיה לו חזקה לנעוץ קורות בכותל ונפלה דאבד חזקתו דבשם החזקה היא על הכותל וכשנפלה נסתלק שיעבודו אבל החלון הוי חזקה על החצר שיש לו רשות לפתוח חלון לחצר חבירו וליהנות מאורו של חצר והחצר לא נפל למה יאבד חזקתו [סמ"ע] :

טז כשהחזיק בחלון אסור לו לבעל החצר לבנות כנגד החלון שלא יסתום אורה ואין בעל החצר יכול לבנות כנגדה או מהצדדין אא"כ הרחיק ד' אמות מכנגדה ולא יותר אע"פ שעדיין מאפיל קצת דאל"כ אין שיעור לדבר וכך שיערו חכמים שבהרחקת ד"א נשאר אור הראוי לתשמיש וכמה ירחיק מצדי החלון יתבאר בסעי' כ"ח בדין הבא לעשות חצר בצד כותל עם עוד פרטים שיתבאר שם אבל לא כל החלונות יש להם חזקה כיצד אם פתח החלון בשביל אורה אפילו היתה קטנה ביותר וגבוה ביותר כיון שהחזיק כראוי אין בעל החצר יכול לבנות בפניה שהרי מחל לו על האורה ואם אינה עשויה לאורה אלא לתשמיש או כדי שיכנס בה הרוח אם ראשו של אדם יכול ליכנס בתוכה אע"פ שהיא גבוה מד' אמות בכותל או שהיתה למטה מד' אמות אע"פ שאין ראשו נכנס לתוכה אין בעל החצר יכול לבנות אא"כ הרחיק אבל אם היתה קטנה שאין ראשו נכנס לתוכה ולמעלה מד"א יכול בעל החצר לבנות כנגדה ומהצדדין שיכול לומר לא הנחתי אותה רק מפני שהיא קטנה וגבוה ולא קפדתי עליה ולא חששתי למחות שאין בה השיבות כלל ולא שתחזיק בה שלא אוכל לבנות כנגדה דכשהיא קטנה וגבוה ואינה לאורה אין בה שם חלון כלל ובעניין איזה חלון עשוי לאורה תלוי בראיית עיני הב"ד ולפי עניין החלון וי"א דהא דיש חזקה לחלון היינו דווקא כשיש לה צורת הפתח משקוף למעלה ומן הצדדין וכ"ש כשיש גם משקוף מלמטה דבלא"ה אין זה אלא כחור שחררוה עכברים וכן הדין בפתח וי"א דהכל לפי עניין בני המדינה וכן עיקר אך י"א דבעשוי לאורה אפילו אין לה צה"פ כלל ואפילו היא פחותה מטפח [ע' בד"מ ובסמ"ע ס"ק כ"ד] :

יז מי שהיתה לו חלון מוחזקת ובא חבירו ובנה כנגדה או מצדדיה בלא הרחקה או סתמה ובעל החלון ידע מזה ושתק אינו יכול לחזור ולערער לפתוח החלון או להרחיק הבניין דכיון ששמע ושתק מחל לאלתר שאין אדם עשוי שסותמין אורו בפניו ושותק אא"כ מוחל ואפילו לדיעה דמצרכת ג' שני חזקה וטענה מודים דבזה לאלתר הוי חזקה מטעם מחילה ואף לדעת הרמב"ם דבכולם הוי חזקה לאלתר יש ג"כ נ"מ דבכולם צריך שיתברר ע"פ ב"ד שידע ברור מהזיקו ובכאן תיכף כשנתוודע ושתק הוי מחילה [אחרונים] ולי נראה מדברי הרמב"ם ז"ל שבאמת אין חילוק בין חזקה זו לכל חחזקות [בסוף הסמ"ע תיבת לאלתר שבגמ' [ב"ב ס'.] ובגמ' הוא כלפי דברי ר"ח שם בפתיחת חלון ומזה נלמד לכולם ולהרי"ף א"ש טפי ודו"ק] וי"א דלדיעה דמצרכת ג' שנים וטענה בכל החזקות נהי דבזה לאלתר הוי חזקה מ"מ צריך טענה שאם בעל החלון יש לו שטר או ראיה על החלון צריך שיטעון זה הסותם שקנאו או שבפירוש מחל לו וסתימתו בפניו הוא ראיה לדבריו

ואם

ואם אין לבעל החלון שטר או ראיה אלא החזקה שהחזיק והחזקה היא הראיה שמחל לו מכבר אין זה הסותם צריך טענה אחרת רק שיאמר שחזקתו היתה בטעות ולדיעה זו צריך הסותם לישבע היסת כיון שצריך טענה [נ"ל]:

יח וכ"ז כשסתם בעל החצר ובעל החלון שתק אבל כשבעל החלון בעצמו סתם חלונו לא הוי מחילה במה שסתמו לפי צורך שעה אא"כ פרץ פצימי החלון שניכר שאינו רוצה לפותחה עוד או שבנה בניין גמור לפניה וכיוצא בזה ואם בעל החלון אומר אני סתמתיה לפי שעה ולא הוי מחילה ובעל החצר אומר שהוא סתמו והוי מחילה נקרא בעל החלון מיחזק ועל בעל החצר להביא ראיה ואע"ג דבסי' קנ"ג בארנו דבעל החצר נקרא מיחזק זהו קודם שבעל החלון החזיק כראוי ולכן בכל ספק הוה איהו מוחזק אבל לאחר שבעל החלון החזיק כראוי ובעל החצר בא להפקיע חזקתו וודאי דבעל החלון נקרא מוחזק ולכן אם אין ראיה לבעל החצר נשבע בעל החלון היסת ועומד בחזקתו ועכ"ז כשאין לבעל החלון ראיה על החזקה רק החזקה לבד ובעל החצר אומר שבטעות היתה או אף שיש לו ראיה רק שזה אומר שקנה ממנו נאמן בעל החצר בהיסת כמ"ש ואבד בעל החלון חזקתו כיון שמודה בעל החלון שבעל החצר סתם בפניו ושתק קיקל לעצמו חזקתו והוי כקצת הודאה [כנלע"ד]:

יט מי שהיה לו חלונות בכותלו למטה ופתוחים לחצר חבירו והחזיק בהם ובא חבירו לבנות בפניהם ואומר לבעל החלונות אסתום לך אלו החלונות ואפתח לך אחרים בכותל זה למעלה דבר פשוט הוא שבעל החלונות מעכב עליו ואפילו אם מצד שינוי מקום החלונות לא היה ביכולתו לעכב כגון שחזקתו אינה רק שיהיה לו חלונות בכותל זה לחצירו של זה ובאיזה מקום בכותל היה תלוי בבעל החצר ואם היתה כותלו נופלת והיה בונה אחרת היה בעל החצר ביכולתו לשנות מקום החלונות מ"מ בכה"ג כשהכותל עומד ובעל החצר רוצה לשנות מקום חלונותיו יכול בעל החלונות לעכב עליו מפני שאומר לו בעת שתפתח לי החלונות בכותלי תרעידה ותקלקלנה ואפילו בעל החצר אומר אני אסתיר לך כל הכותל ואבננה מחדש ואפילו אומר לו אסתור כל בניינך ואבננו מחדש ואעשה בו חלונות למעלה ואשכור לך בית שתדור בו עד שאבננה יכול לעכב עליו ולומר לו אין רצוני לטרוח ממקום למקום ושתעשה כותל זו חדשה ושאר הבניין ישאר כמקדם ג"כ אינו נוח לי דכותל אחת חדשה בבניין ישן אין טוב להבניין [נמ'] ואפילו אינו משתמש בו אלא לעצים בלבד יכול לעכב עליו לפיכך אם לא היה שם טורח כלל לפי ראות עיני ב"ד ואינו צריך לפנות אינו יכול לעכב עליו וכופין על מדת סדום [טור] אבל

בעל החלונות שרצה לשנות מקומם בין למעלה בין למטה אפילו היתה גדולה ואומר אסתמנה ואפתח במקום אחר קטנה מזו בעל החצר מעכב עליו דאין לו אלא מקום שנותן לו בעל החצר או שתשאר כמקדם וכן אין יכול להרחיבה אף כל שהוא:

כ כותל שבין ראובן לשמעון והכותל של אחד מהם יכול לסתרה לצרכו ולומר לחבירו אחרי שאסתרנה נבנה כותל אחרת על הוצאות שנינו להסתלק זה מזה מהיזק ראיה ואין חבירו יכול לעכב ודווקא כשיש לו איזה צורך בסתירת הכותל כגון שעומדת על קרקע שלו וכה"ג דאל"כ כופין אותו על מידת סדום שהכותל תעמוד ויקח חצי הוצאותיה מהשני ולא לסותרה [גס"מ]:

כא כבר נתבאר דברה"ר אינו רשאי לפתוח פתח כנגד פתח וחלון כנגד חלון אלא למטה בכותל משום דבני רה"ר רואים ואין לו היזק בראייתו אבל למעלה במקום שאין בני רה"ר רואין בביתו אסור לפתוח ולכן בעליות שבשני צידי רה"ר אם אין הרשות הרבים רחב הרבה באופן שיכולין לראות מחלון זה להשכנגדו אסור ולכן ראובן ושמעון הדרים בשני צידי רה"ר ובאים שניהם כאחד לפתוח פתחים וחלונות בעליותיהם צריך זה לפתוח מימין עד קרוב לחצי עלייתו והשכנגדו יפתח משמאל עד קרוב לחצי עלייתו באופן שלא יהיה זה כנגד זה וגם הרחקה משהו כמו שנתבאר אבל ראובן הבא לפתוח ראשון בעלייה שכנגד עליית שמעון ושמעון אינו רוצה לפתוח עדיין אם יכול ראובן לפתוח בכולו יש בזה מחלוקת הראשונים דרבינו יונה כתב שאינו יכול לפתוח אלא עד קרוב לחצי עלייתו כדי שישאר השאר לשכנגדו כי יכול לומר למחר כשארצה לפתוח תעכב על ידי ולמה תזכה בכולו ובמה כחך גדול מאם היינו באים לפתוח כאחד והרא"ש והרשב"א חולקים בזה וס"ל דאין שמעון יכול לעכב עליו דכיון שהרה"ר הוא הפקר והראשון שפתח הוה כזוכה מן ההפקר ואח"כ יהיה באמת אסור לשמעון לפתוח שלא יזיקנו בראייתו ומ"מ אין לראובן בזה חזקה גמירה כמו אם היה פותח לחצירו של שמעון דבשם אסור לשמעון גם להעמיד כותל כנגד חלונו בלי הרחקה ד' אמות שלא יאפיל עליו אבל בכאן אף אם אין הרה"ר רחב ד' אמות מותר לשמעון להגביה כותל עלייתו אף שבזה מאפיל על חלונות ראובן והטעם בזה דכשפתח לחצירו והיה ביד שמעון למחות בו ומדלא מיחה בו החזיק ראובן חזקה גמורה ואסור לשמעון לעשות גם ברשות עצמו דבר שיגרום היזק לראובן כיון שעשה ברצון שמעון אבל בכאן לא הרשהו שמעון לעשות אלא שלא היה יכול למחות בו ואיך ימנע עתה את שמעון לבנות ברשות עצמו בטענה שיאפיל עליו ובמה החזיק ראובן

רשותו

רשותו של שמעון ובשלמא פתיחת חלונות ופתחים כנגדו יכול למונעו שלא יזיקנו ממש בראייתי ודומה למה שיתבאר בסי׳ קנ״ה בבית ועלייה של שנים וקדם בעל העלייה ועשה אוצר דשוב אין לבעה״ב לפתוח רפת בקר שלא יקלקל אוצרו אע״פ שלא החזיק בו מדעתו דהטעם דכיון דבעל העלייה עשה אוצרו בהיתר שוב אסור לכל אדם להזיקו בידים וכן הוא בפתיחת חלונות ופתחים אבל להגביה כותלו שאינו מזיקו בידים אלא שע״י זה נתמעט אורו למה ימנענו וכלל זה כתב הרשב״א בתשו׳ [סמ״ע ס״ק ל״ח] ואף בפתיחת חלונות לא זכה ראובן אלא כל זמן שבניינו עומד אבל כשנפל אבד זכותו וכשיקדים שמעון ויפתח חלונות או פתחים יזכה הוא בהאור של הפקר דאין בזה חזקה גמורה [נס״מ] ויהיה אז אסור לראובן לפתוח כנגדו דזהו ממש כדין אוצר שכתבנו :

כב עוד נחלקו רבותינו בפותח לרשות חבירו עתה כשאינו מזיק לו כגון ראובן שרוצה לפתוח חלונות לרשותו של שמעון ורשות שמעון הוא חרוב מבניינים ואומר ראובן לע״ע אין לך היזק בזה וכשתבנה תסתום לי אז חלונותיי ודעת הרא״ש ששמעון אינו יכול למונעו דזה נהנה וזה לא חסר ואין לו לראובן חזקה בזה כיון שאין שמעון יכול לעכב עליו וכששמעון יבנה יכפנו לסיתמן שלא יזיקנו בהיזק ראיה וכן יכול לבנות נגד החלונות בלי הרחקה כלל וכן פסק למעשה בראובן שבא לפתוח חלון לחורבתו של שמעון שאין שמעון יכול למונעו וכיון שאינו יכול למחות בו אין לראובן חזקה לפיכך אם נמצא חלון פתוח לחורבה אין לו חזקה אם לא שיביא עדים שהחזיק בו קודם שהיתה חורבה ולכן עצה טובה לאדם שיש לו חלון פתוח לרשות חבירו ונחרב המקום שיעמיד עדים שהחזיק בחלון זה קודם שנחרב המקום ומטעם זה פסק בגגים המכוסים ברעפים שאינם ראוים להשמיש כגגות שלנו שיכול השכן לפתוח עליו חלון ואם אחר זמן יסתור את הגג עם הבניין וישאר המקום פנוי ונמצא חלונו פתוחה לחצירו יכול אז לסותמו לו הלכך חלון הפתוח לחצר חבירו והחזיק בו כראוי והחלון הוא בגובה הכותל ובא בעל החצר לבנות תחתיו ויש לו רשות לעשות כן כיון שהחלון היא במקום גבוה ולא יחשיך עליו ורצונו לעשות על הבניין גג של רעפים ואותו הבניין מונעו לבעל החלון מלהסתכל בחצר יכול בעל החלון למחות בו כי יאמר לו שלאחר זמן תסתור הבניין שלך ותכריחיני לסתום חלוני כי תאמר שלא היה לי חזקה כלל כי היה פתוח על גגך ואני לא אוכל למצא אז עדים שיעידו שהחזקתי בו בעוד שהייתי יכול להסתכל בחצירך ויש מי שאומר דגם לדיעה זו דווקא בחלון קטן אבל חלון גדול יכול למונעו כיון שהוא דבר של קביעות ויש לזה חזקה אף אם אין ההיזק עתה ולא משמע כן מדברי הרא״ש ז״ל :

כג אבל הרשב״א כתב שראובן הבא לפתוח חלון על קרקע שמעון במקום שאינו מזיקו עכשיו בהיזק ראיה ושמעון טוען שהוא יבנה בשלו לאחר זמן ויזיקנו בראיה שהדין עם שמעון לעכב על ידו דלא בעי למיקם בהדיה בדינא ודיינא לאחר זמן כשיבא לבנות ואפילו רצה ראובן לכתוב לו שטר הודאה שאין לו חזקה ושמחוייב לסתום חלונו כשיבנה אין שומעין לו דנמצא שיצטרך שמעון לשמור תמיד את השטר ואין זה מדת סדום דהרבה בני אדם קפדי לעמוד בדין ושמירת שטרות וכן דעת הראב״ד ולזה הסכים הריב״ש וכתב שכן דעת הרבה פוסקים וכן דעת הרמב״ן ורבינו יונה וכן הכריעו רבותינו בעלי הש״ע אם לא במקום שיש מנהג קבוע בזה הולכין אחר המנהג ומיהו כתב הרמב״ן ז״ל שאע״פ שיכול למחות בו מ״מ אם לא מיחה בו לא החזיק ראובן בזה ואינה ראיה לחזקתו דהואיל דאינו מזיק עדיין לא חשש למחות בו וכשיבנה יסתמנו וכל זמן שאינו בונה אין ביכולתו לכוף לראובן שיסתמנו דעכ״פ בזה וודאי החזיק שכל זמן שראובן אין לפניו בנייני שמעון שאין לראובן לסתום חלונו דהרי שמעון לא מיחה בו מטעם זה כמ״ש אבל יש חולקין בזה וס״ל דאם לא מיחה בו הוי חזקה גמורה ואפילו להחולקים זהו דווקא בפותח לרשות חבירו אבל בפותח לרה״ר שאינו יכול למחות וודאי דלא הוי חזקה גמורה שלא יהיה ביכולתו לבנות נגד חלונו כמ״ש בסעי׳ כ״א :

כד ודע דמה שבארנו שם במחלוקת רבינו יונה עם הרשב״א והרא״ש בראשון שבא לפתוח בעלייתו חלון לרה״ר כנגד חבירו דהר״י אוסר לפתוח ע״פ כולו והמה מתירים כתבה רבינו הב״י בסעי׳ י״ד ובסעי׳ ט״ו כתב וה״מ במקום שאין אדם רשאי להוציא זיזין וגזוזטראות מעלייתו לרה״ר אבל במקום שרשאי׳ להוציאם לא הוי האויר שלפני עלייתו הפקר אלא הוי כחצר השותפין וכשפתח זה חלונו כנגד אויר שלפני עלייה שכנגדה שלא כדין פתח כיון שגם האחר יכול להוציא בניינו לרה״ר עכ״ל ומקורו מתשו׳ הרא״ש שבטור סעי׳ י״א והעתיקה בש״ע סעי׳ ט״ז בהדין שכתבנו בסעי׳ כ״ב בפותח לרשות חבירו כשעתה אינו מזיק לו דדעת הרא״ש דיכול לפתוח וז״ל וע״פ הדברים האלה פסק הרא״ש בראובן שהוציא בליטת עלייתו לחוץ ופתח בו חלון ולסוף נמלך שמעון שכנו שכנגדו להוציא גם הוא בליטת עלייתו וטוען ראובן שירחיק בניינו מכנגד חלונו שלא יאפיל שהדין עם שמעון מפני שכיון שמנהג המקום שרשאי להוציא זיזין וגזוזטראות לרה״ר הוי כחצר השותפין וכו׳ הלכך אין חזקה לראובן ויכול שמעון לבנות כנגד חלונו עכ״ל והנה דבריו בסעי׳ ט״ו אין לזה שום הבנה דמה עניין זיזין לפתח שבסעי׳ י״ד דממ״נ אם לא היה לו רשות לפתוח פתח או חלון איך יחלוק רבינו יונה בזה

ועוד

ועוד קושיות רבות ודברי מפרשי הש"ע דחוקים והנלע"ד דעיקרי הדברים כן הוא שזה שבארנו בסעי' כ"א דאע"ג דזכה ראובן בהאור שברה"ר ששמעון אינו יכול לפתוח כנגדו מ"מ להגביה כותלו רשאי וכתבה רבינו הב"י בסעי' ל"א לעניין זה אמר הרא"ש דהוי כחצר השותפין וזהו כוונת רבינו הב"י בסעי' ט"ו במה שכתב וה"מ במקום שאין אדם רשאי וכו' ור"ל דלעניין מה שכתב מקודם דעת הרשב"א והרא"ש דהראשון זכה בפתיחתו מהפקר וממילא דצריך שמעון גם להרחיק בניינו שלא יאפיל עליו לזה אומר דזהו דווקא כשלא היה רשות לשמעון אז לבנות ולהוציא זיזין דזכה ראובן לכל הדברים וגם רבינו יונה לא יחלוק בזה אבל במקום שהיה גם אז לשמעון רשות לבנות כמה שירצה נהי דזכה ראובן בהאור ושמעון אסור לו לפתוח כנגדו שלא יזיקנו בידים מ"מ מותר לו לבנות אף שמאפיל עליו דלעניין זה הוי כחצר השותפין כמ"ש שם מילתא בטעמא ובהכרח לומר כן דאלו לפתוח פתחים וחלונות פשיטא שלכל אדם יש רשות לעשות דלזה עשוי הרחוב אבל להוציא זיזין יש מקומות שמונעים ולכן אם אז לא היה לשמעון כח לעשות כן זכה ראובן בפתיחת חלונו שאף אם השיג שמעון רשיון אח"כ להוציא זיזין ולבנות בניין שצריך להרחיק שלא יאפיל עליו אבל אם גם אז היה לו רשות א"צ להרחיק אבל להגביה כותלו שמכבר רשאי אף אם מאפיל עליו בזה כיון שבזה היה לו רשות וכמ"ש שם ורבינו הב"י קיצר בסעי' ט"ו בלשונו וסמך על מ"ש בסעי' ט"ז [ואולי שכן דעת סט"ז וסגר"א] ויותר קרוב לומר דלכן המציא רבינו הב"י דין זה בזיזין וגזוזטראות דאלו בהגבהת כותל העומדת בצד הרחוב רחוק הוא שיאפיל בזה על שכנגדו דמסתמא כל רחוב אינה פחותה מד' אמות ודי הרחקה כזו אף בחזקה גמורה כמ"ש ולכן כתב זיזין וגזוזטראות והמה בולטין לתוך הרחוב למעלה ולא בכל המקומות נותנת המלכות רשות לעשות כן כי מאפלים על הרחוב ובאופן זה יכולים לפגוש הבניינים שמצד הרחוב להצד שכנגדו ודברים אלה הם ע"פ הדין וע"פ סברא נכונה:

כה ראובן שהיה לו חלונות בביתו נגד חצירו או גינתו של חבירו וכותל ביניהם ונפלה הכותל וע"י זה רואה ראובן לרשות חבירו צריך לסתום חלונותיו אף שעשאם בהיתר כן פסק הרא"ש דהיזק ראיה הוא היזק בידים וצריך להרחיק אף שבהיתר עשה ולא דמי למ"ש בסעי' ד' דיכול לסתור הכותל כשהיתה שלו דבשם ג"כ צריכים לבנות כותל בשותפות כמ"ש שם וה"נ אם היה כותל שותפות ורצון ראובן לבנות בשותפות כמו שהיה מקודם בוודאי היה ביכולתו לכוף לחבירו וא"צ לסתום חלונותיו רק אם הכותל היתה שלו כגון שחבירו לא היה צריך מן הדין להעמיד כותל וראובן אינו רוצה לבנותה צריך לסתום חלונותיו [וא"ל למ"ש ססמ"ע ס"ק ל"א ובע"כ צ"ל כן ודו"ק] ואם לא היה כותל ביניהם אלא שהיתה בית מפסיק והיתה ג"כ של ראובן שהיה רואה מאותו בית לרשות חבירו ונפלה וע"י כך רואה מבית אחר א"צ לסתום חלונותיו דאיזה נ"מ יש אם רואה מבית זה או מבית אחר ויש חולקין גם על דין הכותל דס"ל דהיזק ראיה הוי היזק דממילא ומאחר שעשה בהיתר על הניזק להרחיק עצמו וכיון דספיקא דדינא הוא נקרא בעל החלון מוחזק [נ"ל]:

כו ראובן שפתח חלון לחצר שותפים והאחד איננו פה והתנה עם זה שבכאן שכשיחלוקו אם יפול חלקו אצל ראובן לא יוכל למחות בו אין תנאי זה כלום דדומה לאומר שדה זו לכשאקחנה תהא קנויה לך דלא קנה [טור] כמ"ש בסי' רי"א דדבר שאינו ברשותו אינו יכול לא להקנותו ולא למוחלו:

כז כתב רבינו הב"י בסעי' כ"א מי שהיתה לו חלון בכותלו ובא חבירו ועשה חצר בצדו אינו יכול לומר לבעל החלון סתום חלון זה כדי שלא תביט בי שהרי החזיק בהיזק זה עכ"ל והוא לשון הרמב"ם פ"ז משכנים וביאור הדברים שגם מקודם היה הקרקע שייך לחבירו ובעל החלון החזיק בחזקה גמורה כשלא היו עדיין בניינים בהקרקע ואח"כ נמלך לעשות חצר ולבנות בית כדרך החצר ודעתו כדעת הרשב"א שנתבאר בסעי' כ"ג דס"ל דאף במקום שאין עדיין היזק ראיה יש חזקה ויכול למחות ואם לא מיחה החזיק כדעת החולקים על הרמב"ן ז"ל [עסמ"ע וט"ז] וכ"ש אם החזיק בעת שהחצר היה בנוי בבתים ולא די שהחזיק בהחלון שחבירו לא יסתמנה אלא אפילו אם בא חבירו לבנות כותלו כנגד החלון כדי להסיר נזק ראייתו צריך להרחיק כותלו מכנגד החלון ד' אמות כדי שלא יאפיל עליו ואם היתה החלון למטה בכותל כופה את חבירו לבנות כנגדה ברחוק ד"א ולהגביה הבניין ד"א מהחלון כדי שלא יביט בהחלון בעמדו על הכותל ויכוף ראשו ויציץ דרך החלון ואם היתה החלון למעלה בכותל ובנה חבירו כותל כנגד החלון מלמטה אם היה מראש הכותל שבנה עד החלון גובה ד' אמות או יותר אינו יכול למנעו אע"פ שלא הרחיק כלום מהכותל ואין המקום צריך להדרס כמו שיתבאר בסי' קנ"ה שהרי לא האפיל עליו ואינו מזיקו בראיה אבל אם נשאר הגובה פחות מד' אמות כופיהו למעט הכותל בגובה כדי שלא יעמוד על ראש הכותל וישקיף בהחלון או שיגביה הכותל על החלון ד"א ויהיה הכותל רחוק מהחלון ד' אמות כדי שלא יאפיל ולא יציץ ויראה וכ"ז בכונה נגד חלון שעל גבי חצר אבל חלון שהולך לרה"ר אין לו חזקה כמ"ש בסעי' כ"א ויכול לבנות כנגדו אע"פ שמאפיל עליו ואף שלפתוח חלון כנגדו אינו יכול כמ"ש שם:

כח בנה כותל בצד החלון שהחלון משוך ממזרח למערב

למערב והכותל מצפון לדרום צריך להרחיק מקצה החלון עצמו טפח ולא לבד שעובי הכותל לא יהיה נגד החלון אלא גם ירחיקנה מקצה החלון טפח דאם תהיה אצל החלון ישען עליה ויביט דרך החלון ומגביה הכותל ד"א למעלה מהחלון דאל"כ ישב על הכותל ויטה ראשו ויביט או שיכנוס ראש הכותל שיעשה אותה למעלה משופע וחדוד כדי שלא יוכל לישב עליו ולראות ומודדין טפח זה מן החלון עצמו ולא מן המשקוף שבצד החלון וכל מי שיש לו חזקה על חלון יכול לעשות לה משקופים אח"כ בין מבחוץ בין מבפנים ואין חבירו יכול לעכב ולכן אין חזקה להמשקופים ואם חבירו בא לבנות אח"כ במקום השקיפה ביכולתו להסירם אם הם בולטים הרבה ואם בנה כתלים משני צדדי החלון צריך להיות ביניהם רוחב ד' אמות והחלון בכלל הד' אמות ועכ"ז לא תהא אחד מהם סמוך לחלון פחותה מטפח [סמ"ע] אם החלון רחב יותר מד' אמות ולא יסכך על הכתלים אא"כ הרחיק הסיכוך מהכותל שיש בו החלון ד' אמות כדי שלא יאפיל עליו וכ"ז הוא לשיטת הרי"ף והרמב"ם פ"א משכנים ולפי גירסתם בגמ' [ב"ב כ"ב:] ולשיטת רש"י ותוס' שם ולפי גירסתם יכול לבנות מן הצד אף כשעובי הכותל הוא נגד החלון אך שצריך להרחיקה מכנגד החלון כמלא רוחב החלון דמה שעובי הכותל הוא נגד החלון אין קפידא דסתם עובי כותל הוא דבר מועט [נמק"י] ועכ"ז אם לא ירחיקנה כמלא רוחב החלון יאפיל עליו ע"י הצל [סס] מהכותל. וצריך להגביה הכותל ד"א למעלה מהחלון וגם יעשנה מדרון ומשופע לצד החלונות עד שלא תהיה ראויה לא לעמוד עליה ולא להשען עליה [רס"י] ובהגבהה ד' אמות לבד לא סגי דכיון דהוא מן הצד ואורך הכותל לרחבו של חלון יכול לעמוד בסוף הכותל ולשחות ולהציץ [תוס'] וכשעושה שני כתלים משני הרוחות צריך להרחיקם ד' אמות מכנגד החלון [כנלע"ד לפרש דעתם וסמעיין בגמ' וברמב"ס סס ירלס סכן סוח וזסו סלמרס סס"ס ל"ק כלן מרוח לחת וכו' דלרש"י ותוס' בסניסס סמרחק מכנגד סחלון ולסרי"ף וסרמב"ס סמרחק בלדדי סחלון ודו"ק] :

כט ולהרא"ש והטור שיטה אחרת בזה דיכול להעמיד עובי הכותל נגד החלון וירחיק מכנגד החלון טפח וכשבונה שני כתלים צריך להרחיק מכנגד החלון באופן שיצטרפו שני המרחקים משני הכתלים לד' אמות ורק טפח מוכרח להרחיק מכל כותל ויכול להרחיק מכותל זה טפח ומכותל השני ד' אמות פחות טפח או שמכל כותל ירחיק שני אמות [ומפרסים מ"ס בגמ' סמסתי רוחות לריך לסרחיק ד"ל ר"ל בסלטרפותס יחיס ד"ל] :

ל עשה גג משופע אצל חלון חבירו וחבירו הרשהו אע"פ שאין עליו תשמיש קבוע צריך להשפיל מהחלון ד' אמות דגם עליו עולים לפעמים ואז יראו ויציצו לתוך החלון או יגביהנה מהחלון ד"א ומרחיקו מכנגד החלון ד' אמות ובזה א"צ לרשיונו [עסמ"ע ס"ק כ"ח] :

לא אם פתח בתקרת עלייתו כעין ארובה ומשם נכנס האור לביתו אם בא שכנו לבנות אינו צריך להרחיק כלל כיון דהאור בא לו מלמעלה ולא מהצד :

לב ראובן שבנה בביתו חדר לאוצר יין ושמן אף שלא הכנים עדיין היין והשמן [סמ"ע] וצריך לזה אויר לקרום ובא חבירו לבנות כותל כנגדו ראובן מעכב עליו אע"פ שהרחיק ד' אמות דמאחר שהחדר מוכן לאוצר ועשאו ברשות אין חבירו רשאי לעשות לו היזק בבניינו כמו בנזקין שיתבאר בסי' קנ"ה וזהו דווקא כשעשה לאוצר נגד מקום הפקר דאז זכה בהאויר שצריך מן ההפקר וחבירו שבנה אח"כ על מקום ההפקר צריך להרחיק כפי הצורך לאוצרו אבל אם רשותו של חבירו קדמה לבניין אוצרו א"צ להרחיק כמ"ש בסעי' כ"א בבניין שברה"ר נגד חלון [קל"ס"ח] :

לג אחד מן השותפים שרוצה להגביה הכותל המשותף שביניהם יותר על ד' אמות על הוצאותיו אף שמאפיל החצר קצת מ"מ אין חבירו יכול לעכב עליו דכל מה שאחר עושה להצלת היזק ראיה אף יותר מההכרח אין ביכולת השותף למונעו ובמה שמאפיל קצת אין טענה כיון שהאור בא מלמעלה כמ"ש בסעי' ל"א ובסי' קנ"ז יתבאר דיש חולקים מטעם דהשני יכול לומר אני רוצה להשתמש בחצי עובי כותלי ולמעלה מד"א א"א להשתמש בנקל ולכן אם רוצה להגביה רק חצי עובי הכותל לכ"ע אין השני יכול לעכב [סמ"ע] ושם יתבאר שצריך לשלם להשני מה שהכותל נפחתת מפני כובדה ואם הכותל דק שאין בה תשמיש למעלה ג"כ אינו יכול לעכב [נ"ל] :

לד מי שהיה מזיק את חבירו בהיזק ראיה וכשראה שחבירו תובעו לב"ד הקנה את המקום והבניין לבנו הקטן אין אומרים נמתין עד שיגדיל אלא מסלקין ההיזק מיד דכיון שעשה שלא כהוגן אין משגיחין בהערמה שעשה במקום שמזיק לאחרים ואם באמת הוא של הקטן אין דנין עד שיגדיל דשמא יש לו ראיה שמורישיו או נותניו החזיקו בזה ואם קדם ומכר לעכו"ם כופין המוכר לסלק הזיקו כמו דכופין גם בלא היזק ראיה כמ"ש בסי' קע"ה :

לה מי שיש לו חלונות על חצר חבירו ויש לו חזקה אף שהיו סתומות מכמה שנים שבעל החלונות בעצמו סתמן כל זמן שלא נפרצו פצימיו והם המשקופים שלמעלה ומן הצדדים אם רצה לחזור ולפותחן הרשות בידו דעדיין שם חלונות עליהן ומה שסתמן מפני שלא הוצרך להן אבל לא שמחל לו חזקתו אם לא שיש עדים או שטר שמחל לו החזקה אמנם אם בעל החצר

החצר סתמן כבר נתבאר בסעי׳ י״ז דכשידע מזה ושתק אבד חזקתו מיד:

לו ראובן שזכה בחורבה של הפקר ובנה בה בתים ועליות בחלונות ופתחים ובא שמעון וזכה ג״כ מהפקר ובנה בתים ועליות כנגדו ונמצא שמעון נזוק מראובן בהיזק ראיה ותובעו שיסיר הזיקו אין בדבריו כלום כיון שראובן זכה מההפקר ולא עוד אלא שאם בא שמעון להזיקו ג״כ בהיזק ראיה כגון שרוצה לפתוח חלון לחצירו או כנגד חצירו מעכב עליו וכן אינו רשאי לבנות בפני חלונותיו אא״כ ירחיק ד׳ אמות מכנגדן ואם הראשון עשה אוצר יין ושמן מחוייב השני להרחיק יותר כמ״ש בסעי׳ ל״ב כיון שזכה מן ההפקר:

לז שני אחים שחלקו חצר מדעתם ולא בב״ד זה נטל החצר וזה נטל הבית ובעת השומא שמאו רק הבניין והעצים נגד החצר ולא שמאו את האויר והאור הנכנס להבניין אם היתה סתם בית שאין לה אור יותר מדאי לא יכול בעל החצר לומר סתום חלונותיך כי לא היתה בהשומא אור הבית וכיון שהחצר שלי יכולני לסותמם דזה גלוי לכל דבית בלא אורה אינה שוה כלום והוי כמו ששמאו האויר והאור אבל אם הבניין היה אורו רב יותר מדרך הבתים כגון אכסדרה אם רצה בעל החצר לבנות כותל בסוף חלקו בונה ואף שע״י זה יאפיל את האור הגדול מ״מ כיון שלא שמאו האורה יכול לעשות כן ולא יניח לו אורה יותר מסתם בתים וה״ה אם היו לו חלונות מרובים יותר מהצריכים לסתם בית יכול לבנות בפניהם כשמניח חלונות כפי סתם בתים מיהו כל זמן שלא בנה בפניהם אינו יכול לומר לו סתום חלונותיך היתירים אף שיש לו היזק ראיה וי״א שבמקום שהאור מרובה מבכל הבתים יכול גם לכופו לסתום האור המרובה כיון שיש לו היזק ראיה וכן עיקר [סס ס״ק כ״ו] ואפילו לדעת הרמב״ן שבסעי׳ כ״ג י״ל כן ואם שמאו סתם עילוי הבית נגד החצר ולא פרטי הבניין והעצים הוי כשמאו האויר מפורש [סס] וכן אם ב״ד עשו השומא מסתמא עשו כהוגן ושמאו האויר והאור [סגר״ת]:

לח ראובן שמכר או נתן כאחד הבית לשמעון והחצר ללוי והיו לו חלונות פתוחים מהבית לחצר אם רצה בעל החצר לבנות בפניהם או לסותמן הרשות בידו לדעת י״א שבסעי׳ הקודם ויראה לי דדווקא כשיש אור בהבית בלעדי אלו החלונות אבל אם אין אור בלעדם אין לו רשות לסותמן ולבנות בפניהם ויש מי שאומר דגם בכה״ג יכול לסותמן וראייתו מדלא ביאר הטור זה בפירוש ותמיהני איך אפשר לומר כן ובית בלא אורה לאו שם בית עלה כבסעי׳ הקודם והטור סמך על מה שביאר מקודם [דין זה בטור סל״ט וסקודס סל״ז] וה״ה אם מכר או נתן החצר ושייר הבית לעצמו דרשאי בעל החצר לבנות בפניהם או לסותמן דקיי״ל מוכר ונותן בעין יפה מוכר ונותן ולא שייר לעצמו מהחצר כלום ולכן האור היתר יכול לסתום [נ״ל] וי״א דלעניין אור ואויר לא אמרינן עין יפה ואנן סהדי דשייר לעצמו כל האור והאויר ולכן אינו יכול בעל החצר לבנות אא״כ הרחיק ד״א וכל ההרחקות בגובה ובנמוך כמו שנתבאר וכן אם מכר הבית ושייר החצר לעצמו י״א דאינו יכול לסתום חלונותיו ולבנות בפניהם אף כשבלעדם יש אור להבית [נ״ל] משום דבעין יפה מוכר ויש חולקים דלעניין היזק ראיה לא אמרינן עין יפה ואם מכרן לשנים זה אחר זה הוי כמכר ושייר לעצמו דלהראשון מכר כל זכות שיש לו לעצמו [סמ״ע] ושנים שקנו מאחד וחלקו או שנים שקנו משנים או משני אחים שחלקו יתבאר בסי׳ קע״ג בס״ד ואם ראובן מכר לשמעון בית הפתוחה לחורבה של ראובן אפילו להיש חולקין אין לו לסותמן ולבנות בפניהם אף שהחורבה עומדת להבנות כיון שעתה אינו מזיק לו זכה בוודאי [סס] וכ״ז בחלונות יתירים אבל בחלונות ההכרחיות דבלעדם לא ישאר אור בהבית כבסתם בתים וודאי דבכל עניין מכירה אין ביכולת בעל החצר לסותמן דלא כיש מי שחולק בזה וכמ״ש וכשבא בעל החצר לבנות בפניהן צריך להרחיק א״ע כדין כמו שנתבאר [כנלע״ד]:

לט ראובן יש לו בית אצל עכו״ם ופתח חלון על גגו של העכו״ם ולאחר זמן רב כשהחזיק ראובן מכר העכו״ם ביתו לישראל ובדיניהם אין דין חזקה כלל בזה אלא כשבעל הבית רוצה לפתוח חלון לחצר שאינו שלו הרשות בידו ובעל החצר אין לו רשות לסותמה ולהיפך כשבעל החצר רצונו לבנות בפני החלון בונה בסמוך לה אפילו החזיק זה בחלונו כמה שנים ועתה רצון הלוקח להגביה ביתו בעניין שסותם החלון של הישראל אסור לו לעשות כן ואף שהלוקח בא מכח העכו״ם מ״מ אסור לו לסתום כדין ישראל עם ישראל ואע״ג דבחזקות קיי״ל דהבא מחמת עכו״ם הרי הוא כמותו כמ״ש בסי׳ קצ״ד זהו לגריעותא כמו בשם ובסי׳ קמ״ט אבל למעליותא דיליה לא ואע״פ דבסי׳ מ״ה ובסי׳ ס״ו נתבאר דיש לו כח העכו״ם גם לטובתו זהו דווקא בממון ובשטרות [כמו בבכורות י״ת:] אבל בהיזק ראיה דהוי מילתא דאיסורא או כשזכה בראייתו דיש איסור לסותמו לא אזיל בתריה וי״א דאין חילוק בזה דכל זה הוא מילתא דממונא ויש לו כל כחו של עכו״ם וכיון שהעכו״ם היה יכול לבנות בפניהם רשאי גם הוא לעשות כן ובלא בניין אסור לו לסותמן דגם להעכו״ם לא היה לו כח זה בדיניהם כמ״ש וכן כל כח העכו״ם יש לישראל הבא מכחו וכן הורה הרא״ש ז״ל ורבו הר״מ מר״ב וכן הכריע רבינו הרמ״א [וכ״פ מסרס״ל] וכ״ש במקום שיש דינא דמלכותא דאזלינן בתרה כשקנה מהעכו״ם וצריך הלוקח ליזהר שיחזיק

שיחזיק בהקרקע קודם נתינת המעות ליד המוכר דאם יתן המעות קודם נסתלק המוכר מיד והוי כהפקר וזכה הישראל השני בחלונות אלו קודם שיחזיק הקונה בהקרקע וממילא החזיק בהאויר שלא יוכל הקונה לבנות כנגדו והטעם בדין זה יתבאר בס״ד בסי׳ קצ״ד ע״ש :

מ כתב רבינו הב״י בסעי׳ י״ט ראובן שהיה לו בית אצל חצירו של עכו״ם ופתח עליו חלונות כי כן דיניהם ועתה מכר חצירו לשמעון ואומר שמעון לראובן סתום חלונותיך הדין עמו ואפילו טען ראובן שלקח מהעכו״ם עכ״ל אא״כ יש לו שטר מהעכו״ם [לבוש] דהיא טענה בלא חזקה כיון שבדיניהם אין חזקה לזה ואף שרבינו הב״י ס״ל כדיעה ראשונה שבסעי׳ הקודם שאסור להלוקח להגביה ביתו ולהאפיל עליו שאני התם דהגג מפסיק והישראל הראשון לא הזיק בראיה להעכו״ם ולכן אע״ג דלא הוי לישראל חזקה נגד העכו״ם בדיניהם מ״מ כיון שהחזיק כמה שנים והוא גם עתה אינו מזיק להלוקח אסור להלוקח להזיקו ולהאפיל עליו משא״כ בכאן דחלונו פתוח לחצירו של הלוקח ומזיקו בראיה ואין לו חזקה לזה שפיר יכול הלוקח לכופו שיסתום חלונו שלא יזיקנו בראייתו [סמ״ע] וי״א דבכאן מיירי שחצירו של העכו״ם היה קודם ובשם מיירי שחלונו של הישראל היה קודם [הגר״א] ולפ״ז אין חילוק בין שהגג מפסיקו או אינו מפסיקו רק אם הישראל קדום זכה אף בחלון הפתוחה לחצר וכשהעכו״ם קדום זכה הלוקח אף להגביה גגו ורבינו הרמ״א כתב על דין זה וכבר נתבאר בסמוך דיש חולקין עכ״ל והוא הי״א שכתבנו בסעי׳ הקודם וביאור הדברים שכמו דבשם נותנים להלוקח כח העכו״ם המוכר לו שיכול לבנות בפני החלון כמו כן בכאן נותנים להישראל הראשון כח העכו״ם שלא היה יכול לסתום לו החלון בדיניהם כמ״ש בסעי׳ הקודם דהא גם הוא בא מכח העכו״ם בפרט הזה אבל וודאי אם רוצה לבנות בפניה ולהאפיל אורה רשאי [כנלע״ד ומיושב תמיהת הש״ך והט״ז ע״ש] :

מא כתב רבינו הרמ״א בסעי׳ י״ח וכ״ז מיירי שידוע שחצירו של עכו״ם היה קודם לחלונות של זה אבל אם ספק אם החלונות היו קודמים והחזיק בשל הפקר על הלוקח הבא לסתום להביא ראיה ואין חזקה מועלת נגד עכו״ם והבא מכחו אא״כ החזיק בו לאחר שלקחו מן העכו״ם עכ״ל [ולפי׳ הגר״א שבסעי׳ הקודם דבריו רק על סעי׳ הקודם ולא על מ״ש בסעי׳ ל״ט וכ״כ הגר״א ס״ק פ״ד וסירס דבריו ע״ש אבל מ״מ דאפילו החלונות קודמין והחזיק בשל הפקר יכול לבנות נגדו עכ״ל לע״ג דזה אינו רק ברה״ר ולא בשל הפקר כמ״ש בסעי׳ ל״ו וכ״כ הסמ״ע ס״ק כ׳] :

מב ראובן שהיה לו בית וחצר אצל עכו״ם והעכו״ם פתח חלונות לחצירו של ראובן וקנה שמעון את הבית מן העכו״ם ובא ראובן לסתום החלונות שמראה שטר שכן כתב לו העכו״ם שביכולת ראובן לסותמן ושמעון אומר שהבית שקנה היתה כבר של ישראל והחזיק בהחלונות קודם שמכרו להעכו״ם אם העכו״ם היה צריך לסותמן בדיניהם או שכתוב בהשטר שהראה ראובן שאין לו חזקה בהחלונות כי נעשו שלא כדין או בדרך שאלה שמעון הבא מכח העכו״ם לא עדיף מיניה אבל אם העכום לא היה צריך לסתמן וגם לא הודה שאין לחלונותיו חזקה רק שכתב אני אסתום כשתרצה וחייב עצמו במה שלא היה חייב מדינא ולא היה ביכולתו של ראובן לכופו ע״פ השטר בדיניהם שיסתום אותם גם שמעון א״צ לסותמן דהעיקר לדינא שהלוקח יש לו כל זכות העכו״ם שקנה ממנו כמ״ש בסעי׳ ל״ט להי״א שם ואם העכו״ם היה חייב בדיניהם לסתום גם שמעון מחוייב לסתום ועכו״ם שהחזיק בחלונות אינה חזקה ויכול לבנות בפניהם מאחר שבדיניהם אין יכולים למחות מלבנות בפניהם א״כ החזקה אינה כלום אבל לסתום החלונות עצמן אינו יכול דגם בדיניהם הדין כן כמ״ש שם :

מג ישראל שהיה לו חלון פתוח לחצר העכו״ם וסתם אותו מבחוץ והניחו פתוח לצד פנים ולאחר זמן מכר העכו״ם חצרו לישראל ואותו הישראל בנה כותל ונזדמן קרן כותלו לסתום החלון וטען בעל החלון אני סתמתי אותה מפני העכו״ם שלא יראה לתוך ביתי ועתה אני רוצה לפותחה אינו יכול לחזור ולפתוח אותה דכיון שחוצה לה סתמה ושייר הכותל הנשאר כולו לצד פנים גילה בדעתו שעקרה מלהשתמש לאורה ועשאה כחלון שאדם עושה בתוך ביתו ועוד שיכול הקונה לומר אני מצאתי חלון זו סתומה מאין ידוע לי שפתוחה היתה ואתה סתמתה אותה מרצונך שמא העכו״ם ונעשית חזקה לאלתר כמ״ש דבסתימת חלון לאלתר הוי חזקה כן כתב הטור משמיה דגאון שפסק כן ואע״ג דבעכו״ם אין חזקה מ״מ כיון שמצאה סתומה יש לזה חזקה ולהיפך דבעל החלון אין לו לא חזקה דהשתא כיון שהיא סתומה ולא חזקה דמעיקרא כיון דנגד עכו״ם אין חזקה האמנם להי״א שבסעי׳ ל״ט בלא טעמים אלו יכול לבנות בפניה כמו שהיה להעכו״ם כח זה בדיניהם אמנם אם אין ידוע שחצר העכו״ם קדום צריכים טעמים אלו גם להי״א כמ״ש בסעי׳ מ״א [כ״ל] ויש מי שפירש דבמעשה זו לא היו הפצימין ניכרין [סמ״ע] ולא משמע כן דהא בצד פנים נשארת כמו שהיתה [ט״ז] אמנם אם הפצימין ניכרין קשה על הטעם הראשון דהרי כל זמן שהפצימין ניכרין היא כפתוחה ויראה לי דוודאי אם היתה סתומה משני הצדדין לא הוי סגי בטעם הראשון רק דכאן סתמה מבחוץ ובפנים נשאר חלל כל החלון והשתמשו שם כמו בתיבה וזהו גילה דעתו שאומר הגאון שר״ל

כיון

כיון שעשה כן גילה דעתו שעשאה לתשמיש ולא להאיר:

מד כתב אחד מהגדולים דדווקא היזק ראיה אסור אבל מניעת ראיה אין איסור כגון ששנים יש להם בתים פתוחים לרה"ר והוציא אחד בליטת עלייתו לחוץ שע"י זה לא יוכל האחר לראות למרחוק כמו עד עתה אבל אינו מאפיל עליו אינו יכול לעכב עליו [כנה"ג] וכה"ג בשארי עניינים הדומים לזה ודברי טעם הן:

מה כמו שאסור לבנות כותל בפני חלון חבירו כמו כן אסור ליטע אילן אצלה שאם יגדלו הענפים יחשיכו עליה ואם נטע והגדילו הענפים יכול לקוצצן אפילו עושה פירות ואין בזה איסור בל תשחית כשעושה לצורך [סבו"י] כמ"ש הרמב"ם בפ"ו ממלכים שלא אסרה תורה אלא דרך השחתה ודע דהיזק ראיה מחלון הוא אפילו כשיש זכוכית צבועה בהחלון דעכ"ז הרי מביטים דרך הזכוכית:

סימן קנה [דין הרחקת נזקין אף כשעושה ברשותו לגמרי ובו מ"ג סעיפים]:

א בסימנים הקודמים נתבאר דאסור לעשות ברשות חבירו דבר המזיק לו דגם היזק ראיה אף שברשותו עושה מ"מ נוטל האור מחצר חבירו ומונעו מלבנות נגד החלון כשהחזיק בהחלון ובסי' זה יתבאר דאסור אף לעשות ברשותו לגמרי דברים שבזה יזיקו את הקרקע או את האויר של חבירו אמנם יש בזה כלל גדול דאם בשעת עשיית הדבר אין הנזק בא מיד אלא לאחר זמן אחרי שיפסוקו מעשיו מותר לעשות דבר זה שהרי עושה בתוך שלו ועל הניזק להרחיק א"ע אם ירצה שלא יגיע לו הנזק אבל אם מעשה זה מזיק את חבירו בעת עשייתו ה"ז כמזיק בידו ואסור לעשות כן דזהו מגירי דיליה הא למה זה דומה למי שעומד ברשותו ויורה חיצים לחצר חבירו ואומר ברשותי אני עושה דמונעים אותו [רמב"ם פ"י משכנים] ואם החזיק בנזק זה החזיק ושיעור החזקה י"א דמיד כשנתוודע לו שיש היזק ברור בזה ושתק מחל לו וזכה זה בחזקתו וי"א דצריך ג' שנים וטענה ורבינו הרמ"א בסעי' ל"ה הכריע כדיעה ראשונה והטעם בארנו בסי' קנ"ג סעי' ג' ע"ש ועתה נבאר הדברים האסורים לעשות מפני שמזיקים מיד או יכול להיות שיזיקו מיד:

ב הבית והעלייה של שנים לא יעשה בעה"ב תנור בתוך ביתו אא"כ יש לו גובה ד' אמות בין התנור מקום שהאש מונח להתקרת העלייה כדי שלא תשרוף העלייה וכך שיערו חכמים שאשו של תנור יכול להזיק עד ד"א בגובה ואפילו בתנורים שלנו שפתחן מן הצד ג"כ צריך שיעור זה [סמ"ע] ודעת הרשב"א שא"צ וי"א שצריך הרבה יותר מד"א כיון שהשלהבת גדולה מאד בתנורים שלנו וזהו דעת הרא"ש [טור] ונראה דכשיש בהתנור ארובה מעלה עשן רחבה ובריאה ויוצא עד למעלה מהגג כמו בימינו אלה וודאי דא"צ הרחקה בגובה דהרי האש והעשן יוצאין להאויר ובאין ארובה מעלה עשן כמו בכפרים כשהתנור גדול צריך יותר מד"א וכשהתנור קטן די בד"א וכירה ג"כ שיעורה כתנור וי"א דכירה די בגובה ח' טפחים [סס] וכן לא יעמיד בעל העלייה תנור בעלייתו עד שיהיה תחתיו מעזיבה ג' טפחים מלבד שיהיה על גבה גובה ד' אמות ובכירה שאין חומה חזק די בטפח מעזיבה מתחתיה ואם תנור של נחתומין צריך שיהיה תחתיו ד' טפחים ובכירה של נחתומין ג' טפחים מפני שמסיקין הרבה ובגובה אין חילוק דלמעלה מד' אמות לא יעוף האש מהם ובתנורים שלנו לא שייך ליתן מרה לתחתיהם דהרבה טפחים יש בהם אף בקטן שבהם ותנורי בית החורף שלנו א"צ הרחקה למעלה מפני שהאש מתגלגל בחוליות התנור עד שנעשה העשן קר למעלה ותנורי הברזל הקטנים בבתי החורף האש קטן וא"צ הרחקה הרבה [כ"ל] ואע"פ שהרחיק כשיעורים האמורים מ"מ אם יצא האש והזיקה משלם מה שהזיקה ואין לומר דא"כ למה נתנו כל השיעורים הללו יעשה כחפצו וכשיזיק ישלם דבוודאי אין לסמוך על מה שישלם דשמא לא יהיה לו במה לשלם ועוד דאין טוב לאדם להתטלטל א"ע ולתבוע בב"ד מהמזיקו [סמ"ע] ולכן נתנו חכמים השיעורים האלו דקרוב הדבר שלא יהיה נזק ואם עכ"ז יתנזק ישלם לו ואף שיתבאר בסי' ת"ח גבי נזק אש דכשהרחיק את השיעור והזיקה פטור מלשלם שאני התם דאש דאקראי הוא ומה לו לעשות יותר אבל בתנורים וכירות שמשתמשים בהם תמיד באש ובכל ההרחקות שנתבאר אם לא יזהר כראוי קרוב לנזק וצריך להשגיח ביותר וכשלא השגיח הוה פושע וחייב לשלם [רי"ף פ' הכונס] ואף כל אדם בביתו צריך להרחיק כשיעורים הללו מפני נזק השכנים ועתה בכל מקום ומקום הוקם איש מהממשלה שיגרוף האפר מהתנורים ומארובות מעלי עשן ומחוייב כל אדם ליזהר לנקות אותם בעת הקבוע לבלי יאחוז האש בהאפר ואם לא ניקה אותם בהעת הראוי ונעשה נזק ע"י זה חייב לשלם ואם הוא קרא את המנקה ולא בא חייב המנקה לשלם כי פושע גמור הוא [כ"ל] ובני העיר יכולין לכוף לכל איש שישמור אשו וגרם הבא ע"י התנורים [רס"י ב"ק ס"ח: ד"ס לא יעמיד]:

ג וכן בעל העלייה שהיה לו בעלייתו אוצר של תבואה או של יין או שמן אין בעה"ב יכול לפתוח תחתיו חנות של נחתומין או של צבעין או לעשות בה רפת

בקר

בקר או להכניס שם מיני עשבים וכיוצא בהן מדברים שעולה מהן הבל וחום הרבה מפני שהחמימות מפסיד פירות האוצר וה"ה אף אם בהחדר שתחת האוצר אין שם דברים אלו רק בחדר שמצד האוצר אין לו לפתוח חלון מחדר זה להחדר שתחת האוצר ואמרו חז"ל שיין שבא"י כיון שהוא חזק אין החום מפסידו אף משביתו לפיכך רשאי לעשות תחתיו כל מלאכת אש שירצה אבל רפת בקר וכל דבר המעלה סרחון לא יעשה מפני שמפסיד ריח היין וכן במקום שקול ונדנוד קשה ליין צריך להרחיק וכללו של דבר שכל דבר שקשה הוא לסחורות שבעלייתו אסור לו לבעה"ב לעשות ולא לבד כשלא היה לו לבעה"ב חנות כלל עד עתה אלא אפילו היה לו חנות של שארי דברים אסור לו להחליפן על דברים הקשים לסחורות שבעלייה כיון שבעל העלייה קדם בסחורתו לאלו הדברים :

ד בד"א שהאוצר קדום אבל כשדברים אלו קדמו והוחזקה חנותו לרפת בקר או לנחתום וכיוצא בו ואח"כ רצה בעל העלייה לעשות בעלייתו אוצר אינו יכול למחות בידו דעל הניזק להרחיק עצמו כשהוא אינו קודם בהדבר הנזוק לו ואם גילה בעל העלייה דעתו שחפץ לעשות בה אוצר עד שלא עשה הבעה"ב הדברים המזיקים לאוצרו ולא גילוי דעת בדברים בעלמא אלא במעשה כגון שכיבד וריבץ עלייתו או שריבה בה חלונות כדרך שעושים לאוצר וקדם זה ועשה תנור או רפת בקר וכיוצא בזה או שבעל העלייה התחיל לאצור דברים שאין האש והסרחון מזיק להם כמו שומשמין ורמונים ותמרים וכיוצא בהם וקדם זה ועשה הרפת או התנור קודם שאצר החיטים והיין והשמן או שעשה בעל הבית מחיצה על גבה בחנותו להבדיל בין החנות ובין האוצר דאז אין חהיזק ברור בכל אלו יש ספיקא דדינא אם יכול הבעה"ב לעשות מה שירצה אם לאו ולכן לכתחלה בעל העלייה מעכב עליו אמנם אם עשה אינו יכול להסירו ואע"ג דבכל ספק ממון נותנין הקולא להנתבע ולפ"ז אף לכתחלה למה לא יעשה ובאמת יש מי שסובר כן מ"מ דעת הרמב"ם ז"ל כיון דמן התורה אסור לעשות נזק לאחרים דמי קצת למילתא דאיסורא ולכן לא יעשה לכתחלה [סג"ח] וכמו שההכנה מועיל לבעל האוצר שלכתחלה לא יעשה הבעה"ב דבר הגורם לנזק כמו כן מועיל ההכנה להבעה"ב שאם הכין לרפת בקר אף לכתחלה מותר לו לעשות אף שהקדימו בעל העלייה בעשיית האוצר [כס"מ] ואפילו לדיעה שיתבאר בסעי' כ"ז דאסור לעשות דבר המזיק לחבירו אף שאין הנזק מוכן עתה ולפ"ז היה אסור לו להבעה"ב לעשות דבר המזיק לבעל העלייה אף כשלא הכין עדיין לאוצר מ"מ בעניין עיקר דירתו של אדם וצרכיו כמו רפת בקר ותנור אין לו למנוע א"ע כשהנזק אינו מוכן עדיין [ע"ז] :

ה כשם שאם יש לבעל העלייה אוצר תבואה או יין ושמן אסור לו להבעה"ב לעשות דבר המזיק לו כמו כן אם בעל העלייה דר בעלייתו אסור לו לבעה"ב לעשות דבר שקשה לו לסבול מריח רע או הבל רב והרי היזק גופו גרוע מהיזק ממונו ויש חולקים בדבר ובירושלמי [פ"ב דב"ב] מפורש כדיעה ראשונה :

ו אם היו מימי העליה יורדין לתוך הבית כששופכים בעלייה מפני שאין התקרה המפסקת ביניהם מקורה יפה אם אין שם מעזיבה שהוא טיח של טיט וכששופכים המים יורדים להתחתון ומזיקים אותו חייב לסלק הזיקו ואם יש מעזיבה שהמים נבלעים בה ואינם יורדים מיד אלא לאחר מכאן יורדים ומזיקים אינו חייב לסלק הזיקו ועל הניזק להרחיק א"ע וכמ"ש בסעי' א' אמנם אין בזה כלל מונח והכל לפי העניין דאם המים מועטים וכלין לאלתר אינו חייב לסלק הזיקו ואף שנוטף מעט אח"כ איזה טיפין ואם היו מים מרובים ומזיקין לו תדיר דרך המעזיבה מועיל כלל וחייב לסלק הזיקו ואף אם אין נופלין מיד אלא לאחר שעות ג"כ הוה כמו היזק בידים [ומ"ש הרמ"א בס"ד אפילו בלא מעזיבה וכו' במרדכי ליתא כן וכ"ה בד"מ אות א' ודו"ק] וכ"ז במי תשמישו דבעל עלייה ששופך על העלייה אבל אם ירדו גשמים על העלייה ויורדין למטה על הניזק לתקן שלא יוזק ובלבד שירידת הגשמים לא יהא מפני קילקול הגג עצמו דזה על בעל העלייה לתקן כמ"ש בסי' קס"ד רק הקילקול הוא מפני הצינורות וכיוצא בזה דבזה על הניזק לתקן [כס"מ סס] :

ז מרחיקין את הגפת שהיא פסולת של זיתים ואת הזבל ואת המלח ואת הסיד ואת הסלעים והם אבנים שהאש יוצאה מהם וחול הלח מכותלו של חבירו ג"ט דכל אלו מוציאין הבל וקשין לחומה וחול הלח הלחלוחית קשה לה או שיסוד בסיד את הכותל דאז אין ההבל או הלחלוחית כשאינו בגומא מזיק לה ויכול לסומכן אל הכותל וכן מרחיקין את הזרעים ואת המחרישה מן הכותל ג' טפחים מפני שמהלידין את הקרקע ומעלין עפר תיחוח ומתמוטט יסוד הכותל וכן מרחיקין את הגומא שמתקבץ בה מי רגלים מן הכותל ג"ט וגם צריך לסוד את הגומא בסיד דמי רגלים עזים הן ולא די בהרחקה לבד ואפילו בלא גומא אסור לשפוך מי רגלים סמוך לכותל פחות מג"ט וא"צ לסוד בסיד [סמ"ע] דכיון דאינן בגומא אף שהם הרבה די בהרחקה לבד ולהשתין א"צ הרחקה כל כך וכך אמרו חכמים לא ישתין אדם בצד כותל חבירו אם הוא של לבינים אא"כ הרחיק ממנו ג"ט ואם היה היסוד של אבנים די בהרחקה טפח ואם היו האבנים צחית סלע שהם מהסלעים הקשים משתין בצדו בלא הרחקה כלל אבל על הכותל אסור להשתין ואפילו

גומא

גומא י"א דמותר לסמוך בצחיח סלע וכותל עץ יראה לי דדינו כלבינים ולחפור בית הכסא צריך הרחקה הרבה כפי ראות עיני ב"ד וי"א דאלו ההרחקות אינו בכותל של אבנים לבד זרעים ומחרישה שזה מפני התמוטטות דשייך גם בכותל אבנים וכן גומא של מי רגלים דזהו אפילו בשל אבנים וי"א דכל ההרחקות אפילו בכותל אבנים וזהו דעת הרמב"ם ז"ל :

ח מרחיקין את הרחים מן הכותל ג"ט מהרחים התחתונה שהן ד' מהעליונה כדי שלא יניד אותו או כדי שלא יבהילנו בקול הרחים וזהו ברחים קטנה כמו רחים של יד אבל רחים גדולה שבהמות מוליכות אותה צריך הרחקה יותר כפי ראות עיני ב"ד ואם לא הרחיק והזיק בית חבירו חייב לשלם לפי ראות עיני ב"ד שישומו אם הוא גרם לו ההיזק אבל כשהרחיק אינו מזיק כלל ולא דמי לאש וכן בשארי נזקין כגון האורג שמזיק לחבירו בהכאות שעושה בשעת אריגה ישומו ע"פ בקיאין ואומנים וכל כיוצא בזה דא"א לפרוט כל מיני הזיקות וההרחקות צריך ג"כ כפי ראות עיני ב"ד ורחים של רוח א"צ הרחקה דאין בה נדנוד ורחים של מים צריך הרחקה הרבה מפני המים המרובים וכן מרחיקין את התנור מן הכותל ג"ט מקרקעיתו שהם ד"ט משפתו כדי שלא יחם הכותל ומודד מהשפה הפנימית ולא מהחצונה דעובי כותלי התנור הם בכלל הג' טפחים ובכירה לא נתפרש בה שיעור וגם בתנורים שלנו לא נתפרש השיעור ותלוי בראות עיני הבקיאים ואם צריך להרחיקם גם מכותל אבנים תלוי במחלוקת שבסעי' ז' :

ט לא יחפור אדם בור ולא שיח ולא מערה ולא יביא אמת המים ולא יעשה בריכת המים שהוא חפירה שמתקבץ בה מי גשמים לשרות בה בגדים לכיבוס בצד כותלו של חבירו אא"כ הרחיק מהכותל ג"ט ויסוד בסיד לכותל בור זה או שיח ומערה או מקוה המים זה או כותל האמה או הבריכה ויסוד את הצד שלצד חבירו כדי שלא יבליעו המים ויזיקו כותל חבירו ואין חילוק בין אם היתה כותלו של חבירו כותל בניין או כותל בור דכל אלו מזיקים בין לבניין בין לבורו של חבירו וי"א דבכותל בניין די בהרחקה בלבד וא"צ לסוד בסיד וגם בכותל בור לכתחלה צריך לסור ובדיעבד אינו מעכב [סמ"ע] ויש מי שאומר שלדיעה זו גם לכתחלה א"צ דנחשב כמוחזק [סגר"א סק"ה] ואינו דומה לגומת מי רגלים מפני שעזין הן ושיעור הרחקת בור מבור יתבאר בסעי' י"ח בפרטיות :

י י"א דאפילו לא היה המים קבועים שם תמיד כגון צנור השופכת מים מבית לחוץ מ"מ צריך להרחיקו אבל סיד א"צ ויש חולקין דבמים שאינם קבועים א"צ הרחקה זולת במי רגלים דצריך להרחיקם אפילו כשאינם קבועין כמ"ש בסעי' ז' דאסור לשפוך מי רגלים סמוך לכותל וה"ה בור שאין בו מים כלל אסור לחפור סמוך לכותל חבירו בין לכותל בניין בין לכותל בור מפני שמרפה את הקרקע וצריך לתקן לפי ראות עיני הבקיאים ודע דבור ושיח ומערה אחת הן אלא שבור הוא מרובע ושיח הוא ארוך וקצר ומערה מכוסה בקירוי :

יא ויש דבר שצריך הרחקה הרבה כגון אבן שהכובס מכה הבגדים עליו עד שיתלבנו צריך להרחיקו ד' אמות מכותלו של חבירו מפני שכשהכובס מכה עליו המים ניתזים ומזיקים לכותל :

יב וכן יש שצריך הרחקה ד' אמות כבא לסמוך כותל בניין בצד כותל בניין של חבירו צריך להרחיק ממנו ד' אמות אע"פ שאין לחבירו חלון בכותלו שיצטרך להרחיק שלא יאפיל עליו מ"מ אמרו חז"ל שצריך להרחיק משום דוושא ופירושו שבהילוך שהולכין אצל הכותל נדוש הקרקע ומתחזק ומתקשה יסוד הכותל ואפילו הכותל היתה שם מימים רבים ונפלה לא אמרינן הלא כבר נדוש המקום ההוא וא"צ עוד דוושא אלא אפילו כן לא יסמוך ואם העיר חדשה שזוכרים אותה בני אדם מתי שנבנית או שאי' לה עדיין ששים שנה שנבנית שעדיין לא נדוש קרקעיתה אז אין חילוק בין כותל גינה לכותל חצר דגם מכותל חצר צריך להרחיק ואם העיר ישנה שאין אדם זוכר בניינה והיא יותר מששים שנה שנבנית א"צ להרחיק אלא מכותל גינה כשהכותל עשוי ככותל בניין לפי שאין דרך בני אדם לילך בה מבפנים ואין קרקעיתה נדוש אבל בכותל חצר א"צ ובית דירה דינו כגינה לפי שאין דרך בני אדם להלוך בו מבפנים אצל הכתלים ואם כותל חבירו הולך ממזרח למערב ובא הוא לבנות כותל כנגדו מצפון לדרום א"צ להרחיק משום דוושא דבדבר מועט כזה לא חיישינן לדוושא וזה שיטת רש"י ותוס' והרא"ש והטור :

יג ולהרמב"ם ז"ל דרך אחרת בזה שכתב בפ"ט משכנים ראובן שהיה כותלו סמוך לכותל שמעון כמו ג"ם ד ובא ראובן לעשות כותל שני כנגד כותל שמעון עד שיעשה כותלים כמו בי"ת הרי שמעון מעכב עליו עד שירחיק מכנגדו ד"א כדי שיהיה המקום בין שני הכתלים רחב ד"א כדי שידושו בו רבים ותתחזק הארץ בכותל גינה או בעיר חדשה בכותל חצר אבל בעיר ישנה כבר נתחזקה ובונה כנגדו בלא הרחקה וכן אם לא היה באורך כותל שמעון שבונה כנגדו ארבע אמות אינו מרחיק אע"פ שמונע הרגל מלהלך שם שהכותל שהוא פחות מארבע אמות אינו צריך חיזוק הארץ עכ"ל ולדבריו אם לא היה תחלה כמו ג"ם אלא שבא לסמוך כותלו נגד כותל שמעון כזה א"צ הרחקה ד"א בשביל הדוושא [לבוש] דלא

שמעון ראובן ראובן

כיש

כיש מי שחולק בזה [ולא גרס בגמ' ונפל כגירסת הגאונים וכ"מ בירושלמי וברי"ף ס"ד וכ"מ מנ"י ומ"מ ומהרמ"א אין ראיה שהעתיק לשון הטור ולהרמב"ם יש רבותא בזה שאין בהקלוות ספסק ודו"ק] ואפילו עמדה שם הכותל השלישית ימים רבים ונפלה כשחוזר ובונאה צריך להרחיק [ואף שלפי גירסתו אין דין נפילה בגמ' מ"מ הכריע הרמ"א דגם לדעתו כן הדין מסברא וע' ב"ח ול"ע] :

יד י"א דכ"ז לא מיירי אלא כשקנו הקרקע זה אחר זה מן הרשות או מההפקר ולכן החזיק הראשון בהארבע אמות הצריכות לדוושא והאחר שבא לבנות צריך להרחיק אבל בלא"ה יכולין לסמוך כותל לכותל דבמה נשתעבדה קרקע שלו לחזק כותל חבירו ולכן אם קנו בשותפות או שקנו בזמן אחד או ירשו או שזכו שניהם בשוה מההפקר א"צ להרחיק :

טו מי שמלאכתו קבועה לכתוש שומשמין או הריפות וכיוצא בהם בתוך שלו והכתישות גדולות כל כך עד שמתנדנדים הכתלים של חבירו או כשעומדת חבית וכיסויה בחצר או על הגג מתנדנדת הכיסוי שעל החבית ה"ז כמזיק בחץ וחייב להרחיק בכדי שלא ינדנד או שיתבטל ממלאכה כזו המזקת לאחרים ואם הזיק בעת הנדנוד חייב לשלם· שהרי מכחו בא הנזק וכחו כגופו דמי ואפילו נבנה חצירו של חבירו אחר שעשה מלאכתו מ"מ צריך להרחיק שהרי הוא כמזיק בידים וה"ה אם אפילו אינו מזיק להחצר אלא שיש חולי הראש לבעל החצר או לאחר מבני ביתו וקול ההכאה מזיק לו צריך להרחיק אבל אם מזיק לאחד משכניו אינו יכול למחות בידו דזה יכול לומר ישכור דירה אחרת [כ"ל] :

טז מרחיקין את הסולם משובך של חבירו ארבע אמות כדי שלא תקפוץ הנמייה שהיא חיה האוכלת את הגוזלות בעת שמניח הסולם ותעלה לשובך ותאכל את הגוזלות וכן אסור להשהות בביתו או בחצירו חתול אם אוכלת תרנגולי השכנים או שיקשרנה וכן אסור לגדל כלב רע ויתבאר בסי' ת"ט בס"ד :

יז מרחיקין את הכותל מן המזחילה של חבירו ארבע אמות כדי שיהא מקום לבעל המזחילה לזקוף סולם ולתקן מזחילה שלו כיון שהחזיק בה ואע"פ שנתבאר בסי' קנ"ג דיכול לבנות תחת הצנור מ"מ להלאה במקום שצריך להעמיד סולם אינו רשאי לבנות [סמ"ע] דכשהחזיק בה החזיק לכל מה שצריך לה וי"א דאין חזקה לזה אף אם החזיק במזחילה ושיעור זה נאמר בגמ' לעניין שאם קנה ממנו מקום לעלות למזחילתו ולא פירשו שיעור המקום צריך להניח לו מקום ד' אמות כדי לעלות למזחילתו שהוא השיעור של זקיפת סולם וכן באחין שחלקו והעלו בדמים מפני המזחילה צריך להניח לו גם מקום לזקיפת הסולם [בס"ג] דכיון שהעלו בדמים מסתמא היה דעתם גם לזקיפת הסולם [כפמ"ס כ"מ בנמק"י וע' בהגר"א סקמ"ו ול"ע] :

יח מי שבא לחפור בור בסוף שדהו סמוך למצר חבירו אם שדה חבירו אינו עשוי לבורות שהיא שדה בית הבעל שא"צ להשקות אותה סומך ואינו יכול למחות בידו ואם ימלך חבירו לחפור בור בצדו צריך להרחיק מכותל הבור ששה טפחים עד שיהיה בין חלל שני הבורות עובי ששה טפחים דכל בור צריך לכותל עפר ג"ט כמ"ש בסי' רי"ז משום דמזיקי בידים דכל חפירה וחפירה מזקת קרקעו של השני [גמ'] ואם היתה שדה חבירו עשויה לבורות שהיא בית השלחין שצריכין להשקותה ועושין בה בורות להמשיך המים לתוכן אינו סומך עד שירחיק מן המצר ג"ט כשיעור כותל בורו וכשיבא חבירו לחפור ירחיק גם הוא ג' טפחים בתוך שדהו ויחפור וזה שנתבאר בסעי' ט' דלא יחפור בור סמוך לכותל בור ג"ט זהו כשגם הראשון הרחיק ג"ט מהמצר כגון שהיתה שדה של השני עשויה לבורות ואם לא היתה שדה של השני עשויה לבורות היה הראשון רשאי להסמיך להמצר והשני צריך להרחיק ששה טפחים מחלל בורו של ראשון [רפ"ב דב"ב] וכשמרחיק השיעור י"א דצריך ג"כ לסוד בסיד כותל בורו כמ"ש שם וי"א דבחדא מינייהו סגי בדיעבד וכי"א שנתבאר שם וי"א דלדיעה זו אף לכתחלה א"צ [הגר"א] דכיון דאיבעיא היא בש"ס נחשב זה כמוחזק :

יט החופר בור בתוך שדהו ומכר חצי השדה והיא מתחלת מחלל בורו ובא הלוקח לחפור גם הוא בור צריך להרחיק כל ההרחקה דהוא ששה טפחים אפילו אם היא עשויה לבורות כיון שהראשון בהיתר עשה שהרי כל השדה שלו היתה וממילא דהלוקח כיון דבכל חפירה הוא כמזיק בידים צריך להרחיק שלא יזיקנו להמוכר וראובן שחפר גומא בחצירו שמי גשמים יקלחו לתוכה וכשרבו המים בוקעין ועוברין דרך חומות מרתפי שמעון חייב ראובן לסלק הזיקו דהוא כמזיק בידים ומה יוכל שמעון לעשות והזיקות שלא נתבאר שיעור הרחקתן צריך להרחיק בכדי שלא יזיק כפי ראות הבקיאים :

כ יש מי שאומר שלא אמרו חז"ל דבהרחקת ששה טפחים בין בור לבור די אלא בארץ הרים שהקרקע קשה אבל במקום שהקרקע רך צריך להרחיק יותר כפי ראות הבקיאים צריך להרחיק בית הכסא מבורו של חבירו עד שיכירו הבקיאים שלא יעבור מליחות בית הכסא להבור ולרווחא דמילתא ירחיק חמישים אמות ויש חולקין בזה וס"ל דבגומא של אבנים די בהרחקת טפח וכשאינו של אבנים די בג"ט והגאונים הסכימו לדיעה ראשונה [הגר"א] וכ"ז בבית הכסא שבחפירה

שבחפירה שהריע רע אינו עולה כל כך אבל בבית הכסא שע"ג קרקע ומגולה בלא זה צריך להרחיק הרבה וגם חזקה לא מהני כמו שיתבאר וכל מקום שהמזיק צריך להרחיק א"ע אפילו רה"ר מפסיק בין שניהם כגון שתי חצירות בשני צידי רה"ר מ"מ צריך להרחיק כיון שניזוק על ידו :

כא מרחיקין גורן קבוע מהעיר חמשים אמה כדי שהרוח לא יוליך את התבן בעת שזורה ויזיק לבני העיר ואם הגורן קודם להעיר מסלקו תחלה ובני העיר נותנים לו דמיו ואף דביחיד כה"ג לא היה צריך להסתלק כיון שקדם מ"מ מפני היזק רבים צריך להסתלק [ב"ב כ"ד:] ולכן צריך להסתלק גם קודם קבלת מעותיו דאל"כ לא יסתלק לעולם דקדירא דבי שותפי כל אחד יסמוך על חבירו אבל אם מסלק קודם יתבע הוא מהם ויפרעו לו ואם העיר קדמה מסלק בלא דמים ואפילו כשיש ספק מי קדם יסתלק בלא דמים דכיון דמחוייב להסתלק קודם קבלת המעות אף כשהוא קדם שוב אינו יכול להוציא ממון מספק [סס] אבל כשההיזק הוא ליחיד ולא לרבים אינו ממתלק כשהוא קדום ואם הניזק קדום מסתלק בלא דמים ואף דבאילן כה"ג מבואר שם בגמ' שאינו מסתלק בלא דמים התם משום שההיזק אינו מגיע מיד אלא לאחר זמן [רס"י סס כ"ס:] לכך לא הייבוהו חכמים להסתלק בלא דמים משא"כ בזה שההיזק הוא בשעת מעשה ולכן לא יעשה אדם גורן קבוע בתוך שלו אא"כ יש לו חמשים אמה קרקע לכל רוח כדי שלא יזיק התבן לנטיעות חבירו או לנירו ובהיזק שאינו קבוע רק באקראי בעלמא א"צ להרחיק כלל :

כב כתב רבינו הרמ"א דמזה שנתבאר דבהיזק של רבים אף כשהוא קדם מחוייב לסלק הזיקו והרבים ישלמו לו מה שהפסיד בזה יש מי שלומד על דוכס ממדינה שגזר על יהודי מדינתו שיעשו עם היהודים הדרים תחת שרים קטנים בכפרים שידורו תחתיו ובאם לאו יגרש כולם צריכים הדרים תחת השרים הקטנים לקיים דברי הדוכס ולסלק היזק רבים וליסע תחת הדוכס תחלה ולדון אח"כ עם הרבים אם יש להם היזק בזה עכ"ל ומבואר מזה דאף שלהמועטים אין היזק בלא זה כגון שיד הדוכס אינו מושל בהם מ"מ מפני היזק רבים מחוייבים לעקור דירתם ואח"כ יתבעו היזקם וכ"ש אם גם המועטים בסכנה שיד הדוכס מושל עליהם שאין הרבים צריכים לשלם הזיקן דסוף סוף הוי דבר האבוד ואם משום דאסור להציל עצמו בממון חבירו הא הוי מופסד כבר [ד"מ] ואין המועטים יכולים לומר תמות נפשי עם פלשתים דלאו כל כמינייהו לומר כן [סמ"ע] וכן בכל היזק רבים יכולים המרובים לכוף את היחידים המסרבים אף שלהם אינו נוגע הנזק וכ"ש אם גם להם נוגע אלא שאומרים תמות נפשינו עם פלשתים דאין זה מטענת זרע אברהם אבינו [ע' בהגמ"ר קדושין שלמד זה מאילן שיתבאר ויש לעיין בזה ודו"ק] :

כג מרחיקין האילן מן העיר כ"ה אמה משום נוי העיר ובחרוב ובשקמה שענפיהם מרובים חמשים אמה ואם נמצא קרוב לעיר בפחות משיעור זה אם העיר קדמה קוצץ בלא דמים ואם האילן קדם קוצץ ונותנים דמים ואם ספק איזה קודם קוצץ בלא דמים כמ"ש בסעי' כ"א גבי גורן ואין דין זה נוהג בח"ל [טור ומ"מ] ואף גם בא"י אינו נוהג בזמה"ז [בד"ס] כיון שהטעם הוא רק משום נוי העיר ועתה אינה בידינו בעונותינו ובכל מקום מרחיקין את הנבילות ואת הקברות ואת הבורסקי ואת הכבשונות והדבורים מהעיר חמשים אמה ואין עושין בורסקי אלא למזרח העיר מפני שרוח מזרחית חמה וממעטת היזק ריח עיבוד העורות וכן מרחיקין השובך מן העיר חמשים אמה שלא יפסידו היונים את הזרעים והגרעינים שבעיר וכשיש נ' אמה לא יפסידו דשיערו חכמים דבחמשים אמה ממלאים כריסם בכל אשר ימצאו ואף בשדה לא יעשה שובך בתוך שלו אא"כ יש לו נ' אמה לכל רוח כדי שלא יפסידו של אחרים :

כד מי שהיתה שדה חבירו נטועה גפנים או שארי אילנות ויש לו שדה אצל זו ובא הוא ג"כ לנטוע גפנים אצל גפני חבירו ושארי אילנות אצל אילנות חבירו צריך להרחיק כשיעור אורך המחרישה שעושים שם ואמרו חז"ל שבא"י שהיא ארץ הרים אורך המחרישה ד"א ובבבל שתי אמות וכל מקום ומקום לפי מנהגו ובמקום שאין דרך לחרוש בין האילנות א"צ להרחיק כלל ובמקום שצריכין להרחיק ובאים שניהם לנטוע בבת אחת מרחיק כל אחד חצי השיעור וכן בכל ענייני נזקין כשבאים שניהם לעשות כאחד צריך כל אחד להרחיק חצי השיעור וי"א דבין גפנים לאילנות צריכים להרחיק כפי אומד הדעת בכדי שלא יפרחו העופות מן האילנות אל הגפנים בפריחה אחת קודם שיניחו וי"א דדווקא כשנוטע אילנות גבוהים אבל כשנוטע גרעין מותר דממילא הם גדילים ואין היזק זה בידים ובכל מקום אם יש גדר בנתים זה סומך לגדר מכאן וזה סומך לגדר מכאן דכיון שיש גדר לא יוכל לסבב שם במחרישה ואף בין גפנים לאילנות דהחשש הוא משום פריחת העופות מועיל הגדר דאפילו אם הגדר הוא נמוך מהאילנות מ"מ הן פורחין מקודם על הגדר [סמ"ע] ואין זה גירי דיליה ודברים אלו משתנים לפי המקום והעניין ותלוי בראיית עיני הבקיאים ודע דד' אמות שבגמ' הוא לפי מדת מדינתינו שלשה מדות שהם סאזען אחד כפי מדינתינו רוסיא :

כה מי שעשה גורן בתוך שלו או קבע בית הכסא או מלאכה שיש בה אבק ועפר וכיוצא בהם צריך להרחיק שלא יגיע העפר או הריח או האבק לחבירו שלא

שלא יזיקנו ואפילו הרוח הוא המסייע להוליך העפר והאבק וכיוצא בהן מ"מ חייב להרחיקן אם רק ברוח מצויה הולך העפר או האבק או המוץ שכל אלו כמו שהזיק בחיציו הן אבל אם ברוח מצויה אינו מוליך אלא ע"י רוח שאינו מצויה א"צ להרחיק דרוח שאינה מצויה אקראי בעלמא הוא ואע"פ שברוח מצויה חייב להרחיק מ"מ אם לא הרחיק והרוח הוליך המוץ והאבק והעפר והזיק פטור מלשלם שהרוח סייעו ואין הנזק בא מכחו והוה כגרמא בנזקין ופטור וכן כל שארי מיני הרחקות שבסי' זה אין חייב לשלם כשהיזק לבד בכותש הריפות שבסעי' ט"ו שמכחו בא הנזק או באש של תנור דהוה ככחו אבל כל הדברים לאו מכחו עצמו בא הנזק אלא הרוח או המים או מיני החימום או שארי דברים המזיקים אותו ולא האדם עצמו וזה שנתבאר דכל ההרחקות הם כחיציו לאו בדווקא הוא אלא הכוונה שמזיקין מיד כחץ ולא לאחר זמן אבל באמת לא דמי לחץ לעניין תשלומין ורק באשו אמרו חז"ל שאשו משום חיציו ואע"ג דבארבעה אבות נזיקין חייב לשלם ובהם יש חיוב בור ושור ולא האדם עצמו ועכ"ז חייב לשלם שאני התם דהן אמת דהתורה חייבה כשממונו הזיק כמו שהזיק בגופו אמנם זהו בדברים שאפשר לשומרן שלא יזיקו כמו השור וכן הבור מי הכריחו לחפור בור אבל כל מה שבסי' זה הם תשמישים שהאדם צריך להם ולא חייבוהו חכמים אלא ההרחקה אבל שיתחייב לשלם כשהזיק אין סברא כלל דלא חייבו חכמים לאדם למנוע א"ע מתשמישיו ומלאכתו [נס"מ] כשצריך לזה ומתכוין להנאתו ואינו חייב רק אם ההיזק בא מכחו ממש כמו כתישת הריפות ואש שהוא כחיציו וזהו כאדם המזיק דאדם מועד לעולם אבל לא בשארי דברים שבסי' זה ויש חולקין על כל זה וס"ל דבכל ההרחקות כשלא הרחיק חייב לשלם כשהזיקו לבד מה שבא ע"י הרוח והיזק הנמייה שבסעי' ט"ז מפני שלאו ממונו הזיק וס"ל לדיעה זו דכיון שחייבוהו להרחיק ולא הרחיק אין לך פושע גדול מזה והוה כגרמי ולא כגרמא :

כו כבר נתבאר בריש סי' זה דדברים שאינם מזיקין רק לאחר זמן מרובה א"צ להרחיק א"ע ועל הניזק להרחיק עצמו כשירצה ולכן אמרו חז"ל דמי שבא לעשות משרה שהיא חפירת מים ששורין בה פשתן בצד ירק של חבירו אע"ג דמי המשרה נבלעים בארץ והולכים ומפסידים את הירק או שנטע כרישין קרוב לבצלים של חבירו שהם מפיגין טעמן או שנטע חרדל בצד כוורת דבורים של חבירו והדבורים אוכלין העלים ומפסידים הדבש כל אלו וכיוצא בהם א"צ להרחיק בכדי שלא יזיק ומ"מ כתב הרמב"ם ז"ל שצריך שירחיק המשרה מהירק והכרישין מהבצלים והחרדל מהדבורים ג"ט או יותר מעט כדי שלא יהיה היזק בידים כשיהיה קרוב הרבה וי"א דרק במשרה צריך להרחיק ג"ט ולא בכרישין וחרדל [טור] דבהם אף כשהן סמוכין הרבה אין הנזק בא מיד וה"ה בכל כיוצא בזה שאין ההיזק בא בשעת מעשה אלא אח"כ לזמן מרובה על הניזק להרחיק עצמו :

כז וכן מי שהיה לו אילן בתוך שדהו קרוב לבורו של חבירו אין בעל הבור יכול לעכב עליו ולומר לו הרי שרשי אילנך נכנסים לבור שלי ומפסידים אותי שזהו נזק הבא מאליו לאחר זמן ובעת שנטע אינו מזיקו וכשם שזה חופר בתוך שלו כמו כן זה נוטע בתוך שלו ולכן אף בכל הנזקין שבסי' זה שאסור לסומכן מותר לעשות בשלו כשאין שם דבר הניזק עדיין לבד מחפירת בור אצל שדה העשויה לבורות מפני שבכל חפירה שחופר הוא מרפה הקרקע של חבירו והוה כמזיק בידים וכן בכתישות הריפות [נס"מ] משא"כ בכל שארי ההרחקות כיון שאין הנזק מוכן ויבא לאחר זמן כשיעשה הניזק דמי לאילן ולמשרה ויש חולקין בזה דאפילו כשאין שם דבר הניזוק אסור לו לעשות כשחבירו מוכן לעשות הדבר שיזיק לו דלאחר שיעשה חבירו יבא לו הנזק מדבר זה עצמו שעושה והרי זה דומה בנזק בידים משא"כ באילן ומשרה שמאילן זה עצמו שנוטע אין הבור ניזוק אלא מהשרשים שיסתעפו ממנו וכן במשרה והנזק יבא לאחר זמן וכן אם לקחן מאחר כמו שהוא כגון הגורן והבורסקי וכל מה שנתבאר אפילו הם סמוכים מאד הרי הם בחזקתו ואף כשיפול יכול לחזור ולבנותו שטוענים ללוקח לומר שמי שמכר לו עשה ברשות ופיים להשכנים ומחלו לו או שקנה מהם זכות זה לא שנא נגד יחיד לא שנא נגד רבים דכללא הוא שטוענים ללוקח וליורש לבד בהיזק גדול שיתבאר שאין להם חזקה כמו עשן תדיר ובית הכסא דאינו מועיל רק קניין ולא שכיח שיקנו בקניין על נזק גדול בזה אין טוענין להם דמילתא דלא שכיחא לא טענינן להו [ע"ז] וכן אם ידוע שהמוכר או המוריש עשה באלמות צריך הקונה או היורש להסירן :

כח כל הרחקות שאמרנו אם לא הרחיק וראה חבירו ושתק ה"ז מחל ואינו יכול לחזור ולהצריכו להרחיק ודוקא שראה ממנו שמחל כגון שסייע עמו מיד או שא"ל לעשות זה או שראהו שעשה בצרו בלא הרחקה ונודע לו הנזק ע"פ שומת ב"ד או בקיאים ושתק ולא הקפיד על זה זכה מיד וי"א דגם בהזקות אלו צריך ג' שנים וטענה ורבינו הרמ"א הכריע כדיעה ראשונה ובארנו הטעם בר"ס קנ"ג ע"ש :

כט בד"א שיש חזקה בשארי נזקין אבל יש ארבעה מיני נזקין שהם עשן וריח בית הכסא ואבק וכיוצא בו ונדנוד הקרקע שאין להם חזקה ואפילו שתק כמה שנים ה"ז חוזר וכופיהו להרחיק ואפי' אומר שקנה ממנו אינו נאמן בלי ראיה ואפילו סמך קודם שבא לשם דבר הניזוק דלדיעה ראשונה שבסעי' כ"ז מותר

מותר בכל הנזקין מ"מ באלו צריך להרחיק גם אח"כ מיהו אם שניהם זכו בשל הפקר ואחד מהם זכה קודם ועשה ברשותו דברים אלו ואח"כ זכה השני אינו יכול למחות בו ולמה נשתנה דין נזקין אלו משארי מיני נזקין לפי שאין דעתו של אדם סובלת נזקין כאלו ואנן סהדי שלא מחל לו ואין המזיק נאמן לומר שמכר לו כיון שהוא היזק גדול וקבוע ואם יש עדים שקנו מידו שמחל על נזקין אלו או שמכרן לו אינו יכול לחזור בו וכן היזק ראיה במקום שצריך מחיצה אין לזה חזקה כגון חצר השותפין שיש בו דין חלוקה לפמ"ש בסימן קנ"ז יש לכל אחד מהם לכוף את חבירו לבנות הכותל באמצע כדי שלא יראהו חבירו בשעה שמשתמש בחלקו ואע"פ שיש חזקה להיזק ראיה כמ"ש בסימן קנ"ד זהו בהיזק שע"י מעשה כמו בפתיחת חלון והא' מזיק והשני ניזוק אבל בזה שממילא בלא מעשה בא הנזק וגם כל אחד הוי ניזוק אע"פ שעמדו כך שנים רבות בלא מחיצה אין לזה חזקה וכופה אחד לחבירו לעשות מחיצה בכל עת שירצה אם לא שיש עדים שקנו בקנין על זה שמוחלים ההיזק זה לזה :

ל עשן שאמרו זהו דוקא בעשן תדיר כגון כבשונות ותנורים של נחתומין ושל יוצרין וכיוצא בהן אבל תנור שהיחיד אופה בו פת וכן כירה אף של נחתומין [סמ"ע] כיון שהעשן אינו שוהה רוב היום לאו תדיר הוא אבל אם שוהה רוב היום נקרא עשן תדיר אף שאינו גדול כל כך ודינן כבשונות ויוצרים אבל כשאינו שוהה רוב היום הוי ככל נזקין דאם ראה ושתק מחל ואינו יכול שוב למחות ומיהו לכתחלה יכול לעכב אף בעשן שאינו תדיר וכיון שיכול למחות אם לא מיחה יש להמחזיק חזקה וי"א דבעשן שאינו תדיר אפילו לכתחלה אינו יכול למחות דדרך העולם כן הוא וממילא כיון שאינו יכול למחות אין להמחזיק חזקה כמ"ש בסי' קנ"ג ורבינו רמ"א הכריע כדיעה זו ויש שהכריעו כדיעה ראשונה [ס"ך] ויראה לי שבתנורים שלנו שנעשים במעלה עשן וודאי דאינו יכול למחות ועשן תדיר נמי דוקא כשמגיע העשן לחבירו ע"י רוח מצויה אבל אם אינו מגיע רק ע"י רוח שאינו מצויה אינו מחוייב לסלק היזקו דכל דבר שאינו שכיח אינו יכול למחות בו ואפילו ברוח מצויה זהו דוקא כשהעשן מזיק לבני אדם בעיניהם או שגורם שיעול וכה"ג אבל אם אינו מזיק לבני אדם אע"פ שמגיע לבית חבירו ומשחיר לו הכתלים מ"מ אם ראה ושתק מחל ושוב אינו יכול למחות אבל לכתחלה יכול לעכב ומזה מבואר דכשאין העשן משחיר הכתלים אינו יכול לעכב אף לכתחלה ולפ"ז אין דין זה כלל בתנורים שלנו אף בשל תנחומין לפי שעשוין בטוב ובארובות מעלי עשן גבוהות ואינו מזיק כלל [נ"ל] :

לא וכן בית הכסא שאמרו שאין לזה חזקה זהו דוקא בבתי כסאות שהם על הקרקע ומגולים אע"פ שמחיצות סביב לה אינו מועיל דהריח עולה ואין האדם יכול לסובלו אבל אם הצואה מכוסה בחפירה בגומא בעומק והגומא מכוסה וודאי דלכתחלה יכול לעכב אבל אם ראה ושתק מחל ושוב אינו יכול למחות :

לב ראובן ושמעון שיש להם בית הכסא בשותפות והחפירה הולכת לתוך חצירו של לוי ועכשיו רוצים ראובן ושמעון לחלוק ולעשות שני בתי כסאות יכול לוי למחות מטעם שיאמר דכשיתחלקו לשנים יתרבו הנכנסין גם מאנשים אחרים :

לג זה שאמרנו שאין חזקה לנזקין אלו לאו דוקא אלו אלא אפילו כל דבר שידוע שאין המערער יכול לסבול את הנזק אע"פ ששארי בני אדם סובלים זה אין לו חזקה כנגד המערער הזה כגון מי שהחזיק לעשות ברשותו מלאכת דם או נבילות וכיוצא בהן והעורבין או שארי עופות נכנסין שם בגלל הדם ויאכלו ומצירים את שכינו בקולם וצפצופם או בדם שברגליהם שיושבים על אילנות שכינו ומלכלכין פירותיו ושכינו קפדן בטבעו או חולה שאינו יכול לסבול הצפצוף או הוא איסטנס שכשהפירות מלוכלכים בדם נמאסים בעיניו ואינו יכול לאכלם חייב זה לבטל אותה המלאכה אלו שירחיק א"ע עד שלא יבא נזק לשכינו מחמתו וזהו דומה לריח בית הכסא שאין לזה חזקה וכן כל נזק שאין אדם יכול לסבול האמנם אינו נאמן על עצמו לומר שאינו יכול לסבול כי אם יתברר ע"פ ב"ד או בקיאים שרוב בני אדם אין יכולים לסבול זה או שיתברר שהוא איסטנס או חולה והוא אין ביכולתו לסבול אף ששארי בני אדם סובלים זה וכמ"ש :

לד זה שאמרנו דאין חזקה לבית הכסא זהו דווקא כשהוא ברשות עצמו והריח הולך לרשותו של חבירו אבל כשעשה הבית הכסא ברשותו של חבירו או אפילו עשהו ברשותו רק החפירה שהצואה נופלת שם הוא ברשות חבירו יש לזה חזקה כיון שהחזיק בגוף הקרקע והוא ככל חזקת קרקעות שצריך טענה שלקחה או נתנה לו ונאמן המחזיק בשבועה ומיהו חזקת ג' שנים לא מצרכינן דכיון שהחזיק בפניו לא היה מניחו אפילו יום אחד לעשות דבר כזה אלא וודאי מכר או נתן לו ונשבע ועומד בחזקתו אבל שלא בפניו אינו מועיל אפילו חזקת ג' שנים דאין לזה קול שיבא לאזני המערער שיעשה מחאה [נ"ל] .

לה אע"פ שהחזיק את הבית הכסא ברשותו של חבירו מ"מ צריך לכסות את החפירה כדי שלא יעלה ריח חזק או יעשה חפירה עמוקה ויקיפנה במחיצות שלא יהא הריח חזק כל כך דנהי דהחזיק בזה מ"מ מחוייב לעשות שלא יעלה הריח כל כך ואף אם החזיק בלא

בלא חפירה וכיסוי אינו מועיל חזקה לזה ואפי' אומר אסלק את הבית הכסא ואעשה תשמיש אחר יכול למחות בידו דהרי לבית הכסא החזיק וכיון דלזה לא הוי חזקה כ"ש שלתשמיש אחר אין לו חזקה ויש מי שאומר שכיון שהחזיק בגוף הקרקע הרי הוא שלו לאיזה תשמיש שירצה ובלבד שלא יגיע לחבירו שום נזק :

לו מי שהחזיק בנזק שיש לו חזקה כגון שפתח חלון או העביר את המים או שלא הרחיק מה שראוי להרחיק והרי המחזיק טוען אתה אמרת לי לעשות או מחלת לי אחר שראית או שהוכר הנזק ושתקת ולא מחית בי והניזק אומר עכשיו הוא שראיתי ולא ידעתי מקודם או שאמר כשראיתי מחיתי בך ואתה אמרת עתה ארחיק או אסתום והדחית אותי מיום ליום כדי שתקבע היזקך בכל אלו וכיוצא בהן על הנזקין להביא ראיה דחזקה זו היא כחזקת ג' שנים בקרקעות וכשם שבשם אם לא הביא המערער ראיה שמיחה נשבע המחזיק היסת ועומד בשלו כמו כן בחזקת נזקין אלו לאלתר נחשב כמוחזק ואם המערער אינו מביא ראיה שמיחה בו נשבע הוא היסת ועומד בחזקתו וזהו דוקא בדבר שיש לו חזקה נחשב הוא כמוחזק אבל בדבר שאין לו חזקה אינו נחשב כמוחזק ולכן אם החזיק בעשן תדיר ובית הכסא וכיוצא בהם וטען המזיק שקנה זה מהניזק או מחל לו על המזיק להביא ראיה ואם לא הביא ראיה ישבע הניזק היסת שלא קנו מידו על זה ושלא מכר ושלא נתן ויסלק זה היזקו :

לז בסי' קנ"ד נתבאר דהבא מכח העכו"ם הרי הוא כמותו וזהו בנזקין דממילא כבשם אבל בנזקים אלו שבסי' זה אפילו לקח מן העכו"ם כמו שהוא מחוייב לסלק היזקו או ירחיק א"ע משום דהוא כמזיק בידים ואינו מועיל חזקת העכו"ם לזה והרי גם בשם יש חולקין וכמ"ש שם בסעי' וכ"ש כאן דהכל מודים לזה ואין ביכולתו להזיק לחבירו בטענה שלקחה מן העכו"ם אם לא שיש להעכו"ם כתב או עדים שלקח ממנו חזקה זו :

לח שני שכנים הדרים ביחד וביתו של אחד נפרץ וע"י זה באים גנבים לביתו של השני וא"ל השני גדור ביתך או תמכרנה כי אתה גורם לי היזק י"א דהדין עמו ומחוייב לתקן היזקו דהוי גרמי ולדעת הרמ"ה שהובא בטור סימן קנ"ז אם אירע נזק חייב לשלם שכתב האי מאן דמתחייב למיגדר בינו ובין חבירו ולא גדר ואתו גנבי וגנבו לו חייב לשלם אע"ג דלא עביד מעשה והוא דאתרו ביה מעיקרא עכ"ל אבל הרא"ש ז"ל חולק עליו דנהי דודאי מחוייב לגדור מ"מ אם לא גדרה ונעשה לו היזק פטור מלשלם דזה לא הוי לא גירי דיליה ולא גרמי ואפילו בגרמא לא הוי [סגר"ת] וראיה לזה דהרי אין לך היזק ברי מפורץ גדר בפני בהמת חבירו ועכ"ז פטור מלשלם :

לט אע"פ שנתבאר בסעי' כ"ז דיכול לסמוך אילן לבור מ"מ אם ירדו שרשי האילן לתוך הבור קוצצם בעל הבור ולא עוד אלא אפילו ראובן שחפר בור וירד ומצא שרשי אילן של שמעון בתוך שדהו קוצץ וחופר והעצים שלו ואם היו השרשים קרובים לאילן שמעון בתוך ט"ז אמה השרשים של שמעון וקוצצם ונותנם לו דכל ט"ז אמות הן לצורך האילן ונחשבו כאילן עצמו ואם א"צ לחפור בור ויצאו השרשים של שמעון בתוך שדהו מעמיק ג' טפחים כדי שלא יעכבו המחרישה וכל שורש שמצא בתוך ג"ט קוצצו וכל מה שבט"ז אמה להאילן נותן העצים לבעל האילן והרחוקים מזה לוקחם לעצמו ובכל זה א"צ לחשוש שמא ע"י זה יתייבש אילן חבירו כיון שבתיך שלו הוא חופר :

מ מי שהיה אילן של חבירו נוטים הענפים לתוך שדהו קוצץ כפי השיעור שלא יעכבו את מחרישתו מלהלך שמה ובחרוב ושקמה שהוא אילן תאנים שצילן מרובה וקשה להשדה קוצץ את כל הנוטה עד שיהיה שקול כנגד המצר וכן אם היה נוטה על בית השלחין של חבירו או על בית האילן שקשה להם גם מעט צל אפילו בשארי אילנות קוצץ את כל הנוטה עד שיהיה שקול כנגד המצר :

מא אילן שהוא נוטה לרה"ר קוצץ בכדי שיהא הגמל עובר ברוכבו אבל למעלה מגמל ורוכבו אין בני רה"ר רשאים לקצוץ דאין להם הפסד בזה וה"ה אם רוצה להוציא זיזין למעלה מגמל ורוכבו אינם יכולים לעכב עליו אפילו ברה"ר וכ"ש במבוי אבל מי שיש לו שני בתים בשני צידי רה"ר או בשני צידי מבוי אינו יכול לעשות גשר מבית לבית מפני שמאפיל עליהם ואפילו זיז אחד אם מאפיל כגון שהוא ארוך ורחב או שנשפך משם מים או שופכין לתוך הרחוב אסור לו להוציא וכשהוציא קוצצין אותו מיד ואפילו ליחיד אם הנוף נוטה על עלייתו או על גגו יכול בעל העלייה או בעל הגג לקצוץ את הנוף ואין בעל האילן יכול לומר למה הגבהת כל כך עלייתך או גגך :

מב אילן העומד על המצר אע"פ שהענפים נוטים לתוך רשותו של אחד מהם שניהם חולקין פירותיו ואין הולכין אחר הענפים אלא אחר השרשים וכיון שהשרשים עומדים על רשות שניהם חולקין בשוה ויתבאר עוד בסי' קס"ז בס"ד אמנם אם יש בעיר איזה מנהג אחר בזה הולכין אחר המנהג :

מג ראובן שמכר ביתו לאחד וגינתו לאחר אין בעל הגינה צריך להרחיק אילנותיו ואע"פ ששרשי האילנות הולכים תחת כותלי ביתו ומזיקים אותו ולא מיבעיא האילנות שהיו נטועות כבר אלא אפילו ליטע לכתחלה הרשות בידו כמ"ש בסעי' כ"ז ואף אם מכר הבית

הבית תחלה אין אומרים בזה מוכר בעין יפה הוא מוכר ושייר להקונה כל זכות שיש לו בקרקעו כמו דאמרינן בחלון שבסי' קנ"ד סעי' ל"ח דלא דמי דבשם הנזק הוא לאלתר משא"כ בכאן בשלו הוא נוטע וההיזק בא לאחר זמן מרובה ומזה יש לדון לכל נזקין בכה"ג וכן אם מכר הגינה ושייר ביתו לעצמו ג"כ הדין כן [כ"ל]:

סימן קנו [מה שביכולת השכנים למנוע לאחד ומי שירד לאומנתו של חבירו והמביא סחורה לעיר אחרת אם יכולין בני העיר לעכב עליו ובו י"ח סעיפים]:

א כמו שיש ביכולת השכן לעכב על שכינו מלעשות דבר ברשותו שיגרום לו היזק כאשר נתבאר כמו כן יש לשכן לעכב על שכינו מלעשות פרנסה בביתו בדבר שיתרבה בזה הילוך רבים בהחצר וי"א דאף במבוי שאינו מפולש כיון שהוא סתום משלש רוחות דינו כחצר לפיכך אחד מבני חצר או ממבוי שאינו מפולש לי"א שבקש לעשות א"ע רופא או אומן מקיז דם או אורג בגדים או סופר שטרות או מלמד לתנוקות לימוד שאינו של תורה בני החצר או המבוי מעכבים עליו מפני שמרבה עליהם הנכנסין והיוצאין ואף אם נתרצו לו כולם חוץ מאחד מהם אותו האחד מעכב עליו ואף אם כבר עשה והחזיק יכולים למחות בו דבזה אינו מועיל חזקה כמו בעשן ובית הכסא שבסי' קנ"ה וכן מי שיש לו בית בחצר השותפים לא ישכירנו לאחד מאלו ואפילו אינו מוצא אחר שישכור [טור] אבל למכרו י"א דשרי ואח"כ יקוב הדין ביניהם ובין הלוקח והטעם דהקונה קונה לחלוטין ואין ביכולתם לעכבו מלמכור ואין דרך להתנות בשעת הקנייה ולומר אני קונה למלאכה זו אלא קונה סתם ומה שירצה יעשה ולכן אח"כ כשקנה יעכבו אותו מלעשות אבל השוכר בהכרח שיפרש ששוכר למלאכה זו דאל"כ המשכיר מעכב על ידו שלא יקלקל ביתו וכה"ג וכיון שמשכיר לו למלאכה זו האיסור חל על המשכיר [כ"ל] ולעכו"ם אסור למכור למלאכה זו דהוא לא יציית דינא ואף כשאינו מפרש למלאכה זו כיון שידוע שכוונתו לזה אסור למכור לו [כ"ל]:

ב אם רוצה לעשות בחצירו חנות למכור סחורה יכולים לעכב על ידו ואפילו חזקה לא מהני שיכולים לומר לו אין אנו יכולים לישן מקול הנכנסים והיוצאים וגם בלא זה הרי יכולים לעכב על ידו על ריבוי נכנסים ויוצאים כמ"ש ואם רוצה לעשות רק מלאכתו בחנות ולמוכרם בשוק יכולים ג"כ לעכב אם יש במלאכה זו קול פטיש או קול רחים אבל אם החזיק בזה אין יכולים למחות בידו ולומר לו אין אנו יכולים לישן מקול הפטיש והרחים מאחר שכבר החזיק בזה ולא מיהו בידו וא"צ לחזקה זו ג' שנים וטענה אלא מיד הוי חזקה מטעם מחילה [סמ"ע] ואם החזיק למלאכה שהקול הוא חלוש ורוצה להחליף על מלאכה שהקול חזק יכולים למחות בידו לדיעה זו [כ"ל] ויש חולקין בזה וס"ל דרק לריבוי נכנסים ויוצאים יכולים למחות ולא מהני חזקה אבל לעשות מלאכה בביתו ובחנותו אין יכולים למחות בו אף לכתחלה וא"צ חזקה כלל דאין סברא שלא יהא רשות לאדם לעשות בביתו ובחנותו איזה מלאכה שירצה ודווקא בני אדם בריאים אבל אם יש חולים או איסטנסים שהקול מזיק לבריאותם וודאי דיכולים למחות וגם חזקה אינו מועיל וכמ"ש בסי' קנ"ה סעי' ל"ג ע"ש:

ג ומי שרוצה לעשות דבר מצוה בחצירו אפילו אם יש ע"י זה ריבוי נכנסים ויוצאים אין יכולים למחות בו דכולם נצטוו על המצות וכ"ש שאין רשאים לעכב על הרוצה לעשות מצוה ולכן אם ירצה ללמד תנוקית תורה בתוך ביתו אין השכנים יכולים למחות בידו ולומר לו אין אנו יכולין לישן מקול התנוקות של בית רבן וה"ה לכל מילי דמצוה אין יכולים למחות בידו ואפילו כשעושה בשכר דעכ"פ המצוה נעשית [כ"ל]:

ד ויש לשאול בזה דכיון דדבר מצוה שרי למה אינו רשאי להיות רופא או נאמן מקיז דם והרי ריפוי נפשות מצוה גדולה היא ויש מי שאומר דהרופא כיון שיכול לילך אצל החולה אין מצוה בזה [ע"ז] ועוד דאין זה מיוחד לישראל לבד ויראה לי דבאמת בגמ' וברמב"ם לא נמצא רק מלמד תורה דשרי ות"ת שקולה כנגד כל המצות וקנאת סופרים תרבה חכמה אבל שאר דבר מצוה יכולים למנוע וזהו דעת הרמב"ן [סוכה כב"ו] ורבותינו בעלי הש"ע שכתבו דה"ה לכל מילי דמצוה זה הוא דעת הטור והטור אינו גורס רופא או אומן אלא רופא אומן וי"ל שכוונתו שמלמד אומנות הרפואה:

ה וזה שאמרנו דבלימוד תורה אינם יכולים למחות זהו דווקא בני המבוי או בני החצר ואינם דרים יחד בבית אחד אבל הדרים בבית אחד ורוצה אחד מהם ללמד תורה לתנוקות יכולים למחות בו מללמוד בהבית שדרים עמו שזה וודאי הטורח רב מלסבול בבית אחד ולא נשתתפו על דעת כן אם לא שהתנו כן בתחלה [לבוש]:

ו תניא [ב"ב כ"א] כופין בני מבואות זה את זה שלא להושיב ביניהן לא חייט ולא בורסקי ולא אחד מבעלי אומנות ולשכנו אינו כופיהו אמר רב הונא בריה דר"י בר מתא אבר מתא אחריתא מצי מעכב ואי שייך בכרגא דהכא לא מצי מעכב ובר מבואה אבר מבואה דנפשיה

דנפשיה לא מצי מעכב ובר מבואה אבר מבואה אחריתי תיקו וכיון דהוה ספק לא מצי מעכב ויש מרבותינו שמפרשים דה"פ דכשאין ביניהם שום אומן יכולים לעכב שלא יכנס אומן ביניהם מפני ריבוי הנכנסים והיוצאים וכדעת י"א שבסעיף א' דאף במבוי יכולים לעכב ואם כבר יש ביניהם אומן אין יכולים לעכב עוד על מי שבא לעשות אומנות זו כיון שיש כבר נכנסין ויוצאין ואף גם האומן אינו יכול לעכב מפני קיפוח פרנסתו דכל אדם יש לו רשות לעשות איזה מלאכה שירצה ואין השני יכול לעכב עליו דזה עושה בשלו וזה עושה בשלו ואינו דומה לעני המהפך בחררה ובא אחר ונטלו שנקרא רשע כמו שיתבאר בסי' רל"ז דזהו כשעומד על המקח כמ"ש שם ואינו יכול לעכב רק על אחד מעיר אחרת כשאינו פורע מס בכאן [סמ"ע וסגר"א] וזהו דעת הרמב"ם ז"ל שכתב בפ"ו משכנים כופין בני מבוי זא"ז שלא להושיב ביניהם לא חייט ולא בורסי ולא אחד מבעלי אומנות היה שם במבוי אחד מבני מבוי אומן ולא מיחו בו או שהיתה שם מרחץ או חנות או רחים ובא חבירו ועשה מרחץ אחרת כנגדו אינו יכול למונעו ולומר לו אתה פוסק חיי ואפילו היה מבני מבוי אחר אינם יכולים למונעו שהרי יש ביניהם אותה אומנות אבל גר ממדינה [עיר] אחרת שבא לעשות חנות בצד חנותו של זה או מרחץ בצר מרחצו של זה יש להם למונעו ואם היה נותן עמהם מנת המלך אינם יכולים למנעו עכ"ל ובענין מנת המלך יתבאר שאינו די במה שהוא ממלכות הלזה אלא שהוא גם מהנושאים בעול בכל צרכי העיר ההיא :

ז ויש מרבותינו שמפרשים דהברייתא לא מיירי כשאין שם אומן מאומנות זה אלא כשיש שם מבעלי האומנות הלזה ומפני קיפוח פרנסתם יכולים למחות שלא יכנס לאותו מבוי אפילו כשהמבוי מפולש דאין שם טענת ריבוי נכנסין דהוא כרה"ר ויוכלו גם למחות את כל העיר לבן עיר אחרת מפני קיפוח פרנסתם ואם הבן עיר האחרת משלם מסי העיר הזאת אין יכולים לסגור עליו את העיר רק מבואם יכולים לסגור עליו מפני קיפוח פרנסתם ובבן העיר הזאת אין יכולים לסגור אפילו מבוי שלהם ואם המבוי אינו מפולש יכולים לעכב אפילו על בן העיר הזאת אם אינו ממבואם ומפני טענת ריבוי נכנסים ויוצאים וזה שנתבאר בסעי' א' לדיעה ראשונה דבמבוי אין טענת ריבוי נכנסים טענה זהו לבני אותו מבוי עצמו [הגר"א סקט"ז] אבל בני החצר יכולים לעכב בכל ענין נמצא דלדיעה זו יש ארבעה חלוקי דינים דבן עיר אחרת כשרוצה להתיישב בעיר הזאת יכול כל אחד לעכב עליו כל העיר ואם משלם מס להעיר הזאת אין יכולים לסגור עליו כל העיר אם ימצא חצר ומבוי שירצו להניחו לדור שמה ולעשות מלאכתו אבל כל מבוי יכולים לעכב עליו אפילו כשהוא מפולש ואף אחד יכול לעכב ומי שהוא מבני העיר הזאת יכול ליכנס לאיזו מבוי שירצה מהמבואות המפולשים כרחובות שלנו אם אנשי החצר שיכנס בה יניחוהו ואין בני המבוי יכולים למחות בו אבל אם הוא מבוי שאינו מפולש יכולים למחות אבני מבוי אחרת ולא על בני מבוי שלהם ואנשי החצר יכולים למחות אפילו על אנשי חצירם כשרוצה לעשות מלאכה שלא החזיק בה עד כה מפני טענת ריבוי הנכנסין וכמ"ש בסעי' א' ואף אחד יכול לעכב ובכל מה שנתבאר אין חילוק בין שבא לעשות איזה אומנות ובין שבא לפתוח חנות למכור סחורה וזהו שיטת רש"י ותוס' והרא"ש והטור והביאו רבינו הרמ"א [וכביאור הגר"א סק"כ ועסמ"ע ודו"ק] :

ח כתב רבינו הרמ"א די"א דלא מקרי נתינת מס במה שנותן מנת המלך אלא עד שיתן מס שלו למושל העיר הזאת דשייך לגבול שלהן עכ"ל וישא בכל צרכי העיר ואם לא נתן מס עד עכשיו ובא לעסוק במלאכתו וליתן מס י"א דבר אומנתו יכול לעכב עליו עד שישכור לו בית ויהיה כבני העיר וכשאין בני העיר מוחין בידו דאל"כ הא יכולין למחות אף לדור בעירם כמו שיתבאר [סמ"ע] ואין חילוק בכל מה שנתבאר בין ת"ח לאחר דאין חילוק אלא ברוכלין כאשר יתבאר וי"א דאם בני העיר צריכים לתורתו אינם יכולים למחות בידו מלעשות אומנות או חנות אף שיש ת"ח אחר בעיר הקנאת סופרים תרבה חכמה ות"ח המביא סחורה לעיר חייבים למנוע לכל אדם מלמכור עד שימכור שלו כדי שלא יתמהמה ויתבטל מלמודו אמנם אם יש אחרים המוכרים סחורה זו דאין בזה ריוח להת"ח במה שימנעו כמה מישראל מלמכור מותר לכל אדם למכור וע' ביו"ד סי' רמ"ג :

ט רוכלים המחזירים בעיירות בבשמים ושארי דברים קטנים הנצרכים לבנות ישראל אין בני העיר יכולין לעכבן שתקנת עזרא הוא שיהיו מחזרין בסחורתם בכל מקום כדי שיהיו הדברים האלה מצוים לבנות ישראל ולכן דווקא רוכלי בשמים וכה"ג אבל בשארי סחורות אין חילוק בין רוכל לאחר ואף רוכלי בשמים אינם רשאים לקבוע בעיר בתמידיות אלא מדעת בני העיר דאין רשות לשום אדם לדור בעיר אחרת אלא מדעת אנשי העיר ואם ת"ח הוא קובע א"ע בסחורתו בכ"מ שירצה וכן מלמדי תנוקות דינם כת"ח ואין מלמדי העיר יכולים לעכב על מלמדים אחרים שלא ילמדו עם תנוקות בעירם דקנאת סופרים תרבה חכמה ואף כשנוטלים שכר לימוד אין יכולים לעכב עליהם [כ"ל] :

י הסוחרים שמביאים סחורתם למכור בתוך העיירות בני העיר החנונים יכולים לעכב עליהם שלא ימכרו על

על יד על יד כדרך חנונים אלא שימכרו הרבה לחנונים כדרך סוחרים ואם באו ביום השוק שהוא כעין יריד שאינו מצוי תדיר [נ"ל] אין מונעין אותם מלמכור על יד על יד אפילו לבני העיר [כמ"ע] ודווקא שימכרו בשוק אבל לא ישאו סחורה להבתים ליחידים אף ביום השוק ואם יש להם הלוואות או הקפות בעיר מוכרים כדי פרנסתם אפילו בלא יום השוק עד שיגבו מעותיהם וכן אם הם חייבים לאחרים מאנשי העיר יכולים לעשות כן עד שיפרו כדי חובם ויפרעו וילכו להם [עסמ"ע סקכ"ה] וכן לעניין הלוואות ריבית לעכו"ם יכולים למחות בידם דזהו כשאר מסחור אבל אם באים ביום השוק ומלוים לבני עיירות המתקבצים שם לבא בשוק אין יכולין למחות בידם אבל לא ילוו לבני עירם אפילו ביום השוק משום דריוח הלואה הוא על להבא ולא דמי לסחורה ואם יש להם הלוואות בעיר יכולים להלות עד שישתכרו כדי פרנסתם כדי שיגבו חובותיהם:

יא י"א הא דבני העיר יכולין למחות בבני עיר אחרת למכור סחורה היינו דווקא בדליכא פסידא להקונים שמוכרין כשארי בני העיר וסחורתם נמצאו בחנויות העיר ולא טובה סחורתם מסחורות החנויות שבעיר אבל אם נותנים יותר בזול או שהסחורה יותר טובה אין מוכרי העיר יכולין למחות ודווקא כשביכולת למכור בזול והנוני העיר מייקרין השער אבל אם החנונים מוכרים במקח הצריך להיות אלא שאלו הבאים רצונם להוזיל אין מניחים אותם וגוערין בם שמקלקלין דרכי המסחור [נ"ל] ואם מביאים מין סחורה שאינו בנמצא אצל חנוני העיר וודאי דאין מוחין בידם אף שאינם מוזלים במקח ואינה טובה כל כך וכתב רבינו הרמ"א בני העיר שברחו לישוב מפני חשש סכנה אין בני הישוב יכולים לעכב בידם מלהרויח כשיעור חיותם עד שיעבור זעם וכפי מיעוט עסקם שנושאים ונותנים ישאו בעול עם הקהל ואם שייכים במסי העיר אין יכולין לעכב עכ"ל ונראה דבהלואה אין יכולין לעסוק כשאינם שייכים במסי העיר מטעם שנתבאר בסעי' הקודם ואחד שבא מעיר אחרת לעסוק בסחורה בעיר זו וודאי דיכולין אנשי העיר לעכב כמו שנתבאר אבל אין להם רשות לכוף אותו אחר שעסק במסחרו ליתן מס כפי רצונם אלא אומרים לו קודם שיעסוק או תן כך וכך ואם אינך רוצה נעכב עליך מלעסוק בעירינו ובני עיר אחרת שבאין לדור בעיר ואין מרויחין שם אין בני העיר יכולין למחות בם אף שעל ידם נתייקר השער מ"מ כיון שאינם עוסקים בעסק שיוכלו לומר להם קפסקיתו חיותינו אין יוקר השער טענה:

יב בזה שנתבאר שבני העיר יכולים לעכב על בני עיר אחרת שלא יתיישבו בעירם לעשות איזה אומנות או מסחור כשלא היה שייך עד כה במסי העיר הזאת נחלקו רבותינו במי שבא להתיישב ורצונו מעתה לשאת בכל משאות העיר ובכל הצרכים שלה אם יכולים אנשי העיר מלעכב עליהם מרינא דגמ' די"א דיכולים לעכב משום דחזקת ישוב של העיר שייך ליושבי העיר ויכולים לעכב על אחרים וזהו דעת רש"י ז"ל והרבה מראשונים וי"א דזה שאמרו בגמ' שהבאנו בסעי' ו' שיכולים לעכב כשאינו שייך בכרגא שבעיר זהו כשאין רצונו ליכנס בעול העיר אבל כשרצונו ליכנס בכל המסים ובכל הצרכים אין יכולים לעכב על ידו דבמה קנו יושבי העיר חזקת ישוב העיר וזהו דעת רבינו תם והרא"ש ז"ל וזה שבארנו בסעי' ח' הוא ע"פ דיעה ראשונה מיהו אף לדיעה אחרונה מתקנת קדמוני קדמונים שגזרו על חזקת ישוב והטעם מפני שבימיהם היה הישוב מישראל מרופה מאד והגוים הפראים גלו אותם ממקום למקום וברבות הישוב מישראל רבו הבלבולים ותקפו הצרות ולכן גזרו כן כמ"ש המהרי"ק שורש קצ"א משא"כ עתה שהממשלה הרוממה מנחת לבני ישראל להתיישב בכ"מ שרוצים לא שייכא תקנה זו כלל ומזה יש להבין להורות ולדון בכל מדינה ומדינה לפי העניין ואף לדיעה האחרונה:

יג וזהו שכתב רבינו הרמ"א בסעי' ז' דכ"ז לא מיירי אלא כשבאים אחרים לעסוק בעיר שאינם דרים שם ולכן יכולים למחות בידם אע"פ שרוצים ליתן מס הואיל ולא היו שייכים במס עד הנה אבל אם רוצים לדור במקום ההוא וליתן מס ולהיות כאחד מבני העיר י"א דהרשות בידם דיוכל אדם לדור בכ"מ שירצה ואין הראשונים קנו העיר בחזקה ויש חולקין ואומרים דיכולים למחות בידם בפרט בזמה"ז שדרים תחת העכו"ם ויש לחוש שאם יתוספו הדיורים שיבא לידי קילקול מן העכו"ם ולכן הבא לדור הוי כרודף ולכ"ע אם בני העיר יכולין לסגור הדלת ולמחות בהבאים לגור ע"י איזה מונע הרשות בידם ויש מקומות שנוהגין לעשות תקנת חזקת ישוב ואז יכולין לכוף ולא מדינא ויכולין לגזור שלא לישא וליתן עם הבאים לדור בלא רשותם ואם יש רב בעיר יכול לגזור על הבא לדור אם הוא תלמידו וי"א דאין תקנת חזקת ישוב חל על ת"ח כי הוא יכול לדור בכ"מ שירצה ואם התירו לאחד על זמן ונתנו לו רשות לדור לא אמרינן שהותר כולו ויכולין להוציאו אח"כ עכ"ל ומזה תראה שבימינו בימי מלכי חסד אין דין זה נוהג כלל עוד כתב דמי שבאו להוציאו מן העיר מפני שאין לו חזקת ישוב אין יכולים להוציאו עד שיגבה חובותיו ויכול להרויח בכדי כך כדי חיותו עכ"ל וצריך ליתן למסי העיר כפי ערך העסק שלו וכמ"ש בסעי' י"א:

יד וכתב רבינו הרמ"א די"א דזה שנתבאר שא"צ לתת מס רק כפי עסקיו היינו כשאינם רוצים להתיר לו הישוב אבל אם רוצים להתיר לו הישוב לגמרי צריך לתת

לתת מס כפי אחד מבני העיר מיד או ילך לדרכו ויש מי שחולק בזה עכ"ל וטעם החולקין דס"ל כהיש חולקין שבסעי' י"ב דאם רצונו להיות כאנשי העיר בנתינת כל המסים גם בלא זה אין ביכולתם לעכב ואין זה תלוי בדעתם [סגר"ח] :

טו כתב רבינו הרמ"א נהגו הקדמונים שאם אחד נסע מן העיר י"ב חודש וגילה בדעתו שאין דעתו לחזור אבד חזקתו אבל אם לא גילה בדעתו בכך לא אבד חזקתו עד ג' שנים ואם גילה שדעתו לחזור לא אבד חזקתו אפילו בשלשה שנים וי"א דאפילו בסתם לא אבד חזקתו עכ"ל וכתב עוד בני העיר שהיה להם חזקת ישוב אם נתייאשו פעם אחת מן העיר ואח"כ חזרו מקצתן והשתדלו הישוב אין לאחרים עליהם כלום עכ"ל וזהו הכל לדיעה ראשונה שבסעי' י"ב או לדיעה שנייה במקום שיש תקנה על חזקת ישוב כמ"ש :

טז אע"ג דבזמה"ז לא נהגו בחזקת ישוב בהערים מ"מ בכפרים יש גם בזמה"ז והוא מתקנת קדמונים והמשיג גבול עובר בארור מסיג גבול רעהו ונקרא רשע וליטרקיה חיויא דרבנן דלית ליה אסוותא ובפרט שנראה לעין שע"י הלחץ והדחק שדוחקים איש את רעהו הבא להשיג גבול הוה כרודף וע"י זה יש הרבה מכשולים וחילול ש"ש וחילול כבוד ישראל ולא גרע ממערופי"א שיתבאר בסמוך :

יז ראובן הדר בישוב וטוען חזקה שיש עמה טענה חזקתו חזקה ויכול למחות בשמעון הבא לגור שם ואף ששמעון מביא עדים או כתבים שמשנים רבות מקודם היתה חזקה זו שלו כיון דראובן טוען מכרת או נתת לי והחזיק ג' שנים חזקתו חזקה ולא גריעא חזקה זו מחזקת קרקעות והיה לו לשמעון לעשות מחאה ואם שמעון מביא עדים וטוען שהיה ירא למחות מפני שראובן הוא אלם ומברר שכן הוא אין חזקתו חזקה ואם ראובן אלם ובניו אינם אלמים יש לבניו חזקה דבן גזלן יש לו חזקה כמ"ש בסי' קמ"ט ונהגו דכשהמקום פנוי שלש שנים אבד חזקתו וכל מקום לפי מנהגו וכן דנין בחזקת ישוב כמו בחזקת קרקע לעניין שארי דברים כן כתב רבינו הרמ"א :

יח כתב רבינו הרמ"א שיש מקומות שדנין דין מערופי"א והוא מי שיש לו עסק עם אחד העשירים והשרים אסור לאחר לירד לחיותו ולעסוק עם העשיר ההוא ויש מקומות שאין דנין וטעם המחלוקת הוא ע"פ מה שיתבאר בסי' רל"ז דעני המהפך בחררה ובא אחר ונטלו דנקרא רשע דדיעה הראשונה סוברת דגם זהו בכלל עני המהפך בחררה כיון דכל עסקי העשיר על ידו נעשתה והוי כגמר מקח וסברא שנייה ס"ל דלא דמי לזה דזה אינו רק בדבר פרטי שעומד על המקח לקנות חפץ פלוני או קרקע פלונית [כ"ל וע' בסגר"ח סקכ"ח] וכתב עוד דאפילו ישראל שעשה מלאכה אצל עשיר ואדון או שארי אנשים ורגיל בכך אסור לישראל אחר ליכנס לשם ולהוזיל המלאכה ואם רצה לעשות גוערין בו מיהו אם עבר ועשה אין מוציאין מידו ויתבאר עוד בסי' רל"ז ושני בני אדם הדרים ביחד והאחד רוצה להוזיל אין חבירו יכול למחות בו כיון שלא החזיק חבירו יותר ממנו וכן בכל כיוצא בזה וכללו של דבר כל איש ישראל צריך ליזהר לבלי להסיג גבול רעהו אף בדבר קל והמסיג גבול לא יראה בטובה או הוא או זרעו והזהיר בזה זוכה לעצמו ולזרעו ועוד מדיני חזקות כאלו יתבאר בס"ס קע"ה :

סימן קנז [שותפים בחצר ובאים לידי חלוקה כיצד יבנו הכותל ובו י"ג סעיפים] :

א כבר נתבאר דהיזק ראיה שמיה היזק לפיכך חצר השותפים שיש בה דין חלוקה כגון שיש לכל אחד ד' אמות קרקע על ד' אמות לבד מארבע אמות שאצל הפתחים כמ"ש בסי' קע"א או שחלקוה ברצונם אף שאין בה דין חלוקה יש לכל אחד מהם לכוף את חבירו לבנות כותל באמצע כדי שלא יראהו חבירו בשעה שמשתמש בחלקו ואפילו עמדו כך שנים רבות בלא מחיצה כופה אותו לעשות מחיצה בכל עת שירצה וחזקה לא שייך בכאן דטעמא דחזקה הוא כיון שלא מיחה הפסיד וזהו דווקא במקום שהמחזיק מזיק ואינו ניזק כגון מי שיש לו חלון פתוח לחצר חבירו וכה"ג אבל בזה שהמחזיק ניזוק מחבירו כמו שהוא מזיקו יכול לומר לא חששתי למחות כיון ששנינו שוין בהיזק סברתי אולי תתחיל אתה לתבוע ממני ועוד שהיזק תדיר הוא ואין לזה חזקה כמ"ש בסי' קנ"ה בעשן ובית הכסא [טור] ואפילו יש מנהג בעיר שלא לעשות מחיצה אין הולכין אחר מנהג גרוע כזה שהוא היפך מדיעות בני אדם שמקפידין על היזק ראיה וכופין זא"ז לעשות מחיצה ואפילו אם המסרב אומר מחלת לי או מכרת אינו נאמן אא"כ יש עדים שמחלו זל"ז על היזק ראיה ואז שוב אין יכולין למחות אפילו כשלא היה קניין דאע"ג דעשן ובית הכסא צריך קניין כמ"ש שם מ"מ בכאן מהני דאינו דומה לשם דבשם א"א לסבול כלל אבל בהיזק ראיה יש מקצת שסובלים ולכן מועיל מחילה גם בלא קניין [סמ"ע] ועוד דזה הוי כתביעת ממון ומהני מחילה בלבד כמ"ש בסי' רמ"א [רח"ס ריש ב"ב] :

ב מקום שאין בו דין חלוקה שנתרצו השותפים לחלוק יכול כל אחד לחזור בו דדברים בעלמא אין בהם ממש דאין זה כמחילה אלא כמכירה ואפילו קנו מידם אינו

אינו מועיל שזהו קניין דברים בעלמא דכל קניין חל על איזה חפץ או איזה קרקע שיכנס לרשותו חליפי הסודר וחלוקה אין בזה ממש שיחול עליו הקניין אבל אם בירר כל אחד חלקו ונתרצה זה ברוח פלונית וזה ברוח פלונית וקנו מידם על זה אינם יכולים לחזור בהם דהקניין חל על מקום הקרקע שבירר לו ואפילו בלא קניין אם לאחר שבירר זה רוח פלונית וזה רוח פלונית הלך כל אחד על מקום שבירר לו ועשה חזקה המועלת בקרקע כגון שחפר בה מעט אין אחד מהם יכול לחזור בו וי"א עוד דא"צ בזה כבכל החזקות שצריך המקנה לומר לו לך חזק וקני או שיחזיק בפניו כמ"ש בסי' קצ"ב ובכאן אפילו החזיק שלא בפני חבירו ולא א"ל לך חזק וקני ג"כ קנו דאין זה אלא בירור החלקים ואפילו לא החזיק אלא אחד מהם זכה השני גם בחלקו כמו בחליפין שכיון שקונה הסודר נקנה החפץ או הקרקע בכ"מ שהיא וי"א עוד דאף לעשות חזקה בחלקו א"צ אלא כיון שכל אחד הלך בחלקו הוי חזקה [ס"ך] מפני שאין זה אלא בירור החלקים ודווקא כשהלכו שניהם [ב"ו] דכיון שאינה חזקה ממש אינו די באחד מהם ולא דמי לחליפין ובסי' קע"א יתבאר עוד בזה בס"ד :

ג כותל זה יבנוהו על מקום שניהם והוצאות שניהם ואע"פ שלא היה בו דין חלוקה ואחד מהם הרצה את חבירו לחלוק אין חבירו יכול לומר לא נתרציתי לחלוק אלא באופן שאתה תבנה משלך ואפילו אם לאחד יש פי שנים בחצר יעשו הכותל לחצאין דכמו דבעל חלק הגדול חייב לסלק היזק ראייתו כמו כן בעל החלק הקטן וכיון שנתרצה לחלוק וחלקו הרי מוטל על שניהם לעשות הכותל ואם אחד עשיר ואחד עני אם רצון העשיר להכנים בשלו ולבנות א"צ יותר ואין העני יכול לומר לו שיבנה באמצע כדי שיוכל לסמוך גם קורותיו על הכותל כשיצטרך או שיכריחנו להבטיחו שכשתשיג ידו לבנות באמצע החצר שיסתור כותלו ויבנו באמצע על הוצאת שניהם דכיון דעתה אין לו והעשיר בונה משלו יכול להעמידה כרצונו ואם העשיר רוצה בונה באמצע על הוצאותיו ומשתמש בכל הכותל ואינו מניח להעני להשתמש עד שיפרענו חצי ההוצאה כמו בית ועליה שיתבאר בסי' קס"ד וכן יכול לכפות להעני שיתן מחצה ההוצאה או שימכור חלקו בחצר [נס"מ] דבניין הכותל הוי כתביעת ממון שיורדין לנכסיו ואם שניהם עניים אם ביכולתם ליקח מהצדקה לעשות איזה מחיצה קלה יקחו [טור] ואין זה גזילה מהצדקה דעשיית מחיצה הוי הכרח ככל הכרחיות האדם ורשאים ליטול על זה מצדקה ואם אין ביכולתם ומוכרחים להשתמש בלא מחיצה מ"מ מוטל החיוב על כל אחד להרחיק א"ע שלא להביט במעשה חבירו ולא יזיקנו בהיזק ראייתו כמ"ש בסי' קנ"ד :

ד רוחב כותל זה היא כמנהג המדינה שנוהגים שותפים לבנות כותל כשחולקים ביניהם ואפילו אם נהגו לעשות רק בקנים ובהוצין שהן ענפי האילנות אין יכול אחד מהם לכוף להשני לעשות גדולה מזו ובלבד שיסתמוה יפה שלא יהיה ביכולת להסתכל ולראות את חבירו ואת מעשיו ואם נהגו בפחות מקנים והוצין י"א דאין הולכין אחר מנהג גרוע כזה ויכול אחד לכוף להשני לעשותה עכ"פ מקנים והוצין ואם אין מנהג בזה בהעיר יעשוה כפי ראות עיני הדיין ע"פ יודעים או כפחות שבכתלים [סמ"ע] ואם נהגו שמה במחיצה קלה והאחד רוצה לעשותה משלו באבנים ולהכניסה לתוך שלו י"א דחבירו יכול לעכב עליו שיאמר לו אם אתה כונס בתוך שלך לא יהיה לי רשות להשתמש בה ואפילו אם יאמר אתן לך רשות יכול לומר איני רוצה במתנה ונעשה כהמנהג וכן להיפך אם נהגו באבנים ואחד רוצה לבנות משלו מחיצה חלושה יכול השני למחות בו דיאמר לו אין רצוני לדון עמך כשתפול הכותל ויש חולקין בכל זה וס"ל דכיון שרצון האחד להכנים בתוך שלו ולבנות על הוצאותיו אין השני יכול למחות בידו כשמניחו להשתמש בה וי"א אף אם אינו מניחו להשתמש אינו יכול למחות בו דכותל מחיצה אינו עשוי לתשמיש אלא לסלק היזק ראיה [ט"ז] ואם קנו מידם לבנות המחיצה שלא כפי המנהג אלא מדבר אחר אין יכולים לחזור בהם ואין זה קניין דברים כקניין לחלוק דסעי' ב' דבכאן הקניין חל על הבניין מדבר פלוני דלבנות לא מקרי קניין דברים ויש חולקין ואומרים דגם זה הוי קניין דברים דמה לי לחלוק או לבנות דאין קניין נופל על החיוב אא"כ קנו מהם שמתחייבים ליתן כך וכך דהוה כהודאה כמ"ש בסי' מ' או שמשעבדים עצמם לבנות דשיעבוד הגוף מהני על כל חיוב [טור] ושני דיעות אלו תלוים בהמחלוקת שיתבאר בסי' רמ"ה בקניין אתן אי מהני או לא [סמ"ע סס] :

ה כיון שהחיוב על שניהם לבנות הכותל לכן אם אחר זמן נפלה כותל זה המקום והאבנים של שניהם ואפילו נפל לרשותו של אחד מהם או שפינה אחד מהם את כל האבנים לרשותו ואפילו שהה ברשותו זמן רב [תוס' ריש ב"ב] אינו נאמן זה שברשותו לומר שבנה הכל משלו והאבנים שלו הם ואפילו אין מכירים את האבנים שהם מכותל זה ויש לו מיגו דאי בעי אמר אבנים אחרים הם דהוה כמיגו במקום עדים דאנן סהדי ששניהם בנאוה ואפילו טוען שלקח ממנו האבנים וחצי מקום שלו בעוד שעמדה הכותל אינו נאמן דמי הכריחו שיעשה כן והוה ג"כ כמיגו במקום עדים [נס"מ ומתורץ קושית סס"ך והט"ז] ואם טוען שלקח ממנו חלקו בהאבנים אחר שנפל הכותל או נתן לו במתנה אם מכירים שאלו האבנים הם מכותל זה אינו נאמן דבחזקת שניהם הם עד שיביא ראיה ואם אין ניכרים שהם מכותל זה נאמן במיגו שהיה אומר שאינם מכותל זה

[ט"ז וס"ך] דלא כיש מי שחולק בזה ואם שהו ברשותו זמן רב נאמן לומר לקחתים ממנו אף כשניכרים שהם מכותל זה כיון ששהו יותר מהרגילות נראה שכן הוא [תוס' שם] :

ו כותל שבין שני שותפים שנפל ובאו לחלוק האבנים והיה בצד הכותל של אחד מהם אבנים טובות יותר ממה שבצד חבירו ורוצה זה שהם בצדו לזכות בהם אין שומעין לו דכל האבנים בחזקת שניהם בשוה כמ"ש :

ז וכיון שנתבאר דהאבנים והמקום הם בחזקת שניהם לכן אם לא היה בהחצר דין חלוקה ולא נתרצה האחד לחלוק אלא ע"מ שחבירו יעשה כל הכותל משלו אין לזה תקנה שהעושה יהיה נאמן לאחר זמן לומר שהיא שלו אלא בשטר או שיבנה עליו זה העושה תקרה ומעזיבה אם היא עבה או שיש בו חלונות מצדו וניכר שנעשו משעת הבניין ויש מי שאומר דמהני בזה חזית והוא שיטות בסיד על הכותל לצד חבירו אמה על אמה שזהו סימן שהוא בנאו ולא חיישינן שמא יקלפנה חבירו מפני שתהא הקילוף ניכר כמ"ש בסי' קנ"ח וכן אם היה בהחצר דין חלוקה ונתרצה אחד לבנות הכותל משלו צריך לעשות שטר או איזה סימן שנתבאר וכן למעלה מד' אמות שיתבאר שאינו יכול לכוף להשני אם בנה מעצמו למעלה מד"א צריך לעשות סימן ואם נהגו בעיר מנהג אחר לשמור כותליהן מן הרמאין יעשו כפי המנהג ואם גם בנה כל הכותל על קרקע שלו בהכרח לעשות שטר דשום סימן לא יועיל לזה דהסימן אינו אלא על האבנים ולא על מקום הכותל דהאחר יכול לומר בהוצאת הכותל לא נתרציתי אבל העמידה באמצע ואינו דומה לגינה שיתבאר בסי' קנ"ח סעי' ג' מפני שבשם א"צ לעשות גדר ע"ש :

ח מזה שנתבאר למדנו דכותל חצר שבין שני שותפים שטען האחד שהוא בנאו לבדו וחבירו אומר ששניהם בנאוהו ה"ז בחזקת שניהם ולא עוד אלא אפילו אם ידוע שהאחד בנאו ושואל מחבירו שיפרע לו חלקו וטוען שפרעו נאמן בהיסת כמו שנאמן לומר פרעתי במלוה בע"פ ואפילו טוען קודם גמר בניין הכותל שפרעו נאמן ואינו דומה לתוך זמנו שאינו נאמן לומר פרעתי, דבכאן כל שעה זמנו הוא דהא על שניהם מוטל החיוב ואין כאן תוך זמנו כלל ואפילו יש עדים שתבעו שיסייענו בהבניין ולא רצה נאמן לומר נתתי אח"כ עד שיביא עדים שהיה עמהם מהחל ועד כלה ויודעים שלא פרעו או שהעמידו בב"ד וצווהו ב"ד שיתן חלקו וסירב מלעשות ציווי ב"ד דאז אינו נאמן אח"כ לומר פרעתי כמ"ש בסי' ע"ט אבל אם סירב על דברי עדים נאמן אח"כ לומר פרעתי :

ט אם רצה אחד להגביה הכותל יותר מד"א חבירו מעכב עליו מפני שיכול לומר אני רוצה להשתמש עליו וכשתגביהו לא אוכל להשתמש מפני גובהו ואם יש מנהג בעיר שלא לעכב הולכין אחר המנהג ואף אם יכול לעכב מ"מ על מחציתו יכול לבנות כרצונו וי"א דהבא להגביה יותר מד"א אין חבירו יכול לעכב עליו דנהי דאין מחייבין לחבירו ליתן חלק בזה כמו שיתבאר אבל למנוע להשני אין סברא כלל דהרי בזה שמגביה מונע יותר היזק ראיה רק ישלם לחבירו מה שהכותל נפחת מפני כובדו ומ"מ לא יגביהנה יותר מדאי עד שתוכל ליפול פתאום תחתיה מפני הגובה אף אם יתרצה לשלם לחבירו הנזק דאינו רוצה לעמוד עמו בדינא ודיינא [סמ"ע] :

י אין מחייבין ליתן חלק על גובה יותר מד"א דד' אמות די למנוע היזק ראיה ולא עוד אלא אפילו היתה יותר מד"א ונפלה וצריכים להקימה מחדש אין כופין על יותר מד"א לפיכך כותל חצר המבדיל בין שנים שנפל יש לכ"א מהם לכוף את חבירו לבנותה עד ד"א רצה האחד והגביהה יותר אין מחייבין את השני ליתן חלקו על המותר אפילו לא מיחה בו כשהגביהה יותר אא"כ ניכר ממעשה השני דניחא ליה בזה דאז מחייבין אותו לסייעו כפי הגובה והאורך הניכרים ממעשיו דניחא ליה כיצד כגון שבנה השני כותל אחרת כנגדה גבוה יותר מד"א ורצונו לתת קורות מזו לזו מחייבין אותו ליתן חלקו כפי גובה כותלו כגון שהראשון בנה בגובה עשרה אמות והשני בנה כנגדה בגובה שש אמות ועשה סימן להנחת קורות מזו לזו חייב ליתן חלק על שני אמות שהוסיף על ד' אמות וכן אם בנה בצדה הדין כן וגם מחייבין אותו רק כפי האורך שעשה ולא יותר ואם נראה ממעשיו דניחא ליה בכל הגובה כגון שחקק הוא בראש הכותל שעשה הראשון מקום להניח בו קורות או שבנה עליה קורה גדולה שהקורות נשענים עליו אף שלא בנה עדיין כותל אחרת כנגדה מחייבים אותו לתת חלק בכל הגובה שהרי ניכר שרצונו לבנות כותל אחרת כנגדה כגובהה של זו אך אין מחייבין אותו באורך אלא כפי האורך שיעשה בכותלו שיבנה וכן באורך הדין כן אף שלא האריכה נגד כולה אם עשה סימן שרוצה להאריכה עד כולה כגון שהניח אבן נכנס ואבן יוצא כדרך שעושים בבניין כשרוצים להוסיף עוד חייב בכל אורך התוספת שהוסיף חבירו וה"ה אם היה לו כותל מכבר ובנה דבר שניכר שחפץ במה שעשה חבירו מחייבין אותו ליתן חלקו וכן אם נהנה בבניינו במה שהגביהה אע"פ שלא עשה שום היכר דניחא ליה חייב ליתן לו כפי מה שנהנה וזהו תלוי בראיית עיני ב"ד לפי דעת הבקיאים בזה :

יא ואם זה שבנה הכותל יותר מגובה ד"א תובע לחבירו שיפרע חלקו בהגובה היתר מפני שחבירו סמך לזה בצדה או כנגדה כמ"ש ואמר נתתי אינו נאמן מפני שהדין הזה אינו ידוע לכל שמחוייב ליתן חלק בזה

בזה ואמרינן דמשקר ולכן נשבע זה בנק"ח שלא נתן לו ונוטל ממנו אא"כ הביא חבירו כתב או ראיה שנתן לו וי"א דגם שבועה א"צ דיותר קרוב שלא פרעו מטוען פרעתי בתוך הזמן ונוטל בלא שבועה [ס"ך] מיהו אם קבע להכותל בניין קבוע נאמן בהיסת לומר שפרע חלקו דבזה חיובו ידוע לכל ודיני כעד ד"א שנתבאר וכן אם אומר ששאל בב"ד ואמרו לו שחייב ליתן מפני הסימן שעשה ונתברר שהאמת כן הוא ששאל בב"ד נאמן ג"כ לומר שנתן לו חלקו [נ"ל]:

יב בד"א כשידוע בעדים שזה התובע בנה כל הכותל אבל אם אינו ידוע הרי היא בחזקת שניהם ואף אם הנתבע מודה להתובע שהוא בנאה אלא שטוען פרעתיך נאמן במיגו דאי בעי אמר בניתי עמך וי"א דאף אם ידוע שהתובע בנה כל הכותל אם ידוע שהשני נתרצה תחלה לזה ולא סירב בזה נאמן לומר שנתן לו חלקו דבזה הדין פשוט שצריך ליתן ונאמן בהיסת ואין חוששין שמא חזר בו דאינו יכול לחזור בו דמיד שאומר שנתרצה ליתן חצי ההוצאה מחייבין אותו ליתן וזכה בחצי הכותל וגם הבונה אינו יכול לחזור בו ולעשות כולה משלו דאע"פ דהם דברים בעלמא מ"מ כיון שהכותל עומדת ברשות שניהם מיד שאמר ליתן זכה בזה שאין חבירו יכול למחות עוד וגם הוא אינו יכול לחזור בו ודמי למ"ש בסי' ר' דכשהמטלטלין ברשות לוקח קנה בדיבור בעלמא ע"ש:

יג כותל חצר שבין שני שותפין שנפל והיה רחב מתחלתו ועתה מעכב אחד מהשותפין שלא יבנוהו רחב כמו שהיה אלא כשארי בנייני המדינה בכותלי חציררות הדין עמו דכמו שנתבאר לעניין גובה יותר מד"א דכשנפל ביכולתו לעמוד על ד"א כמו כן לעניין העובי דאין הולכין אחר העובי שמקודם כיון שנפלה וצריכים לבנות מחדש:

סימן קנח [בחלוקת גינה או בקעה כיצד עושים הגדר ובו ט' סעיפים]:

א אמרו חז"ל דסתם גינות נהגו לגודרם ולכן במקום שאין מנהג שלא לגודרן צריך לגדור ובזה לא דמי לחצר דבחצר אף שהמנהג שלא לגדור חייב לגדור ובגינה אם נהגו שלא לגדור אין מחייבין לגדור והטעם דבחצר התשמיש תדיר וההיזק ראיה גדולה וסתם בקעה לא נהגו לגדור אא"כ יש מנהג לגדור לפיכך שני שותפים בגינה ויש בה דין חלוקה כפי השיעור שיתבאר בסי' קע"א ובאים לחלוק יכול אחד לכוף לחבירו לעשות גדר ביניהם אא"כ המנהג שלא לגדור אבל בבקעה אין מחייבין מסתמא אא"כ המנהג לגדור וה"ה כשאין בהם דין חלוקה ונתרצו לחלוק וחלקוה כופה האחד את חבירו בגינה ובבקעה במקום שנהגו לגדור כמו בחצר שבסי' קנ"ז [סמ"ע] וי"א דבזה לא דמו לחצר דכיון דבהן אין הגדר נחוץ כל כך כבחצר יכול השני לומר לא נתרציתי לחלוק שתכפיני לעשות גדר [מל"מ וקלס"ת] מיהו אף לדיעה זו אם רצה האחד לעשות גדר על הוצאות שלו יכול להעמידו באמצע ואין חבירו יכול לכופו להעמידו רק על קרקע שלו דבזה וודאי לא יפה כחו כל כך [נ"ל]:

ב ומה נקרא גינה ומה נקרא בקעה בקעה היא מקום שזורעין בה תבואה [רש"י ריש ב"ב] וגינה הוא מקום שזורעים בה זרעים או נוטעין בה אילנות ויש מהגדולים שאומר דגינה הוא מקום שעומדים בו זרעים כל השנה ולפ"ז במדינות שלנו בטלה דין גינה לגמרי האמנם אנחנו רואים גם במדינתינו דלגינות של זרעים וירקות ופירי אילנות עושים גדר ע"פ הרוב ולשדה תבואה אין עושים גדר ולכן נראה דגם עתה דנים כן ושיעור הגדר בהם י"א שיהיה ד' אמות כבחצר מפני היזק ראיה וי"א דאין היזק ראיה בהם ורק בחצר העשוי לתשמיש צנוע ג"כ שייך היזק ראיה ולא בגינה ובקעה ואף שאסור לעמוד על שדה חבירו בשעה שהיא עומדת בקמותיה מפני עין הרע זהו ממדת חסידות והגדר ביניהם אינו אלא שלא יושיט ידו לרשותו לגנוב ולכן די בגדר עשרה טפחים ויתפוס כגנב אם יושיט ידו חוץ להגדר וזהו דעת הרמב"ם ז"ל ומימינו לא ראינו לעשות גדר גבוה ד"א בגינה:

ג ואם רצה אחד מהם לגדור בבקעה או בגינה במקום שנהגו שלא לגדור כונס לתוך שלו ובונה ואם רצונו להעמידו על המצר יכול השני למחות בידו כיון שמדינא א"צ גדר וזה העושה יעשה סימן שהגדר והמקום הוא שלו ואמרו חז"ל שיעשה חזית והוא טיח בסיד אמה על אמה לצד חבירו ולמה לא אמרו שיעשה לצדו מפני שחששו שמא יעשה גם האחר מצדו חזית כזה ויאמר ששל שניהם הוא לכך אמרו שיעשה לצד חבירו ולא חששו שמא חבירו יקלוף הסיד מפני שהקילוף יהיה ניכר וה"ה אם נהגו בסימן אחר לפיכך אם נפל הכותל המקום והגדר שלו הוא ואם שניהם מתרצים לעשות הגדר בונים באמצע ועושים חזית מכאן ומכאן ולמה יעשו שניהם מפני שחוששים אם שניהם לא יעשו יכנס האחד בחשאי בלילה ויטיח לצד חבירו ויאמר שלו הוא ואף אם יקלפנה זה הלא ניכר יהיה הקילוף לפיכך אם נפל הכותל המקום והכותל של שניהם ואם שניהם לא עשו סימן יש מי שאומר שאם אפילו תפול לרשות אחד היא בחזקת שניהם כבחצר כיון דמן הדין לא היה להם לעשות סימן ורק שחששו מפני הרמאי כמ"ש ולכן היא בחזקת שניהם ויש מי שאומר דיהיה זה הנופל לרשותו נאמן לומר

לומר ששלו היא כיון דתקנו רבנן שיעשו סימן וזה שאינה ברשותו לא עשה הרע כחו אע"פ שגם זה לא עשה מ"מ הוה מוחזק וגדולי האחרונים הסכימו לדיעה ראשונה [וכ"מ בב"ב ד': לתירולא דרבינא כסלר לדינא כסקוסיא ודו"ק]:

ד כתב הרמב"ם ז"ל בפ"ב משכנים המוכר גינה לחבירו סתם והיתה מעורבת עם גינות אחרות כופין את הלוקח לבנות כותל ביניהם ואפילו במקום שנהגו שלא לגדור בגינות אבל בקעה סתם אין מחייבין אותו לגדור אלא במקום שנהגו עכ"ל ויש חולקין וס"ל דהולכין אחר המנהג גם בגינות כמו בשותפין ואם הוא מקום שנהגו שלא לגדור אינו מחוייב לעשות גדר אבל במקום שנהגו לגדור או בסתם צריך הלוקח לעשות גדר על הוצאותיו דסתמא דעתו דמוכר בעת שמכר לו שלא יוציא הוצאות על גדר כמו בסי' רי"ח ע"ש [ככ"ל דבזס לא פליגי] ורבינו הרמ"א הכריע כהיש חולקין ובירושלמי משמע כהרמב"ם ולדעתו מחוייב הלוקח לסלק כל נזק מהמוכר ולא שייך בזה מוכר בעין יפה מוכר [לח"מ] וע' מ"ש בסי' רי"ח סעי' כ"א:

ה כתב רבינו הב"י בסעי' ו' מי שהיה לו חורבה בין חורבות חבירו ועמד חבירו וגדר רוח ראשונה ושנייה ושלישית שנמצאת חורבה זו מג' רוחותיה גדורה אין מחייבין אותו ליתן מההוצאה כלום שהרי לא הועיל לו והרי חורבתו פתוחה לרה"ר כמו שהיתה לפיכך אם גדר לו רוח רביעית עד שנמצאת חורבתו מוקפת גדר מגלגלים עליו את הכל ונותן חצי ההוצאה שהוציא זה בד' רוחות עד ד' אמות ובלבד שיהיה מקום הכותל של שניהם אבל אם היה הכותל של זה שבנה ובחלקו בנה אין מגלגלין אלא דבר מועט כמו שיראו הדיינים שהרי אינו יכול להשתמש בכתלים וכן אם הניקף עצמו הוא שגדר רוח רביעית הרי גילה דעתו ונותן חצי ההוצאה של ג' רוחות אם היו הכתלים של שניהם עכ"ל והוא לשון הרמב"ם ז"ל ונראה דלאו דווקא קאמר חצי ההוצאה של ג' רוחות דהא צריך לנכות לו חצי כותל רביעית וכתב רבינו הרמ"א דכ"ז מיירי שגדר בינו ובין הניקף אבל גדר מבחוץ ובינו ובין הניקף עדיין פתוח אם הוא מקום שנהגו לגדור אין הניקף צריך לשלם לו כלום אף כשגדר המקיף כל ארבע הרוחות שהרי עדיין צריך לגדור בינו ובין השדות שסביבו [סמ"ע] אבל אם גדר הניקף אחת מן הרוחות דגלי דעתו דניחא ליה חייב ליתן כפי מה שגרם לו היקף יתירה עכ"ל ומחשבין לפי החשבון בתשבורת כמה אמה על אמה יש בכלל השדות וכמה יש בזו הפנימית כגון שבכלל הם עשר על עשר שהם מאה חתיכות של אמה על אמה והפנימית היא ה' על ה' שהיא כ"ה אמה בתשבורת ונמצא שהיקף כזה גרם לו יתרון שהוא חלק ד' מכל השדות ומזה צריך ליתן מחצה שהוא חלק ח' כמו אם היה ההיקף סביבו שהיה זה נותן מחצה וזה מחצה [וזהו כוונת הטור ובסמ"ע צ"ל יתן ג"כ חלק משלים וכו']:

ו לדעת הרמב"ם בפירוש המשנה אין דין זה רק בפתוח לרה"ר שהוא מקום שצריך לגדור ואלמלי היתה חורבה היה כופיהו לגדור כדין חצר רק מפני שהיא חורבה אין ביכולת לכוף ועכ"ז דרך לגדור ולכן כיון שגדרו מארבע רוחותיו חייב ליתן חלקו אבל במקום שלא נהגו לגדור כמו בבקעה אינו נוהג דין זה [ודורכיא כרים ב"ב שדה אילן סוי' וי"א דדין זה הוא אפילו במקום שלא נהגו לגדור כמו בבקעה [רס"י] דזה שלא נהגו לגדור דווקא בגדר שבינו לבין חבירו משום היזק ראיה אבל אם הקיפו מד' רוחות ומנע ממנו רגל אדם ובהמה חייב לשלם [הגה"ס שס וטור] ועוד דכיון דהניקף לא מיחה בו לומר שלא ישלם לו חלקו ה"ל כיורד לתוך שדה חבירו שלא ברשות דבשדה העשויה ליטע שמין לו וידו על העליונה כמ"ש בסי' שע"ה וה"נ אע"ג שלא נהגו לגדור מ"מ ראויה היא לכך וכשדה העשויה ליטע דמי [נמק"י] ומדברי רבינו הרמ"א שכתבנו בסעיף הקודם מבואר דס"ל כי"א:

ז הא דמגלגלים עליו את הכל זהו דווקא כשגדר הרביעית בבניין ל"ש מקיף ל"ש ניקף אבל אם גדר הרביעית בקנים אינו נותן לו אלא דמי הקנים מכל הארבע רוחות:

ח אם אין המקיף יכול לברר כמה הוציא ישבע כעין דאורייתא ויטול כיון שהיה לו רשות להוציא מפני שגם חבירו נהנה מזה ואם אמר לב"ד שומו לי בפחות שבשומות ואטול בלא שבועה שומעין לו ולעניין טענת פרעון אינו נאמן לומר פרעתי עד שיביא ראיה מפני שאין חובו ידוע כל כך שישלם מעצמו [סמ"ע]:

ט אם מתחלה אמר לו ניקף לא אתן לך כלום דלדידי סגי לי בנטירא בר זוזא דהיינו גדר קוצים או לשכור שומר [שס] אפילו לא א"ל כן אלא לאחר שגדר השלישית כיון שהאמירה היתה קודם גדירת הרביעית אינו נותן לו אלא דמי נטירא בר זוזא ויראה לי דבחורבה אם בעל החורבה בנה אח"כ בניין על מקום החורבה והגדר הוא בינו ובין בעל הגדר צריך לשלם כל המחצה כיון שנעשה כחצר ויכולין לכפות לגדור:

סימן קנט [היזק ראיה שמגג לגג וכיצד יסירוהו ובו ד׳ סעיפים]:

א דבר ידוע שבזמן חכמי הש״ס לא היו הגגים משופעים כשלנו אלא היו חלקים ושוים וראוים לתשמישים ועכ״ז אין בהם היזק ראיה כל כך כמו בחצר משום דאין תשמישם תדיר רק יש גגות עשויות לדירה שהן מקורות ובאלו דינם כחצר לדעת הרמב״ם ז״ל ולכן שני בתים זה בצד זה שגג האחד אינו גבוה מהשני ועשוים לדירה זה עושה מעקה גבוה ד״א לחצי גגו לצד מזרח וזה לחצי גגו לצד מערב ואפילו היו הגגות בשני צידי רה״ר דבלא זה יש להם היזק ראיה מבני רה״ר מ״מ כופה האחד את השני לעשות מעקה גבוה ד׳ אמות דמבני רה״ר אינו ניזוק רק בעמדו על הגג וביום אבל כשעושה מלאכתו בישיבה או בלילה אינם רואים אותו ואף גם כשרואים רואים רק דרך העברה וחבירו רואה תמיד ובקביעות ולכן עושים החצי מעקות זה שלא כנגד זה וצריכים גם להעדיף כל אחד למשוך מעט מעקתו גם נגד מעקת חבירו כדי שלא יראו זא״ז דאל״כ כשעומדים ממרחק עדיין יראו זא״ז כמושג בחוש הראות ואם הגג שפל עד שבני רה״ר רואים אותו כמו העומד על הגג אין כאן היזק ראיה יותר מבעל הגג ואין כופין זא״ז:

ב וכ״ז הוא בגגות העשויות לתשמיש אבל סתם גגות שאין תשמישן קבוע ותדיר א״צ למעקה ד״א שאין בני אדם דרים בהם כבחצר אף שאינם משופעים ואין בהם היזק ראיה ומ״מ צריכים לעשות מחיצה קטנה בין שני הגגין כשעומדים זה בצד זה כדי שיתפוס אותו כגנב אם יכנס לרשותו וזהו שיטת הרמב״ם ז״ל בפ״ג משכנים:

ג ודעת רבים מרבותינו הראשונים דלעולם אין חילוק בין גג לגג דתמיד אין בגג תשמיש תדיר וקבוע כבחצר אלא דכשסמוכין זל״ז לא בעינן מעקה ד״א מפני שיכול לראות מתי יעלה חבירו לגגו ויזהר ממנו כיון שאין בהם תשמיש קבוע וא״צ לעשות רק מחיצה מעשרה טפחים שיתפס כגנב ואם עומדים רחוקים זה מזה ומפסיק אויר ביניהם בין אויר רה״י ובין אויר רה״ר בעינן מעקה של ד״א וזה עושה לחצי גגו וזה לחצי גגו ומעדיפין זה על זה כמ״ש דכשאינם סמוכין אין האחד מרגיש בביאת חבירו ויזיקנו בהיזק ראיה ורבינו הרמ״א הכריע כדיעה זו ובגגות שלנו לא שייך כלל דינים אלו דמשופעין הן ואין ראוים לתשמיש אכן גם עתה יש מדינות שגגותיהן שוות:

ד במקום שצריכים לעשות חצי מעקות זה שלא כנגד זה אם האחד אומר החצי שלי אבנה לרוח מזרח והשני אומר לא כי אלא אני אבנה אותו רוח יפילו גורל ואם אחד בא לפנינו ואומר לחבירו או עשה אתה המעקה ואתן לך חצי הוצאתה או תן לי חצי הוצאתה ואעשנה שומעין לו שמרויחין בזה את העודף שהיו צריכים לעשות אבל אם האחד המתין עד שחבירו עשה חצי שלו וא״ל הואיל והתחלת גמור ואתן לך חצי הוצאה אם הלה אינו רוצה אינו יכול לכופו שיכול לומר לו למה לא התחלת אתה והיית עושה על פני כולה ולקבל ממני חצי הוצאה אלא שלא רצית לקלקל חומתך מפני כובד המעקה ולכן גם אני אין רצוני להכביד על חומתי לעשותה כולה ואם הגגין רחוקין הרבה זה מזה בעניין שאינו מסתלק ההיזק ראיה עד שיבנה על פני כולה ובמה שכל אחד יעשה מחצה ויעדיף לא יסתלק היזק ראייתה דידוע בחוש הראות דבמרחק נתצמצם הראיה וכל זמן שלא יהיה על פני הגג יהיה ביכולת לראות אם יכולים להסכים שאחד יבנה הכל ויקבל חצי ההוצאה מחבירו טוב ואם לאו יטילו גורל ביניהם מי יבנה הכל ויטול חצי ההוצאה מחבירו ויראה לי שאם אחד אומר אני אתן לך כך וכך לבד הוצאות חצי המעקה שתעשנה אתה או תן לי ואני אעשה שהרשות בידו:

סימן קס [דין גג הסמוך לחצר ושתי חצרות שאחת גבוה מחברתה ובו ג׳ סעיפים]:

א גג הסמוך לחצר חבירו ושוה בגובה עם החצר בעל הגג מזיק לבעל החצר ואין בעל החצר מזיק לבעל הגג דבעל החצר תשמישו קבוע ותדיר ויודע בעל הגג מתי ליזהר ממנו אבל בגג אין התשמיש קבוע ואין בעל החצר יודע מתי ליזהר ממנו ואפילו בגג העשוי לתשמיש לדעת הרמב״ם בסי׳ הקודם מ״מ אין תשמישו כבחצר והוא המזיק לבעל החצר [סמ״ע] לפיכך צריך בעל הגג לעשות לבדו מחיצה ביניהם גבוה ד׳ אמות כדי לסלק היזק ראיתו אבל על בעל החצר אינו מוטל רק מחיצה מעשרה טפחים שיהיה נתפס כגנב כשיבא ליטול מגגו לפיכך אין בעל החצר מסייעו אלא כפי שיגיע מחצית הלקו למחיצת י׳ טפחים ואם היתה מופלגת קצת מהגג א״צ ליתן כלל דבלא״ה יתפס כגנב כיון שאינו סמוך ממש [סס] ולהרמב״ם אף בסמוך ממש א״צ ליתן כיון שבעל הגג הוא המזיק ועליו מוטל לעשות מחיצה ד״א א״צ בעל החצר לסייע כלום וכן הדין לדעת הרמב״ם בגג העשוי לתשמיש שסמוך לגג שאין עשוי לתשמיש דהעשוי לתשמיש דין חצר עליו וצריך זה שאין גגו עשוי לתשמיש לעשות מחיצה ד״א [נס״מ בסי׳ קנ״ט]:

ב ואם קרקע החצר גבוה מן הגג צריך בעל הגג לבנות על שלו למטה עד שיהיה גבוה ד״א למעלה

מקרקעית

מקרקעית החצר כדי לסלק היזקו ואפילו כשהגג נמוך מן החצר ד' אמות יש מי שאומר דאכתי איכא היזק ראיה ממנו לחצר דאף שאינו יכול להסתכל בכל החצר מ"מ כשבעל החצר עומד בשפת חצירו רואיהו ולכן צריך בעל הגג לעשות מחיצה גבוה ד"א מקרקע החצר ויש מי שאומר דבכה"ג א"צ לעשות כלום ואין לנו לחשוש כל כך שמא יעמוד בשפת החצר ויראיהו ואם הגג נמוך מהחצר י' טפחים א"צ בעל החצר לסייעו כלל דגם בלא מחיצה יתפס כגנב אבל אם הגובה הוא פחות מי"ט בונה בעל הגג עד קרקע החצר ורואין כמה חסר עדיין להשלים לגובה עשרה טפחים ומזה יתן לו בעל החצר מחצה ובעל הגג יבנה עד ד"א למעלה מהחצר ולהרמב"ם א"צ בעל החצר לסייע כלל כמ"ש בסעי' א' :

ג שתי חצירות שקרקעית האחת גבוה מחבירתה צריך העליון לסייע לתחתון לבנות למטה והתחתון צריך לסייע להעליון עד שיהיה גבוה ד"א מקרקע העליון ולמעלה דכיון דשניהם מזיקים זא"ז צריכים לעשות כל המחיצה הצריכה לזה ולזה בשותפות ולהרמב"ם א"צ התחתון ליתן רק עד גובה ד"א מקרקעו אך גובה הכותל עד החצר העליון א"צ להיות רק חצי עובי שלמעלה מזה דהחצי עובי השני משלים קרקע החצר הגבוה לפיכך יקציעו העפר מקרקע של עליונה שיעור עובי חצי הכותל ובונין הכותל על קרקע שניהם עד שיהא גבוה ד' אמות מקרקע העליונה ולמעלה ולכן צריכין להתחיל להעמיד הכותל מקרקע התחתונה דאם נתחיל מהעליונה יהיה כל עובי הכותל על מקום העליון וזה לא יתכן דעל שני החצירות צריכה הכותל לעמוד ולכן מחוייב גם העליון לסייע לתחתון דאל"כ יאמר לו התחתון נעמידה על שלך לגמרי ואם חצר אחד גבוה הרבה מחבירו או שהחצר התחתון אינו רחב שיוכלו להביט בו מרחוק ואפשר שבמחיצה מועטת יסתלק היזק ראיה שלו סגי במחיצה שיראה לבני אדם שאינו מזיק עוד בראיתו וכן הדין בגג וחצר [ע"ז] דלא כיש מי שחולק בזה :

סימן קסא [דברים שבני החצר כופין זא"ז ובו ו' סעיפים] :

א בני החצר כופין זא"ז לבנות דלת שהיא שער החצר ובית שער לחצר והוא בית קטן ששומר החצר יושב בו כמו שיש כן גם עתה בהערים הגדולות ובערים בינונים וכ"ש קטנים אין נוהגין בבית שער וכן כל הדברים שהחצר צריך להם צורך גדול או דברים שנהגו בני העיר לעשותם אבל שארי דברים שאינו הכרח ואינו מנהג קבוע כמו ציורים וכיורים אין האחד כופה לחבירו ואם אחד עשה מעצמו והשני גילה דעתו ע"פ איזה מעשה [נ"ל] דניחא ליה בזה מגלגלין עליו את הכל ונותן לו חלקו בהוצאה כמו בהגבהת כותל למעלה מד"א שבסי' קנ"ז ע"ש :

ב ומי שיש לו בית בחצר ואינו דר עמהם כל דבר שהוא שמירת החצר כמו דלת נגר ומנעול וכה"ג חייב ליתן חלק אבל דברים שאינם לשמירת החצר כמו בית שער בזמן הקדמון שהיה עשוי למנוע היזק ראיה א"צ ליתן חלק כיון שאינו משתמש שם ודברים אלו תלוים בראיית עיני ב"ד לפי המקום והזמן :

ג כשגובין דברים אלו הצריכין לחצר גובין לפי הממון והעשיר יתן יותר כיון דהוא לשמירת החצר כל שעשיר יותר צריך שמירה יתירה ואין גובין לפי קירוב הבתים כאשר יתבאר בסי' קס"ג בעיר דלענין זה נחשב כל החצר כבית אחד ובעיר אמרו חז"ל דגובין לפי קירוב בתים לפי שהקרובים עומדים יותר בסכנה מגניבות וגזילות אבל בחצר כולם שוים ויש מי שאומר שדין החצר כדין העיר דהקרובים להרחוב מעותדים יותר לגניבות מהרחוקים ולדיעה זו צריך להיות הגבייה כמו בעיר שיתבאר שם :

ד אם אחד מבני החצר אינו רוצה ליתן חלקו בהתיקונים הצריכים להחצר ואינו רוצה להשכיר ביתו שבחצר יתקנו הם וישכירו ביתו וישלמו בהשכירות כפי החלק המגיע עליו דזה הוי כחוב וגובין ממנו בע"כ בכל האמצעיים שיוכלו :

ה אחד מהשותפים בחצר שבקש לעשות בהחצר דברים שאין דרך בני המקום לעשותם כגון שבקש להעמיד בה רחים או להעמיד בהמה או לגדל תרנגולים במקום שאין דרך בני אותה העיר להעמיד רחים ובהמות ולגדל תרנגולים בחצרותיהם בני החצר ביכולתם לעכב עליו ודבר זה תלוי כל מקום ומקום לפי מנהגו ואפילו אחד יכול לעכב ואמרו חז"ל [ב"ב כ"ז:] בכל דבר שותפין מעכבין זא"ז אם בא אחד מהם לשנות מהמנהג חוץ מכביסה שנשים כובסות על הנהר ואם באה אחת לכבס בהחצר אין השני יכול למנוע אותה אפילו אם אין דרך העיר לכבס בחצרות והטעם לפי שבנות ישראל מתבזות בכביסתם על הנהר ולכן אין הולכין בזה אחר המנהג לפיכך במקום שהאנשים כובסין וליכא האי טעמא יכולין למחות ואפילו לנשים דווקא אם כובסת בד' אמות שלה וליכא מדרון שיזוב לחלק חבירו אבל כשיש מדרון וכ"ש לכבס בד"א של חבירו דיכול למחות דלא מפני בזיון שלה תפסיד לאחרים :

ו חמש חצירות השופכות מים לביב אחד והוא חריץ מתוקן שנשפכין בו כל השופכין ויוצאים לחוץ ונתקלקל הביב צריכים כולם לסייע להתחתון דאם

לא

לא יזובו המים בשם יעמדו השופכים נגד העליונים נמצאת עליונה מסייעת לכולן ואין שום אחת מסייע לה דאם יעמדו השופכין נגדה לא ירדו להתחתונים והתחתונה אינה מסייעת אלא כנגד חצירה האמנם עכשיו נשתנו עשיית הביבים וכשיש איזה מעצור מתקלקל כל החצר וברחוב מתקלקל כל הרחוב וצריכים כולם ליתן כשנתקלקל באיזה מקום שהוא וכן המנהג :

סימן קסב [דברים שבני מבוי כופין זא"ז ובו י"א סעיפים] :

א בני מבוי כופין זא"ז ואפילו המיעוט כופין את המרובין [נ"ל] לעשות לחי או קורה להתיר לטלטל בשבת כמ"ש בא"ח סי' שס"ב ובמבוי מפולש כופין על עשיית צורת הפתח כמ"ש שם בסי' שס"ג ויש להסתפק בזמה"ז שמערבין הערים בצורת הפתח אף שהם רחבים ט"ז אמה ואין בה ששים רבוא ע"פ הכרעת רבינו הרמ"א שם והרבה פוסקים חולקים על זה אם יכול אחד לומר לא אתן חלק בזה כי אני חושש להפוסקים האוסרים ויראה לי דמ"מ צריך ליתן חלקו כמ"ש בסי' קס"ג לעניין מקוה דצריך ליתן אף זה שא"צ לה כמו כן בזה יכולים לומר לו אף שאתה מחמיר על עצמך מ"מ לתקנת העיר אתה מוכרח ליתן ואינו יכול לומר קים לי כהפוסקים האוסרין כיון שכבר נתפשט ההיתר ע"פ הכרעת רבינו הרמ"א אין שום אדם יכול לומר קים לי ועשיית עירוב הוא מצוה כדמוכח בש"ס [עירובין ס"ח.] :

ב אבל אם באו בני מבוי להעמיד דלתות להמבוי אפילו אחד מהם יכול לעכב ולומר אני רוצה ליכנס במשא שלי במישור עד פתחי בלי עיכוב וכשיהיו דלתות יהיה לי עיכוב לפותחם ואפילו אם יסכימו כולם לזה יכולים בני רה"ר או בני סימטא לעכב עליהם מפני שמעכבים להם כניסתם לתוך המבוי ואפילו אם ירצו להעמיד הדלתות בפנים במבוי הרבה יכולים לעכב לפי שביום השוק כשהעם רב ובהמות רבות לפעמים דוחקים א"ע ונכנסים לכל המבוי ודרך שהחזיקו בו רבים אסור לקלקלו ואין בזה חילוק בין מבוי מפולש משני רוחות לאינו מפולש [טור] ואפילו מכרו בני המבוי את המבוי להעמיד דלתות והכריזו שכל מי שלא יערער איבד זכותו ולא עירערו בני רה"ר אפ"ה יכולין למחות דרבים אינם כיחידים והם נחשבים תמיד כמוחזקים מיהו המבואות הקטנות הפתוחים לאותן המבואות הפתוחים לרה"ר או לסימטא רשאין לעשות להן דלתות אם בני אותו המבוי מסכימים כולם ובני רה"ר אינם יכולים למחות דכולי האי לא דחקי בני רה"ר עד שיכנסו להמבואות הקטנות וי"א דאפילו במבוי הפתוח לרה"ר אם ניכר בראש המבוי כמין פתח שיש לו פצימין ואינו מפולש ע"פ כולו יכולין להעמיד לו דלתות מפני שניכר דמתחלה נעשה כך ברצון בני העיר לעשות לו דלתות דאל"כ למה עשו לו פצימין וגם מבני המבוי אין יכולים לעכב [נ"ל] ויראה לי דבמקום שבני רה"ר יכולים לעכב מ"מ כל זמן שאינם מעכבים יכולים לעשות ואין לב"ד למונעם ואף שהב"ד מחוייבים לעשות בעד הרבים מ"מ כיון שהמקום הוא של בני המבוי והבני רה"ר כשהחזיקו ליכנום בו כשהעם דחוקים ביום השוק לא ברשיון בעלי המבוי עשו אלא שדרך העולם כן הוא ולכן די כשהם עצמם מונעים אותם אבל לא שהב"ד יטענו בעדם [וכ"מ מב"ב י"ג. ומרא"ש ונמק"י שם] :

ג בני מבוי שהיה במבוי שלהם שכונה בחצר אחד שבו הבהכ"נ ובית המקוה והחצר סגור בדלתות והמבוי פתוח לרשות עכו"ם ובמקום אחר דרים ישראלים שיש להם דרך על זה המבוי והחזיקו מכבר בהדרך הזה לילך דרך המבוי להחצר לצורך טבילה ותפלה ובני המבוי רוצים להעמיד דלתות להמבוי כדי להשמר מן העכו"ם יכולים אותם הישראלים למחות בידם כדי שלא יהיה להם עיכוב בסגירת הדלתות ואף שגם להחצר יש דלתות מ"מ אינו דומה עיכוב אחד לשני עיכובים ולא עוד אלא אפילו רוצים להסיר הדלתות מן החצר ולקבעם בהמבוי יכולים למחות מפני שכבר החזיקו לילך להמבוי בלי עיכוב ועוד דאינו דומה נעילת החצר לנעילת המבוי דהחצר כשהוא נעול עומדים עד פתיחתו ברשותו של ישראל ואין להם פחד ועתה יעמדו ברשות עכו"ם ועוד דבחצר כשמקישים על הדלת הנעולה מיד שומעים מאיזה בית ופותחים להם משא"כ במבוי וכ"ז מדינא אבל אם נתן להם המלך רשות להעמיד דלתות דינא דמלכותא דינא כי הרחובות והשווקין הם שלו ויכול לעשות בהם כרצונו מיהו אם אותם הישראלים הדרים חוץ למבוי יכולים להשתדל אצל המלך שיבטל הדלתות מותרים לעשות כן כיון שהדין עמהם [לבוש] :

ד וכן מבואות המפולשות לדרך עיר אחרת שנוסעין דרך אלו המבואות להעיר האחרת ובקשו בני המבואות בהסכמת בני עירם לסתום בני אותה העיר שנוסעים לה דרך אלו המבואות מעכבים עליהם ואפילו יש להם דרך אחרת אם הדרך הזה טובה או קצרה מהשנייה ביכולתם לעכב מפני שכבר החזיקו בדרך זה ליסע לעירם ומעירם לעיר הזאת ודרך שהחזיקו בו רבים אסור לקלקלו ודווקא כשהחזיקו בדרך הזה ברשות [נמק"י פ"ק דב"ב] והרמב"ם ז"ל בפ"ה משכנים השמיט דין זה ולא ידעתי למה ואפשר שסמך

על

על מ"ש בפי"ג מנזקי ממון שכל מצר שהחזיקו בו רבים אסור לקלקלו:

ה חצר העומד בין שני מבואות ויש לו פתח למבוי אחד ובקש לפתוח פתח גם למבוי השני והוא אינו מפולש בני המבוי השני מעכבים עליו מפני שמרבה עליהם את הדרך שיהיו רבים מבני המבוי הראשון יוצאים ונכנסים במבוי השני וי"א עוד דאפילו אם בני המבוי השני יתנו לו רשות בני המבוי הראשון יכולין לעכב עליו מפני שמרבה עליהם את דריסות הרגל של בני מבוי השני שיבואו להם דרך פתחו ואם היה המבוי השני מפולש משני רוחות לרה"ר או לסימטא פותח כל פתח שירצה לכתחלה ואין בני המבוי השני מעכבין עליו רק בני הראשון ביכולתם לעכב אם המבוי שלהם אינו מפולש דבמפולש לא שייך טענת ריבוי הדרך דבלא"ה רבים בוקעים בו ואם יש דלתות לאחד מהמבואות שנועלים בלילה אותו מבוי כסתום דמי מפני שבלילה מרבה עליהם את הדרך וכן מעכבין בני מבוי זא"ז שלא להשתמש במבוי שאינו מפולש רק בדברים שדרך להשתמש במבואות כאלו אבל במפולש הוא כרה"ר ואין להם לעכב במה שעושים בו אם הוא דבר שעושים כן ברה"ר [כ"ל]:

ו היה לו פתח סתום אף באינו מפולש ה"ז פותחו בכל עת שירצה כיון שלא נפרצו פצימיו עומד להפתח ואם פרץ את פצימיו בני מבוי מעכבין עליו דבטל שם פתח מעליו וי"א דזהו כשיש עדים שהיה תחלה פתוח להמבוי אבל אם אין לו עדים אף בלא פרץ פצימיו יכולין לעכב עליו דאמרינן שמא כפוהו לסתום או מחל להם [סמ"ע] דבכל ספק נחשבים הרבים כמוחזקים ועל היחיד להביא ראיה:

ז כתב רבינו הב"י בסעי' ו' אחד מבני מבוי שבקש לסתום פתחו ולהחזירו למבוי אחר ברצון בני אותו מבוי בני מבוי שלו מעכבין עליו שמא יבא עליהם מס ומתמעט מחלקם מהמס הקצוב על בני המבוי לפיכך מקום שאין המס קצוב על בני המבוי ה"ז סותם פתחו בכל עת שירצה עכ"ל ובלבד שיפרוץ פצימיו שיש לו למבוי זה דאל"כ שמא יחזור לפותחו כמ"ש וירבה עליהם את הדרך של בני המבוי האחר:

ח כבר נתבאר בסי' קנ"ו סעי' א' וז' דבמבוי שאינו מפולש יש מחלוקת הפוסקים אם יש טענת ריבוי הדרך לבני אותו מבוי כבחצר או לא דלדעת הרמב"ם יש טענה זו ולשארי פוסקים אין טענה זו במבוי ולכן אם אחד מהחצרות רוצה לפתוח פתח חדש להמבוי אם ביכולת בעלי המבוי למנוע אותו תלוי בפלוגתא זו ומ"מ גם לשארי הפוסקים דאין במבוי טענת ריבוי הדרך אבל לעניין תשמיש במבוי הכל מודים דאין לכל חצר להשתמש רק כנגדו בהמבוי ועד סוף המבוי שלצד רה"ר לפי שבשם הילוכו ותשמישו תדיר ולמעלה ממנו אל פנימית המבוי עד הכותל האמצעית הסתומה אין לו רשות להשתמש שם דאין הילוכו בשם כיון שאינו מפולש ולפ"ז החצר הפנימי משתמש בכל המבוי והחצונה אינו משתמש אלא כנגדו ושארי החצרות משתמשים כל אחד כנגדו ועד הקצה שלצד רה"ר:

ט לפיכך חמש חצרות הפתוחות למבוי שאינו מפולש כולם משתמשות עם החיצונה והחיצונה משתמשת לעצמה ולא עם אחרת והשנייה משתמשת לעצמה ועם החיצונה ואינה משתמשת עם השאר והפנימית משתמשת לעצמה ועם כולם ואין אחר משתמש עמה לפיכך אם אחת מהאמצעית בנה איצטבא כנגד פתח חצרה וסתמה אין החיצונה יכולה לעכב אבל כל הפנימית מעכבין עליה מפני שמרבה עליהן את הדרך שהרי יצטרכו להקיף את האיצטבא ובריבוי דרך כזה הכל מודים שיכולים לעכב [ט"ז] דמצר לו הדרך ומרבה לו את הדרך ע"י ההיקף של האיצטבא וכן בעל החצר השנייה מהחיצונה שפתח מחצרו פתח שני להמבוי בינו ובין החיצונה אין החיצונה מעכבת עליו שאין לה להשתמש אלא מפתחה ולחוץ אבל אם פתח בינו ובין השלישית השלישית וכל הפנימיות מעכבין עליו מפני שאין לו להשתמש בהמבוי רק מפתח חצרו הראשון ולחוץ וכן הדין בכולם כי ע"י פתח חדש יהיה התשמיש כנגד הפתח וכיון שאין לו רשות להשתמש שם אין לו רשות לפתוח שם פתח ואפילו חצירו נמשך לפנים מן הפתח מ"מ אינו יכול לפתוח עוד פתח מפני שמרבה עליהם את הדרך בריבוי פתחים אמנם זהו רק להרמב"ם ז"ל שיש טענת ריבוי דרך גם במבוי וגם נראה מדבריו שאין בעל החצר יכול להשתמש מן הפתח ולפנים אף שחצירו נמשך להלאה מן הפתח וגם הרמב"ן ז"ל סובר כן [ד"מ] ולפ"ז פשיטא שאינו יכול לפתוח עוד פתח אבל הרא"ש והטור חולקים על זה וס"ל דרשאי לפתוח עוד פתח כנגד כל החצר בין כלפי חוץ בין כלפי פנים שיכול להשתמש כנגד כל החצר אף להלאה מן הפתח ואין טענת ריבוי הדרך במבוי ולפ"ז יכול למחות ג"ב על מי שבא לסתום כנגד חצירו כגון שבינו הדר כנגדו בעבר השני ופתחו מושכת לפנים מפתחו של זה אינו יכול לסתום אף שהסתימה תהיה לפנים מפתחו של זה דכיון שיש לו רשות להשתמש שם אין השכנגדו יכול לעכב תשמישו והרי אם ירצה לפתוח עוד פתח הרשות בידו לדיעה זו ואיך יסתמנו דשמא למחר ירצה לפתוח עוד פתח אם לא שיש לו כח לסתום ע"פ איזה תנאי שהיה ביניהם מקודם [ורבינו הרמ"א בהגה"ה שבש"ע שכתב וי"א דכל חצירו וכו' ולכן יכול למחות וכו' ס"ל דמי שאוסר לפתוח פתח אוסר גם הסתימה וכן הולך בהגהתו הראשונה בסעי' זה ול"ע בדעת הרמ"א

בטור

בטור סעי׳ י״ד וט״ו ע״ש וסגס״ס לאסונס ל״ל ג״כ על פתח ולא על האלעבה כמ״ש סגר״א ומיושב קושית סע״ז וסגס״ס אחת סיה אלא שהפסיקם מפני מקומות בסכ״נ ודו״ק] :

י וכמו שאמרנו דהפנימי יכול למחות בחיצון בהעמדת איצטבא מפני שמיצר ומרבה לו הדרך כמו כן הדין במקומות בהכ״נ וכתב רבינו הרמ״א דלכן עשיר שיש לו מקומות רבים ובני הכנסת באים להוסיף ספסלים במקומות הפנוים כדי להרויח הצדקה ושיבואו רבים להתפלל או שיחידים רוצים לישב באמצע הדרך העשיר יכול למחות בטענה שמצר לו הדרך או מרבה עליו הדרך מיהו אם יש מנהג בעיר הולכין אחריו ויכולין בני הכנסת לתקן שכל מי שיש לו מקום שא״צ לו שישכירנו בקצבה הנראה להם עכ״ל ואם רוצים לבנות להם בהכ״נ אחר או יחידים הבאים לבנות להם בהכ״נ אין אחרים יכולים למחות בידם והמוחה ראוי לנזיפה שמונע את הרבים מלעשות מצוה כמ״ש ביו״ד סי׳ של״ר מיהו אם רואים שמזה תצא תקלה בעיר ע״י בניין בהכ״נ לעצמם יכולין למחות בהם דאין זה מצוה והיא מצוה הבאה בעבירה [עמג״א סי׳ קנ״ד] ודבר זה תלוי בראיית עיני ב״ד ואין להשתמש בבהכ״נ אלא בדבר הנהוג ולכן אם אלו היושבים במערב רוצים להגביה מקומותיהם במעלה על האחרים יכולים האחרים למחות אבל להגביה מעט כדי שיזונו עיניהם בעניין שלא יהיו נראים גבוהים דזה נהנה וזה אינו חסר אין יכולין למחות בהם וע׳ בסי׳ קע״א :

יא יש מהגדולים שפקפקו על טענת ריבוי ומצר הדרך בבהכ״נ שאינו דומה למבוי וחצר דהבהכ״נ עשוי לכך שכולם יתפללו בו ומה יעשו אותם שאין להם מקומות הלא בהכרח שיעמידו שולחנות או ספסלים קטנים כנהוג וכתבו דרבינו הרמ״א לא קאמר אלא כשיש להם לשכור מקומות בהכתלים וכה״ג אבל אם אין להם מקומות ככל יכולין לעמוד באמצע בהכ״נ כנגד המקומות ואין טענות בעלי המקומות בריבוי ובמיצר הדרך טענה כלל וכן נראה עיקר לדינא אא״כ יש שם מנהג קבוע בזה שיעכבו דאז הולכין אחר המנהג אבל מדינא אין יכולים למחות :

סימן קסג [דברים שבני העיר כופין זא״ז ובו י״ז סעיפים] :

א כופין בני העיר זא״ז ואפילו המיעוט כופין את המרובין לעשות חומה דלתים ובריח לעיר ולבנות בהכ״נ ולקנות ס״ת נביאים וכתובים כדי שיקרא בהם כל מי שירצה מן הציבור ובזמנינו שספרים נדפסים אין כופין על נביאים וכתובים [סמ״ע] הכתובין על קלף רק בס״ת כופין מפני שצריך לקרות בה בציבור ואף שהרבה מקומות קורין ההפטרה בנביאים הכתובים על קלף מ״מ אין ביכולת לכוף על זה [נ״ל] וכופין לקנות ספרי דפוס המוכרחים כמו תנ״ך עם פירש״י ומשניות וש״ס וטורים ורמב״ם וארבע ש״ע כדי שמי שירצה ללמוד יהיה לו במה שילמוד וכן כופין לכל צרכי העיר כמו מרחץ ומקוה ולמנות רב וחזן ובא״ח סי׳ נ״ג נתבאר בדין שכירת חזן לבני העיר וכופין בני העיר זא״ז להכנים אורחים ולחלק להם צדקה וליתן בתוך כיס של צדקה ולשכור מלמדים ללמד תורה לבני עניים ולעשות בית החולים בשביל החולאים עניים וכן נהוג בכל תפוצות ישראל ודין שכירות למניין ימים נוראים אף במקום היותר קטן נתבאר שם סי׳ נ״ה שכופין זא״ז ועל הוצאות מאיזה דבר הכרחי להעיר כפי ראות עיני ב״ד כופין זא״ז ובסי׳ ב׳ נתבאר דטובי העיר בעירם דינם כב״ד הגדול ובסי׳ ד׳ נתבאר ברבים שיש להם דין עם יחיד נקראו מוחזקים ע״ש :

ב כל צרכי ציבור שאינם יכולים להשוות עצמן מפני שינוי דיעות יש להושיב כל הבע״ב הנותנים מס ויקבלו עליהם ברכה שכל אחד יאמר דעתו לש״ש וילכו אחר רוב דיעות ואם המיעוט ימאנו יכולים הרוב לכוף אותם גם בדיניהם ומוציאים הוצאות על זה והם צריכים לתת חלקם והמסרב מלומר דעתו ע״פ הברכה בטלה דעתו ואזלינן אחרי הרוב מהנשארים שאמרו דעתם וכן באסיפה שהכריזו להתאסף או ששלחו שמשים לבא לאסיפה כל מי שלא בא בטלה דעתו והוה כמוסר דעתו להההולכים [ח״ס] ואזלינן בתר רוב דיעות ההולכים דאם נמתין עד שיסכימו כולם לא יגמר שום עניין ויהיה השחתת הכלל [שם] ואם אנשי העיר בררו נבחרים שיעיינו בצרכי העיר הולכין אחר רוב דיעות מהנבחרים [שם] וביו״ד סי׳ רנ״ו נתבאר אימתי חייב ליתן לכיס של צדקה ע״ש :

ג מי שיש לו חצר בעיר אחרת משעבדים אותו לחפור עמהם בורות שיחין ומערות ואמת המים שהם הדברים הקבועים אבל בשארי דברים כמו במה שהוא שמירה לעיר אין משעבדין אותם אבל כל הדר בעיר י״ב חודש או שקנה בה בית דירה דנחשב מיד כתושב אם דר שם נותן עם בני העיר בכל הדברים הצריכים לתיקון החומה ודלתות ושכר הפרשים ותקוני דרכים ושכר השומרים את העיר וכיוצא בדברים אלו וזה שאמרנו דבי״ב חודש נעשה כאחד מבני העיר ולא קודם זהו דווקא בסתם שנעלם ממנו אם דעתו לקבוע א״ע לעולם אבל אם ידענו שרוצה לקבוע א״ע בעיר הוה כאנשי העיר מיד וי״א דאם שכר בית דירה כל ששכרה לי״ב חודש הוה כאנשי העיר מיד אף בסתם דמסתמא

דמסתמא דעתו להשתקע וגם בקנה בית י"א דבעינן קנה להשתקע שם אבל אם קנה רק לגור זמן מועט אינו כאנשי העיר וי"א דבקנה נעשה תמיד כאנשי העיר מיד ולכל הדיעות כשנפלה לו בית בירושה או במתנה אינו כלום אם לא נודע שדעתו להשתקע בעיר או שדר בה י"ב חודש דכיון דלא טרח לקנות אין ראייה שדעתו לדור בה זמן רב וכ"ז במקום שאין מנהג בזה אבל במקום שיש מנהג הולכין אחר המנהג וזה שאמרנו דבי"ב חודש נעשה כאנשי העיר זהו דווקא כשנתעכב שם שלא מחמת אונס אבל אם נתעכב מחמת אונס כגון שחלה הוא או אחר מקרוביו או כדומה לזה איזה עניין שנראה שעכבתו היתה לא מפני רצונו להשתקע בעיר אינו כאנשי העיר אף לזמן מרובה ומיהו אם הרויח שם צריך לתת מס לפי עניין ההרווחה כמ"ש בסי' קנ"ו :

ד וי"א דכ"ז במס קצוב על התושבים מהעיר לזה בעינן שיהיה כאנשי העיר הקבועים אבל במס שאינו קצוב כגון שהשר הטיל איזה מס אקראי מיד ששוכר בית חייב ליתן משום דע"פ רוב במס כזה אין שר העיר מדקדק לידע הקבועים בהעיר אלא דלפי מראות העין מריבוי האנשים בהעיר מטיל עליהם המס והוא עושה עין כמו שארי בני העיר ואיכא למימר שמתרבה המס בשבילו ויש חולקין וס"ל דלעולם אין השר נותן עין רק בהקבועים בהעיר ודע דכל ענייני מסים שנתבאר וגם מה שיתבאר בדין ת"ח שפטורים ממס זהו הכל כשהשר מטיל על העיר ליתן כך וכך אבל אם המס הוא לפי גולגולת אין שייך להעיר מי שבא להתיישב בעירם אמנם כשגובין מכלליות העיר לפי חשבון הגולגולת הדר הו"ל כמס כללי [כ"ל] וכן הת"ח חייב במס הגולגולת כיון שהוטל על כל אחד חלקו [כ"י פ"ק דב"ב] ואם היה תמיד מס קצוב על העיר אף שעתה לא נתרבה המס בשביל זה מ"מ כיון שנתיישב לקביעות בהעיר חייב ליתן חלק [ומ"ש הכ"י שם פ"ג בפרדכת דדווקא כשאינו קצוב זהו בפרדכת ע"ש] ומי שישהה בעיר שנים רבות ולא תבעו ממנו מס לא הוי מחילה וכשיתבעו צריך ליתן גם על העבר דבשתיקת רבים אין מחילה כשחייב ליתן ע"פ דין אפילו עברו שנים רבות :

ה כל מס שהוטל על בני העיר אין אדם יכול לפטור עצמו בצאתו מן העיר אחר שהוטל המס ואף כשיצא לא"י צריך לתת חלקו [סמ"ע] ואחד מהגדולים כתב דאם נתחדש איזה מס תוך ל' יום אחר צאתו מהעיר צריך ליתן לזה וטעמו נראה דבוודאי הטיל השר לפי ערך התושבים ובתוך ל' יום רחוק שיוודע שזה נסע מהעיר ובגללו הטיל השר תוספת מס ולכן צריך ליתן חלקו וכתב רבינו הרמ"א דאפילו אחר שנתנו להשר חלקם אם השר כופר צריכים לחזור וליתן עכ"ל וביאורו דאם היוצאים מהעיר אומרים שכבר נתנו להשר חלקם קודם יציאתם מן העיר אם השר כופר צריכים ליתן חלקם [ד"מ] ואם יש להם להיוצאים חילוקים עם בני העיר שיש ביניהם הכחשות צריכים לחזור למקומם ולדון עמהם דהקהל נחשבים לעולם כמוחזקין והתובע הולך אחר הנתבע [סגר"ת] ואם נהגו בעניין אחר הכל כפי המנהג :

ו כשגובים מאנשי העיר לבנות חומה סביב לעיר גובין לפי קירוב הבתים אל החומה וכל הסמוך לחומה נותן יותר דעיקרו הוא מפני הליסטים וצריכים יותר שמירה מהפנימים וי"א שגובין לפי הממון דעיקר כוונת הליסטים הוא על הממון אמנם לא לפי הממון לבד גובין דוודאי העשיר הקרוב הוא יותר בסכנה מהעשיר הרחוק והעשיר הרחוק הוא יותר בסכנה מהעני הקרוב ולכן אחר שחלקו לפי הממון מחשבין ג"כ איזה בית קרוב לחומה יותר כיצד שני בתים השוים בקירוב זה כזה ויש בהם ממון בשוה נותנים בשוה ואם אחד קרוב ואחד רחוק נותן הקרוב יותר ואם אחד עשיר יותר ובקירוב הם בשוה נותן העשיר יותר ואם יש בית קרוב לחומה ואין בו ממון כלל ואחד רחוק ויש בו ממון גובין מהרחוק ומהקרוב אין גובין כלום ואם אחד קרוב ואחד רחוק והרחוק הוא יותר עשיר מהקרוב נותנים בשוה וכ"ז הוא כששלום בארץ ויש אימת מלכות דהחומה אינה אלא מפני ליסטים ולכן הקרובים הם יותר בסכנה אבל בזמן מלחמה לא איכפת לן בקירוב בתים כלל דכשהשונא יגבר יכנסו בכל העיר וישללוה וגובין רק לפי הממון ואם באים על עסקי נפשות גובין החצי לפי נפשות והחצי לפי ממון ובשבח ממון גובין רק ממעות ומטלטלים דבבתים וקרקעות לא שייך ביזה ושלל ואם יש לחוש לגזילות בתים וקרקעות ושריפות ונתיצות בתים גובין לפי כל הנכסים וכ"ז היה בימים קדמונים אבל עכשיו גם בימי המלחמה שומרים המלכים את התושבים שלא יאונה להם כל רע וכ"ש בזמן שלום :

ז כל מה שגובין לפי הממון הולכין אחר רוב הממון ולכן לעניין דיעות נחשבים העשירים רוב דיעות אף שהם מיעוט נפשות נגד האחרים ואין יכולין האחרים לעשות דבר שלא מדעתם אמנם גם העשירים לא יוכלו לעשות דבר שלא מדעת המרובים ונחשבים כמחצה על מחצה וצריכים להתפשר אם יש איזה סיכסוך ביניהם [סמ"ע] ולכן פסק בעל תה"ד בציבור שהוטל עליהם מס ובררו חמשה אנשים שיעשו ההערכה והיה בהציבור שני עשירים ורצו שיבררו בהחמשה אנשים שנים שיש להם שייכות אליהם והציבור לא רצו ופסק דהדין עם העשירים דכיון דהרוב מהחמשה לא יהיה להם שייכות עמהם ושנים יהיה להם שייכות יצא יותר לאמיתו ודווקא שהשנים יהיו אנשי אמת ולא בעלי תחבולות :

ח כשגובין לפי ממון אין חילוק בין ממון שלו לממון של

של אחרים שעוסק בהן כיון שמרויח בהן ואפילו נהגו שלא ליתן מזה מ"מ יכולים לשנות ולקצוב ליתן מהן מס מהיום והלאה ויש חולקין וס"ל דא"צ ליתן מממון של אחרים דהשר אינו מטיל מס רק לפי ממון של עצמם ולא מה שבידם של אחרים ואם מתייראים שעושים להם עין שע"י זה מרבה להם המס יכולים להגיד להשר ואם יאמר שלא ירבה המס בעד זה הרי אין להם הפסד ורבינו הרמ"א כתב דהמנהג בסברא הראשונה ונראה הטעם משום דגם השר אינו יודע בבירור הממון של עצמם אלא שרואה לפי המסחור ולפ"ז מי שיש בידו עיסקא מאחר יתן המקבל ממחצה והנותן ממחצה כיון שחולקין בהריוח וכן צריכין לתת מס ממה שיש לאשה ממון שאין לבעלה רשות בהן שאינו אוכל הפירות [ס"ך] והממון הולך בעסק דאם הוא אוכל פירות עליו ליתן וכן ממה שיש לבניו ולבנותיו הקטנים דכיון שממונם בעסק מרבה עין והאב אינו מקבל הריוח מקבלים מהם עצמם וממעות נדוניא כשהם ביד שליש והולך בעסק או בהלואות צריכים ליתן מהם מס [סמ"ע] ומי שיש לו חובות מאחרים אם עומדים להפרע נותן מהם אבל ממון שצריך לשפוט עליהם אף שיכול להוציאם א"צ עתה ליתן מהם כלום [סס] כיון שעדיין אינו ממון ברור וכן ממון שנתחייב לאחרים מנכין לו מן המס וכן א"צ ליתן מריבית שעלה על משכנות כל זמן שלא נזקף על הקרן וכן שכירות שלא בא עדיין ליד המשכיר אין נותנין מהן וכן אין נותנין ממעות המיוחדין למצוה או לצדקה אם אין לו ריוח מהם אבל אם יש לו ריוח או לזרעו אחריו נותן כפי ההנאה שיש במעות אלו ומי שיש לו פקדון ביד אחרים ואינו נושא ונותן בהם י"א שחייב ליתן מהם מס אף שנותן ג"כ במקום שהפקידן דהשר אינו חושש במה שאינו מרויח בהם ויש חולקין דס"ל דהשר אינו נותן עין רק על ממון של מסחור או הלואות אם לא שהוא עשיר מופלג שאז עין השלטון עליו בכל עניין וכתב התה"ד דהמנהג כסברא הראשונה [סס] ולכולי עלמא אם היה לו קרקעות במקום אחר אינו נותן מהם כלום דקרקע אינה משועבדת רק להשר שהקרקע היא תחת רשותו [סגר"ה] :

ט כבר נתבאר בסעי' ו' דממון שאינו מטלטלין אין גובין כלל ולכן מבתים וקרקע שאינו מרויח בהם א"צ ליתן מהם מס אבל אם יש לאדם שנים או ג' בתים ודר באחד מהם ומשכיר השאר וכן שדות וכרמים שמרויח בהן דינן כסחורה וצריך ליתן מהן מס רק לא כממון של מסחור מפני שבזה הריוח מעט וכשנותנין מס מבתים כל בית החשוב יותר צריך ליתן יותר מפני שהיא עושה עין יותר מיהו צריך לחשוב גם לפי ההכנסה [כ"ל] ובכ"ז הולכין אחרי המנהג ואם רוצים בעלי כיסים לקצוב מס על הבתים במקום שאין נותנין אין שומעין להם וכמו שאין נותנין מבתים שאין מרויחין מהם כמו כן אין נותנים מכלי בית וספרים ובגדים וזה שכתב רבינו הרמ"א דנותנין מס מתכשיטין אבל לא כל כך כמו משארי ממון ואין חילוק אם הם מחוברים לבגדים או לא והכל לפי המנהג עכ"ל זהו כשדרך להרויח בהן אם היה בא לידו איזה סחורה בזול היה מוכרן ומרויח בהן [לבוש] אמנם כשאין דרך זה האיש לעשות כן א"צ ליתן מזה כלל [כ"ל] :

י המס גובין או ע"פ הערכה משמאים הנבררים שיעריכו את כל אחד או ע"פ השבועה שכל אחד ישבע כמה יש לו ויתן לפי ערך המס המגיע על ממונו וזה תלוי במנהג המקום וכשנותנין ע"פ הערכה אין הנערך יכול לומר שהמעריכין טעו וכן הקהל אין יכולין לומר שטעו ושמאוהו מעט דהתקנה היתה שבשומת המעריכים כן יקום ואינם נביאים לידע האמת [סמ"ע] ואם יהיה ביכולת לומר עליהם שטעו לא תצא לעולם שום הערכה ובלבד שיעריכו באמונה בלי נשיאת פנים ובלי שנאה ומי שעושה כן יודע נסתרות יפרע ממנו ובמקום שנותנים ע"פ שבועה יכול לומר שטעה ואף דחזקה שאין אדם נשבע עד שיודע האמת מ"מ כשמברר דבריו ונותן אמתלא למה טעה שומעין לו ופוחתין לו מהמס ובמקום שנותנין ע"פ שבועה ואחד אומר אין רצוני לישבע ותעריכו אותי כרצונכם י"א שאין שומעין לו ויכולין לומר אין ביכולתינו לעמוד על הערכתך וממילא כשאומר תעריכו אותי כערך היותר גדול הנראה לכם אין כופין אותו לישבע [כ"ל] וכתב רבינו הרמ"א אם היו רגילין תחלה לתת ע"פ הערכה יכולין לשנות ולתקן ע"פ השבועה דהם כשותפין זה עם זה בעסק המסים שיכול כל אחד להשביע את חבירו בשבועת השותפין עכ"ל וכ"ז היה בזמן הקדמון ועתה לא שמענו מעולם ליתן מס ע"פ שבועה :

יא וכתב רבינו הרמ"א דאם שמו המס על כל אחד מהם מה יתן והתחילו לגבות מאותו שעה הוי על כל אחד כחוב ואפילו העני אח"כ חייב ליתן מה שפסקו עליו וכן אם היה עני והעשיר הולכין תמיד אחר זמן הגבייה עכ"ל ולאו דווקא התחילו לגבות אלא דאורחא דמילתא כן הוא שמתחילים לגבות מיד אבל מן שעת השומא הוי כחוב גמור וגם בעני והעשיר הולכין אחר שעת השומא [ע"ז] מיהו מי שבא לעיר בין הזמן שנתחייבו במס ההוא שהיו כבר חייבים איזה חוב להשר ובין זמן השומא י"א דא"צ ליתן חלק בהמס הזה מאחר שהקהל כבר נתחייבו בעוד שלא היה בכאן ואין רשות ביד הקהל להתנות עליהם שיתנו וי"א דאם המס ההוא תועלת הבאים כגון שהקהל חייבים מתחלת השנה ליתן במשך השנה סכום כך וכך חייבים ליתן חלקם אף שבאו לאחר התחלת השנה [סס] וכל

ענייני

ענייני מסים הולכין אחר מנהג הקבוע בעיר שעשו כן ג' פעמים ואין מדקדקין הרבה בענייני מסים :

יב כתב רבינו הרמ"א קהל שהלוו לשר ואמר לנכות להם בענייני מסים ואח"כ לא רצה ונתייאשו מן החוב ומת וקם בנו תחתיו וניכה להם הקהל הם כזוכים מן ההפקר ואינן צריכין לשלם חלק לאותם שהיו עשירים בזמן ההלואה וירדו מנכסיהם עכ"ל אלא מחשבין על המס ההוה ההוא ואע"ג דנתבאר בסי' צ"ח דאין יאוש מועיל בחוב זהו מפני דאמרינן שאין זה יאוש גמור דכן ביאר בסי' רס"ב סעי' ה' דהואיל שכל חוב הוא ספק אי משתלם או לא לכן אף שאמר וי להסרון כים לא הוי יאוש גמור וזהו דווקא בסתם חוב שאינו ידוע בבירור שהוא אבוד אבל בכה"ג דיד השר על העליונה הוי יאוש גמור ויש חולקים דגם זה אינו יאוש גמור דמצוים בעלי זרוע ליפול כמ"ש בסי' קי"א [סמ"ע] ויש חולקים בעיקר הדין וס"ל דבשום חוב לא מהני יאוש [ש"ך ונה"מ] רק בנידון זה דהשר כיון שיכול לקצוב מסים כרצונו בזה שפיר הוי יאוש [נה"מ] ואין זה בגדר חוב וי"א דמהני יאוש בחוב [תו"ת בסי' ס"ס וקצה"ח] והדעת נוטה דאין יאוש מועיל בחוב דהא אפילו בגניבה וגזילה קיי"ל דיאוש לא קני כמ"ש בסי' שנ"ג רק באבידה מועיל יאוש משום דבהתירא אתי לידיה [ב"ק ס"ו.] והתורה התירה לו אבל בחוב שעכ"פ דין מחוייב לשלם לא גרע מגניבה וגזילה ואמרינן דוודאי יתאמץ הלוה לשלם והרי באבידה עצמה אם בא לידו קודם יאוש אינו מועיל היאוש דהוה יאוש שלא מדעת וכ"ש בחוב ואיך יועיל יאוש בדבר שתלוי ביד אחרים והם מחוייבים לשלם ואף אם העני אולי יתעשר ואם נעשה רשע אולי ישוב בתשובה [ומספ"ג דגיטין אין ראיה דהתם א"ל לקבל מסכן ומסכי מיאוש ודו"ק] :

יג כתבו הראשונים דכל מה שהיו מעלילין על ישראל ואפילו המרה ומענין אותם ביסורין גובין לפי ממון דעיקר הכוונה הוא על הממון ויש חולקין דכל שיש בזה סכנת נפשות אפילו רק גזרו שלא למכור לחם ליהודים או אסרו השחיטה וכדומה גובין לפי נפשות ודבר זה תלוי לפי העניין והעלילות אינן שוות ופעמים הן עבור ממון ופעמים עבור נפשות וזהו הכל בימים קדמונים ולא בזמנינו שהמלכים מגינים עלינו מעלילות וחבורה ההולכת במדבר וטעו ויש סכנת נפשות גובין לפי הממון ולפי הנפשות ושומרי העיר ששומרים בעצמם בלילות ונתפשרו עם המושל לתת קצבה לשנה גובין לפי ממון אף שמקודם הוצרכו לשמור כולם בשוה מפני שהמושל נתפשר בממון [לבוש] ודווקא בכה"ג שנתפשרו עם המושל אבל אם האחרים שומרים בעצמם ויש חבורה ששוכרין במקומן לשמור עדיין אקרקפתא דגברי מונח וגובין מכולם בשוה ובמקום ששוכרין תמיד שומרים פשיטא דהוי לפי ממון במקומותינו שעיקר השמירה הוא מגנבים :

יד במקום שבני העיר מושיבין ביניהם מלמד תנוקות לת"ת ואין אביהם של התנוקות יכולים לשכור לבניהם מפני עניותם והקהל צריכין ליתן שכר לימודים כמו בת"ת שבמדינתינו גובין לפי ממון דעל העשיר מוטל יותר וכן בשכר החזן וע' בא"ח סי' נ"ג וכן בניין בהכ"נ גובין לפי ממון וכל צרכי העיר אע"פ שמקצת אנשי העיר א"צ לזה כגון בית חתנות לחתנים במקום שנהגו או מקוה וכדומה שהזקנים אין צריכין לזה מ"מ מחוייבין ליתן חלקם כיון שזה הוא מצרכי העיר וכמו מי שיש לו חצר בעיר אחרת שצריך ליתן על חפירות בורות לשתיית מים אף שאינו שותה מהן [הגר"א] וכן מי שיש לו מקום בבהכ"נ אף שאינו מתפלל שם מ"מ צריך ליתן על כל תקוני בהכ"נ ובכל דברים הקבועים כמ"ש בסעי' ג' לעניין צרכי העיר אבל בדברים שאינם קבועים א"צ ליתן ותלוי בראיית עיני ב"ד מה המה דברים קבועים ואינם קבועים [נ"ל] :

טו כל הדברים הצריכים לשמירת העיר לוקחים מכל אנשי העיר אפילו מיתומים לבד מת"ח שא"צ שמירה ותורתו משמרתו כמו שכתוב בשכבך תשמור עליך אבל לתיקון הדרכים והרחובות ובורות מים לוקחין אפילו מת"ח ואם כל העם יוצאים ומתקנים בעצמם לא יצאו ת"ח עמהם שגנאי הוא לזלזל א"ע בפני ע"ה ואין גובין מהם אף לשכור במקומן כיון דאין שוכרים שעושים בעצמם וע' ביו"ד סי' רמ"ג ואם היו חופרין חפירות למים לשדות העיר גובין אף מיתומים וכ"ש מת"ח שזכות הוא להם שישקו ממנו שדותיהם וכרמיהם וכן אם אירע סיבה שלא באו המים מחזירין להיתומים מה שלקחו מהם דאיגלאי מילתא שחוב הוא להם ואין חבין לאדם שלא בפניו ויתומים קטנים כשלא בפניהם דמי וממסים פטורים ת"ח כמ"ש ביו"ד שם ות"ח נקרא מי שתורתו אומנתו ואף שיש לו אומנות או מסחור להתפרנס בו כדי חיותו ולא להתעשר ובכל עת שהוא פנוי ממלאכתו או מעסקו חוזר ללימודו ולומד תדיר נקרא תורתו אומנתו [טור] ויש מקומות שנוהגים שחזן בהכ"נ פטור ממסים וכן ראוי לנהוג וכן כל המתעסקים בצרכי מצות מיהו מדינא אינו פטור רק ת"ח ואם שכרוהו מתחלה לפטור ממסים ובכלות זמנו שכרוהו סתם וודאי על תנאי ראשון שכרוהו כמ"ש בסי' של"ג וכבר נתבאר שזה שת"ח פטור ממס זהו רק במס כללי שהוטל על העיר אבל אם הוטל על כל איש לפי הגולגולת גם ת"ח חייב [טור] וזה שנתבאר ביתומים כשלא מצאו מים שמחזירין להם מה שלקחו מהם ה"ה בכל הצרכים שנוטלין מהם ולא יצא לפועל אותו הדבר מחזירין מה שנטלו מהם

מהם

מהם אף שכל ההוצאות מכל העיר נאבדו בעניין הזה :

טז אדם שהוא בטל ואין לו שום משא ומתן בעיר עכ"ז חייב במסים דהא עושה עין ואפילו כשבני העיר פייסו בשבילו כגון שבא גובה המס לגבות חוק הקצוב והוא מטילו על בני העיר לפי אומד דעתו עד כדי קצבתו וא"ל בני העיר אדם זה בטל הוא ואינו ראוי לפרוע מס ומחמת זה פטרו וגובה מהם חלקו שנתמעט צריך לשלם להם חלקו שהטיל הגובה עליהם כשיש מבני העיר שמקפידין בכך דהא עכ"פ עשה עין בעת הטלת המס ואף שפייסו בשבילו מ"מ כיון שלא פעלו שינכה מהעיר חלקו אלא הטילה עליהם ולמה ישלמו בעדו אבל אם מעצמו פטרו הגובה שלא בבקשת אנשי העיר וגם שלא בבקשתו אף שהטיל חלקו על העיר אין גובין ממנו כיון שהיתה בלי השתדלות סייעתא דשמיא הוא וזכה בזה ואם ניכה חלקו בין כך ובין כך פטור וכ"ז כשפטרו הגובה של השר קודם שקבע המס שכך וכך יתנו אנשי העיר אבל אחר שקבע את המס ואח"כ פטר אותו חייב ליתן חלקו בקהל שכבר נתחייב להם ואין בידו לפוטרו אא"כ פיחת חלקו ושמא תאמר דאיך נוכל לידע קודם קביעת המס אם פיחת חלקו אם לאו כגון שבעת שקבע את המס אמר השר או הגובה שלו המס הוא כך וכך לפי חשבון העיר אלא שאני פוחת מעט מפני זה [כ"ל] וזה שאדם בטל חייב במס היינו כשדר בעיר אבל מי שיבא דרך מקרה לעיר אינו חייב כלום מאחר שאינו מרויח שם וגם אינו עושה עין כיון שאינו בקביעות בעיר ובעל עסק שהשר מחל לו חלקו במסים ופיחת חלקו מהקהל אם היתה ע"י בקשתו צריך ליתן להקהל חלקו דכל הקהל דינם כשותפים ושותף אינו חולק משותפיו בלא ידיעתם כמ"ש בסי' קע"ח לעניין מכס ואם מעצמו פטרו הרי הוא שלו אף לאחר קביעת המס דדווקא באדם בטל אם ניכה חלקו פטור בכל עניין כיון שאינו מרויח בעיר אבל בבעל עסק אף כשניכה חלקו ע"פ בקשתו שייך לכולם אא"כ פטרו השר מעצמו וי"א שקודם שנתפשרו הקהל עם השר אין כח ביד השר לפטור אחד מהם דאולי מכביד בזה על האחרים וכן אינו יכול להקל על אחד ולהכביד על אחד או להפרידן זה מזה אבל אם כבר נתפשרו עם השר ומחל לאחד חלקו וניכה זה מהקהל הוי שלו וא"צ ליתן להקהל אפילו כשהיתה ע"י בקשתו ומה שבאדם בטל עדיף קודם הטלת המס משום דמסתמא אינו מכביד בזה על אחרים כיון דאדם בטל הוא משא"כ בבעל עסק ולפ"ז לדיעה זו באדם בטל א"צ לידע אם ניכה חלקו כמ"ש אלא דמסתמא הוה כניכה חלקו [כ"ל] ואחר הטלת המס שניהם שוים לדיעה זו דאם ניכה חלקו גם בבעל עסק פטור ואם לאו שניהם חייבים ומי שפטרו השר ממסים וארנוניות באופן המועיל מ"מ בשארי צרכי העיר חייב ליתן כמ"ש בת"ח ויחיד שנותן חוק להשר בפ"ע מפני אומנתו או מטעם אחר מ"מ צריך ליתן עם הקהל אא"כ השר אומר אני מפרידו מהקהל ואגבה ממנו בפ"ע ובלבד שהוא בעצמו לא יפתח לבקש כן מהשר או שלוחו וגם הי"א מודים בזה דכיון דמטיל עליו בפ"ע ניכר שלא יכביד בעבורו על הקהל [ככ"ל דהל"כ סי' לו לסרמ"ח לבה"ר] וכל מה שנתבאר הוא במס הכללי הקצוב אבל במס שאינו קצוב ביכולת השר להפרידן או לחברן כרצונו ואין רשות לשום יחיד או קהל לגרום עם השר לחבר איזה קהל או להפרידן אם הדבר מזיק לאחרים ואם עשו כן יש להם דין מלשין אך רשאין לומר אנחנו מועטין או חסירי פרנסה וכדומה לזה לבקש חנינה על עצמם והשר מה שירצה יעשה אבל לא לגרום נזק לאחרים :

יז הקהל שותפים זה עם זה במסים הקצובים ולא בעלילות ואם היה עלילה על אחד או על מקצת הקהל אין אחרים חייבים ליתן לזה ואפילו היתה העלילה על כולם אך שקצתם ברחו או נפטרו בחכמתם פטורים כיון שאין זה מס אלא עלילה בעלמא וע' מ"ש בסי' קכ"ח ואם לפי הנראה תתפשט העלילה גם על אחרים חייבים כולם ליתן ואפילו באה עלילה על עיר אחת כל הקהלות אשר יש לחוש שחלילה גם עליהם תעבור כוס חייבין ליתן לזה כן פסקו רבותינו הקדמונים לפי זמנם שהיה העלילות מצויות וכן גם עתה בארצות ברבריא ובני המדינה שהיו שותפים בנתינת מסים ואח"כ נתן השר קצת המדינה לבנו אם המס בא ליד הבן נתפרדו זה מזה ואם המס עדיין בא להשר הזקן השותפות קיים כבראשונה אע"פ שבנו של השר מושל על קצתם ומי שתפסו השר והוצרך לפייסו בממון הרבה וע"י כך פטרו ממסים פטור לתת עם הקהל כיון שפטרו מעצמו ואפילו להי"א שבסעי' הקודם דכיון דלקח ממנו ממון הרבה בוודאי דלא יכביד בשבילו על האחרים [נ"ל] אבל אם עובד לשר וע"י כך פטרו חייב ליתן חלקו והשר שמטיל על שנים או ג' אנשים ממון או שאר דבר ויש לאחר כח להשתדל בעד אחד מהם למלטו מזה ולפוטרו אם אין הדבר ברור שע"פ פטורו של זה יכנים איש אחר תחתיו רשאי לעשות כן אבל אם ברור שיכנים אחר תחתיו או שיטיל על הנשארים כגון שכבר פרסם בשם אסור לאיש אחר להשתדל בזה אבל אם לא פרסם עדיין בשם ואינו ידוע על מי יטיל הדבר כגון שצוה לעשות גורל או שבעצמו יברור אחר זמן ביכולת להשתדל שיפטור את פלוני מזה כיון שלא נפרטו עדיין [ס"ך ורלו' ממפיבושת] י"א שאם הוצרכו להוציא הוצאות שיעזור להם השר בשטרי חובותיהם לגבותם אותם שאין להם שטרות פטורים מליתן על זה ואינו דומה לצרכי העיר וקהל שפטרו לאחר ממסים פטור כיון שקבלו עליהם חלקו ומחילה א"צ

א"צ קניין ולבד זה כל דברי הקהל א"צ קניין דהוה כאלו נעשה בב"ד ואין בזה חזרה [לבוש] מיהו יכולין הקהל לומר שלא פטרוהו רק לשנה ולא לעולם ונאמנים בזה וע' בסי' ס' מדיני תקנת הקהל ובסי' רל"א מדיני תקנת בני העיר ואם פטרוהו לזמן קצוב ומת בתוך הזמן חייבים היורשים לפרוע מזמן מיתתו דלדידיה פטרו מפני איזה טעם שהיה להם ולא ליורשיו אא"כ פירשו מפורש גם ליורשים או שפטרו נכסים אלו על כך וכך שנים אבל אם פטרו אותו אין יורשיו בכלל וכיוצא בזה בשארי עניינים ונמצא בתקנות קדמונים שלא להוציא טלית או ספר מבהכ"נ בלי רשות בעלים וספרים של בהכ"נ בלי רשות הממונה וללמוד שם שרי וכן ללבוש טלית של אחר באקראי מותר אף שלא בידיעה דניחא ליה לאינש למיעבד מצוה בממונו בדבר קל כזה ומ"מ להוציאו מבהכ"נ שלא בידיעת בעלים אסור עוד נמצא בתקנות דמי שאינו נושא בעול עם הציבור כגון שהוא עני אין לו להיות גבאי כדי להוציא עצמו מחשד שיאמרו שמעלים ממון כיון שעני הוא ועב"ז יכול להכריח לאחרים בעלי יכולת ליתן מס או צדקה אף שבעצמו אינו נותן כיון שאנוס הוא רחמנא פטריה ומי שיש לו חנות או מסחור בעיר אחרת שאינו דר שם צריך לשלם מס דהמס הוא מהממון ולא מהנפשות ובמקום ששם הממון שם חיובו [רבינו ב"י בסי' קנ"ו] וכן צריך ליתן בכל צרכי הקהל ובכל צרכי העיר :

סימן קסד [בית ועלי' של שנים מה יש לכל אחד לתקן ובו ח' סעיפים] :

א הבית והעליה של שני שותפים או יורשים שחלקו זה נטל בית וזה עליה כל קילקול שיארע בכתלים מן התקרה ולמטה חייב בעה"ב לתקנו ואם אינו רוצה לתקן כופה אותו בעל העליה במה שיוכל לירד לנכסיו או בשארי דברים אבל אין לו תקנה לירד ולדור בבית כבסעי' ה' דכיון דנתקלקלו הכתלים אינו ראוי לדירה [סמ"ע] ומן התקרה ולמעלה מתקן בעל העליה אם ירצה ולהבעל הבית אינו נוגע זה אם לא שיש סכנה להבית כשלא יתוקנו כותלי העליה ותפול על הבית דאז כופה בעה"ב את בעל העליה לתקנם [ט"ז] והתקרה בעצמה היא של בעה"ב ועליו הוצאות תקונו והמעזיבה שעליה היא של בעל העליה ועליו הוצאת תקונה לפי שבעל העליה אומר לבעה"ב כשם שאתה עומד בקרקעך כמו כן העמידיני בקרקעי שהיא התקרה [טור] וכשם שאני מתקן הגג שעלי כך עליך לתקן הגג שעליך ונהיה שנינו שוין בהוצאה [סמ"ע] אבל המעזיבה על בעל העליה לתקן ואע"ג דבשוכר עליה מחבירו צריך המשכיר לעשות לו גם המעזיבה כמ"ש בסי' שי"ד מפני שמעזיבה אחזוקי תקרה היא [כרבנן דר"י ב"מ קט"ז.] מ"מ בשותפים שייך המעזיבה לבעל העליה [מ"מ] דלא כיש מי שחולק בזה [ע' לבוש שסותר מ"ש בעצמו שם] ולא הטילוה על בעה"ב כיון דנעשית גם להשות הריצפה להנאת העליון לכן עליו לתקנה ועוד דבזה החלוקה כהוגן דכשם שהקרקע של התחתון שייך לשניהם כמו כן הקרקע של העליון שייך לשניהם לזה התקרה ולזה המעזיבה [ול"ש קושית הסמ"ע ומ"ש דהיא לאשווי גומות ל"ע דהמחבר פוסק שם כרבנן] וי"א דאין בעה"ב חייב לתקן התקרה אלא בעל העליה יתקנו דמסתמא אדעתא דהכי נטל את העליה שהוא בעצמו יתקן קרקעו דהא יודע שהבעה"ב אינו חושש לתקרתו מפניי שגג העליה מגין עליו מפני הגשמים דהגג משועבד לשניהם ולכן בוודאי כשנטל את העליה גמר ברעתו לתקן בעצמו קרקע עליתו [טור] ורבינו הרמ"א הכריע כדיעה זו וכל צרכי הגג חייב בעל העליה לתקן ג"כ וזהו דווקא בשני שותפין אבל בשוכר עליה על המשכיר לתקן התקרה ועל השוכר לתקן המעזיבה לדיעה זו דס"ל דהמעזיבה אינה לאחזוקי תקרה אלא לאשוויי גומות והוה כמו להטיח גגו שנתבאר שם שעל השוכר לעשות דאינו מעשה אומן [כר"י שם ופלוגתתם בשוכר דבשותפים הכל על העליון כמ"ש הרא"ש ותמיהני על הרמ"א שלא הגיה כן בסי' שי"ד] :

ב נדלדלו קורות הבית וירדו לאויר הבית אם הגיעו לתוך עשרה טפחים התחתונים דאין שם שום רשות לבעל העליה סותר הבעה"ב את התקרה דעליו לבנותה לדיעה הראשונה ואין לבעל העליה לעכב עליו ואם לא הגיעו לעשרה טפחים התחתונים יכול בעל העליה לעכב עליו שיאמר איני רוצה לצאת מעלייתי כיון שאני יכול לדור בה ואפילו א"ל הבעה"ב אשכור לך מקום לדור בו עד שאתקן התקרה ואפילו אינו משתמש בה אלא בעצים יכול לומר לו אין רצוני להטריח א"ע ממקום למקום בשביל שתתקן ביתך ואם התנו ביניהם שמתי שתתקלקל תשמיש הבית מחמת דלדול הקורות יהיה לו רשות לתקן יש בזה שיעור אחר אם נשאר בגובה הבית כדי שיקח אדם חבילה בינונית על ראשו ויכנס בה תחת קורות אלו שנתעקמו אינו סותר דעדיין ראוי לתשמיש ואם אינו יכול ליכנס בחבילה זו תחת הקורות עד שיכוף ראשו סותר ומתקן ובונה ואין בעל העליה יכול לעכב וכ"ז הוא לדיעה ראשונה אבל להי"א כשנתקלקלו הקורות כפי שנתבאר חייב בעל העליה לבדו לתקן [כס"ג] ואם הקורות לא נדלדלו אלא שהושפלה התקרה מחמת שנכנסו כותלי הבית בארץ והגיעה התקרה עד פחות מי' טפחים הוצאת ההגבהה על שניהם לדברי הכל כיון שהכתלים מהבית והעליה ירדו ממקומם על שניהם לתקן דאין הקילקול בהקורות ואם הקורות עדיין למעלה מי' יכול העליון לעכב כמו שנתבאר

שנתבאר ובתנאי הדין ג"כ כמ"ש וכן אם נתקלקלו היסודות שהבית עומד עליהם על שניהם לתקנו [נס"מ] דהא גם העליה עומדת עליהם וכן מבואר בירושלמי וכותל שבין ראובן לשמעון והיא של אחד מהם יכול לסתרה כשירצה ואין השני יכול למחות ונתבאר בסי' קנ"ד ע"ש ואם הכותל רעוע אע"פ שהיא של שניהם יכול אחד מהם לסתרה והשני חייב ליתן חלקו דכותל רעוע מצוה לסותרה :

ג נפלו שניהם הבית והעליה הרי שניהם חולקים בעצים ובאבנים ובעפר וכפי מה שאחד גבוה יותר נוטל יותר ואם נשתברו מקצת האבנים רואים איזו ראויות להשתבר דאם נפל למרחוק העליון משתבר יותר ואם נפלה תחתיה התחתון משתבר יותר ובזה יוכלו לדעת של מי הם הנשברים ואם אינם יודעים כיצד נפל כגון שנפל בלילה ופינו את האבנים משם חולקים האבנים השלימות והשבורות ואפילו הן ברשותו של אחד מהם לא נחשב מוחזק דשותפין לא קפדי אהדדי ונחשב כמונחים ברשות שניהם [טור] :

ד היה אחד מהם מכיר מקצת האבנים והם שלימות והשני מודה לו בכולן או במקצתן ועל השאר אומר איני יודע נוטלן אפילו הן גדולות וטובות מכל האבנים מפני שזה שמודה במקצתם ועל השאר אומר איני יודע ה"ל מחוייב שבועה דהא מודה מקצת ואינו יכול לישבע כיון שאומר איני יודע ומשלם כמ"ש בסי' ע"ה ואע"ג דנתבאר שם דלא אמרינן זה אלא במקום דה"ל למידע ע"ש בכאן ה"ל ג"כ למידע דרגיל האדם ליתן דעתו על אבניו ולהכירם [סמ"ע] ועכ"ז אין השני נוטל שבורות כנגדן דמי יודע שמא גם של השני נשארו שלימות במספר הזה ולכן גם השני נוטל שלימות כנגדן כמספר שהראשון נטל ואין נ"מ רק במה שאלו טובות מאלו ומה שישאר אח"כ יחלוקו בשוה אמנם אם אין מספיק כל כך שלימות לפי מספר שנטל הראשון מפסיד השני [סס] וכ"ז הוא כשהשני קילקל מקצת האבנים שעל הראשון ליקח וחייב לשלם לו בדמים דאל"כ ה"ל הילך ואין כאן חיוב שבועה דמודה מקצת [נס"מ] ואם השני מכחישו ואומר שלי הם האבנים יחלוקו ואם השני אומר של שנינו הם וזה אומר כולם שלי יטול זה ג' חלקים וזה רביע כדין שנים אוחזים בטלית שבסי' קל"ח דהא חזקתן שוה ואין בזה דין כל דאלים גבר כיון דיש בזה דררא דממונא דבלא טענותיהם יש ספק לב"ד ולכן אין דנין בכה"ג כל דאלים גבר כמבואר שם ויכולים להשביע היסת זה לזה [נ"ל] :

ה אמר בעל העליה לבעה"ב לבנות ביתו כדי שיבנה עליתו ע"ג והוא אינו רוצה הרי בעל העליה בונה את הבית כמו שהיתה ודר בתוכו עד שיחזיר לו בעה"ב כל הוצאותיו ואח"כ יצא ויבנה עליתו אם ירצה ואין זה ריבית כשמקבל מעותיו מה שדר בו עד עתה בעבור מעותיו כיון דהקרקע משועבדת לו נ"כ זכה בדין לבנות ולדור שם כשאין שותפו חפץ ולא דר בו משום מעותיו אלא דממילא כשמחזיר לו מעותיו חוזר שיעבודו להעליה וגם אין כופין להבעה"ב שיבנה ביתו כבסעי' א' כיון דאפשר לו לבעל העליה לדור בהבית משא"כ בשם ואם אין אחד מהם יכול לבנות וחולקים את הקרקע נוטל בעל העליה שליש הקרקע ובעה"ב שני שלישים דכך אמרו חז"ל שעליה מפסדת שליש חיזוק הבית כגון אם בלא העליה היתה עומדת ל' שנה אם יש עליה ע"ג לא תעמוד רק ך' שנה וכן אם מוכרים את הקרקע חולקין בהדמים לזה שני חלקים ולזה חלק אחד ואם אחד רוצה לקנות מחבירו חלקו כפי שומא זו יכול ליקח ואין השני יכול למכור לאחר דהרי הוא שותפו ובר מצרא אבל דינא דגוד או איגוד אין כאן כיון שיש כדי חלוקה כמ"ש בסי' קע"א ואם אחד רוצה למכור חלקו והשני אינו רוצה לא למכור את שלו ולא ליקח חלקו של השני מוכרה לאחר ויהיה הקונה שותף במקומו עם השני :

ו רצה בעה"ב לבנות ביתו בוניהו כשהיה ואם בא לשנות בהכתלים אם חיזק אותם והרבה ברחבם יותר ממה שהיה שומעין לו אבל אם רצה למעט ברחבם או לפחות מחיזוקם כגון שהיו מקודם של אבנים ועתה רוצה לעשות מלבינים וכיוצא בזה אין שומעין לו וכן אם בא לשנות את התקרה בקורות כבידים וחזקים ממה שהיה שומעין לו ולפחות ממה שהיה אין שומעין לו וכן אם בא לרבות בחלונות ממה שהיה ויתרפו הכתלים או שבא להוסיף בגובה הבית ממה שהיה ויהיה טירחא יתירה לבעל העליה לעלות אין שומעין לו ואם רצה למעט בחלונות או בגובה שומעין לו :

ז וכן בעל העליה בונה עליתו כמו שהיתה אם ירצה ואם בא לשנות בהכתלים להרחיבן ולהחזיקן ממה שהיה אין שומעין לו מפני שהוא מכביד על כותל התחתון ולמעט שומעין לו וכן בקורות תקרה העליונה אם שינה אותם לקלים ממה שהיו שומעין לו ולכבדים מהם אין שומעין לו ואם הרבה בחלונות או שמיעט בגובה העליה שומעין לו ולמעט בחלונות ולהרבות בגובה אין שומעין לו מיהו י"א דכל שאין ההקפדה רק בכובד הבניין אם היה שמה המנהג שזה בונה בארזים וזה בשקמים וכל כיוצא בזה הולכין אחר המנהג ויכול כל אחד לשנות ואין קפידא בזה ורק לשנות בעובי החומה אין יכולים דזהו עיקר החזקת הבניין אבל בכבידות אין קפידא אם לא שאין נוהגים כלל במה שזה בא לשנות וי"א עוד שכל זה הוא כשלקחו או ירשו זה הבית וזה העליה אבל כשבנו מן ההפקר או שלקחו קרקע ובנה זה בית וזה עליה [רק"ס] יכולים לשנות שהרי בתחלה אם היה רוצה

היה

היה בונה כל מה שירצה ולכן גם עתה יכולים לשנות ואין להשני טענת חזקה שהיא כחזקה שאין עמה טענה ודיעה זו ס"ל דלכל החזקות בעינן ג' שנים וטענה כמ"ש בר"ס קנ"ג [סגר"ח] :

ח יש מי שאומר דדווקא בבית ועליה אין לבעל העליה להכביד מפני שכל אחת מיוחדת לאחד לבדו ואין לו רק שיעבוד על הבית שתעמוד עלייתו על כותליה אבל בכותל שבין שתי חצירות שהמקום והאבנים של שניהם כל אחד בונה ומגביה ומכביד כמו שירצה ובלבד שלא יגביה כל כך שיתקלקל הבניין לפי ראות עיני הבקיאים ויש מי שאומר דזהו במקום שלא נהגו שותפים להקפיד בכך אבל אם נהגו להקפיד מעכב עליו ונתבאר בסי' קנ"ז ע"ש :

סימן קסה [מי שיש לו גינה על בית הבד של חבירו ובו סעי' אחד] :

א בית הבד שעושים בו שמן הבנוי בעובי ההר וגינה על גביו ונפחתו שמי בית הבד שהיא הכיפה בד' טפחים או יותר הרי בעל הגינה יורד וזורע למטה גינתו ויזרע דברים שא"צ לגשמים עד שיעשה בעל הבד לבית בדו כיפין ויתקן העליון קרקע גינתו והיינו שהוא יתן העפר [רס"י] ויזרע גינתו כבסי' קס"ד סעי' א' דעליון נותן המעזיבה והתחתון התקרה כמו כן בכאן התחתון עושה הכיפה והעליון העפר ואפילו להי"א שם דהעליון נותן הכל זהו מפני שבעה"ב א"צ לתקרת הבית דיש לו תקרת העליה אבל בכאן דבעל הבד צריך להכיפה כמו בעל הגינה מודים דהדין כן הוא כמ"ש ואפילו בשותפים הדין כן [טור] וכל זמן שאינו עושה הכיפה יזרע כולו למטה ואין אומרים שיזרע כולו למעלה ובמקום הפחת יזרע למטה דאינו מחוייב לטרות וליזרע בשני מקומות [גמ' סב"מ] :

סימן קסו [מי שנפל כותלו לגינת חבירו ובו סעי' אחד] :

א מי שהיה כותלו סמוך לגינת חבירו ונפל והכותל היה של אחד מהם דבגינה אין כופין לבנות כמ"ש בסי' קנ"ח ואינו רוצה לבנות הכותל עוד כופין אותו לפנות אבניו דמקלקל לו הגינה שאינו יכול לזרוע ואפילו אם א"ל לבעל הגינה פנה אותם ויהיו שלך אין שומעין לו אם הלה אינו רוצה בכך דבע"כ אין ביכולתו לדקנותו ואפילו נתרצה כל זמן שלא פינה אותם לא קנה לו רשותו אפילו מונחים כולו ברשותו וא"ל פנה אותם ויהיו שלך ואע"ג דחצירו של אדם קונה לו מ"מ בכאן לא קנה דאמרינן דלא בלב שלם הקנה לו ולא כיון אלא לדחותו שלא ידחקנו לפנות אבניו אבל אם עשה בעל הגינה מעשה ופינה אותם ע"פ דיבורו שא"ל פנה אותם ויהיו שלך וחזר זה ואמר תן לי אבניי ואתן לך הוצאות פניית האבנים אין שומעין לו דכיון דפינה ולא מיחה בו אמרינן דבלב שלם הקנה לו וי"א דדווקא כשפינה בפניו אבל שלא בפניו אין ראיה שהקנה לו ויראה לי שאם ידע שמפנה אבניו הוה כבפניו [וח"ס מ"ס סב"י על סטור וכוונתו כשידע ולא פליגי כלל ודו"ק] ואם לא ידע גם לדיעה ראשונה אינו כלום ויש שלמדו מדין זה בראובן שהיה לו משכון ביד שמעון ודחקו לפדותו וא"ל ראובן יהא שלך בעד מעותיך לא קנה שמעון שלא כיון אלא לדחותו שלא ידחקנו בפדיונו [כ"י סב"מ] וכבר נתבאר זה בסי' ע"ב סעי' נ"ד ושיש מפקפקים בזה ונתבאר שם דאם קנו מידו קונה מיד וכן בכאן אם קנו מידו שמקנה לו האבנים אין אחר קניין כלום ויראה לי דאע"ג דבכל ק"ס יכול להזור בו כשעדיין עס:קין באותו עניין כמ"ש בסי' קצ"ה מ"מ בכאן תיכף כשקנה זוכה לו חצירו :

סימן קסז [שתי גינות אחת גבוה מחבירתה ובו ב' סעיפים] :

א שתי גינות זו אצל זו וקרקעית האחת גבוה משל חבירתה וירק גדול באותו הגובה שבין התחתון לעליון וגידולו מעפר העליון באוירו של התחתון כל שהעליון יכול לפשוט את ידו וליטול את הירק מעיקרו הוא שלו אף שגם ידו של התחתון מגעת שם כיון דמעפרו של עליון הוא יונק ובלבד שלא יאנס א"ע לפשוט ידו יותר מדאי והשאר הוא של תחתון אפילו אם הוא בגובה עד שצריך לעלות בסולם כדי ליטלו דהטעם הוא דכל מה שלא יכול העליון ליטול שלא בדרכו אפקורי מפקר לה להתחתון מפני שגנאי הוא לו ליכנס לתוך של חבירו ללקוט הירק כיון שאינו גדל על קרקע שלו רק מצד קרקעו אין דרך בני אדם לעשות כן וממילא דהוא של התחתון מפני שבאוירו גדל וזכה לו אויר חצרו מפני שיונק מאוירו ואע"פ שידו של עליון מגעת עד למטה מ"מ מה שסמוך לקרקע התחתון פחות מג"ט שייך להתחתון דכל פחות מג' סמוך לקרקע כקרקע דמי ויש לו יתרון על העליון בהאויר ובקרקע שניהם שוים דלעליון גדל בקרקעו וגם אצל התחתון הוי כקרקעו ממש ואם מגיע העליון להעיקר ולא להנוף שהנוף כפופה למטה או שמגיע להנוף

להנוף ולא להעיקר יש ספק בזה למי מגיע הירק לפיכך יחלוקו כדין ממון המוטל בספק ואין שניהם מוחזקין בו ואם תפס האחד אין מוציאין מידו דהממע"ה [לבוש] :

ב אילן העומד על המצר אע"פ שהוא נוטה לתוך שדה אחד מהם כיון שהשרשים שוה בגבול שניהם וגם יונקים מאויר שניהם אין הנטיה כלום ושניהם חולקים בפירותיו אבל אם עומד בשדה של אחד מהם ונוטה לשדה אחר הולכין אחר עיקר השרשה והכל שלו ונתבאר בסי' קנ"ה ע"ש :

סימן קסח [שטף נהר זיתיו והמוכר זיתיו לעצים ובו ב' סעיפים] :

א אמרו חז"ל דבא"י אם שטף הנהר זיתי ראובן ושתלן בתוך שדה חבירו ואומר ראובן זיתי אני נוטל אין שומעין לו משום ישוב א"י ואמרו דראובן בוודאי יטע אחרים כיון שהיו לו זיתים ולחבירו כיון שלא היה לו עד כה אם יטלום לא יטע אחרים ולכן יעמדו במקומם ולעניין חלוקת הפירות אם עקרן הנהר בגושיהן בעניין שראויים להתקיים על ידן וממילא דאין ערלה נוהגת בהן יחלקו בהפירות בעל השדה עם בעל הזיתים כל ג' שנים הראשונים דאם לא אילני ראובן בגושיהן לא היה אוכל כלל בעל השדה אם היה נוטע זיתים מפני ערלה וכיון שגם רגבי ראובן גרמה שיאכלו הפירות יחלקום ביניהם ולאחר ג' שנים הכל לבעל השדה דהא אם היה נוטע אז היה אוכל עתה כל הפירות ואין לשאול דא"כ למה אוכל מחצה בג' שנים הראשונים והרי אם היה נוטע לא היה אוכל כלל די"ל דאף אם לא היה אוכל הפירות מ"מ כיון דהנטיעות היו דקות היה זורע תחתיהם דברים דקים והיה נהנה מהן וכשהאילנות היו גסים אין ביכולת לזרוע תחתיהן ורק לאחר הג' שנים צריך ליתן לבעל הזיתים דמי אילנותיו כמו שהיו שוים מתחלה כששטפן הנהר וי"א דצריך לשלם מיד [ע"ז] ואינו דומה לאבידה ששטפה נהר שמותרת בלא דמים כמ"ש בסי' רנ"ט דבאבידה וודאי מייאש א"ע משא"כ באילנות אין דרך להתייאש דלפעמים המים נושאם בקירוב מקום דלא כיש מי שחולק בזה ואם לא נעקרו בגושיהן ודינם כנטיעות שנוהג בהם ערלה אין לבעל הזיתים חלק בזה ונוטל דמי זיתיו כמו שעומדים לימכר לנטיעות וכ"ז אם רצון בעל הקרקע לעכבן אבל אם אומר טול אילנותיך שומעין לו דלכופו אין ביכולתינו ובחו"ל אם בא בעל הזיתים ליטול זיתיו בין תוך ג' בין לאחר ג' הרשות בידו :

ב המוכר זיתיו לעצים אם פסק עמו שיקוץ מיד כל הפירות שיעשו עד הקציצה הרי הן לבעל הקרקע מפני שמקרקעו נתגדלו ואם התנה עמו לקוץ כל זמן שירצה כל הפירות שיוציאו לבעל העצים דכיון דהרשהו לקוץ כשירצה היניקה ברשותו היא ואם מכר סתם אם עשו פחות מרביעית לסאה שהן זיתים רעים שאין בסאה מהם רביעית שמן חוץ ההוצאות הרי אלו של בעל הזיתים דאין דרך בעל הקרקע להקפיד עליהן ואם עשו רביעית לסאה חוץ מההוצאה יחלוקו דהם כשותפים קרקעו של זה וזיתים של זה ובשארי אילנות העושים פירות יש לשער ג"כ לפי ערך זה דאם עשו דבר מועט שאין בעל השדה מקפיד עליהן הרי הפירות של בעל האילן ובמכר מפורש דינם כמו בזיתים :

סימן קסט [מי שיש לו בור לפנים מבית חבירו וגינה לפנים מגינת חבירו ובו ב' סעיפים] :

א מי שיש לו בור לפנים מביתו של חבירו ויש לו דרך עליו שקנאו מבעה"ב זה ע"מ שיהיה לו דרך עליו או שחלקו בירושה באופן זה [סמ"ע] מ"מ אין לו רשות ליכנס שם אלא ביום בשעה שדרך בני אדם ליכנס ולא בלילה בשעת ששוכבין דמסתמא לא נתרצה לו שיקום ממטתו לפתוח לו ואף גם ביום אין לו רשות לבעל הבור להכנים שם בהמותיו אלא ממלא ומוציא לחוץ דמסתמא לא נתרצה שזה יכנים הבהמות לשם וכל אחד מהם עושה מפתח לבור שלא יכנס אחד בלא ידיעת חבירו דבעל הבור עושה כדי שלא ישאב בעה"ב מימיו ובעה"ב עושה כדי שלא יתייחד זה עם אשתו ואם לא יהיה להבעה"ב מפתח להבור לא יתפס כחשוד בכניסתו לביתו שיאמר לשאוב מים הלכתי אבל כשיש לו מפתח ג"כ יתפס כחשוד כיון שיודע שבלא הבעה"ב לא יכול לשאוב מימיו ודווקא בור אבל אם יש לו חדר לפנים מביתו נכנס בין ביום בין בלילה דבחדר א"א לייחד זמן כניסה ויציאה ומ"מ י"א דכל אחד יעשה מפתח להחדר [ב"ח] מפני החשד ולא ראינו מי שיעשה כן ואין סברא כלל שכשיצטרך ליכנס לחדרו ימתין עד שיבא הבעה"ב עם מפתחו וזה שבארנו דלבור אין לו ליכנס רק ביום לאו דווקא ביום אלא כל זמן שנעורים וה"ה לכל תשמיש שאינו תדיר כשיש לו לפנים מביתו של זה דינו כמו בבור [נ"ל] :

ב מי שיש לו גינה לפנים מגינתו של חבירו אין לו רשות

רשות ליכנס בה בלילה ולא להכניס לתוכה לוקחי ירקות גם ביום אלא מלקט הירק ומוכרן חוץ לגינה וה"ה לבית שהיא לפנים מביתו של חבירו לא יכניס לתוכה תגרים דהרי אפילו בחצר יכול למחות כמ"ש בסי' קנ"ו ולא יכנס מתוך הגינה לשדה אחרת אא"כ הוא צורך גינתו דמסתמא לא נתן לו דרך רק לצורך הגינה ואמרו חז"ל דהחצון זורע את הדרך דמסתמא לא נתן לו הדרך שלא יהא לו רשות לזורעה אלא זורעה ואם זה בעברו יקלקל הזריעה סבר וקביל אבל אם נתן לו דרך מן הצד מדעת שניהם שלא דרך גינתו נכנס בה באיזו שעה שירצה ומכניס לתוכה תגרים דאמדינן דאדעתא דהכי נתן לו דרך מן הצד ומ"מ לשדה אחרת לא יכנס מתוכה דבזה אנן סהדי שלא נתן לו הדרך רק לצורך הגינה ושניהם אינם רשאים לזרוע את הדרך דלא נתן לו רק להליכה לבדה וגם הפנימי מעכב את החצון מלזרוע כדי שלא יתעכב בהליכתו על הזרעים דלזה סבר וקביל על דרך שמן הצד ואין לו הפסד כל כך בהעדר הזריעה כיון שהיא מן הצד [סמ"ע] :

סימן קע [גינות המסתפקות ממעיין אחד ובו ב' סעיפים] :

א חמש גינות המסתפקות ממעיין אחד ונתקלקל המעיין כולם מחוייבים לתקן עם העליונה מפני שבכל זמן שמרוצת המים לא נתקן בהעליונה לא יוכלו לבא למטה ונמצא שתקון העליונה דרושה להתחתונה ממנה אבל תקון התחתונה איננה דרושה לעליונה ואדרבא אם לא היו מתוקנים היו נשארים המים להעליונה ולכן כל תחתונה מסייעת לעליונה ממנה והעליונה אינה מסייעת להתחתונה ולפ"ז התחתונה מסייעת לכולם ומתקנת לעצמה כנגדה בלא סיוע מאחרים והעליונה אינה מסייעת לאחרים כלל וגם כנגדה כולם מסייעים לה ובביב השופך שופכין הוי להיפך כמ"ש בסי' קס"א :

ב במקומות שמשקין השדות מהנהר ואמת המים מושכת ע"פ השדות ומשקין ממנה דרך הליכתה כולם משקין על הסדר ואף שהיא נהר שתכלה מ"מ אין לאחד למחות בחבירו מלדלות ואם כל אחד מהם רצה לסכור הילוך המים כדי להחזיר לו המים וישקה שדהו ואח"כ יפתח והעליון אומר אני אסכור תחלה אצלי כי אני קרוב יותר להנהר והתחתון אומר אני קודם בטענתו שתלך לה הנהר כהילוכה ולא לכוכרה יש בזה פלוגתא בש"ס מי קודם ואיפסיקא הילכתא כל דאלים גבר [גיטין ס'.] ולפ"ז י"א דאף אם האמצעי התגבר זכה דאע"ג דנגדו יש לשניהם טענה טובה בממ"נ מ"מ כיון דאיפסיקא הלכתא כל דאלים גבר יכול לומר נגד העליון דטענת תלך הנהר כהלוכה עדיפא מטענת קריבה ונגד התחתון יכול לומר להיפך דקירוב עדיף [סמ"ע] ויש שהיו עושים בורות אצל האמה כדי שכשתתייבש האמה ידלון מהבור ותקנו חכמים שהבור שהוא קרוב לאמה תתמלא ראשון מפני דרכי שלום כדי למנוע ממחלוקת שזה יאמר שלי תתמלא ראשון וזה יאמר שלי ולא חששו חז"ל בדין הקודם למנוע ממחלוקת דמי מכריחם לסתום הילוך המים אבל הבורות הכרחיות הוא [כ"ל] ומ"מ י"א דתקנה זו היא רק כשהנהר והיא האמה מושך בבורות ע"פ הלוכו דהיינו שעוברת על פני הבורות ולא בצדם דמן הצד כל דאלים גבר כמ"ש וכן י"א דדווקא כשקדם הבור להאמה אבל אם קדמה האמה להבור אפילו בעוברת ע"פ הבורות אין להעליון הקרוב להשקות תחלה מפני שעשה שלא כדין לחפור בור שתתמלא ראשון מן האמה ובאיזו כח עשה כן ולכן חוזר הדין לכל דאלים גבר ובמדינתינו אין דינים אלו מצוים שאין משקים שדות מבורות ונהרות :

סימן קעא [איזה דבר ששותפין כופין זא"ז לחלוק ודיני גוד ואיגוד ובו כ"ה סעיפים] :

א שותפים שיש להם קרקע בשותפות בין שקנאוהו בשותפות או ירשוהו או שניתן להם במתנה או זכו בו מן ההפקר או שאחד קנה מחבירו חצי שדהו ואחד מהשותפים בקש לחלוק וליטול חלקו לבדו אם יש באותו קרקע דין חלוקה כאשר יתבאר כופה את השותף לחלוק אא"כ קבלו בקניין שלא לחלוק ואין זה קניין דברים דכל אחד הקנה לחבירו חלקו להשתמש שם וכן בקנה חצי שדה ופירשו בעת הקניין שלא יחלוקו התנאי קיים [כ"ל] ואם אין בזה דין חלוקה אין אחד מהם יכול לכוף את חבירו לחלוק וכן הדין במטלטלין דאין שום סברא לחלק בזה בין קרקע למטלטלים ודווקא שהשותפות הזה אינו למסחור אבל בשותפות למסחור אף שיש כדי חלוקה אין אחד יכול לכוף לחלוק קודם הזמן שקבעו להיות שותפין כמ"ש בסי' קע"ו :

ב וזה שאמרנו באין בה דין חלוקה דאינו יכול לכוף לחלוק בד"א כשאין אחד מהם מכיר את חלקו אלא יד כולם משתמשת בכל מקום אבל אם היה כל אחד מכיר חלקו כגון שקנאו ע"מ כן או בירושה שאח"כ נתרצו בקניין שכל אחד ישתמש בחלה בפ"ע אע"פ שאין

שאין בו דין חלוקה כופה כל אחד מהם את חבירו להבדיל בין חלקו לחלק חבירו כדי שלא יזיקו זא"ז בראיה וכמ"ש בסי' קנ"ז ואף במקום שאין שייך היזק ראיה כופה האחד את חבירו שלא ישתמש בחלקו והוא לא ישתמש בחלק חבירו וביכולתו לעשות מחיצה ביניהם רק שיכנים לתוך שלו וכן במטלטלין כופיהו לחלוק לגמרי שלא יהיה אחד שייך בחלקו של חבירו :

ג מזה שנתבאר דכשכל אחד מכיר חלקו יכול לכוף לחלוק וביכולתו לעשות מחיצה ביניהם יש שלמדו מזה במקומות בהכ"נ וראובן ושמעון יש להם מקומות זה אצל זה ורוצה ראובן לעשות מחיצה ביניהם ולהכנים המחיצה בתוך שלו ושמעון מוחה בו וטוען שכשיעשה כן יהיה המקום דחוק הדין עם ראובן כיון שכל אחד מכיר חלקו ורק לא יקטין האור בהמחיצה ויעשנה נמוכה ומ"מ רבים שיושבים על ספסל אחד בבהכ"נ והיושב בראש מקומו רחב ששנים יוכלו לישב בו ורצונו לחלוק מקומו במחיצה כדי שיהיה שני מקומות ממש והיושב אצלו מוחה בו באמרו שעכשיו הוא במקום השני וכשיעשה מחיצה יהיה מקום השלישי שלו הדין עמו ויכול למחות ואע"ג דגם בלא מחיצה יכול ראובן להושיב עוד איש על מקומו מ"מ הכל נחשב כמקום אחד משא"כ כשיחלקנו [נס"מ] ודווקא כשיש קפידא בזה כגון שמקום השני הוא ביוקר מהשלישי דאז משפיל כבודו ואף בלא מחיצה אם רוצה ראובן לקבוע שני דפין על מקומו כאשר המנהג אצלינו לקבוע דף על המקום ותומכין אותו בקנה או בברזל להניח הסידור עליו יכול ג"כ למחות כיון דבזה יהיה ניכר ששלו הוא מקום השלישי אבל כשאין חשיבות בזה אינו יכול למחות בו וע"פ רוב יש חשיבות בזה :

ד איזהו דין חלוקה כל שאלו יחלק לפי השותפים יגיע לכל אחד חלק ששם הכל קרוי גם על החלק יש בזה דין חלוקה אבל אם יאבד שם הכללי על החלק אין בו דין חלוקה כיצד כל חצר שאין בה ד' אמות על ד"א מרובעות חוץ מד' אמות של הפתחים כפי שיתבאר בסי' קע"ב אינו קרוי חצר וכל שדה שאין בה כדי זריעת תשעה קבין אינה קרויה שדה וכל גינה שאין בה כדי זריעת חצי קב אינה קרויה גינה וכל פרדס שאין בו כדי זריעת ג' קבין אינו קרוי פרדס [סרי"ף סמיעס ול"ע] לפיכך אין חולקין את החצר עד שיהא בה ד"א על ד"א לכל אחד חוץ מהד' אמות שלפני הפתחים ולא את השדה עד שיהא בו זריעת ט' קבין לכל אחד ולא את הגינה עד שיהא בה חצי קב לכל אחד ולא את הפרדס עד שיהא בו בית ג' קבין לכל אחד בד"א בא"י וכיוצא בה שהארץ טובה ויש בשיעורים אלו כדי חשיבות אבל בבבל וכיוצא בה אין שם שיעור קצוב בבמות השדה וכל שאין בה כדי חרישת יום לזה ובדי חרישת יום לזה אין חולקין [ג"ז הסמיע] משום דאין פועל נשכר לפחות ממלאכת יום אחד ואם לא יהיה לו שיעור זה יפסיד שיהיה צריך לשלם לפועל עבור יום שלם ובפרדס השיעור שיהיה ל"ו אילנות לזה ול"ו לזה שהוא שיעור עבודת אדם ביום אחד ושדה שמשקים אותה בכלי עד שיהא בה כדי שימלא הפועל יום אחד לזה ויום אחד לזה ובפחות מזה אין בזה כדי חלוקה אבל יותר מעבודת יום אחד אע"פ שאין בה עבודת שני ימים רק יום וחצי לכל אחד חולקין [סמ"ע] ויש מי שאומר דאין חולקין רק השיעור של היום והמותר נשאר בשותפות מפני שאין בה כדי עבודת יום לכל אחד [ע"ז] ומכל הפוסקים נראה כדיעה ראשונה ואם תאמר כן אף גם בשדה גדולה תצטרך לחשוב אולי יש בה מלאכה למאה יום וחצי וכה"ג [ורלאיתו מב"ב י"ב. לאי יומלא דזרעה תרי יומלא כרבי לא הוי מדהסמיטו הפוסקים ס"מ דהלאיסכלא בעלמלא הולא דדייק לה ומרש"י הם משמע כדיעה זו] :

ה אם יש הרבה שותפים ולכולם יש חלקים שיש בהם כדי חלוקה ולאחד יש חלק קטן שאין בו כדי חלוקה מעכב האחד ע"י כולם מלחלוק [סמ"ע] אבל אם היה לכולם כדי חלוקה ומכר אחד מהם את חלקו לשני בני אדם או שהורישה לשני בניו ואין לכל אחד כדי חלוקה אין יכולים לעכב מלחלוק דלא עדיפי מגברא דאתו מחמתיה ומ"מ לעכב החלוקה ע"פ כח שבא ממנו אינו יכול כגון שלשה שהיו שותפים לשנים היה כדי חלוקה ולאחד לא היה וקנה אחד מן השנים חלקו של השלישי אינו יכול לעכב החלוקה אף שהמוכר לו היה ביכולתו לעכב דהא עכ"פ לדידיה יש דין חלוקה [לבוש] ואינו יכול לומר דקנה זכותו של המוכר דאין זה בגדר זכות וחוב [סגר"א] וכן אינו יכול לומר אחזיר שטר המכירה להמוכר והוא יעכב החלוקה דזה לא אמרינן אלא במקום שחפצים לגרע זכותו כמו מבינונית לזיבורית אבל בזה אינו יכול לומר כן [סס] :

ו וזה שנתבאר שאם אין לאחד כדי חלוקה מעכב על כולם דווקא אחד אבל שנים כגון שהיו ד' שותפים ולשנים היה לכל אחד כדי חלוקה ולשנים לא היה רק בצירוף שניהם יש שיעור חלוקה אם רוצים אלו השנים שיש להם לכל אחד כדי חלוקה להפרד מהשנים הנותרים אין ביכולתם לעכב עליהם כיון דלשניהם ישאר עדיין כדי חלוקה ואפילו אמר אחד מהנותרים תנו לי חלקי ג"כ ואפרד מכם וממילא ישאר להרביעי פחות מכדי חלוקה והרי יעכב על כולם אין מניחין לו לומר כיון דכוונתו הוא רק לבטל חלוקת השנים שיש להם כדי חלוקה הרי זה מידת סדום ולכן אם נותן טעם הגון לדבריו שמוכרח להפרד ואין כוונתו כדי לעכב על השנים שומעין לו ומוכרחים לעשות פשרה ביניהם [סמ"ע] :

ז יש מי שאומר בשני שותפין שאין לכל אחד כדי חלוקה ויש לאחד קרקע הסמוך הראוי להצטרף יכול חבירו לכופו לחלוק אם נותן לו החלק הסמוך לקרקעו דהרי יהיה לו השיעור הצריך ודברי טעם הן ודווקא כשאין הפסק בין חלק זה לקרקעו הסמוך כגון שהם על מצר אחד וכה"ג ואפילו להפוסקים שיתבאר בסי' קע"ד דאם זה הסמוך היה רוצה לכוף להשני ליתן לו דווקא חלק זה לא היה ביכולתו לכופו מ"מ כשהשני רוצה ליתן לו חלק זה כדי שיהיה לו כשיעור יכול לכופו [וזהו כוונת הטור בסעי' ג' ומ"ש יכול לכופו ר"ל השני יכוף להסמוך ולאין זה ענין למחלוקת דסי' קע"ד וכן הבין רבינו הב"י כפמ"ש בש"ע סעי' ד' ודברי הסמ"ע סק"י לע"ג] :

ח בבית לא נתפרש שיעור החלוקה בגמ' וי"א דהשיעור הוא לא פחות שיהיה לכל אחד ד' אמות על שש אמות דזהו בית היותר קטן כמ"ש בסי' רי"ד [מרדכי פ"ו דב"ב] וי"א דדי בד' על ד' כשיעור בית שמניחין בו עירובי חצירות [סמ] ונראה דזה תלוי בראיית עיני ב"ד לפי המקום ולפי ערך האנשים וי"א עוד דבעינן שיוכל כל אחד להשתמש בחלקו כל מה שהיה משתמש בכולו כגון אם היתה מרחץ או רפת בקר ובית הכסא או מרתף או מקום לעצים להבית וכן שארי צרכי בית צריך שלאחר החלוקה ישאר זה ג"כ לכל אחד שבחלק כל אחד יהיה כל הצרכים שהיה מקודם להבית ואם לאו אין בזה כדי חלוקה ובסעי' כ"א יתבאר עוד בזה וכן אם רוצים לחלוק בית שיש בזה דין חלוקה והבית יהיה נפסד ונגרע ע"י החלוקה אין יכול לכוף לחבירו לחלוק כל שנראה לב"ד שההפסד יהיה יותר מחומש מכפי שיוויו עתה דזהו הפסד מרובה דפחות משתות לא הוי הפסד דגם במטלטלין הוי מחילה ויותר משתות מקרי הפסד דבמטלטלין הוי ביטול מקח ויותר מחומש הוי הפסד מרובה ואם אין בו דין חלוקה והחומה רחבה ואם יקלישוה יהיה בו דין חלוקה אם נראה לבקיאים שלא תזיק הקלישה לכלל הבניין כופין זא"ז לחלוק ואם לאו אין כופין ובית שיש בו דין חלוקה כשיחלקוהו לרחבו ואם יחלקוהו לארכו לא יהיה בו דין חלוקה חולקין לרחבו ויש מי שאומר דבבית או בחצר אף שיש בהם דין חלוקה מ"מ אם לא יהיה דרך בפ"ע לכל אחד מהשותפים ואחד יצטרך לעבור דרך חלקו של חבירו מקרי אין בזה דין חלוקה ואם בצד אחד יש הרבה בניינים ובצד שני מעט או שבצד אחד רה"ר ובצד השני סימטא כיון שיש כדי חלוקה כופין לחלוק ומעלין זא"ז בכספים על החלקים ואין לאחד מהם לומר לשבר הבניינים ולעשות חלקים שוים אם אין השני מתרצה לכך אבל מרעת שניהם עושים כרצונם לשבר ולהפסיד ואין בזה משום בל תשחית כיון שנראה להם דבכך יהיה טוב לפניהם :

ט פסקו חז"ל דיש דינא דגוד או איגוד כלומר בדבר שאין בו דין חלוקה או שא"א כלל לחלקה כגון עבד ושפחה וכלי ובהמה ובגד יכול אחד מהשותפים לומר לחבירו או מכור לי חלקך בכך וכך או קנה ממני חלקי במקח זה וה"ה אם היו שותפים הרבה יכול אחד לומר לכולם כן או שנים מהם יאמרו להנותרים גוד או איגוד [כ"ל] והתובע כופה את הנתבע בזה לקנות ממנו או למכור לו וגוד הוא לשון המשכה או משוך אצלך או אמשוך אצלי או שהוא מלשון גודו אילנא כלומר או קוץ אתה דמי המקח וקנה או איקוץ דמים ואקנה ורוב הפוסקים הסכימו שאפילו קצץ הרבה יותר משויו מוכרח השני לקנות או למכור במקח הזה כיון שנותן לו הברירה ואף שיש חולקים וס"ל דשמין את החפץ בב"ד והנתבע ביכולתו לקנות או למכור מ"מ הכריע רבינו הרמ"א בסעי' ו' כרוב הפוסקים [וסר"י וסגלוניס בטור חולקים ע"ז דס"ל כפי' סראבון ורוב הפוסקים ס"ל כפי' הסמ"ע] אבל אם התובע אינו רוצה לקנות או שאין ידו משגת לקנות אינו יכול לכוף לחבירו לקנות ממנו אפילו בשער הזול והשני יכול לכופו אע"פ שאין לו לזה במה לקנות דהכל תלוי בדעת התובע [רי"ף] ואף שעי"ז יוכרח הנתבע למכור לו בזול מ"מ הרי ביכולתו למכור חלקו לאחר כפי שויו ואת האחר לא ירחוק זה למכור לו בזול כיון שידו משגת אמנם אם אינו מוצא זה העני מי שיקנה ממנו שמ"ן את החפץ בב"ד והשני מעכבו במקח זה דאינו מן היושר שהעשיר ירחוק את העני למכור לו בפחות משויו ואם העני אומר גוד או איגוד כלומר או קנה ממני או אמכרנה כולה לאחר נחלקו בזה הפוסקים י"א שיכול לכופו בכה"ג דמה לו להעשיר אם זה בעצמו יקננה או אחר יקנה וי"א דתקנה זו לא נתקנה אלא כשאומר אקננה לתשמישי ולא למכור לאחרים וכ"כ רבינו הרמ"א ואם ביכולתו להשיג הלואה ולקנותה לעצמו פשיטא שיכול לומר כן [סמ"ע] ואע"ג דבמוכר שדה אחוזה אין ביכולתו ללות מעות ולגאול אותה אם אין לו מעות כמבואר ברמב"ם פ"ח משמיטה זהו גזירת התורה ואין למידין ממנה לתקנה זו [כ"ל] :

י אמר כל אחד מהם איני רוצה לקנות אלא למכור מוכרים לאחר למי שנותן יותר ואף אם אחד מהם רוצה למכור חלקו לאוהבו או לקרובו בפחות אם ע"י זה תפחת חלק שותפו אין שומעין לו [כס"מ] ואף כשנותנין הרבה יותר משווייה ואם כל אחד מהם אומר איני מוכר אלא אקנה חלק שותפי או שאין אחד מהם רוצה לא לקנות ולא למכור ורוצים שישארו בשותפות אלא שלהשתמש ביחד א"א וכל אחד רוצה להשתמש אם דבר זה עשוי להשכיר משכירין אותו וחולקין השכר אמנם על השכירות עצמה יכול כל אחד לטעון גוד או איגוד או תשכור אתה בכך וכך ותשלם לי חלקי או אני אשכור בסכום הזה ואשלם לך חלקך כמו במכירה

במכירה ואם אין עשוי להשכיר או שאין למי להשכיר ולהיות ביחד א"א ידורו בה שנה בשנה ויטילו גורל מי ידור קודם וכן בחפץ ישתמשו בו שנה בשנה ואם אחד רוצה להחליף א"ע בכל חודש אין שומעין לו דאין אדם עשוי לטרות א"ע בכל חודש ואם אחד יש לו שני שלישים ואחד שליש ישתמש זה שנתים וזה שנה ויטילו גורל מי הוא הקודם ובסעי' י"א יתבאר דבמטלטלין אין הכרח לחלוף שנה בשנה ובחצר יש חלק שאין חולקין אותו לזמנים וזה שכתבנו דגם בשכירות יש דינא דגוד או איגוד זהו דעת הרמב"ם ז"ל וכן פסק רבינו הרמ"א בסעי' ח' :

יא וכ"ז הוא בדבר שא"א להשתמש בו ביחד אבל דבר שאפשר להשתמש ביחד ולכל אחד יש מחצה אין חולקין לזמנים בלי רצון שניהם אלא משתמשין בו תמיד ביחד כגון מרחץ רוחצין שניהם וכן ס"ת קורין שניהם וכן מצעות וכה"ג ואין האחד יכול לומר השתמש אתה יום ואני יום שהרי זה יכול לומר לו כשם שאין ביכולתך להפקיע ממני לגמרי כמו כן אין ביכולתך להפקיע ממני גם יום אחד אא"כ יש לאחד חלק גדול ולאחד חלק קטן דאז בהכרח לחלק לזמנים כדי שלא ילקה מי שיש לו חלק הגדול שישתמש בשוה עם בעל החלק הקטן [סס] ואם הוא דבר המטלטל שא"א להשתמש בו כאחד כמו עבד ובהמה לרכיבה או לחרישה או שארי חפצים ובהכרח לחלק לימים אפילו בחלקים שוים וא"צ בזה לחלק שנה בשנה דרק בדירה אין אדם עשוי לפנות א"ע לזמן מועט ולא במטלטלים ואם לפי דרך העולם גם בזה אין דרך להשתמש יום ביום לסירוגין מחלקין לשבועות או לחדשים וי"א דחצר א"א לחלק לזמנים דהא צריך לפרק משאו וליכנס לביתו בכל שעה ולכן צריכים להשתמש ביחד דמשועבד הוא לכל אחד לביתו המיוחד לו ומהאי טעמא אין בחצר דין גוד או איגוד ודווקא בד' אמות הצריכים לכל פתח ופתח כמו שיתבאר או בדרך הצריך לכניסה ויציאה אבל בשאר החצר אמרינן גוד או איגוד וזה שאין אומרים בהד' שלפני הפתח ובהדרך אע"פ שהבתים פתוחים מצד אחד לרה"ר וביכולתם ליכנס דרך שם מפני שאין אדם עשוי לפרק משאו ברחוב לעין כל וכן אין מדרך לעשות כניסה ויציאה תדיר מרה"ר במקום שנהגו ליכנס דרך חצירות ונראה דלעניין כניסה ויציאה אף כשלאחד יש חלק קטן מחבירו מ"מ אין יכול לסלקו לא בגוד או איגוד ולא בחלוקת זמן דא"א בלא כניסה ויציאה אף שעה אחת :

יב זה שאמרנו שמשתמשים לזמנים או שניהם כאחד זהו דווקא כשגמרו ביניהם כך אבל כשלא גמרו ביניהם ואחד מהם נשתמש בזה לבדו אפילו כמה שנים והשני לא היה כאן או היה כאן ושתק אינו יכול לומר אח"כ אשתמש גם אני לבדי כל כך זמן כמו שנשתמשת אתה מפני שזה יאמר לו כל זמן שלא חלקנו בינינו לא השתמשתי אלא בחלקי ולא היה לי למנוע מלהשתמש בשביל שלא נשתמשת ואני לא עיכבתי על ידך מלהשתמש ואם אתה רוצה לחלק לזמנים תתחיל מהיום וכן במקום בהכ"נ כשאחד ישב עליו כמה שנים והשני לא היה בעיר או שהיה ושתק אין מנכין לו מה שישב עליו דבשלו השתמש כל זמן שלא חלקו וגמרו ביניהם [נבוס] ואם לא השתמש בעצמו אלא השכירו לאחרים השכר לאמצע [נס"מ] וכן אם עשה אכסניא השכר לאמצע דזהו כמו השכירו לאחרים [סע"מ] וכן בבהמת שותפין שאכל אחד מהם את חלבה כמה שנים או ביצי תרנגולת וכה"ג צריך לשלם להשותף חלקו גם מזמן העבר בניכוי מזונותיה ושכר טירחא [נ"ל] :

יג ממה שנתבאר למדנו בשני אחים שירשו מרחץ או בית הבד וכה"ג דבר שאינו ראוי להתחלק אם אביהם עשאן להשכיר או אף אם לא עשאן להשכיר אלא שמוצאים מי שישכירם משכירין והשכר לאמצע כל זמן שרוצים לעמוד בשותפות ואם האב עשאן לעצמו וגם הם אינם מוצאים להשכירן משתמשים בשותפות כדרך שאביהם נשתמש וגם יכול האחד לטעון או שכור חלקי בכך וכך או אני אשכור ממך במקח זה וי"א דכשאביהם עשאן לעצמו ולא להשכירן גם הם אין ביכולת האחד לכוף להשני להשכירן אף אם מוצאין להשכיר וכן אינו יכול לכוף את השני לשכור חלקו או להשכיר לו וכתבו שגם דעת הרמב"ם כן הוא ורוב המפרשים הסכימו לדיעה ראשונה [מ"מ] וכן הדעת נוטה דלמה יתלו בדעת האב הרי עתה היא שלהם ולכן אם אין ביכולת להשכירן ואחד מהם עשיר והשני עני אומר העשיר להעני קח לך זיתים ועשה בבית הבד וקנה לך עבדים וירחצו בהמרחץ ואין העני כופה את העשיר לקנות חלקו אא"כ יכול גם הוא לקנות ויאמר לו גוד או איגוד אבל העשיר יכול לטעון וישומו המקח בב"ד ואין העשיר יכול לומר להעני אני אשתמש בחלקי ואתה השכר חלקך לאחר דאין דרך לשכור דברים אלו לחצאין ואינו יכול לטעון רק גוד או איגוד בין במכירה בין בשכירות לדעת הרמב"ם אבל בבית גדול וכה"ג שמשכירין לחצאין יכול העשיר לומר כן אם אין העני טוען גוד או איגוד :

יד כבר נתבאר דדעת הרמב"ם ז"ל דיכול לומר גא"א בין במכירה בין בשכירות ויותר מזה דעתו שאפילו דבר שאינו שלהם לחלוטין אלא ששכרו הדבר בשותפות ביכולת לטעון גוד או איגוד שכתב בפ"א משכירות אחד השוכר מחבירו מקצת שדה או חצר שאין בה דין חלוקה או שנים ששכרו מקום אחד בשותפות כל אחד מהם יכול לכוף את חבירו ולומר לו או שכור

ממני

ממני חלקי או השכר לי חלקך ואם יש בה דין חלוקה חולקין עכ"ל והביאו רבינו הב"י בסעי' ט' ורבינו הרמ"א כתב דיש חולקין וס"ל דלא שייך חלוקה בדבר השכור לזמן עכ"ל דהא סברו וקבלו כששכרו יחד דהא י"א דאף כשקנו ביחד אין אומרים גוד או איגוד דאין אומרים זה רק בירושה או במתנה ולא במקח וזהו דעת הר"י בטור והנמק"י בשם הרא"ה וכ"מ דעת הראב"ד שם דהא ע"מ כן לקחו ומ"מ לא קיי"ל כן ורבותינו בעלי הש"ע לא הביאו כלל דיעה זו אבל עכ"פ בשכירות דעת הרבה פוסקים דלא אמרינן גא"א והרשב"א ז"ל כתב דמסתבר כהרמב"ם מפני שיכול לומר סבור הייתי שאהיה יכול להיות שותף עמו ועכשיו איני יכול לקבל ועוד דיכול לומר שלא היתה כוונתו בשכירותו ביחד שיהיו שותפים בזה רק עשיתי כן כדי שלא יוסיף על המקח וסמכתי שאטעון גוד או איגוד וכדעת הרמב"ם מפורש בירושלמי פ"ב דב"ב ומבואר שם דאם קיבל עליו להיות שותף עמו אינו יכול לחזור בו [סנג"ה] אבל לכופו להעמיד מחיצה גם לדעת הרמב"ם אינו יכול בשכירות אף דאיכא היזק ראיה [ט"ז] דכיון שאינו שלו האיך יכול להעמיד מחיצה [טור] [ובזה א"ש דלא תקשה ממ"ש בסי' ק"ו ודו"ק] :

טו גוד או איגוד לא אמרינן אלא בכולו ולא במקצתו כגון אם אין בו דין חלוקה ואמר האחד נעשה שני חלקים אחד כשיעור ואחד קטן ואני אטול הקטן ואתה טול הגדול ותן לי הדמים שהגדול שוה יותר אינו יכול לכופו ואע"ג דטענה טובה היא והטעם מפני דתקנת גוד או איגוד לא תקנו אלא כשהתובע יכול לומר שני הצדדים ובכאן גוד איכא ואיגוד ליכא דכשיטעון איגוד הגדול וטול אתה הקטן אין זו טענה כלל [רא"ש] וי"א עוד דאפילו אם א"ל טול אתה הגדול במתנה יכול הלה לומר אין רצוני לקבל מתנה דשונא מתנות יחיה ויש חולקין בזה דכיון דרצונו לתת לו במתנה אין לך טענה הוגנת מזה אע"ג דליכא איגוד ואם א"ל טול אתה הגדול בשויו ואני הקטן או אני אקח הגדול בשויו ואתה טול הקטן ואם אין חפצך בחלק קטן אני אקח הכל שומעין לו לכל הדיעות אף שאין מניח את חבירו ליקח כולו מפני שיש כאן גוד ואיגוד גוד בחלק הראוי ואני אטול הקטן ומה לך לקנות הכל כיון שאני נותן לך חלק הראוי ואיגוד בכולו או בחלק הראוי [סמ"ע] :

טז אם לאחד יש כשיעור ולהשני אינו כגון חצר שאחורי הבתים שיש בו ז' אמות וראובן יש לו ד"א ושמעון אין לו רק ג' אמות יכול שמעון לכוף לראובן לחלק כיון דלו יש שיעור חלוקה אבל ראובן אינו יכול לכוף אותו לחלק ורק בטענת גוד או איגוד יכול גם הוא לטעון מיהו בזה יפה כח ראובן שאם ירצה יכול לומר לשמעון אטול מחלקי ג' אמות ואמה אחת אניח להיות בה שותף עמך ויהיה אצלינו ד"א ואח"כ נטעון אני או אתה גוד או איגוד ואע"פ שנתבאר דבחלקים שוים א"א לומר גוד או איגוד במקצת מ"מ בזה שיש לאחד יותר יכול לומר לשותפו אין ביכולתך להיות שוה עמי בתשמיש שהרי אתה משתמש ברביע חלק שלי היותר על חלקך לכן יפה כחי לחלוק באופן זה להניח לשותפות כדי שיעור והמותר לקבל לעצמי [ט"ז] ויש מי שחולק גם בזה [ש"ך] והעיקר כדיעה ראשונה [נס"מ] :

יז ואם גם לשניהם יחד אינו כשיעור כגון חצר השותפים שאין בו רק ג' אמות י"א דלא אמרינן בזה גוד או איגוד דאין טענה זו אלא במקום שאם ישאר אצל אחד יהיה בו עכ"פ כשיעור אבל בזה איך יכול לומר להשני גוד דמה יגוד והרי אין בו כשיעור וי"א דאמרינן גם בזה דהא עכ"פ טוב שתהיה לאחד מלשנים ואם לפי ראות עיני הבקיאים בהכרח שיעשו זה לתשמיש אחר ובהתשמיש האחר יהיה כדי חלוקה לשניהם כגון חצר של ג' אמות ואינו ראוי לחצר ובהכרח לעשותו מקום לשטוח בו פירות וכה"ג ולזה יש בו תשמיש לשניהם מקרי יש בה כדי חלוקה וכופה אחד את חבירו לחלוק [טור] ומזה יש לדון בכל הענינים לפי ראות עיני הבקיאים :

יח אע"פ שאמרנו שאין דין גא"א אלא בכולה מ"מ לפעמים יש דין זה גם בחלוקה כיצד שני אחים שירשו או שנים שקנו שני בתים גדולים שבכל אחת מהן יש ג"כ כדי חלוקה או שתי שדות שבכל אחת כדי חלוקה או שתי שפחות או שני עבדים שעושים מלאכה אחת או שני כלים או חפצים שתשמישן שוה יכול אחד לכוף את חבירו לגוד או איגוד בחלוקה לומר לו טול אתה בית זה ואני האחרת או אתה האחרת ואני אטול את זה וכן בשדות ועבדים ושפחות וכלים וחפצים דכיון דעיקר הטעם דגוד או איגוד מפני שאינו ראוי לשניהם וכיון שבחלוקה יהיה ראוי לשניהם כופין על זה ואפילו האחד אומר נחלוק כל בית או כל שדה והרי יש בכל אחד דין חלוקה והשני אומר לא כי אלא נחלוק בית כנגד בית ושדה נגד שדה שומעין לזה שאמר נחלוק בית כנגד בית ואפילו יש בכל אחד כדי חלוקה כי למה יפסידו על עצמן לחלקן לשנים כיון שביכולת כל אחד להיות לו בשלימות :

יט בד"א בדבר ששני התשמישים שוים אבל בשני דברים שאין תשמישן שוה כגון שירשו שדה וכרם ואין בכל אחד כדי חלוקה דאלו יש כדי חלוקה חולקין השדה והכרם לחצאין או שיש להם שתי שפחות שהאחת יודעת לאפות ולבשל והאחת יודעת לטוות או שני כלים שאין מלאכתן שוה אפילו אם שוים בדמיהם אין האחד יכול לומר לחבירו טול אתה השדה ואני הכרם או טול אתה השפחה שאופית ומבשלת ואני

ואני

ואני אקח היודעת לטוות או להיפך לפי שבכל אחד צריך לשני הדברים ואין זה חלוקה שוה וכן א"א לומר גוד או איגוד בשניהם כאחד דבשלמא גוד או איגוד בדבר אחת שפיר הוי טענה כיון דלחצאין אינו ראוי טול אתה כולו או אני אטול כולו ויהיה לאחד מאתנו תשמיש שלם אבל בשני דברים שתשמישן שונים זה מזה איזו צירוף הוא האחת להשנית לפיכך מה תקנתם שעל כל אחד בפ"ע יאמר גוד או איגוד או על אחד יאמר והשני תשאר בשותפות אבל שני דברים שתשמישן שוה ודמיהן שוין ואין בכל אחד כדי חלוקה הא וודאי שיכול כל אחד מהם לומר לחבירו גא"א דהיינו שחולקין אחד כנגד השני וזה נוטל זה וזה נוטל השני ונותן לו הברירה שיטול מה שירצה אבל גוד שניהם אינו יכול לומר כיון דדי באחד ואף בזה אחר זה אין יכולים לומר כיון שביכולת לחלק אחד כנגד השני ואפילו יש בכל אחד כדי חלוקה כמ"ש בסעי' י"ח:

כ ושני דברים שתשמישן שוה ואין דמיהם שוים אם יכול לומר גא"א באופן זה שאחד יטול האחד והשני יטול האחר וליתן לו הברירה לברור מה שירצה ולמי שיגיע היותר טובה ישלים במעות להשני נחלקו הפוסקים די"א דיש בזה דין גא"א ובכל האופנים יכול לומר לחבירו או שאחד יתן להשני מה דביני ביני או שיאמר לו קח אחד מהם בלא תוספת דמים ואני אטול השני או להיפך וי"א דיפה ורעה הוי כשני מיני תשמישים ואין בהם דין גא"א בשניהם כאחד ובירושלמי ספ"ק דב"ב משמע כדיעה ראשונה:

כא ממה שנתבאר דאין חולקין רק בדבר שתשמישן שוה י"א דבבית נגד בית ברוב פעמים אין חולקין דרוב בתים אין בהם דין חלוקה מפני שאין כל הבתים והחדרים שוים וכ"ש שאין חולקין בית נגד עליה או נגד חדר שאין תשמישו שוה לו וכ"ש במקום שיצטרך לסתור החלונות והפתחים ולחזור ולבנות שאין חולקין בזה ורק באלו החדרים שיש לכל חדר פתח לרה"ר ועל כל אחד מקרי דירה בפ"ע שייך חלוקה אבל בית שפתח אחד פתוח לרה"ר ושארי החדרים פתוחים לבית כבתים שלנו כולם נקראים דירה אחת ואין בזה דין חלוקה רק טענת גא"א וכתב רבינו הרמ"א בסעי' י"ד דמהרא"ש בתשובה נראה דחולקין בית נגד חנות או מרתף ונ"ל דה"ה נגד חדר או עליה דזה מקרי תשמישו שוה גם לעניין הוצאות הבניין אם נראה לב"ד שאינו מזיק להם כל כך חולקים עכ"ל ויש מי שחולק בזה [סמ"ע] וכן עיקר לדינא [ט"ז וסגר"ח] וגם רבינו הרמ"א בספרו ד"מ כמסתפק בזה ואם יש להם שני בתים או שני שארי דברים שבאחד מהם יש בו כדי חלוקה ובהשני אין בו כדי חלוקה דנין דין חלוקה בזה הבית שיש בו כדי חלוקה ובהשני דנין בו דינא דגא"א או ישתמשו בשותפות [ש"ך] ובכל דבר שבעולם יש בו דינא דגא"א:

כב י"א דאין דין גא"א רק בדבר שהגוף שלהם אבל במשכנתא וכדומה לזה שעתידין לגבות מעותיהם אין דנין בזה גא"א רק חולקין המעות וכתב רבינו הרמ"א ונ"ל דאם משתמשין במשכנתא הוי כמו שכירות שנתבאר דמחולקין הפוסקים בזה עכ"ל וי"א דאפילו לדעת הרמב"ם דבשכירות יש דין דגא"א מ"מ במשכנתא אין דין גא"א כיון שעומדים לקבל המעות ובמעות אין בו רק דין חלוקה [סמ"ע] ולזה הסכימו גדולי האחרונים [ט"ז וש"ך] וכ"ש שבשטר חוב אין בו דין גוד או איגוד [סס] ונ"ל דבשט"ח אם יהיה ביד שניהם לא יבא לידי גוביינא מפני שכל אחד יסמוך על חבירו משא"כ כשיהיה ביד אחד מהם אם הב"ד רואים שכן הוא יכול האחד לכוף לחבירו בגוד או איגוד וה"ה בכל המשכנות [כ"ל]:

כג י"א דלא אמרינן גא"א אלא בנתינת דמים מיד אבל אם אמר גוד ואמתין לך המעות ל' יום או איגוד ותמתין לי המעות ל' יום אין שומעין לו מפני שיכול לומר לו אני נוח לך ואתה בטוח שאתן לך אבל אתה קשה ממני ואיני מאמין לך ודווקא שנראה לב"ד שהאמת כן הוא אבל אם בא רק בעלילה בעלמא לעכב את הגא"א אין שומעין לו [כ"ל] וי"א דאם ראובן אומר לשמעון גא"א והשיב שמעון איגוד ותנו לי זמן שלשים יום לפרעון שומעין לו אע"פ שראובן נותן מעות מיד דבכ"מ נותנין זמן להנתבע אבל לראובן אין נותנין זמן דכיון שהוא תובע כשיהיה לו מעות יתבע אז ואף אם איש בטוח הוא דלא כמה שכתבנו דהטעם הוא מפני שאינו מאמין לו [כ"מ בטור סעי' ל' דהרמ"ה חולק על הרא"ש] ואפילו אומר התובע אתה בחרת ליגוד ונתנו לך זמן ותדע כשלא תביא המעות בזמן שקבענו תשאר לפני במקח זה אין שומעין לו ואף אם רוצה עתה להשליש מעות בב"ד על תנאי זה אלא אם לא יביא הנתבע להזמן בטל הגוד או איגוד ועושים מחדש גא"א ובפעם השני יכול התובע לומר כן דאל"כ אין לדבר סוף [כ"ל] ואם טוען התובע גא"א והשיב הנתבע גוד וחזר התובע ואמר אין לי מזומן ובטלה הגא"א ולאחר זמן חזר התובע לטעון גא"א ויש לו מזומן וענה הנתבע איגוד ותנו לי זמן אין שומעין לו דיש הוכחה דאישתמוטי קא משתמיט דהרי בפעם הראשון השיב גוד ש"מ דלא היה רצונו לעכב לעצמו דהא לא ידע שאין להתובע מזומן ואעפ"כ א"ל גוד ולכן או יתן מעות מיד או יגוד התובע אבל כשהתובע אמר בראש דבריו גא"א ותנו לי זמן אע"פ שהשיב לו הנתבע גוד ותן מזומן ונתבטל הגא"א ואחר זמן טען התובע גא"א יכול הנתבע להשיב איגוד ותנו לי זמן דמה שאמר מקודם גוד אין ראיה שלא רצה לעכב דהא לא היה צריך להשיב לו כלל כיון שאמר תנו לי זמן וכמ"ש כנ"ל

[כ"ל ביאור דברי סרמ"ס סבטור וע' בנס"מ ודו"ק] :

כד כל זמן שלא עשו קניין על הגא"א יכול כל אחד מהם לחזור בו כגון התובע שתבע לשותפו גא"א ובחר הנתבע באחד מהם יכול התובע לחזור בו ולומר אשאר בשותפות כבתחלה וכן הנתבע יכול לחזור בו מגוד לאיגוד או מאיגוד לגוד כל זמן שלא עשו קניין ביניהם [טור] אבל להיות בשותפות אין ביכולת ביד הנתבע כיון שהתובע טוען גא"א וכן להעלות בדמים ממה שקצבו אין ביכולתם אף שיכולים לחזור מגוד לאיגוד או התובע יכול לחזור ולהשאר בשיתפות מ"מ לשנות המקח אין ביכולתם אם לא כששניהם מתרצים לשנותו [סמ"ע] דלעניין קציצת המקח הוה כגמר מקח ואין אחד מהם יכול לחזור בו ואף כשהתובע חזר בו ונשארו שותפים ובמשך זמן נתעוררו עוד בטענת גוד או איגוד אין ביכולת אחד מהם לשנות המקח אם לא נתהוה שינוי בהדבר מאז ועד עתה [נס"מ] ואף כשחולקים לזמן שזה ישתמש שנה וזה שנה מועיל קניין דשימוש הזמן הוה כאכילת פירות בשדה ולמה לא יועיל קניין :

כה בסי' רפ"ט יתבאר במי שהניח יתומים גדולים וקטנים והגדולים רוצים לחלוק הירושה שב"ד מעמידים אפטרופס להקטנים וחולקים והיכא שאין בהם דין חלוקה והגדולים רוצים לעשות גוד או איגוד יש מי שאומר דג"כ ב"ד מעמידים אפטרופס להקטנים ודנים עבורם דין גא"א וי"א דזה א"א דהא האפטרופס אינו רשאי למכור נכסי יתומים שלא לצורך היתומים כמ"ש בסי' ר"צ וא"א להאפטרופס לומר גוד וכיון דגוד ליכא איגוד נמי ליכא אמנם אם הב"ד רואים דכשישארו ביחד עד שיגדלו יגיע להם הפסד ביכולתם לעשות גא"א דאין לך צורך היתומים גדול מזה ויכולין לומר גם גוד [כ"ל] וחלוקת כתבי הקודש יתבאר בס"ד בסי' קע"ג :

סימן קעב [דין ד' אמות לחצר והזבל שבחצר ונתינת אכסניא ובו י' סעיפים] :

א חצר המתחלקת נותנים לכל פתח ד' אמות אע"פ שלא דברו זה בשעה שגמרו לחלוק מפני שכל פתח צריכה לפניה ד"א לתוך החצר לפרוק המשא ואף כשיש פתח לרה"ר וכמ"ש בסי' קע"א סעי' י"א והשאר חולקים בשוה ולעניין כפייה להלוק את החצר אין כופין עד שתהא לכל אחד ד"א בהצר לתשמיש לבד אותן שלפני הפתחים ואפילו הפתח רחב הרבה נוטל ד"א לאורך החצר על פני כל רוחב הפתח ואם אין הפתח רחב ד' משלים עליו מהצדדים כדי שיהיה לו ד' על ד' דפחות מזה אינו כלום ואם לאחד יש שני פתחים להצר ולהשני פתח אחד זה שיש לו שני פתחים נוטל לכל פתח ד"א וזה שיש לו פתח אחד נוטל רק ד"א לפתחו דכפי ריבוי הפתחים כן ריבוי התשמישים לפירוק משאות וכה"ג :

ב בד"א בשנים שזכו מן ההפקר כגון שבנו במקום הפקר בתים וזה פתח לו שני פתחים וזה פתח אחד ואח"כ הקיפו את המקום לחצר ואפילו הקיפו יחד מ"מ כבר זכו כל אחד לפני ביתו כפי פתחיו שפתח וי"א דה"ה אם חלק נכסיו על פיו ונתן לאחד מבניו בית בשני פתחים ולאחד בית בפתח אחד הוה כאלו הוריש לזה שמנה אמות בחצר ולזה ד"א אבל שנים שקנו או שירשו שלא בצוואה קנו וירשו בשוה חלק כחלק בין בבתים בין בחצר ובמה יפה כחו ליטול יותר בחצר ואפילו אם קדמו וחלקו הבתים קודם שחלקו החצר לא אמרינן אותו שעלה לחלקו הבית של שני הפתחים זכה בשמנה אמות אלא חולקים בשוה ואף בזכייה מן ההפקר אם מקודם הקיפו את החצר ואח"כ בנו הבתים חולקים בשוה דמשעה שהקיפו את החצר זכה כל אחד בחצי החצר [סמ"ע] וה"ה אם עשו חזקה אחרת בקרקע החצר ואח"כ בנו בתים חולקים בשוה דמשעת החזקה זכה כל אחד בחצי החצר [נ"ל] :

ג זה שאמרנו דכשקנו או ירשו שחולקים החצר בשוה בד"א כששני הבתים שוים וחלקי בית כנגד בית או אפילו אינם שוים בכמיתם רק שהמקח מהם שוה ולא עלו בדמים אחת נגד חבירתה אבל אם אינם שוים במקח ושמו אותם והעלו בדמים ואותו שהגיע לחלקו הבית שיש לו שני פתחים נתן לחבירו עילוי דמים יש בכלל עילוי זה גם הד"א היתירים שנוטל ונוטל לכל פתחו ד"א אע"ג שלא הזכירו זה בשעת העילוי דממילא נכללת ולא עוד אלא אפילו אם הבית שיש לו רק פתח אחד מעולה יותר מהבית של שני הפתחים והעלו אותה בדמים מ"מ זכה בעל שני הפתחים בשמנה אמות ואמו, אלולי זה היה צריך בעל הפתח האחד ליתן לו עוד יותר [סס] והטעם דכשמעלין בית נגד בית נכלל בזה גם כל הצרכים של הבית וכיון דהד' אמות שלפני הפתח הוא צורך הבית ממילא נכלל זה בהשומא מיהו בזה יש חולקין דכשבעל פתח אחד שילם יותר אין להבעל שני פתחים ד"א לכל פתח [ט"ז] וכן נראה עיקר לדינא דהא בשעת העילוי של בית זה דברו במעלות הבית ולא בחסרונותיו :

ד ד' אמות אלו שלפני הפתח אינם שלו לגמרי שלא ניתנו לו רק לפרק משאו וכשהם פנוים יכול גם השני להשתמש בהם רק בחלוקת בית נגד בית בעילוי דמים שנתבאר הם שלו לגמרי דהא נכללין בהעילוי כהבית עצמו כמ"ש :

ה אכסדרא והוא מקום לפני הבית שיש לו ג' דפנות והצד הרביעי פתוח כולו אם אפשר לו ליבנס בתוכה

בתוכה במשאו כגון שאין שום עיכוב בהרוח הרביעית כמו מחיצה קטנה או עמודים סמוכים זל"ז אין לה ד' אמות דכיון דהד"א הוא משום פירוק משא יכנוס במשאו להאכסדרה ולא עוד אלא אפילו אם האכסדרה לפני פתח הבית אין נותנין גם לפתח הבית ד"א מפני שאפשר לו לפרק משאו בהאכסדרה ואם אין בהאכסדרה ד"א משלים עליו מן החצר עד ד"א ועולות לחשבון ד"א שלפני הבית ואם יש לה עיכובים להרוח הרביעית יש לה ד"א ובית שער שהיא בית קטן שלפני פתח טרקלין או מרפסת והיא מקום בנוי בהצר בגובה לפני העליות ופתחי העליות פתוחין לה יש להם ד"א ואם היו חמשה עליות פתוחים למרפסת והמרפסת פתוחה לחצר אין לה אלא ד"א דאזלינן אחר המרפסת ולא אחרי בתי העליות ולול של תרנגולים אע"פ שעשויה כבית גמור אין לה ד"א אף שיש לה פתח להחצר ובגמ' [י"ח:] איתא הטעם שא"צ לפירוק משא דהתרנגולים מטפסים ועולים דרך ראש הכותל לתוך הלול ולפ"ז אם מקורה בגג ואין להם מקום להכנס רק דרך הפתח יש לה ד"א [וסרי"ף הסמיט זס ול"ע] ובית שחציו מקורה וחציו אינו מקורה ותהיה תמיד כך [כ"ל] ופתוח לחצר אין לה ד"א לא מיבעיא אם קירויו מלגיו דאפשר דעייל לגוואי ומפרק משאו אלא אפילו קירויו כלפי חוץ אפשר לו ליכנס עם המשא עד המקום שאינו מקורה ולפרק ודווקא כשיש ד"א על ד"א במה שאינו מקורה ואם אין שם ד"א משלימין מהחצר עד ד"א כמו באכסדרה :

ו בית שהיה לה פתח ונסתמה יש לה ד"א דעומדת להפתח ואם פרץ את פצימיו אין לה ד"א דבטלה לה שם פתח מינה מיהו ד"א שבחצר הצריך לתשמיש לבד שלפני הפתח יש לו אותו חלק מאחר שהיה לו חלק בחצר לכניסה ויציאה ובביטולה של פתח לא סילק א"ע מתשמישה של חצר :

ז בית שיש לו פתחים רבים מכל רוחותיו יש לו ד"א לכל רוח ואם ייחד לו פתח אין לו אלא ד"א כנגד פתחו כן כתבו הרמב"ם פ"ב משכנים והש"ע בסעי' ג' ומשמע מלשון זה דזה שאמרו חז"ל שיש לכל פתח ד"א זהו כשאין הפתחים ברוח אחד אבל אם יש לו שני פתחים או יותר לרוח אחד אינו נוטל רק לפתח אחד והסברא נותנת כן דלפירוק משא ברוח אחת יפרק בפתח אחת בשלמא בשני רוחות אפשר דהמשא לא תוכל לבא לרוח אחרת אבל ברוח אחת מאי נ"מ ולפ"ז מה שנתבאר דבבית שנסתמה יש לו ד"א זהו דווקא כשאין לו פתח אחר בצד הזה [עסמ"ע] ועוד למדנו מדברי רבותינו דדווקא כשמשתמשים בכולם אבל אם עיקר השימוש בפתח אחד אין לו ד"א רק לפתח זה מדכתבו שאם ייחד לו פתח לתשמיש אין לו רק ד"א כנגד פתח זה :

ח כל מה שנתבאר דצריך לכל פתח ד"א זהו בסתם חצר שיש לכל אחד בית והחצר הוא בשותפות סתם אבל אם יש לכל אחד בחצר חלק ידוע כגון שקנו כן או שהושוו ביניהם כל אחד אינו נוטל אלא כפי מה שיש לו ואפילו אין לו מקום לפרק משאו ולעניין שיכוף האחד את חבירו לחלוק חצר זה אינו תלוי במה שלפני הפתח כיון שאין להם אלא אם יש לכל אחד בחצר לפני ביתו ד' על ד' לתשמיש כופין זא"ז לחלוק וכל בית שאינו מחזיק ד"א על ד"א אין לו ד"א בחצר נגד הפתח דלא חשיבה בית לעניין זה דאין בו תשמיש כל כך שיהא צריך ד"א לפרק משאו ולכן לעניין חלוקת החצר אם יש לו בחצר ד"א על ד"א עד פתח הבית הזה לתשמישו יכולין לכוף זא"ז לחלוקת החצר אף שאין לו ד"א בפ"ע לפירוק משאו אבל כשאין לו גם זה אין כופין לחלוק דנהי דא"צ לפירוק משא בבית קטן כזה מ"מ לתשמיש מוכרח שיהיה לו ד"א על ד"א [ככ"ל כוונת הרמב"ם והש"ע סעי' ח' וכ"כ הראב"ד בפ"ב מה"ש וכ"כ הסמ"ע ומ"ש ד"א לזה וד"א לזה ר"ל אם לשניהם בית כזה ואם לאחד מהם בית גדול צריך ד"א גם נגד הפתח ודו"ק] :

ט הזבל של חצר מתחלקת לפי הפתחים דבריבוי פתחים מתרבה הזבל ולכן במקומות שנוטלין מעות בעד זבל חולקין לפי הפתחים לפי שדרך הפתחים השליכו שם עד שנעשית אשפה [רש"י] ונ"ל דווקא שאין הזבל מדבר ידוע אלא מזבל הבתים אבל מזבל בהמות וודאי דמי שהבהמה שלו נוטל זבלה ואם לשניהם יש בהמות ונתערב הזבל נוטל כל אחד לפי בהמותיו והזבל שחיל המלך העומדים בחצרות של בע"ב מניחים מתחלק לפי בני אדם דמספר החיל מעמידין לפי מספר האנשים ולא לפי הפתחים ובמקומות שא"צ לזבל וצריך הוצאה להוציאו ג"כ מתחלק ההוצאה לפי הפתחים ובזבל של החיל לפי בני אדם ואם העמידו חיל המלך בחצר וצריך כל אחד ליתן אכסניא להחיל מתחלק ג"כ לפי בני אדם ובבית שיש הרבה בני אדם יקבלו יותר אנשי חיל אמנם זה רואין ג"כ לפי מצבם ועל העשיר מוטל יותר מעל העני [נ"ל] והמעמידים אצל חעניים יותר מאצל העשירים עתידים ליתן את הדין :

י כתב הטור בסעי' ה' חפירה דסופלי יש לה ד"א בחצר לכל רוח פי' אם יש לאחד מהם חפירה בחצירו שנותנים בתוכה גרעיני תמרה או שאר תשמיש נותנין לו ד"א בחצר לכל ד' רוחותיה ואם ייחד אחד מפתחי ביתו שלעולם רגיל ליכנס לה דרך אותו פתח אין נותנין לה בשבילה אלא הד' אמות שלפני החפירה שכנגד אותו פתח והראב"ד אומר לאו למימרא שיהיה לחפירה ד"א לכל רוחותיה אלא לעניין זה אמרינן בגמ' שיש לו ד"א לכל רוח שיש לו לברר אותם לאיזה רוח שירצה ואם ייחד לו פתח ביתו אין יכול לברר.

לברר אלא יטלם כנגדו עכ"ל הטור ובש"ע לא הובא זה כלל מפני שלשיטת הרמב"ם זהו הדין המבואר בסעי' ז' [ע' בב"י שזהו פי' חפירה דסופלא בב"ב י"ה. כשיטת הר"י מיגא"ש] :

סימן קעג [דין חלוקת ספרים ודין האחים שחלקו ובו ה' סעיפים] :

א השותפין שרצו לחלוק דבר שאין בו דין חלוקה אע"פ שהם מפסידים את שמו חולקין ואין בזה משום בל תשחית כיון שעושין זאת לצורך ובכתבי הקודש דהיינו כ"ד ספרים כשהם כתובים בגליון כס"ת שלנו אם הם בכרך אחד אין חולקין מפני שזהו בזיון לספרים לחלקן מכרך אחד לצורך חלוקה אע"פ שאם היו של אחד היה רשאי לחתכן כשצריך לכך מ"מ לעשות כן לצורך חלוקה יש בזה בזיון כתבי הקודש ואם הם בשתי כריכות אם הם שני עניינים כמו תהילים ומשלי אין בזה דינא דגוד או איגוד כמ"ש בסי' קע"א דכל שאין תשמישן שוה אין בו דין גא"א ואם הם עניין אחד כמו תהילים ותהילים אומרים בו גא"א ושם נתבאר אופן גוד או איגוד בשני דברים שתשמישן שוה אבל בספרים של דפוס או הכתובים בקונטרסים אין בזה בזיון לחלקם [ב"י] ותפילין של רש"י ושל ר"ת הוי כאין תשמישן שוה וכן שני מס' שונות או שני חלקי רמב"ם ושני חלקי שו"ע א"ח ויו"ד וכל כיוצא באלו מקרי אין תשמישן שוה [כ"ל] :

ב כבר נתבאר בסי' קנ"ז דאפילו נתרצו לחלוק יכולין לחזור בהם אבל אם חלקו בגורל לאחר שעלה הגורל אף לאחד מהם נתקיימה החלוקה לכולם ואם הם רק שנים זכו שניהם ואם הם שלשה או יותר ועלה הגורל לאחד מהם אין יכולים האחרים לחלוק באופן אחר כמו בעילוי דמים וכה"ג אלא צריכים ג"כ לחלוק בגורל דגורל הוי כחזקה והטעם דבההיא הנאה דשמעי להדדי לחלוק בגורל גמרי ומקני זל"ז מיהו הרא"ש ז"ל חולק וס"ל דגורל אינו כחזקה ויכולים לחזור בהם דאין הגורל קונה רק לעניין זה מועיל דמברר החלקים ואם אחר הגורל החזיק אחד בחלקו בחזקה החלוקה קיימת כמ"ש שם :

ג האחים שחלקו הרי הם כל אחד בחלקו שנפל לו כלוקח כמו שלקח זה מאחיו וכיון דקיי"ל בסי' רט"ז דמוכר בעין יפה מוכר ולא שייר לעצמו כלום במה שמכר לכן גם האחים שחלקו אין להם דרך זה על זה ולא סולמות ולא חלונות ולא אמת המים שכיון שחלקו לא נשאר לאחד מהם זכות בחלקו של חבירו אע"פ שלאביהם היה הזכות הזה כיצד שני אחים שחלקו שני שדות האחד נטל החצונה והאחד הפנימית אין לו דרך לבעל הפנימית לילך דרך החצונה אף שאביהם הלך דרך שם משום דחשבינן שבעל הפנימית מכר לו לבעל החצונה כל חלקו בהחצונה בלי שיור דרך לעצמו ואם תאמר נחשוב בעל החצונה כמוכר ונאמר שמכר לבעל הפנימית בעין יפה ושייר לו דרך די"ל דבעל החצונה בהחצונה אינו מוכר אלא לוקח ובהפנימית הוא כמוכר ובאמת לא שייר לעצמו בהפנימית ובהחצונה הוא לוקח ולא מוכר [רסב"ס] וכן סולמות אם נפל לאחד עליה ולהשני בית וחצר אין בעל העליה רשאי להעמיד סולם בחצר דמכר לו החצר בעין יפה בלא שייר ולא עוד אלא אפילו אם גם ו.חצר נפל לבעל העליה וביכולתו להעמיד סולם בחצירו אין לו להסמיך את הסולם על כותל בית אחיו ואע"פ דהבית משועבדת להעליה היינו לשאת משאה אבל לא משא הסולם ולא חלונות שאם נפל לאחד הבית ולהשני החצר ויש לה להבית חלונות פתוחות להחצר יכול בעל החצר לבנות כנגדה ולסותמה וכן אמת המים שאם היתה עוברת אמת המים לשדהו דרך שדה אחיו יכול אחיו לעכב מרוצת המים דרך שדהו אמנם כשהזיקו לו המים בעת מעכבתו עליו לתקן אע"פ שמים של אחיו הזיקוהו כיון שבגרמת עכבתו הזיקוהו עליו לתקן [ריב"ש] ואע"פ שלאביהם היה כל תשמישים אלו אין יכולים לומר נשתמש בהם כדרך שאבינו היה משתמש כמו שכתוב תחת אבותיך יהיו בניך דאביהם שהכל היה שלו היה עושה כרצונו משא"כ הם שחלקו אין לו לאחד ברשות חבירו כלום אם לא התנו בשעת חלוקה וה"ה לשנים שקנו שדה כאחד וחלקו לא נשאר לאחד מהם זכות בחלקו של חבירו אבל שנים שקנו שדה משני אנשים שכל אחד היה לו חצי שדה בפ"ע או משני אחים שהיה נודע כל חלק אח בפ"ע והיו מוחזקים בכל אלו כגון שהיה להפנימי דרך על החצון וכן בכל הדברים שנתבאר אין לאחד מהם לשנות מכפי שהחזיקו בהם המוכרים מפני שכל אחד קנה זכות המוכר שלו אבל כשהמוכרים היו שותפים וכן אחים עד שלא חלקו דינם כאיש אחד ובסעי' הבא יתבאר עוד בזה :

ד כל מה שנתבאר הוא מפורש בגמ' [ב"ב ח'.] ופסקה הרמב"ם בפ"ב משכנים והטוש"ע בסי' זה סעי' ג' ובסעי' ד' כתבו אחים שחלקו ועלה חלק אחד מהם כרם ולשני שדה הלבן יש לבעל הכרם ארבע אמות בשדה הלבן להפוך בו מחרישתו עכ"ל וכ"כ הרמב"ם פכ"ד ממכירה האחין שחלקו אחד נטל פרדס ואחד נטל שדה לבן יש לבעל הפרדס ד"א בתוך שדה לבן סמוכות לסוף האילנות של פרדס שע"מ כן חלקו וא"צ לפרש דבר זה מפני שהוא דבר ידוע עכ"ל וזה סותר לדין הקודם וי"א דכאן מיירי שחלקו בשומא ועילוי לכן ממילא נכלל בהעילוי גם הד' אמות שנצרך לו ודין הקודם

הקודם מיירי בלא שומא ועילוי [סמ"ע] וי"א דגם שם מיירי בשומא ועילוי רק דפשיטא דגבי חלון אינו רשאי להאפילו לגמרי אלא למעט אורו [ט"ז] וד"א הנצרך לכרם הוי כמאפיל לגמרי וכפי המתבאר מהש"ס באמת מיירי דין הקודם בשומא ועילוי וזה שנתבאר שם שאין להם דרך זה על זה וודאי אם אין להפנימי שום דרך בלא שדה החצון וכן כשאין לבעל העליה מקום להעמדת סולם או שאין להבית אורה בלא החלון או שאין מקום להוליך המים בלא שדה חבירו יש להם כל אלו כמו הד' אמות של עבודת הכרם אלא דמיירי שאין זה דרך קבועה וגם אביהם רק במקרה הלך בדרך זה וגם הסולם לא היה בקביעות שם וכן האמת המים לא היתה קבועה [ב"י בשם רמב"ן] וגם החלונות מיירי שיש לו אורה ממקום אחר ואע"ג דבס"ם קנ"ד במוכר חצר יכול להאפילו לגמרי לא דמי דהכא הם עכ"פ שניהם מוכרים ושניהם קונים ועוד דבשם ג"כ אפשר שנאמר כן וזהו שסיים הרמב"ם ז"ל שהוא דבר ידוע ור"ל דכל דבר ההכרחי נכלל בהחלוקה שהיתה מסתמא בשומא ובכל מ"ש בדין הקודם דאין להם זע"ז אם אחר מיתת אביהם החזיק זמן חזקה יש לו חזקה אם היא חזקה שיש עמה טענה [ב"י בשם הרשב"א] :

ה שנים שחלקו חצר ונשאר באר מים חיים בחלקו של אחד מהם ונשארו שותפים בהבור ונתקלקל על שניהם לתקנו ואם נפל הבאר נשאר מקום הבאר לשניהם אבל להיות לו דרך להשני דרך חצירו של זה אבד חזקתו לעניין זה דחזקה זו לא היה לו רק כל זמן שעמד הבאר כיון שלא היה לו על הדרך רק שיעבוד ולא היתה גוף הדרך שלו וכמ"ש בסי' קנ"ג ואם בעת שחלקו נשאר הבאר לזה שבחלקו הוא הבאר אלא שנתן רשות להשני לשאוב משם אם נפל אזלא חזקתו לגמרי ואין לו עוד חלק אפילו חזר זה ותקנו דכיון שלא היה לו חלק אלא שחבירו נתן לו רשות אין הרשות רק כל זמן שעומד כמו שיעבוד על דבר שאין השיעבוד רק כ"ז שהדבר קיים ולא כשנפלה ועשו אחרת ולכן צריך השני להתנות בשעת חלוקה שיהיה לו תמיד חלק בהבאר ושיעבוד על הדרך לעולם אף כשתפול הבאר אמנם אם ידוע לב"ד שהמנהג בשם הוא דלעולם יש רשות להשני לשאוב מהבאר ולילך בהדרך הולכין אחר המנהג ויש חולקים בעיקר דין זה וס"ל דכיון שיש לו דרך להבאר הוי הדרך כשלו תמיד אף כשיפול ויעשוהו מחדש יש לו דרך זה [ענה"מ] וזהו דבר פשוט במי שהיה לו רשות לילך לבית הכסא העומד ברשות חבירו ונפל ועשו אחר יש לו רשות לילך אף דרך חצירו וכמקדם דכיון שא"א לאדם זולת זה וודאי דהכוונה היתה שיהיה לו חזקה זו לעולם [שבו"י] :

סימן קעד [אחים ושותפים וכן בכור שבאו לחלוק כיצד חולקים ובו י"ד סעיפים] :

א אחים או שותפים שבאו לחלוק ושמו החלקים זה כנגד זה ובאו להטיל גורלות ואמר אחד מהם אני איני חפץ בגורל ורצוני בחלק זה ומעלה את החלק הזה ואומר אני נותן בעדו יותר כך וכך על מה ששמאוהו או אתם תקחו אותו במקח הזה שומעין לו שזהו כעין טענת גוד או איגוד ואם הם אינם רוצים באותו עילוי יטלנו הוא בלא גורל וזהו דעת הראב"ד ורבינו יונה והרא"ש והטור אבל ר"י החסיד ורמב"ן והרא"ה והריטב"א והנמק"י [ספ"ק דב"ב] חולקים על זה וס"ל דטענת עילוי אינה אלא בדבר שאין בו חלוקה ויכול לומר גוד או איגוד כמ"ש בסי' קע"א אבל בדבר שיש בו חלוקה לא נתקנה טענת עילוי אלא גורל דהגורל דין גמור הוא כמו שהיה בחלוקת א"י ודעת הרמב"ם נראה כדיעה ראשונה מדלא הזכיר בפי"ב משכנים בדיני חלוקה דין גורל כלל וכיון דאין גורל בהכרח לעלות בעילוי דאל"כ כל אחד יחפוץ רק חלק זה ואין לדבר סוף [ומדכתב שם פ"ב על גורל טעם בשביל שנאה וכו' וכ"ה בגמ' ואי דינא הוא אין זה טובה ואפשר שמפרש כן מה שאמר ר"י בב"ב י"ב: מעלינן לי' וכן ר"ל רבינו הב"י ומה שהקשה למה לא כתב בפירוש י"ל מדכתב שטעם דמידת סדום ובהעלאה אין כאן מדת סדום ומכ"ש שהראשון יכול להעלות וא"ש מה שהקשו עליו למה לא פסק כר"י דבאמת פסק כן ועמ"מ שגירסתו אמר רב יוסף כופין וכו' ולפ"ז ל"ק כלל ודו"ק] :

ב ואם אינו טוען טענת עילוי אלא שמבקש ליתן לו חלק אחד מאלו החלקים מפני שחלק זה הוא סמוך לשדהו ויגיע לו טובה שיהיו לו השני שדות ביחד דעת הרמב"ם ז"ל שיכול לומר כן שכתב בפי"ב משכנים האחים או השותפים שבאו לחלוק השדה וליטול כל אחד חלקו אם היתה כולה שוה לגמרי שאין באחד יתרון מעלה על חבירו חולקין לפי המדה בלבד ואם אמר אחד תנו לי חלקי מצד זה כדי שיהיה סמוך לשדה אחר שלי ויהיה הכל שדה אחת שומעין לו וכופה ע"ז שהעיכוב בדבר זה מדת סדום היא עכ"ל דהא זה נהנה וזה אינו חסר ויש חולקים בזה וס"ל דאין זה מדת סדום והשני יכול לעכב עליו מפני שיכול לומר הלא אם יפול לי הגורל על חלק זה ואהיה בין שני שדותיך לא תוכל להכריחני להחליף עמך ולכן גם עתה אין רצוני לבטל זכות זה דאולי יפול לי הגורל על חלק זה ועוד הא דכופין ע"מ סדום היינו לאחר המעשה כמו בדר בחצר חבירו דלא קיימא לאגרא שלא מדעת בעלים שיתבאר בסי' שס"ג אבל לכתחלה למנוע מזה וודאי דיש ביכולתו כמ"ש שם וי"א דדין זה הוה ספיקא דדינא ובתחלה יטילו גורל ואם נפל חלקו של זה בצד שדהו

שדהו הרי טוב ואם לאו עדיין לא זכה השני בהחלק שאצל שדה של זה ופסקינן כל דאלים גבר [מרדכי שם] ומיהו אם הוא פיקח ביכולתו להשיג מבוקשו בנקל ע"פ המבואר בסעי' א' לדיעה ראשונה שיעלה אותה מעט יותר משומתה ויאמר או אני אקחנה במקח זה או אתה והשני לא יתרצה וממילא תשאר לו באותו הסכום [עור] אבל לדיעה אחרונה אינו יכול לומר כן [ודע שהרא"ש בתשו' הסכים לפירש"י בפירושא דמעלינן ולדינא הוא כמעט כהרמב"ם וכ"כ בשם מהר"ם מר"ב ובפסקיו פוסק כר"ת עב"י] :

ג וכ"ז כשהחלקים שוים אבל אם חלק ממנה טוב משארי החלקים או קרוב לנהר או לדרך ושמו את היפה כנגד הרע ואמר תנו לי חלקי מצד זה שיש לי שדה אין שומעין לו אלא נוטל בגורל ואפילו טענת עילוי אין ביכולתו לומר אף לדיעה ראשונה שבסעי' א' דאל"כ יבחר העשיר תמיד בהחלק הטוב ודווקא בחלקים שוים לא איכפת לן בטענת עילוי דיעלה ויעלה אבל ברעה וטובה אין סברא לומר כן [נ"ל] ואם אמר תנו לי חלקי מצד הרע כדי שאהיה סמוך לשדי וטול אתה היפה וודאי דשומעין לו דהא אפילו בחלקים שוים יכול לומר כן לדיעה ראשונה וכ"ש כשמשייר לחבירו את החלק הטוב גם דיעה אחרונה מודה בזה דאין לך טענה מיושרת מזו וכן משמע מהטור שלא הביא שום חולק ע"ז וכן עיקר לדינא :

ד היו בכאן שני שדות האחד אומר לחלוק כל שדה ושדה והאחד אומר לחלוק שדה כנגד שדה שומעין לזה שאומר כדין וכיושר דלמה לנו לחלוק כל שדה לחצאין ודווקא כששניהן שוות אבל אם האחת טובה באיזה צד שהוא לאחד מהם כגון שיש לו שדה אצל אחת מהן ויגיע לו טובה מזה שעכ"פ יהיה לו בוודאי חצי שדה סמוך לשדהו יכול לומר שיחלוקו כל שדה לשנים ולדיעה ראשונה שבסעי' ב' יוכל ליטול כל השדה שאצל שדה שלו וכן לדיעה ראשונה שבסעי' א' יכול לקבלה ע"י טענת עילוי כשהם שוות :

ה ארץ מרובעת שהנהר מקיף לה מזרח וצפון והדרך דרום ומערב חולקין אותה באלכסון כדי שיגיע לזה נהר ודרך ולזה נהר ודרך וכן אם יש לה בקצוותיה איזה מעלות מיוחדות חולקין באופן שיגיע לכולם מהטוב והרע וכן אם יש שני שדות והאחת יש בקצתה איזה מעלה בהכרח לחלק כל שדה ושדה לחלקים וכתב הרמב"ם ז"ל אם אמר תנו לי החצי שמצד זה שהוא בצד שדי שומעין לו כללו של דבר כל דבר שטוב לזה ואין הפסד לחבירו כופין אותו לעשות ונתבאר בסעי' ב' ע"ש :

ו הבכור נוטל שני חלקים שלו כאחד דהתורה קרא לחלק בכור פי שנים ולא פיות שנים וכמו שאין ביכולת ליתן לפשוט חלקו בשני מקומות כמו כן להבכור שני חלקיו דכחלק אחד שוותה התורה לפיכך בכור ופשוט שירשו שדה חולקין לג' חלקים והאמצעי הוא ממ"נ של הבכור ואין הפשוט יכול לומר נטיל גורל על כל הג' חלקים ושמא יגיע לי חלק האמצעי אלא מטילין רק על החצונות ולדיעה ראשונה שבסעי' ב' אפילו אם האמצעית היא יותר טובה דאל"כ גם בלא הפסוק נותנים לו חלקיו יחד דכזה כופין על מדת סדום ולדיעה אחרונה דווקא כשהחלקים שוים ואפילו בשוים אם יש להפשוט איזה טענה כגון שנפל להם שתי שדות והאחת פי שנים מחבירתה והפשוט הוא מצרן להגדולה יכול לומר אחלוק בו כדי שיפול לי חלקי קרוב לשדה שלי אע"פ שלא יטול הבכור כל חלקו ביחד :

ז אבל המייבם את אשת אחיו שנוטל חלקו של אחיו אינו נוטלן במקום אחד ונוטל חלקו וחלק אחיו בגורל ואם עלו במקום אחד עלו ואם עלו בשני מקומות עלו דאין לו רק זכות אחיו המת וכשם ששני אחים אין ביכולתם לבקש שני חלקים שלהם במקום אחד כמו כן היבם ואף שהתורה קראתו בכור כמ"ש והיה הבכור אשר תלד יקום על שם אחיו המת זהו לעניין שנוטל שני חלקים אבל אין כחו יפה ליטול במקום אחד כבכור כיון שבא רק מכח אחיו ודווקא שחלק אחד יפה מחבירו דאל"כ בלא"ה יכול ליטול סמוך לשדהו לדיעה ראשונה ולדיעה אחרונה אינו נוטל כאחד אף בחלקים שוים :

ח ממה שנתבאר למדנו בשנים שקנו שדה בשותפות אחד שליש ואחד ב' שלישים כשחולקים נוטל בעל השני שלישים חלקו ביחד כיון שקנו אותה כאחד ולא גרע מבכור אבל ג' שקנו שדה בשותפות ושוב קנה האחד חלק חבירו כשבאים לחלוק אינו יכול לכוף את חבירו שיתן לו שני חלקים ביחד כיון ששני החלקים הם משני כחות והוי כיבם וכל מ"ש בבכור וביבם לשני הדיעות שנתבאר בסעי' ב' כ"כ בדין זה דלדיעה ראשונה באין החלקים שוים ולדיעה אחרונה בחלקים שוים [הגר"א] :

ט וכן בשני אחין שמתו ולכל אחד שני בנים ובאים לחלוק שדה ירושתם ושנים רוצים להיות שותפים ושנים האחרים רוצים לחלוק חולקין השדה לד' חלקים ונותנים לאלו השנים חלקם ביחד כיון שבאו מכח אחד ולשנים האחרים כל אחד לבדו אבל אם ד' אחים ירשו אין נותנים להם חלקם ביחד וגם דין זה שוה לבכור ויבם ואפילו בחלקים שוים לדיעה אחרונה שבסעי' ב' וי"א דאפילו בבה"ג נותנים להם ביחד דכופין על מדת סדום כשהחלקים שוים כדיעה ראשונה שבשם [שם] :

י לא באו כל האחין למקום הירושה וזה שלפנינו מבקש לחלוק ואינו מן הדין שימתין עליהם זמן ארוך חולק בפני

בפני שלשה נאמנים ובקיאים בשומא אפילו הם הדיוטים לא גמירי ולא סבירי דהרי אין כאן דין רק חלוקה שתהיה בנאמנות בלי ערמה ומרמה ובידיעת השומא ואם חלק בפחות משלשה לא עשה כלום דנהי דא"צ ב"ד מומחים מ"מ ב"ד הדיוטות בעינן דדבר הצריך שומא צריך מעשה ב"ד לזה ולכן אם אין בהחלוקה שום שומא כמו מעות וכולם מטבע אחת שאין הפרש ביניהם ביוקר וזול א"צ שלשה אלא שנים שיהיו עדים בדבר וכן אם היו הנכסים מופקדים ביד אחר ובאו מקצת האחין לבקש חלקם נותנין להם בדרך הנזכר שהדבר הצריך שומא צריך שלשה ושאין צריך שומא די בשנים ואע"פ שנתבאר בסי' ע"ז סעי' י"א דשנים שהפקידו אין מוסרין לאחד זהו כשהם עצמם הפקידו ולא כשהפקיד אביהם כמ"ש שם וגם נתבאר שם דלפעמים גם כשהם הפקידו מוסרין לאחד חלקו ע"ש :

יא ואם אחר שחלק זה שלא בפני האחין באו האחין ואמרו שאותו החלק שלקח הוא שוה יותר ואנו מוסיפים דמים על השומא שומעין להם לבטל החלוקה אפ לו להיש חולקים שבסעי' א' דס"ל דאין מקבלים טענת עילוי אחר השומא דזהו דווקא כשהיו כולם בעת השומא ואח"כ כשרצו להטיל גורל טוען טענת עילוי דלמה לא העלה בעת השומא אבל כששמו שלא בפניהם וודאי דיכול להוסיף על השומא כיון שאומר שנותן יותר [ומיושב קושית הס"ך בר"ס קע"ה וזהו כוונת הסמ"ע סק"ג] :

יב שני אחים שחלקו ולא ידעו שיש עוד אח ואח"כ בא אח שלישי בטלה החלוקה ואפילו היה להם ג' שדות ונטל כל אחד מהם שדה וחצי וכשבא האח השלישי והטילו גורל נפל הגורל של השלישי על השדה שחלקוה ביניהם אין אומרים שישאר כל אחד בהשדה השלימה שלו בלי גורל אלא איזה מהם שירצה יכול לבטל כל החלוקה הקודמת ויפילו גורל אחר לכולם דבכל חלוקה או כל גורל שלא נעשה כהוגן מפני חסרון ידיעה או מאיזה שגיאה כגון ששכחו להטיל כלפי אחת וכה"ג בטלה החלוקה והגורל כאלו לא היה ואפילו נתרצה האח השלישי ליטול מזה ומזה בלא גורל מ"מ יכול אחד מהם לבטל כיון שהיתה בטעות וכן בכל גורל אם שכחו להטיל אחד בהקלפי בטל כל הגורל ואפילו אם זה ששכחיהו להטיל בהקלפי רוצה לוותר על זה או שמי שזכה בהגורל רוצה להשות עמו אין זה כלום ויכול כל אחד מבעלי הגורלות לבטלו לגמרי ולהטיל גורל אחר וע' בסי' רפ"ח סעי' ד' :

יג ואפילו היתה החלוקה כהוגן אם בא בע"ח של אביהם וגבה חובו מחלקו של אחד מהם כגון שעשה אביהם שדה זו אפותיקי לו או כגון שחובו הוי כשיעור שדה זו דאין יכולין לדחותו שיטול מקצת מזה ומקצת מזה כמ"ש בסי' ק"ז או כגון שזה נטל חלק ירושתו בכאן והשאר נטלו נכסים שהיה לאביהם במקום אחר וגבה ממקום זה כמ"ש בסי' קי"א בטלה החלוקה וצריך חלוקה אחרת אבל אם הבע"ח גובה מכל אחד מהאחים חלק מחובו לא בטלה החלוקה ושנים שקנו מאחד ובא בע"ח של המוכר ונטל חלק אחד אין לו על השני כלום ודווקא ביורשים הדין כן משום שעליהם מוטל לפרוע חוב אביהם [ע"ז] וכמ"ש שם סעי' ט"ז :

יד בסי' רפ"ט יתבאר במי שהניח יתומים גדולים וקטנים והגדולים רוצים לחלוק ב"ד מעמידים אפטרופס להקטנים לעשות חלוקה ואם נשאר מעות מזומן נותנים להגדולים חלקם וחלק הקטנים יהיה ביד ב"ד עד שיגדלו והב"ד יראו שמעותיהם יעשו פרי ולפעמים יש שהגדולים מקבלים חלקם ולא הקטנים כגון שנשארו מעות מאביהם שאינו ידוע בבירור שהם של אביהם והדיין בין שפסק שהוא של אביהם בין שפסק שאינו של אביהם אין מחזירין דינו כדאיתא בירושלמי [ס"פ הכונס] בעשיר אחד שהיה לו ארים והפקיד הארים ליטרא זהב אצל אחד ומתו שניהם העשיר והארים ולא נודע של מי היה הזהב והעשיר הניח יתומים גדולים וקטנים ופסק ר' ישמעאל בר' יוסי שהזהב הוא של העשיר וצוה ליתן להגדולים חלקם וחלק הקטנים יונח עד שיגדלו ור' חייא פסק שהזהב הוא בהזקת הארים רק מה שמסרו להגדולים ע"פ ב"ד אין ביכולתו להחזיר הדין כיון דהוא מילתא דתליא בסברא [כבסנה' כ"ע:] ואמר שם מהו דיימרון דקיקיא לרברביא נחלוק עמכון יכולין למימר להו מציאה מצאנו אר' יצחק לית בין דקיקא לרברביא אלא כמי שניתן להם מתנה עכ"ל ומזה הירושלמי פסקו דא"צ הגדולים ליתן חלק להקטנים [מהרס"ל] ומפרשי ששני תירוצים אומר הירושלמי שא"צ ליתן להם מפני שזהו אצל הגדולים כמציאה או כמתנה ויש מי שחולק בזה וס"ל דהגדולים צריכים ליתן חלק להקטנים ומפרש את הירושלמי שר' יצחק חולק וס"ל דזהו כמו שניתן לאביהם מתנה דיש לכולם חלק [ס"ך סי' קנ"ס סק"ב] ונראה כדיעה ראשונה ופי' הירושלמי לענ"ד כן הוא מהו דיימרון נחלוק עמכון האם יכולין הגדולים לומר מציאה מצאנו בתמיה ולמה יגיע להם לבדם ולזה מתרץ ר"י דזהו כמתנה דכיון שניתן להם לבדם ע"פ ב"ד אין להקטנים חלק בזה ודיעה אחרונה סוברת דאם תפסו הקטנים חלקם מהגדולים אין מוציאין מידם :

דיני

סימן קעה [דיני מצרנות ובו ס"ג סעיפים] :

א מצות חכמים שכשאחר מוכר קרקע או בית או חנות אם המצרן רוצה לקנותו הוא קודם לכל אדם כשנותן המקח שאחר נותן ואסמכוה אקרא דועשית הישר והטוב בעיני ד' שחפץ הש"י שבני אדם יעשו זה עם זה ישר וטוב ואין לך ישר וטוב מזה כיון שהמוכר אין לו היזק שיהא המצרן קודם לכל אדם ואלמוה חכמים לדין זה שאף אם מכר לאחר אין מכירתו כלום וצריך ליתנה לבעל המצר ויותר מזה אמרו חז"ל דזה הלוקח נחשב כשלוחו של המצרן לכל דבר ועידי הקניין של הלוקח יכתבו שטר בשם המצרן וא"צ קניין אחר ואם הוקרה אח"כ א"צ ליתן לו רק כפי שקנאה ואם הוזלה צריך ג"כ ליקח אותה כפי שקנאה אם חפץ בה מפני שהלוקח נחשב כשלוחו דעל הלוקח מוטל עיקר הישר והטוב דהרי יכול לקנות במקום אחר ואם הלוקח תיקן בה והשביחה דינו כיורד ברשות דידו על העליונה כמ"ש בסי' שע"ה ודווקא שתיקן קודם שתבעו המצרן אבל אם תיקן אח"כ ה"ל כיורד שלא ברשות דידו על התחתונה כמ"ש שם דכיון שתבעו סלקיה משליחותו ולא היה לו לעשות בלתי רשותו ואם קילקל בה איזה דבר או שעקר ממנה נטיעות וכה"ג מנכה המצרן להלוקח מהדמים ואפילו קילקל קודם שבא המצרן דכיון דהוא כשלוחו יכול לומר לו לתקוני שדרתיך ולא לעוותי אמנם הפירות שאכל הלוקח מה שאכל אחר שבא המצרן עם המעות לסלק לו משלם להמצרן אבל מה שאכל קודם א"צ לשלם ואינו דומה לקילקול דכיון שקילקלה הרי אינה שוה מה ששילם הלוקח בעדה משא"כ אכילת פירות דתמיד יאכלו פירות ומי שהיא בידו עתה יאכל פירותיה [סמ"ע] ואם לוה הלוקח מעות קודם שבא המצרן אין שיעבודו של בע"ח חל על שדה זו ואינו טורף מהמצרן אפילו אם כבר נתן המצרן מעותיו להלוקח וכ"ש כשעדיין לא נתן המעות דיכול לקבל דמי חובו מהמעות שהכין המצרן ליתן להלוקח [סס] ועיקר דין חיוב מצרנות הוא על הלוקח כמו שיתבאר ואין להקשות בעיקר דין מצרנות למה לא יהא רשות ביד המוכר לחזור בו ולאמר אני לא מכרתי אלא לזה הלוקח ולא שיטלנה המצרן מכנו ולכן אני חוזר מהמכירה די"ל דהוי דברים שבלב ואינם דברים דכיון דמן הדין יש מצרנות הוה כאלו מכר לשלוחו של המצרן ורק אם התנה מפורש ע"מ שלא יטלנה המצרן דאז אם המצרן רוצה לקנותה בטלה המכירה וחוזרת להמוכר כמקדם :

ב לפיכך המוכר שדה לאחר בין שמכרה בעצמו בין שמכרה ע"י שלוחו בין שמכרוה ב"ד יש רשות להמצרן של שדה זו ליתן דמים שנתן הלוקח בעדה להלוקח ומסלקו מהשדה ואפילו היה הלוקח ת"ח ושכן לבית המוכר וקרוב והמצרן להשדה הוא ע"ה ורחוק דירתו מביתו של המוכר ואינו קרוב לו מ"מ מסלקו להלוקח משדה זו ואפילו אם אומר המוכר א"כ לא אמכרנה כלל אין זה כלום כמ"ש ועוד דאיערומי קא מערים כדי שתשאר ביד הלוקח ואם בעת מכירתו תלה הקניין בכך חוזרת אליו כמ"ש אבל עכ"פ לא תשאר ביד הלוקח ואם אח"כ היא ביד הלוקח יקחנה המצרן מידו אם ירצה וכ"ז כשאין הפסד להמוכר בקניית המצרן כגון שהוא מתרצה על כל הפרטים של הלוקח דאל"כ אין זה ישר וטוב שיגיע להמוכר הפסד ע"י מצרנותו ואינו קודם והמקח קיים ביד הלוקח [סמ"ע] ועוד יתבאר בזה :

ג קנאה הלוקח במנה ושוה מאתים אם המוכר היה נותנה כן לכל אדם כגון שמוכרה מפני הדוחק לא יתן לו המצרן אלא מנה ואם לא היה נותנה לאחר כן אלא ללוקח זה מפני אהבתו צריך ליתן להלוקח מאתים והריוח אין ביכולת המוכר ליטלה מהלוקח ואם הלוקח טוען שלא היה המוכר נותנה במקח זה לאחר והמצרן אומר שהיה נותנן כן לאחר על המצרן להביא ראיה ואם אינו מביא ראיה מפסיד מפני שהלוקח הוא מוחזק והממע"ה ואף דחשבינן אותו כשלוחו של המצרן מ"מ כיון שאין דרך העולם למכור פחות משויו נראה דטענת הלוקח קרוב לאמת ועוד דעיקר זכותו של המצרן הוא משום ישר וטוב וכל זמן שאינו מביא ראיה לזה אין כאן ישר וטוב דשמא הלוקח אומר אמת ואינו מהישר והטוב שיפסד ע"י מצרנותו וכן כל כיוצא בזה כגון שהרויח לו זמן הפרעון אם היה עושה ג"כ לאחר כגון שמכרה מפני רעתה אז גם המצרן לא יתן ללוקח המעות אלא עד זמן שקבע לו אם המצרן הוא איש בטוח או שהמוכר רוצה לקבלו לבטוח ואם המוכר עשה רק מפני טובת לוקח זה צריך המצרן ליתן ללוקח מיד אע"פ שהוא לא יתנם להמוכר עד הזמן שקבע לו ואם הלוקח טוען שרק בעדו הרחיב הזמן והמצרן אומר לא כן על המצרן להביא ראיה [טור] ואם המוכר אומר כדברי המצרן נאמן ואם אומר כדברי הלוקח על המצרן להביא ראיה להכחיש את הלוקח ואת המוכר [כ"ל] ונ"ל שבכל מה שעל המצרן להביא ראיה שכדבריו כן הוא אם רצונו להשביע ללוקח היסת שכדברי הלוקח כן הוא אין ביכולתו דהרי אין לו ש"ם טענה ודאית לשבועה זו דמה יודע מה היה בלבו של המוכר אם לא שעדים שמעו מהמוכר מפורש כדבריו :

ד קנאה הלוקח במאתים ואינה שוה אלא מנה אין ביכולת המצרן והלוקח לבטל המכירה בטענה כיון שהוא כשלוחו יכול לומר לתקוני שדרתיך ולא לעוותי ובטלה המכירה שבאמת הרי הוא אינו שלוחו

ממש

ממש ולפעמים אדם קונה קרקע ביותר משויו כמו שאמרו חז"ל אין אונאה לקרקעות ומה שאנו אומרים שהוא כשלוחו הוי מפני הישר והטוב וכיון שהמוכר יפסיד ע"י זה אין זה ישר וטוב ולכן אם המצרן רוצה בה צריך ליתן מאתים ואם טען המצרן שעשו קנוניא ביניהם ואינו נוטל ממנו רק מנה ועשו קנוניא להפקיע ממנו מאתים נשבע הלוקח בנק"ח ונוטל מאתים כדין נשבע ונוטל שנשבע בנק"ח וקרוב הדבר להאמין מפני שרחוק הוא שהלוקח ישלם הרבה יותר משויו וביון שהמצרן טוען ברי משביעו אבל כשאינו טוען ברי אינו יכול להשביעו [ב"י וס"ך] ואם היו שם עדים שנתן מאתים והמצרן טוען שאמנה היתה בין הלוקח והמוכר ויודע שלא לקחה אלא במנה אין משגיחין בדבריו כיון שיש עדים ולכן מקודם נותן לו דמים כפי העדאת העדים ומסלקו להלוקח מהשדה ואח"כ ביכולתו להשביעו היסת כבכל הטענות ומשביעו שלקחה באמת במאתים :

ה אף אם הלוקח לא לקחה רק גבאה בחובו ג"כ נוטלה המצרן ממנו דלא עדיפא גביית חוב מלוקח והמצרן משלם לו חובו ולא עוד אלא אפילו אם השדה אינה שוה כדי החוב א"צ המצרן ליתן לו רק כפי שומת שדה זו ויש חולקין בזה דזהו רק כשמת הלוה ולא היה לו להבע"ח מה לגבות מהיתומים זולת שדה זו וודאי דאין הולכין אחר חובו כיון שלא היה לו ממה לגבות יותר אבל כשהלוה חי והיה ממה לגבות אלא שנתרצה בשדה זו בעד כל חובו למה יגרע מלוקח שלקח שוה מנה במאתים והרי אם המצרן בעצמו היה לוקחה מהמוכר והבע"ח היה גובה ממנו בחובו של המוכר היה יכול הבע"ח לומר לדידי שוה היא כל חובי כמ"ש בסי' קט"ו וכ"ש כשבא ליטלה רק מטעם מצרנות ובסעי' נ"א יתבאר דשומא הדרה גם מהמצרן כשגבאוה ב"ד ע"ש [סמ"ע וש"ך ומ"ם כ"מ בין שהסמ"ח קיים לו לה ל"ע] :

ו המוכר על תנאי בין שהתנה מוכר בין שהתנה לוקח והמצרן רוצה לקבלה ע"פ אותן תנאים שהתנו מ"מ אין בעל המצר יכול לסלקו עד שיתקיימו התנאים ויזכה הלוקח בהקרקע ואח"כ יסלק אותו והטעם מפני שהמוכר יכול לומר שמא לא יתקיימו התנאים ותתבטל המכירה ואיך תכפיני למכור לך עתה ודווקא אם הוא תנאי בעלמא שאינו נוגע לטובתו של מוכר כגון אם תלך למקום פלוני וכה"ג שיכול להיות שלא תתקיים כלל אבל תנאי שהוא לטובתו כגון ע"מ שתתן לי לאחר זמן מנה או ע"מ שתדבר עלי להשלטון וכיוצא בו אם המצרן אין ביכולתו לעשות זה בטלה מצרנותו לגמרי ואם בידו ג"כ לעשות זה יכול המצרן לומר אקיימנה מיד והשדה שלי ואין המוכר יכול לומר עדיין לא נגמרה המכירה דכיון שהתנאי הוא לטובתו של מוכר והוא רוצה לקיים מיד מה איכפת לו להמוכר ותנאי שהוא לטובת הלוקח אין משגיחין בו כלל כיון שאין לו רשות לקנות במקום המצרן מה לנו בתנאו [כ"ל וכ"מ מסמ"ע סקי"ח וע' בנס"מ] :

ז היה לשדה הנמכר ד' מצרנים מד' רוחותיה יד כולם שוה בה ויחלקוה באלכסון כדי שיגיע לכל אחד חלק על פני שדהו ואם היו ה' מצרנים שלשה משלש הרוחות ושנים ברביעית אותם השנים חשובים כאחד ונוטלין בין שניהם חלק אחד מהחלקים שנוטלים השלשה בד"א כשבאו כולם כאחד אבל אם קדם אחד מהמצרנים וקנאה מהמוכר או שסילק את הלוקח זכה בה הוא לבדו ואפילו זה המצרן היה בחלק היותר קטן זכה בה לבדו והטעם דעיקר הטוב והישר מוטל על הלוקח כמ"ש וכיון דהלוקח בעצמו הוא מצרן אין נ"מ אם הוא מצרן גדול או קטן ואין אצלו ישר וטוב שיתן גם להמצרנים האחרים מיהו לכתחלה ימכור המוכר או הלוקח לכולם ביחד דגם על המוכר מוטל קצת הישר והטוב וצריך לעשות ישר וטוב לכל המצרנים כולם ובדיעבד מכירתו מכירה אף לאחד מהם ויש חולקין וס"ל דגם לכתחלה יכול למכור לאחד מהם דכיון שמוכר למצרן הרי עשה הטוב והישר וי"א דלדיעה ראשונה אם באו כולם ביחד לקנות ומכר לאחד מהם מוציאין האחרים חלקם [כס"מ] וכ"ש אם קדם אחד מהם לקנותה והאחרים טוענים שגם הם רצו לקנותה והמוכר היה מתרצה למכור לכולם רק שזה גזם להם להזיקן באיזה דבר והיה בידו לעשות ויש להם עדים על זה כשיסירו אונסם יכולין לסלקו מחלקם לכל הדיעות דכל מחמת אונס לאו כלום הוא ואע"ג דעביד אינש דגזים ולא עביד מ"מ כיון שמפחדו נמנעו דנין כאלו עדיין לא נמכר וכיון שהמוכר מתרצה לכולם חולקין ביניהם [כנ"ל לפרש דברי רבינו הרמ"א בסעי' י"ח דהל"כ דבריו תמוהים ודו"ק] וכ"ז כשכל המצרנים הם בעיר אבל אם קצת מהמצרנים בעיר ובאו וקצתם אינם בעיר אלו שבכאן קונין מהמוכר או מסלקין להלוקח אף לכתחלה והיא שלהם לבדם דאין זה ישר וטוב שימתינו עד ביאת המצרנים האחרים :

ח וכן אם היו הרבה שותפים לרוח אחת מהשדה הנמכרת כל אחד מהם יכול לסלק להלוקח או לקנותה מהמוכר ואם כולם בעיר וכולם רוצים לקנות יקנו כולם ואם קדם אחד מהם וקנה או סילקו להלוקח זכה ואין שארי השותפין יכולין לערער וכמ"ש בסעי' ז' ולא עוד אלא אפילו היה מצד אחד לשדה הנמכרת שדה משותפת לשנים ומצד האחר היה אצלה שדה של אדם אחר וקנאה אחד מהשותפין אין בעל השדה שבצד האחר יכול לומר לזה שקנאה אני מצרן וודאי ואתה ספק דשמא יפול חלקך לצד אחר כשתחלוקו אלא חשוב וודאי כמותו כיון שיש לו עתה חלק בכל השדה וכיון שקדם זכה וכן אם קנאה לשדה זו איש

אחר

אחר שאינו מצרן כלל יכול אחד מהמצרנים לסלקו אע"פ שיש לו שותף ואין הלוקח יכול לומר לו שמא תפול חלקך מצד אחר ושותפך אינו רוצה לקנותה וכן אם השדה הנמכרת היתה של שנים ומכר אחד מהם חלקו לאחר ושותפו אינו רוצה לקנותה המצרן של אותה שדה מסלקו ואין הלוקח יכול לומר כיון שאין החלק שקניתי מסויים שמא יפול חלקי שלא מצד השדה שלך דכיון דעתה הוא מצרן יכול לסלקו :

ט המצרן שבא לסלק להלוקח מסלקו מכל השדה ואם רצונו לסלקו מחצי שדה יכול הלוקח לומר לו או סלקיני מכולה או תניחני בכולה ואפילו קנה שדה זו משני בני אדם ובא לסלקו מחציה שלקח מאחד אינו יכול לסלקו אא"כ מסלקו מכולה או מניחו בכולה דאין זה ישר וטוב שישאר הלוקח בחצי שדה ואם שנים קנו השדה יכול המצרן לסלק לשניהם או לסלק האחד ולהניח השני דאין להמסתלק שום טענה כיון שמסתלק מכל חלקו ומה איכפת לו מה שמוותר להשני ואפילו בקונה אחד דווקא בשדה אחת אבל אם קנה שתי שדות יכול המצרן לסלקו מאחת ולהניחו באחת ואין לו טענה שיסלקנו מכולה כיון שנשאר בשדה אחת בכולה ואינו יכול לומר דא"כ הריני מצרן כמותך מפני שיכול לומר לו הלא בעת שקנית לא היית מצרן ולכן אם קנה שתי השדות זו אחר זו ורצונו לסלקו מהשנייה ולא מהראשונה יש מי שאומר דאינו יכול מפני שהלוקח אומר לו דבשעה שקניתי כבר הייתי מצרן מחמת הראשונה [נס"מ] ולע"ד נראה דיכול לסלקו כיון שכל טענת מצרנותו של הלוקח הוא מחמת הראשונה וכיון שביכולתו לסלקו גם ממנה איך ביכולת הלוקח לזכות בסיבתה :

י המצרן שבא לסלק להלוקח וקודם שסילקו מכר המצרן שדה מצרנותו איבד זכותו וגם הלוקח אין לו דין מצרן שהרי הלוקח הזה זכה בהשדה קודם שבא הוא לקנות הסמוכה לה ובזה אין לומר מה מכר לו ראשון לשני כל זכות שתבא לידו דכיון דמצרנות הוא רק מפני ישר וטוב וזה הלוקח לא עשה נגד הישר והטוב נגד שניהם דנגד המצרן כיון שמכר שדהו מה איכפת לו ונגד הקונה ממנו הלא הוא קדמו :

יא כיון שעיקר מצרנות הוא מפני הישר והטוב לפיכך אם יש איזה צד הפסד להמוכר בטלה לה דין מצרנות דאין זה ישר וטוב ל־פסיד להמוכר ולכן אם אין להמצרן מעות מזומן והלוקח הביא מזומן אפילו אמר המצרן אטרח ואביא מעות לאחר זמן אינו מחוייב להמתין ואיבד המצרן זכותו ואם אמר אלך ואביא מעות היום אם הוא אמוד או שביכולתו להשיג הלואה ממתינים לו עד שילך ויביא מעות ואם לפי ראות עיני ב"ד אין זה רק דחייה בעלמא דאינו אמוד ואינו בטוח אין שומעין לו דאולי בין כך יחזור בו הלוקח ונפסיד להמוכר ויש מי שאומר דגם בכה"ג שאינו אמוד ואינו בטוח אין שומעין לו רק כשידע מהמכירה וכיון שלא הכין א"ע בהמעות בטלה ממנו דין מצרן אבל אם קודם ביאתו לב"ד או להמוכר לא ידע כלל ממכירה זו או אפילו ידע רק לא ידע מסכום המקח ועתה כשבא אומר אלך ואביא מעות ממתינים עליו דמאין אנו יודעים .שאין לו מעות שמא מתרושש והון רב ומה שלא הכין עד כה מפני שלא ידע המקח ואין ממתינים עליו רק כשיעור שילך לביתו ויביא מעות לב"ד או למוכר ויותר מזה אין ממתינים עליו דכשאין לו בביתו לא ישיג בהלואה כיון שאינו אמוד ובטוח אמנם אם חב"ד מבינים שיכול להשיג בהלואה ממתינים עליו כמה שעות [כ"ל] ודע דכל הדברים שאנו מבטלין למצרנותו מפני טובת המוכר אם המוכר אומר שאינו מקפיד בכך נשאר זכות המצרן בתקפו :

יב וכן אפילו הביאו שניהם מעות אם מעותיו של הלוקח טובים משל מצרן ויקרים במקח או שממהרים לצאת בהוצאה משל המצרן או שמעות המצרן צרורים וחתומים שאין רשות לפותחן עד שיבא בעל המעות והוא איננו בעיר ומעות הלוקח פתוחין בטל זכותו של המצרן דבדבר שיש פסידא למוכר לא תקנו מצרנות כשהמוכר מקפיד על זה וכן לגבי לוקח אם בא לסלקו והלוקח סילק כבר להמוכר אין המצרן יכול לסלקו בדמים פחותים מדמיו שיהיה צריך להפסיד בהם אבל אם לא יהיה לו הפסד רק טירחא קצת כגון שאינן חריפין כל כך יכול לסלקו דדווקא במוכר אמרו כן משום דעליו אינו מוטל כל כך הטוב והישר דהרי אם רוצה לא ימכרנה כלל משא"כ בהלוקח [סמ"ע וט"ז] :

יג ולכן אם אין בעל המצר בעיר שהוא בעיר אחרת או שהוא בעיר והוא חולה ונצרך להמתין עד שיקום מחוליו או שהוא עדיין קטן יכול המוכר למכור והלוקח לקנות ואם אחר זמן בא מדרכו או הבריא החולה או הגדיל הקטן אינו יכול לסלקו שאם אתה אומר כן אין אדם יכול למכור קרקעותיו שלא ימצא קונה שתמיד יחשוש הקונה שמא לאחר זמן יבא בעל המצר ויסלקיני ואין לך נעילת דלת למכירת קרקעות יותר מזה ולכן אין דין מצרנות אלא כשהמצרן לפנינו ומעותיו מוכנים כמו שנתבאר ועכ"ז י"א דיש לו לאדם לקיים מהיות טוב אל תקרא רע שילך המוכר לב"ד ויודיעם שרצונו למכור קרקע פלונית ויודיעו לקרובי ואוהבי המצרן אם רוצים לקנות בעדו יבואו ויקנו וישלמו מעות ולא שיקנו על תנאי אם יתרצה המצרן דבכזה א"צ המוכר להמתין אלא שיקנו לחלוטין בין שיתרצה בין לא יתרצה ויתנו המזומן [נס"מ] ולכל הדיעות אם בא קרובו או אוהבו של המצרן ואומר

הנני

הנני עומד במקומו ואני נותן מעות מזומנים בעדו ואקנה בעדו לחלוטין אף שאין לו כח והרשאה ממנו זכין לאדם שלא בפניו ועומד במקומו לכל דיני מצרנותו אמנם כשהמצרן בכאן ואינו רוצה לקנות וקרוביו ואוהביו רוצים לקנות בעדו אין משגיחין בדבריהם כיון שהוא בעצמו אין רצונו בכך ואפילו אומר אני איני חושש אם יקנו ואם לא יקנו ואינני מוחה בהם מלקנות מ"מ כיון שהוא אינו חושש בטלה לה כח מצרנותו [ג"ל]:

יד בעל בנכסי אשתו יש לו דין מצרנות שאם יש לה קרקע מנכסי מלוג שאוכל הפירות ובאו למכור קרקע שאצל הנכסי מלוג יכול הבעל לסלק להלוקח דהוא מצרן ואפילו קנו מידה שמחלה ללוקח אין זה כלום דהבעל הוא הבעלים דבעל בנכסי אשתו נחשב כלוקח וכן העבד בנכסי ארונו או בנכסיו אין לו שום דיעה דמה שקנה עבד קנה רבו וכן להיפך אם הם רוצים לסלק את הלוקח והבעל והאדון אינם רוצים אין הלוקח מסתלק ואם הבעל והאדון אינם בעיר יכולים האשה והעבד לסלק את הלוקח כשיקנו במעות מזומן בין שיתרצו הבעל והאדון ובין שלא יתרצו וכמ"ש בסעי' י"ג [גס"מ] ואם עשו כן שסילקו את הלוקח ואח"כ באו הבעל והאדון אם רצו מקיימים על ידיהם מה שעשו ואם לא רצו לא יקיימו ותחזור ללוקח אם רצון הלוקח בכך:

טו בחליפין אין דין מצרנות כגון שהחליף חצר בחצר או בשדה או בכרם כיון שהחליפין היא קרקע בקרקע והמוכר חפץ דווקא באותה קרקע שמחליף עליה אין זה ישר וטוב למונעו מזה וכן הלוקח אינו מתרצה להחליף קרקע שלו רק על קרקע זו וכן עיקר לדינא אע"פ שיש מי שאומר דאם המצרן רוצה ליתן להלוקח כרם או שדה אחרת טובה כשלו הדין עם המצרן אין הלכה כן אבל אם החליף קרקע בבהמה או במטלטלין לא בטלה דין מצרנות דמטלטלין ובהמות ביכולת לקנות בכל מקום ובכל זמן ולכן שמין דמי אותה הבהמה או המטלטלין ונותן לו המצרן ומסלקו ואין הלוקח יכול לומר תן לי הבהמה שלי או המטלטלין שלי וכיון שהמוכר אינו רוצה ליתנם מוכרחני להשאר בהקרקע שהערמה הוא וכן בכ"מ שהדיין רואה הערמה מחוייב לבטל ההערמה שלא להפקיע כח המצרן ועוד דאפשר לכוף את המוכר שיחזיר לו הבהמה והמטלטלין ואפילו נאמר שאין בכחינו לכופו לזה מפני שעליו אינו מוטל הטוב והישר כל כך ויכול לומר אני חפץ דווקא באלו של הלוקח מ"מ את הלוקח אנו יכולים לכוף לזה [כ"מ ברמב"ס פי"ג משכניס ובס"ע סעי' כ"ד שאין לכוף לסמוכר ע"ס]:

טז וכן אם עשו ערמה אחרת להפקיע כח המצרן כגון שנתן המוכר להלוקח מעט קרקע מקודם במתנה ובמתנה אין דין מצרנות כאשר יתבאר ואח"ב מכר לו קרקע הסמוכה לזו כדי שיהיה בעצמו מצרן ולפי הראות מכר לו קרקע זו ביוקר עד שהבליע לו המתנה יכול המצרן לסלקו וכן אם מכר לו מקודם מעט קרקע באמצע שדותיו שאין שם מצרן ואח"כ מכר לו בצדה כדי שיהיה בעצמו מצרן רואים אם היתה בדרך הערמה מסלקו המצרן ואם לאו אינו יכול לסלקו וכיצד מבררין רואים אם אותה שמכר לו מקודם אינה שוה בטובתה כקרקע שמכר לו באחרונה שאחת מהן טובה או גרוע מחבירתה אפשר שאין בזה הערמה ואין המצרן יכול לסלקו דאולי מתחלה לא רצה לקנות רק כעין קרקע זו שבאמצע שדותיו אבל אם שוים הן ניכר ההערמה דלמה לא קנאם מקודם כאחד ואף אם נאמר דמקודם לא רצה לקנות הרבה למה בחר לקנות מה שבאמצע השדות ואפילו אם המצרן שתק תחלה כשקנה המעט לא איבד זכותו דכל זמן שלא קנה אצל מצר שלו לא היה לו לצעוק ומ"מ מה שקנה מקודם באמצע שדותיו המקח קיים ואינו יכול הלוקח או המוכר לחזור בו ואין יכולין לומר כיון שאתם דנים דין הערמה בזה ממילא בטל המקח דאין אנו דנין דין הערמה בזה רק נגד המצרן ובכל מקום שאפשר לחשוש לערמה ותחבולה להפקיע כח המצרן ואין לעמוד על ההערמה נותנין ב"ד קבלה עליהם אם יש ערמה בדבר:

יז וכן אם יש עדים שהלוקח איימו להמצרן בדבר שיש בידו להזיקו שלא יערער על המקח יכול לסלקו כשיעבור האונס וכן אם התחכם הלוקח שהיו מצרנים רבים וקנה זכותו של אחד מהם בקניין ה"ז לא עשה כלום ויכולים האחרים לסלקו ולא אמרינן דהוא עומד במקום המצרן דכיון דעכ"פ הוא איננו מצרן צריך לעשות ישר וטוב עם המצרנים האחרים אבל במצרן אחד והוא וויתר זכותו ללוקח באופן שיתבאר אבד זכותו:

יח כיצד כגון שבא הלוקח ונמלך בהמצרן וא"ל הרי פלוני בן המצר שלך רוצה למכור לי שדה זו אלך ואקחה ממנו וא"ל לך וקח לא ביטל זכותו מפני שיכול לומר השטיתי בך כדי להעמידה על דמים ראוים שאלו באתי אני אצל המוכר היה מעלה לי בדמים מפני שיודע שאני חפץ בה מאד [רס"ין] ולכן יכול לסלק להלוקח אחר שקנאה אא"כ קנו מידו דאז איבד זכותו ואע"ג דזהו כקניין דברים בעלמא דמה מקניהו מ"מ מועיל הקניין דאינו יכול לומר השטיתי בך וסילק א"ע מזכות מצרנותו וחשבינן לו להמצרן כאלו יש לו זכות וקניין קצת בגוף הקרקע הנמכרת ואותו הזכות מסלק בהקניין ולכן כיון דעיקר הקניין הוא לגלות שבלב שלם ויתר זכותו יש מי שאומר שאם אמר בפני עדים הוו עלי עדים שנסתלקתי משדה זו א"צ יותר שרוצה לומר נסתלקתי כדין בקניין וכמו בכל הודאות ממון כשמודה בפני עדים ואומר אתם עידי מהני כמו כן בעניין זה

ג"ב

ג"כ מהני הודאה גמורה וכן אם בא הלוקח להמצרן וא"ל אלך ואקנה אותה בעדי ואח"כ אמכרנה לך [סמ"ע] וא"ל המצרן לא בעינא לקרקע זו י"א דזכה הלוקח מיד בדיבורו דהא בזה אינו יכול לומר שכוונתו היתה שהמוכר לא יעלה המקח כיון שרצה לקנותו בעד עצמו ואח"כ למכור לו וכיון דחשבינן את הלוקח כשלוחו של המצרן הרי אינו נעשה שלוחו בע"כ וזכה בו הלוקח ודמי ליורד לתוך שדה של חבירו שלא ברשות בשדה העשויה ליטע דהוי כשלוחו כמ"ש בסי' שע"ה וכשאמר לא בעינא אינו נעשה שלוחו בע"כ [סגר"ח] ואם המוכר נשבע למכור לראובן ובא המצרן לסלקו ואמר המוכר א"כ לא אמכרנה כלל יש מי שאומר כיון שעדיין לא היה קניין בדבר יכול המוכר לחזור בו ולעכבה לעצמו [ס"ך] ונראה דאפילו אחר הקניין יכול לחזור בו דאין לך קניין בטעות יותר מזה דהקניין היה מפני שבועתו וכיון דהשבועה לא חלה דהא לא נשבע רק למוכרה לזה ואנן סהדי דמפני השבועה עשה הקניין ממילא דגם הקניין בטל [ככ"ל] :

יט בד"א כשהמחילה היתה קודם שקנה הלוקח אבל אחר שקנה אפילו בלא קניין ובלא דיבור אם עשה המצרן מעשה הניכרת שמחל לו כגון שסייעו להלוקח במלאכתו או שכר ממנו קרקע זו או שראהו בונה וסותר כל שהוא או השתמש בה ולא מיחה בו ולא עירער אע"פ שעדיין הוא בתוך זמן הראוי לסילוק לפי מה שיתבאר ה"ז מחילה גמורה ואינו יכול לסלקו עוד דמחילה א"צ קניין והרי אין לו כלום בהקרקע שנאמר שלא תועיל מחילה בלא קניין דאין לו רק זכות מצרנותו וכיון שמחל אבד זכותו :

כ וכן אפילו קודם קניית הלוקח דווקא הלוקח צריך קניין או הודאה גמורה אבל המוכר א"צ כלום כגון שנמלך המוכר עם המצרן שלו ובקש למכור לו באותם דמים שמכר להלוקח אח"כ וא"ל לך ומוכרה לאחר ואני איני רוצה בה אבד זכותו דהמוכר כיון שגילה לו המקח ולא רצה א"צ להמתין אף שעה אחת אבל אם לא גילה לו המקח לא אבד זכותו דיכול לומר הוכרחתי להרשותו למכור לאחר כדי לידע המקח שלא יעלה לי יותר מדאי ומפני מה יפה כח המוכר בזה מכח הלוקח מפני שעיקר הישר והטוב הוא על הלוקח ועוד דלא גרע מאומר אטרח ואביא מעות דא"צ המוכר להמתין כמ"ש בסעי' י"א וכ"ש כשמדחיהו אחר הגדת המקח דא"צ להמתין עליו [רבינו ב"י] :

כא וכמה הוא הזמן שביכולת המצרן לערער אחר שלקח הלוקח אם לקחה בצינעא לא איבד זכותו עד שיתפרסם המכירה לבני העיר והחזיק הלוקח בהקרקע ואז אם שהה המצרן שיעור שילך ויביא מעות ויתבענו לדין ולא תבעו איבד זכותו דאמרינן וודאי מחל לו ואם לא היה יכול לבא מפני אונס או שהיה טרוד מאד בעסקיו [כ"ל] לא איבד זכותו וכן אם שתק מפני טעות כגון שעל שדה זו הנמכרת היה לו להמצרן טענה על המוכר שהיא שלו והיה סבור שדמי המכירה יגיעו לו ואח"כ נתברר שטעה בזה ובא לסלק להלוקח הדין עמו דאין שתיקתו ראיה על מחילתו כיון שהיה סבור שאליו יגיעו המעות סבור וקביל וכשנודע לו שאינו כן הוא קודם לקנותה וכן אם נודע לו בימים שאין ב"ד יושבים ושתק עד עבור הזמן לא איבד זכותו דיכול לומר דלכן שתק מפני שלא היה ב"ד לפניו [ס"ך] וכל שנודע שידע מהמכירה ושתק ונראה שלא חשש לזה הפסיד זכותו אפילו לא נעשו כרוזים מהמכירה [ב"י] ואם הלוקח אומר שכבר ידע ושתק ומחל והמצרן אומר שלא ידע נשבע היסת שלא ידע ונוטל ממנו ואע"פ שבסעי' ג' נתבאר דבהכחשה על המצרן להביא ראיה שאני הכא דהדבר רגיל מאד שלא ידע וקשה לו להלוקח לדעת בבירור שמחל לפיכך נשבע ונוטל [כ"ל] :

כב וכן יש לפעמים שלא תקנו מצרנות כלל כגון שהיה להמוכר נכסים הרבה בכמה מקומות ומכר את כולם לאחד אין בעל מצר משדה אחת משדותיו יכול לסלק את הלוקח מאותה שדה שהרי הלוקח קנה כולם והוכרח המוכר למכור לו גם שדה זו ואפילו אם המצרן רוצה ג"כ לקנות כל נכסיו אינו יכול לסלקו והטעם לפי שזהו דבר שאינו מצוי שיקנה אדם כל נכסים במקומות מפוזרים לפיכך כשיזדמן אחד הרוצה לקנותם אין לו להודיע למצרן משדה אחת דשמא בתוך כך יחזור בו הלוקח ואין זה ישר וטוב להפסיד להמוכר [טור] ולכן אפילו אם לכל שדה יש בר מצרא אין יכולים לערער מפני טעם זה :

כג וכן אמרו חז"ל דכשמכרה לבעלים הראשונים לית בה משום דינא דב"מ כגון ראובן שקנה שדה משמעון וחזר ומכרה לו אין המצרן מסלקו דכמו דמכירה למצרן הוא ישר וטוב כמו כן לבעלים הראשונים דכל אדם מתאוה לשוב לנחלתו וה"ה אם מכרה לבן הבעלים אין המצרן יכול לסלקו דהוא כאביו לעניין זה ויש מי שחולק בזה דאיזה זכות יש להבן בזה וה"ה המוכר קרקע לבנו אין המצרן מסלקו דזהו וודאי ישר וטוב שתצא מאב לבן ולא לאחר כמו שכתוב תחת אבותיך יהיו בניך [ס"ך] ואפשר דה"ה לבתו ולחתנו וזה שאין המצרן יכול לסלק לבעלים ראשונים זהו רק בדיעבד אבל לכתחלה אם באו המצרן והבעלים הראשונים ליקח המצרן קודם וראיה דהמצרן יפה כחו ממנו דהרי המצרן מוציא מהלוקח ולבעלים הראשונים לא תקנה תקנה זו ואף לכתחלה אין ביכולתו לעכב על המוכר שלא ימכרנה לאחר רק בדיעבד אם מכרה לבעלים הראשונים אין המצרן יכול להוציא מידם וגם זהו דווקא כשזה עצמו מכר לו אבל אם הוא יד שלישי

כגון

כגון ראובן שמכר לשמעון ושמעון ללוי ולוי חזר ומכרה לראובן מסלקו המצרן דבעלים ראשונים לא מקרי אלא ממי שזה המוכר קנאה דאל"כ אין לדבר סוף [סס]:

כד וכן כשהמוכר היה צריך למכור בנחיצות אין בו דינא דב"מ דאינו ישר וטוב שימתין עליו במקום שהוא נחוץ למכור כגון המוכר שדה שהיא מפורסמת לרוע כדי לקנות שדה יפה או שמכר שדה רחוקה מהעיר כדי לקנות שדה קרובה או שהוה צריך לעקור דירתו למקום אחר והיה בהול להשיג מקום שם ואם היה מתאחר היה מפסיד עניינו שם ומכר ביתו או שדהו שבכאן אין בו המצר של כל אלו יכול לסלק להלוקח [סס] דשמא בנתים עד שיוודע המצרן יפסיד עניינו שצריך להשיגו:

כה וכן אם מכר כדי ליתן מס המלך או שמכר לצורך קבורה לאחד מבני ביתו או למזון האשה והבנות אין בהם דין מצרנות וי"א דה"ה למזונות עצמו או לנדונית בתו ואפילו לוה מקודם לצורך דברים אלו ואח"כ מכר קרקע לשלם להמלוים אין בו דין מצרנות וכן אם חבירו נתעורר מעצמו להלות לו לפרוע מס ומכר אח"כ לפרוע לו אין בזה דינא דב"מ שמפני שדברים נחוצים הם אין פנאי להמוכר להמתין על המצרן ואפילו לכתחלה כשבאים לקנות המצרן ואחר כל הקודם זכה ואף דבזה אין איחור כלל מ"מ בטלה לה בזה דין מצרנות לגמרי ויש חולקין בזה דכיון שבאו כאחד למה יתבטל דין מצרנות כיון דאין הפסד להמוכר ובמוכר לצורך משא ומתן יש דין מצרנות דאל"כ בטלה לה דין מצרנות לגמרי דרוב מכירות הם למשא ומתן ואם כי כל אדם נחוץ למשא ומתן מ"מ אין הנחיצה גדולה כל כך שלא יהיה פנאי להודיע לבן המצר:

כו טען הלוקח ואמר מפני המס מכר לי המוכר והמצרן אומר שקר אתה טוען לבטל זכותי על המצרן להביא ראיה ואם לא הביא ראיה ישבע הלוקח היסת ויפטר דהלוקח נחשב כמוחזק אע"פ דחשבינן לו כשלוחו דמצרן זהו כשנתבררה מצרנותו אבל כל זמן שלא נתברר הוא בחזקת הלוקח כמ"ש בסעי' ג' וי"א דאף כשהלוקח טוען שמא מכרה למס וכיוצא בו צריך ג"כ המצרן להביא ראיה [סמ"ע] ויש חולקים בזה [ש"ך] וכן עיקר דכיון שהמצרן הוא וודאי אין הלוקח יכול לבטל מצרנותו מספק [נס"מ]:

כז אם יש ספק בעיקר המצרנות אין הלוקח מסתלק אלא בראיה ברורה שמביא בעל המצר לפיכך אם טען הלוקח ואמר להמצרן גזלן אתה לשדה זו ארים אתה לשדה זו ואין אתה מצרן צריך המצרן להביא ראיה שקרקע זו בחזקתו וכן כל כיוצא בזה ואפילו שבועה א"צ הלוקח כיון שיכול לטעון כן שיברר מצרנותו וכ"ז שאינו מברר תעמוד הקרקע בחזקת הלוקח [סמ"ע] ויש חולקין בזה דהן אמת דיכול לטעון כן גם בספק מ"מ כשטוען ברי צריך לישבע [ש"ך] ואם הביא המצרן ראיה שהוא מוחזק בה ג' שנים ולא נשמע עליו מחאה הוי מוחזק והוא מצרן [נס"מ] וכ"מ שהפוסקים מחולקים אם הוא מצרן אם לאו אין מוציאין מיד הלוקח הואיל שהוא מוחזק מיהו לכתחלה יש למכור להמצרן ורק בדיעבד כשקנה הלוקח לא מסלקינן ליה מספיקא אבל לכתחלה למה להמוכר למכור לאחר כיון דלזה יש עכ"פ ספק זכות בהשדה הנמכרת ומי שרוצה ללוקחה אין לו שום זכות בה ומי שהוא ארים בשדה והוא מאריסי בתי אבות שהוא מוחזק לארים בשדה זו לעולם גם מאבותיו וקנה שדה הסמוכה לה אין בעל השדה שלו שהוא ארים בה יכול לסלקו דארים בתי אבות הוה כשותף לגבי בעל השדה שאינו יכול לסלקו [ש"ך] אבל המשכיר מסלק להשוכר וכן הממשכן מסלק להמלוה כיון שבידו לסלקו כשתכלה הזמן אינו נחשב כשותף אבל ארים בתי אבות אינו יכול לסלקו מאריסותו [רשב"ס מ"ו:] ואם השוכר או המלוה נקרא מצרן לגבי אחר יתבאר עוד בסי' זה:

כח סלקיה מצרן ללוקח ואח"כ נודע שלא היתה של המצרן כלל כגון שגזולה היא בידו או באריסות יד הלוקח על העליונה רצה מחזיק במעותיו רצה מחזיר למצרן מעותיו וחוזר למקנתו וחייב הלוקח לשלם לו כל הפירות שאכל שנחשבת כשלו משעה שלקחה הלוקח ואם הנגזל שבא עתה הקרקע לידו או הבעלים של הארים רוצים לסלק את הלוקח מדינא דב"מ חזינן אם ידעו בעת המכירה להלוקח והיה ביכולתם להודיע לב"ד בעת שסילקו הגזלן או הארים מהשדה ולא הודיעו אין ביכולתם לסלקו עוד דהרי מחלו מצרנותם ואם לא ידעו בזה מקודם אע"ג שבאו אחר שסילקו הגזלן להלוקח לא בטלו מצרנותם בכך ובדיני משכנתא יתבאר עוד דאין המצרן יכול לסלק אם קנאה בעל המשכנתא מהממשכן:

כט כיון שעיקר החיוב מהישר והטוב מוטל על הלוקח דמה לו לקנות אצל המצרן יקנה במקום אחר כמ"ש לכן אמרו חז"ל דהמוכר לאשה או ליתומים קטנים אין בהם דינא דב"מ דאינם בר הכי שיטריחו א"ע לקנות במקום אחר ואין זה מהישר והטוב לדחותם וכן טומטום ואנדרוגינוס מפני שהן ספק אשה אין המצרן מסלקן ודווקא יתומים קטנים אבל יתומים גדולים או קטנים שאינם יתומים שיש להם ממון בפ"ע ולוקחים לעצמם אית בהו משום ב"מ דאביהם יכול לטרוח בעדם ויתומים גדולים יכולים בעצמם לקנות במקום אחר אבל יתומים קטנים אף שיש אפטרופס ואף אם המצרן ג"כ יתום או אשה אין בהם דינא דב"מ [ש"ך] וכן באשה הדין כן:

ל ואשה שאמרנו שאין בה דינא דב"מ דווקא שהיא אלמנה

אלמנה או גרושה או אפילו יש לה בעל רק שידוע שיש לה ממון שאין לבעלה רשות בהן ולכן לא יטריח בעדה ובאופן שאין לחוש שמערמת וקונית לבעלה ואומרת לעצמי אני קונה ולכן כל זמן שלא נודע שיש לה ממון שאין להבעל רשות בהן יש בה דינא דב"מ ואם ידוע שיש לה ממון כזה וקנתה היא ובעלה שדה ביחד כשם שאין יכולין לסלק אותה מחלקה כמו כן אין מסלקין אותו מחלקו ג"כ כיון שבמקח אחד קנאוה והיא כמוחזקת בחלקה הוי ידו כידה ונמצא שהוא בעצמו כמצרן [הגר"א] וי"א דזהו רק כשאוכל פירות מחלקה דאז הוי כמצרן [ריב"ש סי' שס"ט] ויראה לי דאפילו לדיעה זו אם הב"ד רואין שע"י ביטול קניין הבעל תתבטל קניין האשה אפילו אינו אוכל פירות אין ביכולת לסלקו ודווקא מצרן אינו יכול לסלק לאשה וליתומים אבל מי שהוא גם שותף עם המוכר בקרקע זו ומכר אחד חלקו לאשה או ליתומים יכול השני לסלקן דשותף עדיף ממצרן כמו שיתבאר ואם הוא עתה שוכר בקרקע זו או ממושכנת אצלו תלוי בהדיעות שיתבאר בס"ד:

לא י"א דכמו שאם הקונה הוא יתום קטן או אשה אין בהם משום דינא דב"מ כמו כן אם המוכר הוא יתום קטן או אשה אין בהם דינא דב"מ דכשמכרו לאחר אין בעל המצר מפקיע מהם וק"ו הוא דהרי נתבאר דעל הלוקח מוטל עיקר דינא דב"מ ועכ"ז על יתום קטן ואשה אינו מוטל וכ"ש כשהם מוכרים אמנם יש חולקים בזה וס"ל דכשהם מוכרים יש בהם דינא דב"מ והטעם דליקח קרקע אינו מצוי ויש בזה טורח רב ואין מדרכם לטרוח לכן סילקו חז"ל מעליהם דינא דב"מ אבל למכור קרקע בנקל למכור והרבה קופצים יש ואם נדון בהם דינא דב"מ לא יפסידו בזה לכן יש בהם דינא דב"מ ואם הקטן הוא מצרן ואין בו דעת לטעון טענת בר מצרא אם רואין ב"ד שזכות הוא לו אם יקנה קרקע זו יסלקו את הלוקח ויקנו בעדו או כשיש עוד מצרנים יטלו לו חלק עם כל המצרנים ובכל מה שנתבאר שאין בהם דינא דב"מ אפילו יש לו היזק ראיה להמצרן מבית זה הנמכרת אינו יכול לסלקו [ש"ך] ובדבר ההיזק יקוב הדין את ההר ביניהם ואם ע"פ הדין ביכולתו לסתום לו חלונו יסתמנו ואם לאו אל יסתמנו:

לב שותף יפה כחו מבר מצרן כשהוא שותף בקרקע זו כיצד אחים שירשו קרקע או שותפים שקנו קרקע ואחד מהם מכר חלקו לאחר האח או השותף מסלק אותו ואפילו הלוקח הוא מצרן מסלקין אותו דהמצרן הוא רק מצרן והם מצרנים ושותפים וכשם שהמצרן מסלק ללוקח מפני הישר והטוב כמו כן מסלקין אותו מפני ישר וטוב דאין לך ישר וטוב מזה ואפילו הלוקחין אשה ויתום מסלקין אותם ואפילו היו הרבה אחים והרבה שותפים ומכר אחד מהם חלקו קודם שחלקו יכול אחד מהם לסלק להלוקח ואין ביכולת הלוקח לומר מי יימר שכשתתחלקו יפול חלקך אצל חלק זה ותהיה מצרן שמא יפול חלקך רחוק מחלקי דעכ"פ כיון שהוא עתה שותף בכולה יכול לסלקו [סמ"ע] ושותפין ואחין שחלקו אין בהם דין שותפים אחר החלוקה [כ"מ שם סוף סק"ו]:

לג וכח השותפות גדול כל כך שאפילו אינו שותף בקרקע זו אלא הוא שותף עמו בעסקים אין בו דינא דב"מ לפיכך המוכר לשותף שלו במשא ומתן זכה בה ואין בן המצר יכול לסלקו וכן שארי שותפים אין נוטלים חלק עמו ואם יש לו שותף בקרקע זו נ"ל דיכול לסלקו דכיון דיפה כחו מבן המצר כ"ש שיפה כחו משותף במשא ומתן וזה שאמרנו שהשותף אין המצרן יכול לסלקו זהו דווקא אם קדם וקנה אבל אם קדם המצרן וקנה אין השותף יכול לסלקו אא"כ הוא שותף בהקרקע [שם] ואם באו שניהם כאחד ימכור להמצרן ולא לשותפו במו"מ [כנ"ל דהא לרש"י בב"מ ק"ח: שפי' דווקא שותף בקרקע ונהי דקיי"ל כהגאונים מ"מ כיון דלרש"י אינו כן וגם להגאונים הדבר שקול לכן ימכור לכתחלה להמצרן]:

לד וכן משכנתא לית בה דינא דב"מ לפיכך הממשכן שדהו ואח"כ מכרו לזה שממושכן בידו אין המצרן יכול לסלקו אבל אם מכרה הממשכן לאחר אפילו אינו בר מצרא אין המלוה יכול להוציא מידו דלא יפו כחו רק שלא ידחנו המצרן אבל אינו ממש כבר מצרא וי"א דיפה כחו אפילו מבר מצרא דאם אפילו המצרן קנאה יכול המלוה לסלקו ודינו כשותף בקרקע דלכן נקראת משכנתא דהיא שכן אצלה ועוסק בה וכן הכריע רבינו הרמ"א ודווקא כשלא היתה ערמה בההלואה להפקיע כח המצרן אבל אם היתה ערמה בזה מבטלין ערמומיתו ונותנין להמצרן:

לה ואם בתחלת המשכנתא בא המצרן לערער ולומר אני אלוה לך כי שמא כוונתך להערים ולמכור להמלוה אינו יכול לעכב על ידו כי יאמר ממנו נוח לי ללות משאלוה ממך ואם יראה לדיין שיש בזה ערמה מודיעין להמלוה שאם תשאר בידו לחלוטין יפקיעו ממנו וימסרוה להבר מצרא ובזה יתגלה האמת:

לו בעל המשכון אינו נקרא רק מצרן לשדה הממושכנת ולא להסמוכה לה לפיכך אם שדה הסמיכה למשכונא נמכרת אם המליה רוצה לקנותה הלוה מעכב על ידו כשירצה מפני שהוא בעל המצרן וכ"ש כשהלוה רוצה לקנותה דאין המלוה מעכב על ידו ואם הלוה אינו חפץ לקנותה וקנאה אחר שאינו בן המצר אין המלוה יכול להוציאה מידו ואם קדם המלוה וקנאה יכול בעל מצר להפקיעה מידו אפילו בעל מצר אחר לא הלוה ויש חולקים וס"ל דיש להמלוה דין מצרן גמור אף להשדה

להשדה הסמוכה לה וכן הכריע רבינו הרמ"א ולכן אם קדם אחר שאינו בן המצר וקנאה המלוה מסלקו וכ"ש כשקנאה הוא דאין בן מצר אחר מסלקו וי"א דדווקא לעניין זה יפה כחו שאין בר מצרא מסלקו כשקנאה אבל כשקדם אחר וקנאה אינו יכול לסלקו אף לדיעה זו [סמ"ע וט"ז] והלוה יכול לסלק להמלוה לכ"ע :

לז וזה שבארנו דלעניין שדה הממושכנת בעצמה נקרא המלוה בר מצרא גמור אין חילוק אם הלוה ישראל אם לאו דאע"ג דבמצרי לית ביה דינא דב"מ כמו שיתבאר מ"מ כיון שהיא ברשות המלוה אין לאחר לקנותה ולכן המלוה לאינו יהודי על שדהו או על ביתו ובא אחר וקנאה המלוה מסלקו ואם קנאה בר מצרן תלוי בשני הדיעות שבסעי' ל"ד ולפי הכרעת רבינו הרמ"א שם מסלק גם לבר מצרן ודווקא כשלא היה הערמה בדבר כמ"ש שם :

לח המלוה על בית ולא הלוה על המרתף שתחתיו אין לו שייכות במרתף ואם קנה מהלוה את המרתף המצרן מסלקו ולי"א שבסעי' ל"ו דגם לשדה הסמוכה נקרא מצרן ממילא דהוי גם להמרתף מצרן [ט"ז] דלא כיש מי שחולק בזה [דמקורו מהכנמק"י וס"ל כדיעס לתוס' ע"ס] ודע דכל משכנתא אפילו אם המלוה אינו דר בה ואינו אוכל הפירות מ"מ יש לו כל דין משכנתא שנתבאר ואין חילוק בין משכנו בשעת הלואות לשלא בשעת הלואתו דכיון דנתמשכנה אצלו הוא בעל המצר שלה [ח"ס] :

לט כמו שנתבאר המחלוקת במשכנתא כמו כן יש מחלוקת הפוסקים בשכירות הן לעניין אותה השדה או הבית המושכרת הן לעניין הסמוכה לה די"א דאין בשכירות דין מצרנות כלל לעניין הבית והשדה הסמוכה לה ואם מכרה להשוכר יכול המצרן להוציאה מידו וכ"ש אם קנאה אחר שאין השוכר יכול להוציא מידו וי"א דזהו וודאי שאם קנאה אחר אין השוכר יכול להוציא מידו [סמ"ע] אבל אם קדם השוכר וקנאה אין המצרן יכול להוציא מידו ולעניין אותה הבית או השדה ששכרה אם מכרה אפילו לאחר אין השוכר יכול להוציא מידו לדיעה ראשונה ולדיעה אחרונה אפילו קנאה המצרן יכול השוכר להוציא מידו וכ"ש כשקנאה אחר דשוכר יפה כחו ממצרן כמו בעל המשכנתא אבל כשקדם השוכר וקנה לביתו שדר בו בשכירות או לשדה ששכרה אפילו לדיעה ראשונה אין המצרן יכול להוציא מידו וכיון שרבינו הרמ"א הכריע במשכנתא כדיעה אחרונה דיש לו בבית זה יותר כח מהמצרן ולהסמוכה לה יש לו דין מצרן שאין המצרן האחר יכול להוציאו מידו כ"ש בשכירות הדין כן דשכירות ליומא ממכר הוא וכיון שדר בהבית או עסק בהשדה יפה כחו ממשכנתא דכן כתב רבינו הב"י בספרו הגדול דשוכר יפה כחו ממשכנתא וכ"ז לעניין אנשים אחרים אבל לעניין המשכיר עצמו וודאי דיש להמשכיר יותר כח בשדה או בבית הסמוכה מהשוכר ואף אם קדם השוכר וקנאה אם רצה המשכיר מוציאה מידו ובסעי' מ"א יתבאר עוד בדינים אלו ע"ש :

מ וכן יש מחלוקת זו לעניין עצם השכירות דאם ראובן רוצה להשכיר ביתו ובא המצרן ואמר אני רוצה לשוכרה לדיעה ראשונה אין בדבריו כלום ולדיעה אחרונה הדין עמו דשכירות ליומא ממכר הוא וכיון דקיי"ל כדיעה אחרונה הדין עם המצרן אמנם זהו דווקא אם מספר בני ביתו הם לא יותר ממי שרוצה לשוכרה אבל אם מספר בני ביתו מרובים יותר יכול המשכיר לומר אין רצוני להשכירה לפני בני בית מרובים שלא יקלקלו את ביתי או אם יש לו שאר אמתלא נכונה שהמצרן לא טוב לפניו שישכיר לו אין המצרן יכול לכופו והרי אף במכירה נתבאר דכשיש רעה להמוכר בטלה לה דין מצרנות וכ"ש בשכירות ואם אחד דר בבית בשכירות וככלות הזמן בא אחר לשוכרה והראשון אומר דהוא קודם דהוא מצרן מפני ששכרה עד כה טענתו טובה אף לדיעה ראשונה וצריך להשכירה לו על להבא [ט"ז] וגם זהו דווקא כשבני ביתו אינם מרובים מזה שבא לשוכרה עתה אבל בלא"ה לא שייך בזה דין מצרנות והרי השוכר בעצמו אינו רשאי להשכירה למי שבני ביתו מרובין משלו כמ"ש בסי' שי"ז ומכ"ש שאינו יכול לטעון טענת מצרן בכה"ג [קלס"ח] וכן אם המשכיר מראה לפני ב"ד אמתלא נכונה מפני מה אין רצונו בו בטלה דין מצרנות וק"ו הוא ממכירה כמ"ש וי"א עוד דכשכבר כלה זמן שכירותו והמשכיר לא הושוה עמו עדיין על להבא יכול להשכירה למי שירצה אף שעדיין דר בה דכיון דכלה זמן שכירותו הוי כאחר ודווקא כשעדיין לא כלה הזמן ובא אחר לשוכרה יכול לטעון טענת ב"מ ולא כשכלה הזמן [נה"מ בשם ב"ן] וצ"ע לדינא בזה :

מא ובזה שבארנו בסעי' ל"ט דלעניין אותו בית שדר בה השוכר אם מכרה אפילו להמצרן מוציא השוכר מידו יש מי שחולק ע"ז וס"ל דאין בשכירות דין מצרנות כלל [רס"ל בתשו'] וס"ל דאפילו מכרה המשכיר לאחר שאינו בר מצרא אין השוכר יכול להוציא מידו ולא אמרינן שכירות ליומא ממכר הוא אלא לעניין תשמיש ולא שהגוף שלו ופסק כן הלכה למעשה ואחד מהגדולים הכריע כדיעה זו רק לכתחלה כשבא למוכרה השוכר קודם לאחר והמצרן קודם להשוכר ואם קדם השוכר וקנאה אין המצרן יכול להוציא מידו כי יאמר קים לי שיש בשכירות דינא דב"מ [סבו"י] האמנם לפי הכרעת רבינו הרמ"א דבמשכנתא יש דינא דב"מ ולפמ"ש רבינו הב"י דשכירות עדיפא ממשכנתא וודאי דיש לפסוק דיש בשכירות דין מצרנות ועכ"ז קשה להוציא מיד הקונה לפמ"ש בסעי'

בסעי' כ"ז דבמחלוקת הפוסקים על המצרן להביא ראיה ומיהו הדיין שהוציא מיד הקונה ומסרה להשוכר אין מזניחין אותו כיון שלרבותינו בעלי הש"ע הדין כן הוא ודע דאין דין מצרנות בחזקות לעניין הסמוכה לה כגון מי שיש לו חזקה לדור בבית זה או לישב בחנות זה אין בזה דינא דב"מ לעניין החנות והבית הסמוכה לה ולכן כשהסמוך לה מוכר חזקתו יכול למוכרה למי שירצה ובעל החזקה שבצדו אינו יכול למחות בו לכל הדיעות אבל לעניין אותו חנות או אותו בית עצמה אם נמכרת לחלוטין וודאי דבעל החזקה קודם אפילו מבר מצרא לכל הדיעות דזה עדיף ממשכנתא ומשכירות דהיא כשלו ממש מפני חזקתו [ומ"ש הס"ק ס"ק ס"ח זהו על הסמוכס וכ"כ בתשו' דברי ריבות סי' ל"ט וכ"כ בכנס"ג סי' ק"מ סעי' ע"ו והובא במס"ע שם] וזה שיתבאר בסעי' נ"ט במלוים יחד בחנות שזהו כמטלטלין ולא שייך בה כלל דינא דב"מ זהו מפני שהעסק הוא רק הלואה ואינו יכול לעשות בה עסק אחר אבל בחנות חזקה שעושה בה כל סחורה שירצה וודאי דלעצמה הוא בר מצרא אף נגד הב"מ [כ"ל] :

מב כתב רבינו הרמ"א היה בית וחנות זה על זה והשכירן לשנים ואח"כ בא למכרן כל אחד מצרן לשלו ולמה שהוא דר בו עכ"ל ואפילו קנה חבירו את חלקו מסלקו השני [ס"ך] ושנים ששכרו שדה או בית או חנות בשותפות ואחד מהם רוצה להשכיר חלקו לאחר והשני רוצה לזכות בו מדין מצרנות הדין עמו לכל הדיעות דוודאי בכה"ג יש דין מצרנות עוד כתב בראובן שהיה לו קרקע שמעלה ממנה מס לשמעון לשנה כך וכך ומכר שמעון המס ללוי וראובן אומר שהוא מצרן והוא קודם לקנות את המס אם מכר שמעון ממכר עולם הדין עם ראובן ואם לא מכר רק לשנים קצובות אינו אלא כמוכר חוב בעלמא שאין בזה דין מצרנות עכ"ל דכשמוכר לזמן הוי כמטלטלין אבל כשמוכר לעולם הוי כקרקע וכיון שהגוף שלו וודאי שייך בזה הישר והטוב [הגר"א] :

מג הקונה ממצרי או מצדוקי וכותי אין המצרן יכול לסלקו דא"ל עשיתי לך טובה שהברחתיו מן המצר שלך ואף אם חזר והשכירו למוכר זה מ"מ הרי סילקו מגוף הקרקע [ב"י] וכן אם מכר קרקע לאלו אין המצרן יכול לערער על המוכר דכבר נתבאר דעיקר הדין מוטל על הלוקח ועל אלו לא שייך חיובא דהישר והטוב וממילא דעל המוכר ג"כ אין חיוב רק בזה שמוכר לאלו ויכול להיות שיגיע לשכינו איזו רעה מזה צריך לקבל עליו כל אונס שיבא מהם להשכן ואף במשכיר לאלו הדין כן ואם אינו רוצה לקבל אוררין אותו עד שיקבל עליו ואם עשו לו איזה היזק ראיה או להיפך שסתמו לו חלונו המוחזקת וכה"ג חייב המוכר או המשכיר לשלם לו בפי השומא שישומו הבקיאים ואם בא לו היזק בחיי המוכר ומת חייב הבן לשלם מירושת אביו שכבר נתחייב אביו ונשתעבדו נכסיו אבל אם בא לו הנזק לאחר מיתת המוכר י"א שלא קנסו בנו אחריו כבכמה קנסות שלא קנסו הבן בעד אביו וכן אפילו בחייו אין גובין מנכסים שמכר [כ"ל] וגם ממנו אין גובין רק כשקיבל עליו כל אונסא דאתיליד מחמתו אבל אם לא קיבל עליו ואירע להשכן אונס מהם י"א דפטור לשלם ע"פ ב"ד ורק חיובו בידי שמים ככל גרמא בנזקין וכן הכריע רבינו הרמ"א :

מד מעשה היה בימי הגאונים באחד שמכר ביתו לכותי במבוי ובאו בני המבוי וטענו עליו שהכותי הזיקן ואנס אותם ואין להם עדות בזה ופסקו כיון דהמוכר אינו יכול לישבע דהא אינו יודע שלא הזיקן וסתם כותי אנס הוא יש טעם לטענתם ולכן ישבעו מה שהפסידם וחייב לשלם וצ"ל דקיבל עליו כמ"ש ואם קנה מכותי בית שאצל ישראל יוכל להשכיר לכותי אבל לא למכור לו [ס"ך] והטעם דלמכור אין ביכולתו בלי קבלת נזק כיון שעכ"פ עתה היא של ישראל אבל להחמיר עליו שלא להשכיר אין ביכולתינו כיון שמקודם היתה לחלוטין של הכותי דיו שלא ימכרנה לו [כ"ל] :

מה בד"א שצריך לקבל עליו כל אונסא דמתיליד מחמתיה כשיכול למוכרה לישראל בסכום הדמים שהכותי נותן אם אין הכותי מעלה הרבה בדמים יותר מכדי שויו [סמ"ע] אבל אם לא נמצא ישראל שרוצה ליתן המקח הזה אינו מחוייב למכור בפחות לישראל וכן בשכירות הדין כן ואם הב"ד רואים שהכותי מכוין לקנות או לשכור כדי להרע לבן המצר אין מניחים לו לעשות כן :

מו הקונה בצד הכותי כגון שראובן קנה בית מלוי ומצר שמעון לאותו בית הוא בדרומו ומצד צפוני של אותו בית דר בו הכותי ונמצא שבית זה שקנה עומד באמצע בין בית שמעון לבין בית הכותי י"א דאין שמעון יכול לסלקו לראובן מדינא דב"מ מפני שראובן יכול לומר לו אנוכי מגן לך מהכותי דאם אתה קנית היית שכן לו והצלתיך מזה ועוד דאצל הכותי לא שכיחי קונים וגם אתה אולי לא רצית לקנות והיה הפסד למוכר וכל שיש הפסד למוכר אין בו דינא דב"מ כמ"ש [הגר"א] וי"א דטענות אלו אינם מספיקים דשכיחי קונים ולא עשית לי טובה כי רצוני לקנותה וכיון שהמוכר והלוקח הם ישראלים חל עליהם חיובא דב"מ :

מז מזה שנתבאר דבאשה ויתומים קטנים לית בהו דינא דב"מ יש מרבותינו שלמדו מזה דאם הלוקח אין לו בית או שדה ודחיקא ליה שעתא והמצרן א"צ לה רק להרווחה בעלמא דאין בזה דינא דב"מ דכיון דכל עיקר דינא דב"מ הוא מפני הישר והטוב אין זה ישר וטוב שזה שהוא דחוק לא יקחנה מפני הרווחתו של

של המצרן כמו דאמרינן באשה ויתום דלאו אורחייהו למטרח דלית בהו דינא דב"מ אבל יש מרבותינו שחולקין בזה דלא דמי לאשה ויתום כיון דלאו אורחייהו למטרח מה יעשו אבל בסתם בני אדם שביכולתם לטרות ולמצא במקום אחר לא פלוג רבנן דאל"כ יתבטלו כל דיני מצרנות וכל לוקח יוכיח שהוא דחוק ומוכרח לזה וכן נראה עיקר לדינא ומ"מ כתב רבינו הרמ"א דמדברי הר"מ מר"ב ודברי הרי"ו נראה כסברא ראשונה ודבר זה תלוי בראיית עיני ב"ד וכתב עוד דדווקא שהלוקח מן העיר ולא יוכל למצא בית במקום אחר אבל בלא"ה המצרן קודם לכ"ע עכ"ל :

מח הנותן מתנה לחבירו אין בה דינא דב"מ ואפילו אם המצרן רוצה לשלם לו ולקנות מהלוקח אינו יכול לכופו שהרי הנותן לא רצה למוכרה ואם לא היה נותן לזה לא היה מוכרה לו ולא הפסידו כלום ואין בזה הישר והטוב דלזה נתן מתנה מפני אהבתו או מפני טובה שעשה לו והנותן רוצה שתשאר ביד המקבל מתנה להיות לו לזכרון ואם ימכרנה ישכח על הטובה ולכן אין בזה ישר וטוב שיכפיהו שימכרנה לו ואם כתוב בהשטר מתנה שהנותן קיבל עליו אחריות יש בה דין מצרנות דבוודאי עשו ערמה בדבר להפקיע כח המצרן ובוודאי מכר לו ואף בשבועה אינו נאמן דהרי אין דרך לקבל אחריות בנתינת מתנה ולכן מסלקו ונותן לו כפי שומת הבקיאים ואם המקבל אומר כן הוא שקניתיה ועשינו ערמה בדבר ובכך וכך קניתיה נשבע בנק"ח ונוטל מהמצרן כדין שליח ודווקא שיטעון דמים שראוי לשלם בעדה או יותר מעט וי"א דבדמים הראוים א"צ לישבע [עסמ"ע] אבל אם אמר על שוה מנה במאתים קניתיה אינו נאמן אפילו בשבועה כיון דחזינן שעשו הערמה בזה [לבוש] אבל אם היה כתוב בהשטר מתנה וקבלתי עלי אחריות מתנה זו שאם תצא מידו אתן לו מאתים זוז זהו ראיה שהאמת כן הוא ונותן לו המצרן מאתים ומסלקו אע"פ שאינה שוה אלא מנה ומ"מ יכול המצרן להשביעו דשמא זה גופה היתה קנוניא ביניהן כדי שאם יתוודע להמצרן יקח ממנו מאתים והנותן האמינו שלא יקבל ממנו אלא מנה ואע"ג דבמכירה גלויה כה"ג א"צ לישבע מ"מ כיון שעשו הערמה יש לחושדם בכך [נ"ל] :

מט וי"א עוד דאפילו מי שלקח קרקע מצרנית ונתנה לאחר במתנה אין המצרן יכול לסלקו דנהי דלגבי הלוקח איכא ישר וטוב מ"מ כיון שלא עיכבה לעצמו שנתנה במתנה לאחר ושלא באחריות דאין בזה הערמה ואין ב"ד רואין בזה הערמה ולגבי המקבל מתנה אין כאן ישר וטוב להפסידו ולכן אין כאן דינא דב"מ רק על הב"ד לראות אם אין בזה הערמה ואע"ג דבכל מתנה שאין בה אחריות אין לדקדק יותר מ"מ דבר כזה שאינו מצוי לקנות שדה ולמוסרה במתנה צריכים לדקדק יותר ויש חולקים בעיקר דין זה וס"ל דהמצרן מוציא מידם ומשלם כפי שויו ואם הלוקח רוצה ליתן לזה מתנה יתן לו המעות או יקנה במקום אחר והטעם דלא יפה כח המקבל מתנה מהנותן לו שלקחה ויש בו דינא דב"מ וכן הכריע רבינו הרמ"א :

נ וכן י"א שאם מת הלוקח קודם שסילקו המצרן אינו יכול לסלק להיורשים כיון שהם עצמם לא עשו נגד הישר והטוב ויש חולקין גם בזה דלא יפה כחם ממורישם שבאו מכחו וכן הכריע רבינו הרמ"א ואפילו לדיעה ראשונה אם היורש מכרה לאחר או המקבל המתנה מהלוקח מכרה לאחר בא המצרן ומסלק את הלוקח דכיון שלא נשארה אצל היורש או המקבל מתנה ותחלתו וסופו הוא לקיחה יש בזה הישר והטוב להעמידה ביד המצרן וילך לו הלוקח ויקנה במקום אחר וכ"ש אם לוקח ראשון מכרה ללוקח שני אבל אם בעל הקרקע עצמו נתנה מתנה לאחר וזה המקבל מכרה לאחר אין בו דינא דב"מ אף לדיעה אחרונה מאחר שבא מכח המקבל מתנה שאין בו דין מצרנות [נ"ל] :

נא כבר נתבאר בסעי' ה' דאפילו גבאה בע"ח של בעל הקרקע בחובו המצרן מסלקו ואין חילוק בין ששמוהו לו ב"ד בחובו בין שהגבהו הלוה מדעתו רק כפמ"ש בסי' ק"ג דשומא הדרא מהבע"ח לעולם להלוה לכן גם המצרן לא יפה כחו מהבע"ח עצמו ואם ירצה הנטרף לתת הדמים שהיה עליו בחובו תחזור לו שדהו לעולם ואם אחר קנה קרקע ובא המצרן וסלקו ואח"כ בא בע"ח של המוכר וטרפה ממנו י"א שהמצרן חוזר ונוטל מהלוקח והלוקח חוזר על המוכר ואחריות המצרן הוא על הלוקח דהרי אם לא היה המצרן נוטל ממנו היה הבע"ח נוטלה מהלוקח והיה חוזר על המוכר ולכן גם עתה כן הוא ולא יפסיד המצרן זכותו בזה ודווקא כשיש להמוכר במה לשלם ואין הנ"מ רק בטירחא אבל כשאין להמוכר במה לשלם אינו מן הדין שיפסיד הלוקח אחרי שהמצרן לקחה ממנו [ב"י] ורבים חולקים בזה וס"ל דאף אם יש להמוכר במה לשלם אין דין המצרן עם הלוקח כלל אלא עם המוכר דהא כבר נתבאר דהלוקח הוא כשלוחו של המצרן ואיך יחזור על השליח לגבות ממנו וכתב רבינו הרמ"א שכן נראה עיקר כרעת החולקים :

נב המקדיש קרקע לעניים או לשאר צדקה אין בו משום דינא דב"מ ואף אם רוצה המצרן להחליף ולהת להם קרקע אחרת טובה מזו אין ביכולתו דהמקדיש רוצה שישאר לו זכרון עולם מקרקעו שהקדיש ואם היתה שדה שאצל המצרן הפקר כגון שרות של מלך ושרים שרצונם שבני אדם יקחו אותם וישלמו מהם מס בכל שנה ובא אחר והחזיק בה אם ימצא שדה כמותה במקום

במקום אחר של הפקר ובמס כזה יכול המצרן לסלקו ומקבל עליו המס ממנה ולא עדיף מלוקח ואם אינו יכול למצא כשדה זו ובמס כזה אינו יכול לסלקו אפילו אם המצרן רוצה לסלק לו כל שויה כיון שהחזיק בה בהיתר ומי עיכב ע"י המצרן שלא זכה בה עד כה ואף אם אפשר למצא כמותה ובמס כזה אם הוא בריחוק מקום אינו מחוייב לטרוח דבעינן כמותה ממש בכל הפרטים וכיון דאין כמותה אין בהפקר משום דינא דב"מ [סמ"ע וכס"מ] :

נג כתבו הטור והש"ע סעי' כ"ב יש מי שאומר דמצרן לא יכול לאחותי אינש אחרינא בדוכתיה לסלוקי ללוקח בדינא דב"מ אלא היכא דאקנא ליה בארעא קמייתא דקא תבע מחמתו וה"מ לאפוקי מיניה דלוקח הוא דלא מפקינן אבל למיהוי בדוכתא דבר מצרא לאזמוני זוזי ללוקח בזמניה אפילו שדרינהו ע"י שליח שעשאו בעדים בדוכתיה קאי עכ"ל ונראה ביאור הדברים דבסי' קכ"ב נתבאר דכל הרשאה דלא כתיב בה זיל דון ואפיק לנפשך יכול הנתבע לומר לאו בע"ד דידי את והשתא איך יעשה זה המצרן אם רצונו להרשות לאחר שיטלה בעדו מהלוקח ואם יכתוב לו כן זיל דון וזכי ואפיק לנפשך נמצא ששדה זו תשאר להמורשה והרי הוא אינו מצרן ואיך יסלק את הלוקח ואם נאמר שיקנה לו גם שדהו שמחמתה הוא מצרן הלא נתבאר בסעי' ג' דלוקח ממצרן אינו יכול לסלק להלוקח לזה אומר שיקנה לו מקצת בשדהו וכן יכתוב לו על השדה שעושיהו מורשה זיל דון ואפיק לנפשך מקצת ממנה דנתבאר שם דמיגו דיכול לדון על מקצתה יכול לדון על כולה ובזה האופן יתבע מהלוקח ולא יכול לומר לו לאו בע"ד דידי את דהא יש לו חלק בשני השדות וגם אינו יכול לומר לו לוקח ממצרן אתה דהלא גם להמצרן נשאר חלק בשני השדות ונמצא דמסלקו מכח בעל המצרן משלחו וזהו דווקא למידן עמו אבל אם המצרן בעצמו עמד בדין עם הלוקח רק להכין מעות בזמנו יכול לשלוח אפילו ע"י שליח בעלמא [כנלע"ד ביאורו ותמיהני על האחרונים שלא הביאו כן ונראה שכן הבין הגר"א בס"ק ס' וזהו מרמ"ש ואף דס"ל שם דא"ל אג"ק אבל זיל דון צריך כמ"ש בב"ק ע'. ועש"ך סקי"ט] :

נד מי שעשאו בעה"ב שליח למכור שדהו או ביתו אע"פ שהשליח עצמו מצרן אינו רשאי לקנות כמ"ש בסי' קפ"ה דכל שליח אינו יכול לקנות לעצמו דלעולם לא תכנס לרשותו של הלוקח כיון שהוא שלוחו של המוכר כמ"ש הטור שם וממילא דמוכרח למכור לאחרים וכיון שבעצמו מכר אינו יכול לסלק להלוקח דהרי בעצמו מכרה ואין לך מחילה גדולה מזו וכן אם המצרן חתם על שטר המכירה בעד אינו יכול לסלק ללוקח דבחתימתו מחל וכמ"ש בסי' קמ"ז במערער על השדה והוא חתום בעד [עסמ"ע סקכ"ו ול"ע ומ"ש הטור כמו

לאפטרופס לדמיון הדין כתב ולא כטעם דשם ודו"ק] :

נה אמרו רז"ל [ב"מ ק"ח:] דאם בן המצר בא לדחות הלוקח שקנה קרקע הסמוכה למצר שלו אם הלוקח רוצה לבנות בה בתים ובן המצר אינו רוצה אלא לזורעה אין בזה דין ב"מ וזוכה בה הלוקח מפני ישוב הארץ דבניין בתים הוי יותר ישוב מזריעה וכל שיש בזה מניעת טובה לאחרים אין בזה ישר וטוב ויש מי שאומר שאם המצרן רוצה לנוטעה באילנות יכול לסלקו דנטיעות אילנות נחשב ישוב כבתים כמ"ש בא"ח סי' שנ"ח דזרעים מבטלים שם דירה ואילנות לא מבטלי ע"ש ועוד דאילנות הם יותר קביעות מבתים דמושרשים ועומדים תמיד בקרקע והנטיעה חשובה יותר מבהים [טור] ודווקא אילנות העושים פירות ולא אילני סרק :

נו איזהו בן המצר לאו דווקא כשאין שום הפסק בין שדהו ובין הנמכרת אלא אפילו יש הפסק קצת כגון שהיה מפסיק רכב דקלים והם דקלים הכופים וסמוכים זל"ז עד שנראה כשוכבים זה על זה או שמפסיק בניין גבוה וחזק או גומא או אבן גדול או הר קטן וכיוצא בהם רואים אם יכול להכנים אפילו תלם אחד בתוך הדבר המפסיק עד שיתערבו שתי השדות ה"ז בן מצר שלו ומסלק את הלוקח ואם לאו אינו מסלק כיון שאינו יכול לעשותם שדה אחת וכן במצרנות בתים וחנויות אם הם סמוכים זל"ז עד שביכולתו לעשותם חצר אחד יש להם דין בר מצרא ואם לאו אין להם וי"א דגומא אינה הפסק כלל אפילו היא גדולה דיכול למלאותה בעפר [סמ"ע ועט"ז בסעי' כ"ג] :

נז רז"ל אמרו [שם] ארעא דחד ובתי דחד מרי דארעא מעכב אמרי בתי ומרי בתי לא מעכב אמרי דארעא וכן בקרקע ואילנות אמרו ג"כ דבעל הקרקע מעכב על בעל האילנות אם מכרן לאחר משום דהוא בר מצרא אבל בעל הקרקע שמכר מכירתו קיימת ואין בעל האילנות מעכב עליו וכן בעל הבית אינו מעכב על בעל הקרקע כשמכר קרקעו לאחר ונחלקו בזה רבותינו דעת הרמב"ם הוא דדווקא כשאין לבעה"ב ובעל האילנות שום זכות בהקרקע אפילו לזמן ובכל עת שירצה בעל הקרקע יכול לומר לבעה"ב הרוס בניינך ולך ולבעל האילנות עקור אילנך וזיל דאינם רק כמטלטלין בעלמא אבל כשיש להם זכות בהקרקע לעמוד עד זמן ידוע יש להם דין מצרן דלא גרע ממשכנתא עצמה הנמכרת דכדבר אחד חשוב הקרקע והבית או הקרקע והאילן ולכן בכה"ג כשמוכר בעל הקרקע את קרקעו לאחרים אפילו להמצרן בעל הבית והאילנות מעכבים עליו ומוציאין ממנו ודעת רש"י והרא"ש דאפילו אם יש להם זכות לזמן כיון דאין זכות זה לעולם אין נחשבים כמצרן ולא דמי למשכנתא דבשם עיקר הזכות שמא לא יפדה וישאר בידו אבל

בזה

בזה כשיגיע הזמן אין להם אפילו זכות ספק וגם לשכירות לא דמי דבשכירות דליומא ממכר הוא גם גוף הקרקע משא"כ בזה דבעל הבית והאילנות אין להם כלום בגוף הקרקע אלא דהושוו ביניהם שיעמדו עד זמן פלוני ועוד דכבר בארנו בסעי' ל"ט דאפילו לדיעה שסוברת דיש בשכירות בר מצרא מ"מ אם נמכרה הבית שאצלה אין השוכר מוציא מהלוקח כמו כן בזה לא יפה כח בעה"ב והאילנות בהקרקע יותר מהשוכר בבית שאצלה וכמו דבשם לדיעה זו אם קנאה השוכר אין המצרן יכול להוציא מידו כמו כן בכאן אם קנאה בעל הבית והאילנות להקרקע אין המצרן מוציא מידם [וכ"מ מלשון הס"ס] ואם ביכולתו לומר להם בכל עת הרום בנייניך ועקור אילנותיך אין להם שום זכות ואפשר דכשקנאו המצרן מסלק אותם לדיעה זו ואולי גם לדעת הרמב"ם דאין נחשבים רק כמטלטלים ואם יש להם זכות עולם דינם כשותפים ומסלקין להמיצרן ובעל הבית והאילנות שמכרו הבית והאילנות אפילו למצרן בעל הקרקע מסלק אותם בכל עניין וכן אם נמכרה קרקע הסמוכה לקרקע זו בעל הקרקע קודם לבעה"ב והאילנות ומוציא מידם אא"כ יש להם זכות בהקרקע לפי הדיעות שבארנו [ככ"ל]:

נח כתב רבינו הרמ"א בסעי' נ"א הבית והעליה של שנים ומכר האחד ביתו למצרן אין בעל העליה יכול לסלקו דלא מקרו שותפים זל"ז רק דינם כמצרנים עכ"ל והאחרונים חולקים עליו וס"ל דדינם כשותפים דהא גם לבעל העליה יש חלק בקרקע ומסלק להמצרן ונ"ל דאף איהו לא קאמר אלא כשאין לו רשות לבעל העליה לבנותה כשתפול דלפ"ז כל הקרקע שייך להבית לבדה ומ"מ אם קנאה בעל העליה אין המצרן מוציא מידו וכמ"ש בבית ואילנות העומדים עד לזמן אבל בעליה קבועה שיש לו רשות לחזור ולבנותה כשתפול וודאי דהוא כשותף ומסלק להמצרן ולעניין הבית הסמוך אם העליה היא רק לזמן אין לה שום דין מצרנות בהבית הסמוך והמצרן מוציא מידו וכ"ש בעה"ב [כ"ל]:

נט בכל הקרקעות שבעולם יש דין מצרנות וכל המחובר לקרקע הרי הוא כקרקע לפיכך בבתים וחנויות ובכל מיני בניינים כרפת בקר ובית הכסא ובית העצים ובית האוצרות וכה"ג יש בהם דין מצרנות אבל במטלטלין ועבדים אין בהם מצרנות ואע"ג דמן התורה עבדים דמיין לקרקעות מ"מ בזה לא שייך דטעם מצרנות הוא כדי שיהיה לו כל קרקעותיו ביחד ובעבדים לא שייך טעם זה מיהו אף שאין במטלטלין מצרנות מ"מ אם הם שותפים במטלטלים ואחד מכר חלקו אם נראה לב"ד שאין הלוקח נוח לו להשני יכול לסלק את הלוקח ולעכב לעצמו ולא מטעם מצרנות אלא מטעם שאין ביכולתו לגרום רעה לשותפו ויש בזה עשיית הטוב והישר כיון שאין לו היזק בזה ויעכב השותף חלקו או שימכור למי שנוח לו וכן המלוים יחד בחנות אין לזה דין קרקע ואף שמוחזקים בחנות זה לעשות בה עסק הלואה כמו שהיה טומן קדום באיזה מדינות מ"מ כיון שאין ביכולתם להחזיק שמה סחורה ורק לעסק הלואה דינה כמטלטלין מיהו אם נראה לב"ד היזק להשותף הנשאר במה שזה מוכר חלקו לאחר יכולים לכופו למכור לזה הנשאר או לאיזה שנוח לו אם אין בזה שום היזק להמוכר כמ"ש במטלטלין [כ"ל]:

ס כיון שבכל המחובר לקרקע יש דין מצרנות לפיכך במקומות בהכ"נ ובהמ"ד יש בהם דין מצרנות ומי שבא למכור מקומו המצרן קודם ומסלק את הלוקח ואע"פ שיש שפקפקו בזה דמה שייך בהם מצרנות דהא לאדם די במקום אחד דלא יעמוד בשני מקומות כאחד ואם מפני שצריך לבניו וחתניו הלא הבן בעצמו אם היה טוען טענת בר מצרא בשדה הסמוכה לשדה אביו לא היינו משגיחים בו ואיך יזכה האב בטענת בר מצרא עבורם מ"מ הרבה מרבותינו הראשונים ורבותינו בעלי הש"ע פסקו לדינא דיש במקומות בהכ"נ בר מצרא והטעם דכמו דבר מצרא דבתים אנן סהדי דאין אדם אחד דר בשני בתים ומ"מ מפני שצריך בעד בני ביתו דינם כאדם אחד כמו כן במקומות בהכ"נ כשזה הבר מצרא צריך להמקום בעד בני ביתו שיעמדו ביחד יש בזה דין מצרנות ואדרבא בבהכ"נ יש קפידא יותר שלא לעמוד אצל אנשים שאינם מהוגנים [ריב"ש] ולכן כמו שבבתים יש תמיד דין ב"מ אף שבני ביתו מועטים כמו כן בזה אף שאין לו מי שיעמוד מבני ביתו על המקום מ"מ הוא קודם ויעמיד מי שירצה על המקום [כ"ל] וכ"ז כשהמקום הנמכר הוא ממש אצל מקום המצרן אבל אם הוא רחוק אף מעט אין בזה דין מצרנות [כס"מ] ואם ע"י מצרנותו יגיע היזק להכנסת בהכ"נ אין משגיחין על מצרנותו דכללא הוא במצרנות דכ"מ שיש היזק ע"י המצרן אין זה ישר וטוב [כ"ל] וי"א דכמו במוכר קברו קיי"ל שבני המשפחה מבטלין המכירה מפני פגם משפחה כמ"ש בסי' רי"ז כמו כן במוכר מקומו שבבהכ"נ יכולים בני משפחתו לבטל מכירתו ולהעמידו על מקומו הקודם כשיש בזה פגם משפחה ויש חולקין בזה דלא דמי לקבר שהוא פגם עולם וכן הכריע רבינו הרמ"א אך כתב שהכל לפי העניין ואם באמת יש בזה פגם להמשפחה כגון שיושבין משפחות משפחות בפ"ע יש לדון כסברא ראשונה וכשאדם מוכר מקומו בעזרת אנשים ומקום אשתו בעזרת נשים ובא בר מצרן של מקומו לעכבו ובעזרת נשים אינו בר מצרן אם אינו רוצה ליקח גם מקומו בע"נ והלוקח לוקחם ביחד וודאי דהלוקח קודם אמנם אם המצרן רוצה ג"כ ליקח שני המקומות יש להסתפק אם יכול הלוקח לומר כמו שאין

לך דין מצרנות בע"נ כמו כן בעזרת אנשים כיון שנמכרים ביחד וכמ"ש בסעי' ל' באשה ובעלה שקנו ביחד ע"ש או אפשר כיון דהמקומות רחוקים זמ"ז אין להם התקשרות יחד והוי כשני שדות בשני מקומות מיהו אם מנהג המקום שע"פ רוב מי שיש לו מקום בעזרת אנשים יש לו ג"כ בע"נ ונמצא דאלו שני המקומות הם כמקום אחד ממש ממילא דיש בזה דין מצרנות דהוי כמצרן בשדה מצד אחד אף שמצד האחר אינו מצרן הוי מצרן גמור וה"נ דכוותה [ח"ס] ויש מהגדולים שכתבו שבמקומות בהכ"נ יש לב"ד לדון כפי ראות עיניהם ובאמת כן הוא דלפעמים ע"פ מקום אחד נהקלקלו כל המקומות ויהיה חסרון להכנסה דבהכ"נ וכיוצא בזה וודאי דבטלה בכה"ג דין מצרנות האמנם מעיקר הדין יש למקומות בהכ"נ דין מצרנות כבבתים :

סא עצה נאמנה מרז"ל שכל הרוצה למכור קרקע ובאו שנים שאינם מצרנים ליקח אותה במקח הקצוב וודאי דהרשות בידו למכור למי שירצה ועכ"ז אמרו חז"ל דאם אחד היה בן עירו והשני מעיר אחרת בן העיר קודם ואפילו האינו בן עירו שכן לשדהו מ"מ בן העיר קודם וי"א דזהו כשהוא שכנו בעיר [טור] הוא קודם לשכן השדה אבל אם אינו שכנו אינו קודם אפילו שכן השדה הוא מעיר אחרת ומ"מ יש לפסוק כדיעה ראשונה דגם הי"א אפשר דמודים לזה ואם אחד שכן ואחד ת"ח ת"ח קודם אפילו אינו בן עיר [כ"ל] קרוב ות"ח ת"ח קודם שכן וקרוב שכן קודם שנאמר טוב שכן קרוב מאח רחוק וי"א דשכן לא מקרי אלא אם הוא חבירו הרגיל עמו אבל מה שדרים בשכנות אינו כלום דכמה בני אדם דרים סמוכים זל"ז ואין להם שום התקרבות ויש מי שחולק והעיקר כדיעה ראשונה [ס"ך] וכ"כ רבינו הרמ"א בס"ם רנ"ג ע"ש וכ"ז לכתחלה לקיים עצת חז"ל המדריכים את האדם בדרך טובה ונכוחה ונפש טובה עושה כן כי זהו ג"כ דרך הישר והטוב אבל אם קדם אחד מהם וקנה זכה ואין חבירו שראוי ליקדם לו מסלקו :

סב כלל גדול יש במצרנות דכ"מ שהפוסקים מחולקים ואין בכח הדיין להכריע או שהדיין בעצמו מסתפק אם יש בזה דין מצרן אם לאו מפני ספיקות שיש לו בדין זה הבא לפניו נקרא הלוקח מוחזק כמ"ש בסעי' ג' דכל שלא נתבררה דין מצרנותו אין בכחו להוציא מיד הלוקח מיהו קודם שלקחה הלוקח וודאי דימכרנה למצרן ספק מלאחר שאינו ספק כלל [כ"ל] :

סג ככר נתבאר בסעי' מ"א דבכל החזקות כגון מי שיש לו חזקה לדור בבית זה או לסחור בחנות זה יש לו דין ב"מ לעניין אותה בית ואותה חנות ולא גרעי משוכר ואף שחזקתם הוא מכותי מ"מ כיון שהוא מוחזק בה יש לו דין ב"מ וכבר נתבאר בסי' קנ"ו תקנת הקדמונים בזה וכן פסק בעל כנה"ג בסי' ק"מ דיש בחזקות דינא דב"מ ומדבריו נראה דאף לבית הסמוך יש לבעל החזקה בר מצרא ועוד פסק שם שהקונה בית או חצר או חנות מכותי וקנאה ברצון המחזיק שהמחזיק לא היה רוצה לקנותה אינו יכול להוציא את המחזיק אלא המחזיק יפרע לו כמו שהיה משלם להכותי ואינו יכול להעלות לו יותר שכירות אם הכותי לא היה מעלה לו אבל הקונה משר הרבה שדות וחצרות וכל השייך לזה ובתוך הדברים יש שם בית שמוחזק בו ישראל מהשר להחזיק בה מחיה המנהג שבטלה חזקתו כיון שלא קנה אותה לבדה ורק נכללה בכלל המכירה ומ"מ רואים ב"ד שהעשיר הקונה יפציהו כראוי וכל חזקה יורש הבן את אביו [ועיין החזקות ראוי לכל בר דעת להבין שזהו כהשגה ברצון האדונים שלא להזיז הענין וכ"ב ממקומם והבא עליהם הוא בכלל ארור מסיג גבול רעהו והוא כעין דין מצרנות אבל אם האדון מהכפר אינו רוצה להחזיקו חלילה לו להיות בע"כ של האדון ודי למבין] :

סימן קעו [דיני שותפות ובו צ"א סעיפים] :

א השותפים שמשתתפים בעסק כמה מתקיים השותפות שלא יוכלו לחזור בהם דעת הרמב"ם ז"ל שצריכים קניין גמור שכתב בפ"ד משלוחין ושותפין השותפין שבאו להשתתף אין השיתוף נגמר בדיבור לומר שאם אמר בואו ונשתתף יחד בכך וכך שלא יוכלו לחזור בהם ואינו מתקיים אלא בקניין וכיון שצריך קניין כל דבר ודבר לפי קניינו מתקיים שיתופו עכ"ל ולכן אם נשתתפו בדברים שהם בעין כגון בפירות שעסק השותפות היה שזה יביא פירותיו המונחים אצלו וזה יביא פירותיו המונחים אצלו וימכרום בשותפות או שארי מטלטלין או בעלי חיים שהם בעין מועיל בהן הקניין השייך לכל אחד כמו הגבהה ומשיכה וכן קניין חליפין וכיון שקנאו מידם בק"ם שזה יביא סחורתו שאצלו וזה יביא נעשו שותפים בהן וכן אם ערבו הפירות יחד או המטלטלין והיו שוות בלי הפרש באופן שאחר שנתערבו א"א להכירן ולהפריד של זה משל זה נחשב קניין ואע"ג דלקנות בזה לא היה מועיל אם המקום לא היה ראוי לקניין כמו ברה"ר מ"מ לעסק שותפות דא"צ לקנות פירות חבירו אלא שישתתפו שיהא של שניהם וכיון שערבו לשם שותפות הרי נתערבו ונשתתפו וזהו קניין גמור לשותפות אבל במעות לא שייך עירוב ואינו קניין במעות וכן אם שכרו מקום בשותפות והניח זה כדו וזה חביתו שנשתתפו בהם הרי נעשו שותפים בהן ואע"ג דחצר השותפין אין קונין

זה

זה מזה רק במניח לתוך כלי הלוקח כמ"ש בסי' ר' מ"מ לעניין שיהא הדבר בשותפות הוי קניין גמור [קס"ח] דלא כיש מי שחולק בזה דהטעם שחצר השותפים אין קונה אחד מחבירו בלי כליו מפני שלא יצא מרשות השיתפים אבל הכא עיקר הקנייה היא שיהיה בשותפות וקונה המקום המשותף את המטלטלין שתהא בשותפות :

ב ואם היה השותפות בממון שזה יניח מנה בעסק וזה מנה אינו מועיל קניין סודר שאין מטבע נקנה בחליפין וכתב הרמב"ם שם דאין השיתוף מתקיים בו בקניין שאפילו קנו מיד שניהם שיביא כל אחד מעותיו וישתתף בהם וכתבו שטר ע"ז והעידו עדים אינו מועיל אלא צריך שיביא כל אחד מעותיו ויטילו מעות שניהם בכיס אחד ויגביהו שניהם הכיס עכ"ל ומה שלא כתב שכל אחד יעשה משיכה במעות חבירו מפני שזה לא יועיל כלל להשותפות דאם זה יקנה מעותיו של זה וזה מעותיו של זה אין כאן קניין שותפות ולכן אם כל אחד משך או הגבה מעותיו של חבירו לשם שותפות מהני [טור] והרמב"ם שכתב שיגביהו שניהם הכיס כתב דרך קצרה שיעשו הקניין ביחד וזה א"א בלא כים והגבהת שניהם אבל שכל אחד ימשוך מעות של חבירו לשם שותפות גם הרמב"ם מודה דמועיל ומסיים הרמב"ם ז"ל דכללו ש"ד בכל הדרכים שקונה הלוקח באותם הדרכים קונים השותפין זה מזה הממון המוטל ביניהם להשתתף בו עכ"ל ובעירוב פירות ומקום של שותפות קונה בשותפות אף שלעניין קניין מחבירו לא היה מועיל כמ"ש :

ג ולפ"ז אם השותפות לא נעשית במעות או מטלטלין ופירות מזומנים אלא שהשתתפו שיטלו סחורה בהקפה וימכרום או שיעשו איזה מלאכה בשותפות אין במה לקנות שלא יוכלו לחזור בהם דקניין אינו מועיל דהוה דבר שלא בא לעולם וכ"כ הרמב"ם שם האומנים שנשתתפו באומנות אע"פ שקנו מידם אינם שותפים כיצד שני חייטים או שני אורגים שהתנו ביניהם שכל שיקח זה וזה במלאכתו יהיה ביניהם בשותפות אין כאן שותפות כלל שאין אדם מקנה דשלב"ל אבל אם היו לוקחים החייטים הבגדים עצמם ותופרין אותן ומוכרים או האורגים לוקחים השתי והערב ממעותיהם ואורגים ומוכרים ונשתתפו במעות שלוקחים בו הרי אלו שותפים וכל מה שירויחו בשכר מלאכתם ומשאם ומתנם הרי אלו לאמצע עכ"ל דכיון דעשו בהמעות הקניין הראוי נשארים בשותפות וכל מה שנעשה באלו המעות שייך לשותפות ולפי דעת הרמב"ם אין השותפות רק במה שיקנו ממעות שותפות אבל אם אחד יקנה בהקפה או בעד מעות שלא נתערבו בשותפות שייך לו לבדו :

ד אבל הראב"ד והרשב"א והרא"ש והטור חולקים עליו וס"ל דשותפות לא דמי למקח וממכר דא"צ לקנות המעות או המטלטלין אלא שמשעבד גופו לחבירו לעסוק בהעסק וחבירו משעבד גופו לו וזהו כמו פועל וקבלן שמשעבדים גופם למלאכה ומהני ק"ס אף לדבר שלב"ל דשיעבוד הגוף מהני לכל דבר כמ"ש בסי' ס' ודעת ר"ת ורבינו משולם והעיטור ומהר"ם מר"ב דגם קניין א"צ כלל ואפילו לדבר שלב"ל אלא כל מה שמתנים זה עם זה מתקיים באמירה בעלמא דפועל א"צ קניין ובההיא הנאה שמשעבדים א"ע זל"ז גמרי ומשעבדים גופם לכל משך זמן השותפות שהתנו ביניהם ואין אחד מהם יכול לחזור בו ולשיטה זו הסכים מהרי"ק בשורש קפ"א להלכה למעשה וכן נראה מדברי רבינו הרמ"א רק די"א שזהו לעניין מה שהרויחו כבר דאין נאמנים לומר שחזרו בהם אבל על להבא יכולים לחזור בהם ולאחר שחזרו בהם נתבטל השותפות דכיון דמדמינן לפועל הלא פועל יכול לחזור בו בכל עת שירצה וטעם הריעה הקודמת משום דלא דמי לפועל דבפועל הטעם משום כי לי ב"י עבדים ולא עבדים לעבדים אבל בשותפים כשם שהוא משתעבד עצמו לחבירו כן חבירו משתעבד לו ואין אחד עבד לחבירו יותר מחבירו לו [מסרי"ק סס] ועוד דשותפין דמו לקבלן יותר מלפועל ובקבלן יתבאר בסי' של"ג דאם עשו קניין אינו יכול לחזור בו ולכן אף לדיעה זו אם היה קניין אין יכולים לחזור בהם עד כלות זמן השותפות שקבעו [כ"ל] ואפילו להרמב"ם שמצריך קניין כבמקח וממכר אין זה אלא בתחלת השותפות אבל כשעשו קניין המועיל בתחלת השותפות אז אח"כ כל מה שמתנים איזה פרטים נקנה בדיבור בעלמא בלא קניין [ב"י] :

ה וכתב הטור דאפילו לא עשו שום קניין אלא נשתתפו והתחילו לישא וליתן בעסק השותפות לקנות או למכור נראה דמהני עכ"ל דגם בשומרים משהתחילו במלאכה אין יכולין לחזור בהם אף למי שסובר דמשיכה אינו מועיל לעניין חזרה [ב"מ ל"ט.] אלמא דהתחלת מלאכה עדיף מקניין אך י"א דזהו דווקא כשעירבו הממון יחד וקנאו מממון השותפות דאז אין יכולין לחזור בהם גם על להבא עד הזמן שקבעו בתחלה אבל בלא זה יכולים לחזור על להבא [סמ"ע] וי"א דעיקר הקניין הוא ההתחלה בעסק ואפילו אם כל אחד קנה במעותיו אין יכולין לחזור בהם עד כלות הזמן [ט"ז] ודווקא כששניהם התחילו אבל אם רק אחד התחיל במלאכה אין זה קניין [כ"ל] ולפ"ז לדעת הטור אין חילוק בין עבר ללהבא שבארנו בסעי' ד' כיון דהתחלת העסק הוי קניין גמור :

ו וזה שכתב הרמב"ם דשטר אינו מועיל במעות זהו דווקא כשכתוב בשטר פלוני ופלוני נשתתפו בקניין וכיוצא בזה אבל אם כתבו בלשון חיוב שהם מתחייבים לעסוק בעסק שותפות הוה קניין טוב [סס] ואע"ג דמטלטלין לאו בני שטרא נינהו לעניין קניין [ב"ק ע"ע:] מ"מ

מ"מ כשמשעבד גופו בשטר ומתחייב א"ע מועיל לכל דבר כמ"ש בסי' ס' אבל בלא חיוב ושיעבוד גופו אע"פ שכתוב בו שבועה אין זה קניין רק חיוב מצד השבועה ונ"מ לכמה דברים כמ"ש בסי' ר"ט [סס] דלא כיש מי שחולק בזה מיהו אף כשבאו לפני העדים וקבלו עליהם שיהיו שותפים אין להעדים לכתוב עד שיצוו שניהם לכתוב או שיקבלו בק"ס [סמ"ע] וכשקבלו בק"ס יכולים לכתוב באיזה לשון שירצו ונמצא דהרבה קניינים יש בעסק שותפות ק"ס מועיל לכל דבר ואין יכולים לחזור בהם עד הזמן שקבעו וכן שטר שכתוב בו קניין או התחייבות הגוף הדין כן וגמר בלא קניין מועיל על מה שעסקו בעבר ולא על להבא לדיעה אחת וכן הכריע אחד מגדולי האחרונים [נס"מ] ואם עשו ת"כ או שבועה מחוייבים לקיים מצד השבועה או הת"כ עד סוף זמן שקבעו אבל אין זה קניין ולדעת הטור ההתחלה בעסק הוי קניין גמור עד סוף זמן שקבעו ולכן לדעתו אף בלא קניין אין חילוק בין עבר ללהבא ורק קודם התחלת העסק יכולים לחזור בהם אבל משהתחילו אין יכולין לחזור ודעת הרמב"ם כבר נתבאר [להס"ך סק"ח גם בקניין ביכולת לחזור על להבא ולפ"ז א"ל למ"ם אבל מרבינו הרמ"א לא משמע כן וכ"כ בנס"מ וכ"מ ממהרי"ק סס ודו"ק] :

ז וכ"ז שאמרנו זהו דווקא בשנים שנשתתפו ושניהם עוסקים בשותפות ולכן נשתעבד גופם זה לזה אבל מי שנותן לחבירו מעות או מטלטלין בעיסקא ומתנה שיתן לו חלק בריוח שיגיע לו גם ממקום אחר אינו אלא כמתנה בעלמא ואינו נקנה אלא בקניין גמור דבשלמא בעצם העיסקא הוא משועבד לעסוק כמ"ש ביו"ד סי' קע"ז אבל במה שאינו שייך להעיסקא במה נשתעבד דאין דינם כשותפים וצריך ע"ז קניין וק"ס אינו מועיל דהוי דבר שלב"ל ואינו מועיל רק שטר שיעבוד הגוף והתחייבות [כ"ל] ומי שהלוה לחבירו מעות וא"ל יהיו בידך למחצית שכר ונאנסו בידו חייב באונסין כבתחלה דלא נכתלק משמירתן בדיבור בעלמא ולא דמי למחילה שא"צ קניין דהא לאו מחילה היא ואין לזה תקנה רק שימסור לו המעות בחזרה דק"ס אינו מועיל במעות וכשקיבל ממנו בחזרה בתורת מחצית שכר והוי חציה מלוה וחציה פקדון לא יתחייב באונסים על חצי הפקדון :

ח ממה שנתבאר דעסק שותפות א"צ קניין על העבר לרוב הפוסקים ולדעת הטור אם התחילו במלאכה אין יכולים לחזור גם על להבא למדנו במה שמנהג הסוחרים כשעומדים על קניית איזה מקח או לקבל איזו מלאכה או עסק שמשתוים ביניהם שאחד יקבל העסק ויתן לאחרים איזה ריוח שלא יקלקלו לו בקבלת העסק דמתקיימים הדברים באמירה בעלמא מפני שזה הוא כעסק שותפות וכשזה קיבל העסק הוי התחלת עסק בעניין כזה ונחשב החזרה בזה כחזרה על העבר ואף שיש מי שפיקפק בזה מ"מ נ"ל שכן עיקר לדינא וכן הוא מנהג קבוע בין הסוחרים שמקיימים דבריהם בזה בלא שום קניין ואף כשלא השלישו בטוחות על זה וכן יש להורות :

ט שותפים ששמו פירותיהם או מטלטלין שלהם ונשתתפו בהן אם נתוודע שלא שמו כהוגן יש להם אונאה זה על זה ואף כשעירבו בלא שומא ונשאו ונתנו בדמיהן ולא באו לחשבון עד אחר זמן לא אמרינן כיון שעירבו סתם בלא שומא מחלו ול"ז וחולקים בשוה אלא מחשבין כמה היו שוים בעת שנשתתפו ומחשבין הקרן כפי שוויים אז והריוח או ההפסד מחשבין כפי שיתבאר לפנינו בס"ד :

י בגמ' [כתובות ל"ג:] איתא שנים שהטילו לכיס זה מנה וזה מאתים השכר וההפסד לאמצע ואין מחשבין לפי המעות כיון שנשתתפו סתם ואפילו לקחו שור לחרישה ועומד לטביחה הוי לאמצע לפירש"י כשטבחוהו ולהרי"ף והרמב"ם כשמכרוהו חי וכשלקחו לטביחה ועומד לטביחה לדעת התוס' שם חולקין לפי המעות ולהרא"ש והר"ן גם בכה"ג לאמצע ואמרינן שם בגמ' דכשלא הוציאו המעות בסחורה רק המעות עצמם נתייקרו או הוזלו כדרך מטבעות שעולים ויורדים במקח השכר וההפסד לפי מעותיהם ומזה הגמ' פסקו הרא"ש והר"ן ועוד ראשונים דבכל ענייני מסחור כשלא התנו החלקים מקודם השכר וההפסד לאמצע אף שזה הטיל מעות יותר מזה והטעם כתבו ע"פ הירושלמי דלפעמים אחד מהשותפים יותר חריף במסחור מהשני וכיון שזה שנתן מעות יותר לא התנה שיקבל חלק בריוח יותר מהשני סבר וקיבל שיחלוקו הריוח בשוה מפני שיודע ששותפו יותר חריף במסחר זה ממנו וכן לעניין הפסד אותו שהטיל פחות כיון שלא התנה שיסבול פחות בהפסד מסתמא מפני שדימה שע"י ריבוי המעות יהיה ריוח הרבה והשכר הוא קרוב וההפסד רחוק וקיבל עליו לסבול מחצה הפסד מפני ספק הריוח המרובה [לבוש] ולכן בכל מיני מסחור השכר וההפסד בשוה זולת כשלא הוציאו המעות כלל והוקרו המטבעות או הוזלו חולקין הריוח או ההפסד לפי מעותיהם וזהו דעת רוב רבותינו :

יא והרמב"ם ז"ל כתב [סס] השותפין שהטילו לכיס זה מנה וזה מאתים וזה ג' מאות ונתעסקו כולם בממון סתם ופיחתו או הותירו השכר או הפחת ביניהם בשוה לפי מניינם ולא לפי המעות ואפילו לקחו שור לטביחה שאלו טבחוהו היה נוטל כל אחד מבשרו לפי מעותיו אם מכרוהו חי ופחתו או הותירו השכר או הפחת לאמצע בד"א בשנשאו ונתנו במעות שנשתתפו בהם אבל אם המעות קיימים ועדיין לא הוציאו אותם ופחתו או הותירו מחמת המטבע ששינה המלך או אנשי המדינה חולקים השכר או ההפסד לפי המעות ואם התנו ביניהם הכל לפי תנאם בין בריוח בין בהפסד

בהפסד עכ"ל וכ"כ הרי"ף והעתיקוהו בש"ע סעי' ה' ולא הביאו שום חולק ותמהו המפרשים על רבינו הרמ"א שלא הביא דעת הרא"ש והר"ן והטור והיא גם דעת ר"י בעל התוס' :

יב ויראה לי שהרי"ף והרמב"ם אין חולקין כלל על הדיעה הקודמת לדינא וס"ל ג"כ דבכל מיני מסחור חולקין לאמצע וזה שכתבו דבלקחו שור לטביחה וטבחוהו חולקין לפי המעות משום דס"ל שזה אינו בגדר מסחור כלל שלא לקחוהו לעשות מסחור בהבשר אלא שצריכים להבשר לעצמם לאכול ולכן לא היה להם להתנות מתחלה על כך והרי זה כשנים שלקחו בשר במקולין דפשיטא דחולקין לפי המעות אבל אם באמת טבחוהו למכור הבשר חולקין לאמצע והרא"ש והר"ן מפרשים שהפי' לטביחה הוא על מסחור למכור הבשר ולכן פסקו שאף בשור לטביחה וטבחוהו השכר לאמצע ולא פליגי לדינא כלל רק בפירושא דלטביחה ולכן לא הגיה רבינו הרמ"א דרא ודרא אחת היא [וכזה א"ש דהטור כתב דר"י בעל התוס' פסק כהרא"ש ובתוס' מבואר להיפך ותוס' כתובות הוא להר"י וא"ש כמו שאין הר"ן סותר א"ע בדבריו ע"ש וא"ש קושית הרא"ש למה לא תירץ הש"ס דמיירי בטבחוהו וכתב המהרש"א דליכא רבותא כלל וכן הבין הלבוש שעירבב הדברים והסמ"ע תמה עליו ודו"ק] :

יג אבל רבינו הב"י והאחרונים פירשו דברי הרי"ף והרמב"ם באופן אחר דלא אמרו חז"ל השכר לאמצע רק בסחורה שא"א להלק כגון שלקחו אבן טובה דאלמלי המעות המועטים של השני לא היה ביכולת האחד ליקח אותו כמו שור לחרישה או שמכרוהו חי דא"א לקנות פחות משור שלם והוצרך בעל המעות המרובים להמועטים כמו המועטים להמרובים אבל סחורה שאפשר לחלקה כתבואה ופירות וכל סחורות המתפרדות השכר לפי המעות כיון שביכולת לחלקם ובירושלמי פ"ר דב"ק יש פלוגתא בזה ובירושלמי פ"י דכתובות מבואר כדעת הרא"ש ע"ש ובזה שנתבאר דבעילוי המעות או הסרונם חולקים לפי מעותיהם כ"ש אם נשתתפו בפירות ועדיין הם בעין אלא שעלו במקח או ירדו שנוטלין לפי מעותיהם דהא לא מכרום והם עצמם עומדים להתחלק מתחלה ועד סוף [סמ"ע] :

יד ואחד מגדולי האחרונים העלה לדינא דאם נשתתפו יחד לעסוק בסחורה ולטרוח במכירתה השכר לאמצע כיון דבעל ממון המועט מחוייב לטרוח עצמו כמו בעל ממון המרובה והטירחא הוא בשוה ולכן הריוח וההפסד ג"כ בשוה ואפילו קנו שור לטרוח בו לפטמו ולהשביחו ולשוחטו כל שמוטל הטירחא על שניהם בשוה השכר וההפסד ג"כ בשוה וזה שנתבאר שכשהמעות הם בעין הריוח וההפסד לפי המעות אם הסחורה היא דבר שא"א להתחלק כמו מרגליות מספר הראוי למכירה או אבן טוב או שור וכה"ג אפילו המעות בעין השכר, והההפסד לאמצע [נס"מ] ולענ"ד עיקר כדיעה ראשונה וכל הפוסקים גם הרי"ף והרמב"ם ס"ל כן לפמ"ש ובפרט שבירושלמי מפורש כן :

טו יש מי שאומר שאף במקום שאמרנו שהשכר לאמצע אם עלה ריוח בהסחורה אחר שהגיע זמן חלוקה שקבעו נוטלין לפי מעותיהם דאז בטלה לה שותפתם שעשו מקודם שמפני זה היה הריוח לאמצע וה"ה אם שינו ממה שהתנו בתחלה אף שהשינוי היה ברצון שניהם כגון שעשו שותפות לסחור בהמות ואח"כ נשתנה דעתם לסחור סחורה אחרת בלא קביעת זמן ג"כ נוטלין לפי מעותיהן דבטלה לה השותפות הראשונה שמפני זה היה לאמצע וי"א דאפילו אם התחילו לישא וליתן בהעסק על קביעת זמן ואח"כ שינו מדעתם הראשונה וגמרו לעסוק בעסק אחר אף שלא התחילו עדיין העסק האחר כל הריוח שעלה על העסק הראשון אחר שנגמר דעתם לשנותו הוא לפי מעותיהם דהוי כאחר חלוקה אבל אם שינו דעתם לעסוק בעסק אחר על קביעות זמן והתחילו לישא וליתן בהעסק האחר השכר לאמצע כבעסק הראשון כשלא התנו החלקים דדווקא כשלא קבעו זמן על העסק החדש בטלה לה שותפות ראשונה וגם אין כאן שותפות בעסק החדש דליהוי השכר לאמצע כיון שלא קבעו זמן כדרך השותפות אבל כשקבעו זמן השכר וההפסד לאמצע [סס] :

טז י"א דגם במקום שנתבאר דהשכר וההפסד לאמצע אם היה כל כך הפסד שאין הקרן מבעל הממון המועט מספיק וצריך להשלים מביתו אינו מחוייב להשלים מביתו דרק בגוף הממון שנשתתף סבר וקביל להיות שוה בהפסד עם בעל הממון המרובה אבל לא להשלים עוד מביתו ולכן אם הטיל זה מנה וזה מאתים ונפסד הכל לא אמרינן שישלים בעל המנה חמשים מביתו לבעל המאתים ויראה לי שזה אינו אלא אם בעת שנשתתפו היה המדובר ביניהם שלא יסחרו רק במזומן שלהם המונח בעסק ולא להקיף סחורה דאז וודאי דבעל המנה לא היה בדעתו להפסיד מביתו כמו בעל המאתים דיותר מג' מאות א"א להפסיד אבל אם עשו מסחרם הרבה יותר ממעותיהם והיה הפסד יותר מג' מאות איך נאמר שבעל המנה לא יפסיד מביתו ובעל המאתים יפסיד מביתו ובע"כ דסברו שניהם וקבלו להפסיד גם מביתם ולכן אף כשהפסידו ג' מאות צריך בעל המנה להשלים חמשים מביתו וראיה לזה ממה שפסקו בש"ע סי' צ"ג סעי' י"ד דאין נאמן בשבועתו להוציא מהשותף מביתו והקשו המפרשים הא בלא"ה א"צ להפסיד מביתו ולדברינו א"ש וכנ"ל עיקר לדינא :

יז וכן אם היתה גניבה או אבידה במעות השותפים או

או בסחורתם ההפסד לפי המעות אף במקום שאלו עסקו בהסחור היה לאמצע דזהו כמעות בעין שנתבאר דהשכר וההפסד לפי מעותיהם ודווקא במעות או סחורה שהניחו בהשותפות ולכן י"א דבסחורה שא"א לחלק גם בכה"ג ההפסד לאמצע ואף אם שינו מעסק הראשון לעסק אחר כיון שא"א לחלקם כח שניהם שוה בו לכל דבר [נה"מ] ובמקום שהשכר לפי מעותיהם ועלה הרבה ריוח על הסחורה אם היו מוכרים אותה מעט מעט ונזדמן להם סוחר ומכרו לו כל הסחורה בריוח מועט הולקין ג"כ לפי מעותיהם [סס] :

יח י"א שכל שאין הריוח מחמת טורח והתעסקות כגון שקנו קרקע בזול ומכרוה ביוקר אע"פ שבלא מעות בעל המועט לא היה בעל המרובה יכול לקנותם ולא התנו ביניהם כמה יהא הריוח לזה ולזה מ"מ הריוח לפי מעותיהם כיון שאין כאן טורח הרבה [סס] וכן בכל שנתבאר שהריוח לאמצע זהו בשותפים שנשתתפו מרצונם אבל שותפים שנעשו ע"י הכרח כגון בכור ופשוט שירשו עסק מאביהם והיה ריוח בהעסק אחרי מות אביהם חולקין לפי החלקים שלהם כיון שלא נשתתפו מרצונם [סס] וכן אם עסק השותפות היה שלא יעשו ביחד כגון שור לחרישה שזה יחרוש בו יום וזה יחרוש בו יום המלאכה לפי מעותיהן כיון שאין אחד עמל בעד חבירו אלא כל אחד לעצמו ועכ"ז אם נתיישבו למוכרו חי הריוח וההפסד לאמצע [סס] וגם בסחורה שהמסחור הולך ביחד והשבון הריוח או ההפסד הוא בגמר העסק אע"ג שאין עוסקין ביחד אלא זה עוסק זמן מה ואח"כ עוסק השני הריוח לאמצע :

יט אין חילוק בשותפות בין שנתנו כל אחד מעות מכיסם או שראובן הושוה עם שמעון שיסייע לו בעסקו ויתן לו מזה ריוח כך וכך והרויחו ולקחו אותם המעות מהריוח והניחו בעסק השכר מאותו העסק או ההפסד לאמצע כמו במעות מזומן ולכן ראובן שהיה לו חוב שהיה קשה עליו לגבותו ואמר לשמעון שיסייע לו בגביית החוב ויהיה לו שליש וכן עשו וא"צ קניין לזה כי הוא כשכיר ובא בשכר פעולתו ואח"כ קנו סחורה ולא התנו החלקים דינם כשנים שהטילו לכים שנתבאר דחולקין ולא אמרינן כיון ששמעון לא נתן מכיסו דיו שיטול חלק ריוח לפי מעותיו דכיון דלשמעון יש חלק בהריוח הרי הם שלו לגמרי ודווקא שאחר שגבו החוב קנו אח"כ הסחורה ואמרו שקונים בשותפות אבל אם לא אמרו שקונים לשותפות אלא אחר הגבייה קנה ראובן סחורה אף שקנה בעד כל החוב ואע"פ ששמעון סייעו בקניית הסחורה מ"מ אין לשמעון חלק בזה שהרי לא נדר לו רק חלק בגביית החוב ולא במה שירויח אח"כ וא"צ ליתן לשמעון רק כמה שנותנין שכר טירחא למסייע לחבירו בקניית סחורה כזה ואינו דומה לחוב השותפין שגבה אחד מהם וקנה סחורה דוודאי שייך לשותפות דבשם מתחלה מעות שניהם הם משא"כ בכאן דהמעות הם של ראובן אלא שהבטיח לשמעון בעד טרחתו בהגבייה כך וכך הלכך מה שהרויח ראובן אחר הגבייה שייך כולו לראובן כיון שלא דיברו שיהא לשותפות רק ביד שמעון לגבות ממנו החלק שלו מיד אחר הגבייה אבל כשלא גבה מיד אזי הריוח שעלה אח"כ אין לו חלק אם לא שהיה ריוח בהמטבע עצמה שעלתה במקח [כ"ל] :

כ השותפין שגמרו להשתתף ביחד ע"פ הקניינים שנתבארו והאחד הביא מעותיו לעסק והאחר עדיין לא הביא מ"מ אם היה ריוח נוטל חלקו כל זמן שלא חזר בו ואמר שלא יתן ולפ"ז ראובן ושמעון שנשתתפו יחד להלות לכותי וראובן נתן חלקו להלוה ואח"כ אמר הלוה שא"צ יותר ואמר ראובן לשמעון שיתן לו חלקו למה שהלוה ושמעון דחה אותו לאמר אין לי עתה ואתן היום או מחר ובתוך כך נפטר שמעון אפ"ה זכו יורשיו בחלקו הריוח דהרי לא מחל לראובן אבל אם אמר שמעון שלא יתן חלקו אבד חלקו מן הריוח דהרי שינה בהשותפות ואע"ג דראובן יכול לכופו לקיים השותפות מ"מ כשרוצה מניחו והריוח לעצמו [נה"מ] אמנם כל זמן שלא דחהו לגמרי אע"ג דדחה אותו קצת כיון דלא אטרחיה לב"ד עדיין הוא בשותפתו והריוח שלו וזה צריך לשלם ליורשיו אבל אם א"ל נלך לב"ד אע"פ שיצא מב"ד שהשותפות קיימת ושמעון צריך ליתן חלקו מהמעות שראובן הלוה מ"מ אין לו לשמעון ריוח כל זמן שלא נתן חלקו מעות והטעם משום דשותפים מיום שגמרו שותפתם כל אחד מה שיעשה הוא עושה בשביל השותפות והוא כשלוחו של השותף השני ואף שהשני מדחה אותו קצת כיון שאינו מדחיהו לגמרי אין העוסק מסתלק משליחותו אבל כשמדחיהו לגמרי או מטריחו לב"ד אנן סהדי שאין העוסק רוצה להיות עוד שלוחו כ"ז שלא יתן מעות בהעסק ולפ"ז כ"ש כשבאמצע עסק צריכים למעות על העסק והאחד לא נתן עדיין אם לא דחהו לגמרי לא נתבטל השותפות אבל אם דחהו לגמרי הוי שינוי ובטלה שותפתם עד שיחזור מדעתו ויתן חלקו מעות שצריך להעסק [כ"ל] :

כא השותפים דינם כשומרי שכר זה לזה ואם נגנב או נאבד ברשותו של אחד מהם צריך לשלם להשותפין כדין ש"ש הגם שאין נוטלין שכר שמירה מ"מ כיון שכל אחד עוסק בהעסק כל אחד משמר חלק חבירו בשכר שחבירו משמר חלקו ודווקא שהתנו כן מתחלה שכל אחד יעסוק בעסק השותפות אבל אם התנאי היה שרק אחד יעסוק בהעסק והשני אינו מחוייב לעסוק אם עשה מנדבת לבו והתעסק אין דינו כש"ש שיתחייב בגניבה ואבידה אלא כשומר חנם ואינו חייב

רק בפשיעה וי"א דאף כש"ח לא הוה ופטור אפילו מפשיעה [ס"ך] מפני הטעם שיתבאר בסעי' כ"ג ואפילו התנו שכל אחד יעסוק בהעסק אין דינם כש"ש אלא אם קודם שהתחילו לעסוק התנו שכל אחד יתעסק זמן ידוע ואח"כ יתעסק השני ולכן כל אחד בהזמן שמתעסק דינו כש"ש אבל אם כולם מתעסקים ביחד שאין זמן חלוק לכל אחד אין דינם כש"ש מפני שכל אחד עם חבירו במלאכתו ופטורים אפילו מפשיעה כמ"ש בסי' רצ"א ולא עוד אלא אפילו אם רק התחילו לעסוק ביחד אף שכל אחד עוסק במקום בפ"ע רק שהתחילו בשעה אחת [ע"ז] ואח"כ נתעסק כל אחד לבדו בזמן מיוחד פטורים דפטור שמירה בבעלים הוא בעת התחלת המלאכה כמ"ש שם וכן להיפך אם בעת התחלת המלאכה לא עשו כאחד אף שאח"כ עשו ביחד חייבים באחריות דכל זה הוא גזירת התורה כמו שיתבאר שם:

כב ואם מתחלה נתעסק בו אחד לבדו ואח"כ נתעסקו בו שניהם ביחד ונגנב אם נגנב מהראשון חייב מפני שהשני לא היה עמו במלאכתו כשהתחילה השמירה ואם נגנב מהשני פטור מפני שהראשון היה עמו במלאכתו כשהתחילה השמירה וי"א דהראשון אינו חייב בכל חלקו של השותף אלא כשנגנב שלא בשעה ששמרו שניהם ביחד אלא אחר ששמרו ביחד נפרדו מלשמור יחד ושמר הראשון לבדו דאז חייב בכל חלקו של השני אבל אם בשעה ששמרו שניהם ביחד נגנב מהראשון אינו חייב אלא בחצי חלקו של השני דהא כששמרו ביחד מוטל על שניהם השמירה וכל אחד כששומר חציה שומר שלו ושל חבירו ונמצא שלא שמר אלא חצי חלק חבירו [סמ"ע] ודווקא כשכל אחד שמר חציה ונגנב אצל הראשון ולא אצל השני דאז חייב בחצי חלקו של השני אבל אם שמרו ביחד ונגנב הכל או אפילו שמר כל אחד בפ"ע רק שגם אצל השני נגנבה וודאי דשניהם הפסידו דנהי דהשני פטור משמירת הראשון מדין שומרים מ"מ וודאי דלא נוכל לחייב את הראשון שיפסיד יותר מחלקו דבזה לא קיבל עליו רק שמירת חלקו כשנאבד כולו ושניהם שמרוהו [זהו כוונת הסמ"ע סקכ"ו ומיושב תמיהת סט"ז וגם מ"ש בש"ע הראשון חייב ר"ל כשנגנב הכל ומ"ש הנה"מ דחוק מאד ודו"ק]:

כג וזהו טעם היש חולקין שבסעי' כ"א דכשהיה התנאי שאחד יעסוק בכל העסק ואח"כ נדב השני לעסוק דאין דינו אפילו כשומר חנם משום דהוי שמירה בבעלים דהאחד עמו במלאכתו וכל דינים אלו שאנו דנים את האחד כש"ש ושנקרא נגד השני עמו במלאכתו זהו דווקא כשהתנו כן בעת עשיית העסק שהאחד יעסוק לבדו בכל העסק אבל כשלא התנו ביניהם דמן הסתם מוטל על שניהם להתעסק בשוה ועכ"ז נטל אחד מהם ועסק בו לבדו ונגנבה או נאבדה אין דינו כש"ש נגד השני ואע"ג שהשני יכול לומר דדעתי היה שאתה לבדך תעסוק משך זמן ואח"כ אעסוק אני לבדי וא"כ עתה דינך כש"ש דהראשון יכול לומר לו כיון שלא היה תנאי בינינו וגם אתה לא הגדת לי שאח"כ תעסוק לבדך נגד מה שעסקתי לבדי דאז הייתי נזהר יותר כדין ש"ש וכיון שרק מנדבת לבי עשיתי כן אין דיני רק כש"ח [מרדכי פ"ג דב"ב] ואף שיש חולקין בזה וס"ל דדינו כש"ש [סס] מ"מ כן עיקר לדינא [ס"ך] ולהיש חולקין שבסעי' כ"א אפילו ש"ח לא הוי אמנם נ"ל דבכה"ג גם להיש חולקין דינו כש"ח דדווקא כשהתנאי היה שאחד לבד יתעסק והשני התנדב אח"כ מנדבת לבו אין דינו כש"ח מפני שהראשון עמו במלאכתו אבל בתחלת העסק כשהתנדב לעסוק לבדו נהי דאינו כש"ש מ"מ למה יפטור מש"ח הלא אין השני עמו במלאכתו ואי משום דסתמא מוטל גם על השני לעשות ואם היה עוסק היה עמו במלאכתו מ"מ אינו ראוי לפטור את המתעסק מטעם זה דזה הפטור הוא גזירת התורה וכל זמן שלא היה עמו במלאכתו אין לפוטרו מטעם שהיה ראוי להיות עמו במלאכתו [ורלוים ממסרי"ק סורם קכ"ס ולפ"ז כל ספוסקים יבואו על נכון וגס כוונת סרמ"ח בסעי' ח' לפטר דווקח בסתחלם ומיושב קושיות סס"ך וסנס"מ ובסי' ת"ח דפטרו לסניזק מפני סכנגם רק מפני סנזק חבל שותף סלח לריך לעסוק וחין מקפידין זע"ז וספיר דינו כש"ח ודו"ק]:

כד אם בתחלה עסקו שניהם ביחד ואח"כ הושוו ביניהם שרק אחד יעסוק בכל העסק ונגנב ממנו י"א שחייב לשלם לשותפו מחצית מחלקו לפי שעל מחצית חלקו הוי שמירה בבעלים מהתחלת העסק שהיה עליו לשמור מחצה ובזה המחצה לא נשתנה השמירה ורק על המחצה השנית שנתחדש ביניהם שמה שהיה החיוב על השני יתחייב הראשון אין ע"ז שמירה בבעלים ולפיכך אינו חייב לשלם רק חלק רביע [נס"מ] ואם בתחלת העסק התנו שזה יעסוק חודש ואח"כ זה יעסוק חודש וכן יחלופו תמיד מידי חודש בחודש ועסק ראובן בניסן ועל שמעון היה להתעסק באייר ושכר שמעון את ראובן שיעסוק גם עמו באייר ונגנב אצל שמעון מהשותפות פטור מפני שראובן עמו במלאכתו בהתחלת חודש שלו ואם אח"כ בחודש סיון שהוא על ראובן שכר את שמעון שיעסוק עמו ונגנב אצל ראובן חייב לשלם לשמעון מחצה מחלקו שהיה לו לשמעון בשמירתו מפני שהמחצה ששומר ראובן ויש בזה חלק שמעון לא נשתנית ממה שהיה בחודש ניסן שהיה על ראובן לעסוק בכולה ואינה שמירה בבעלים והשינוי הוא על מחצה השני ובה שמעון עמו במלאכתו ופטור ממנה [סס] ובסעי' כ"ו יתבאר עוד בזה:

כה כתב רבינו הרמ"א בסעי' ח' שאם חלקו השותפות לגמרי ונשאר ביד אחד מהם לפרוע לכותי ואבדו

או נגנבו ממנו אין חבירו חייב לשלם לו ההפסד אבל אם נשאר לשני ג"כ מן השותפות הוי שמירה בבעלים וההפסד על שניהם עכ"ל והטעם שחייב בכל ההפסד משום דדינו כש"ש ולכן אין דין זה אלא אם בתחלת העסק היה התנאי שזה יתעסק לבדו דאז לא היה חבירו עמו במלאכתו [ע"ז] וזה שכתב אבל אם נשאר לשני וכו' ה"ה בכה"ג ולאו דווקא נקיט או אפילו אם התעסקו שניהם בתחלה רק אחר גמר העסק הושוו שישארו המעות ביד אחד מהם ונוטל שכר טרחתו או מפני שהוא לא האמין לחבירו המעות או כדי שעד הפרעון ישתמש בהמעות ואין זה שייך לעסק השותפות דהוי כעניין חדש ולפיכך דינו כש"ש [נה"מ] וכלל זה צריך לידע דבמקום שהשותף מעכב לעצמו בהורת עשיית טובה לחבירו שנוטל הטירחא עליו מנדבת לבו אין דינו לכל היותר מש"ח כמ"ש בסעי' כ"א וכ"ג ואין חיובו כש"ש רק כשעושה ע"פ התחייבות שהושוו כן מתחלת העסק או שנוטל שכר בעד זה או שאינו מאמין לחבירו או שמשתמש בהמעות וגם שלא יהיה לו פטור דשמירה בבעלים כמו שנתבאר ובכ"מ שחייב לשלם לחבירו אינו מנכה לחבירו הריוח שקיבל חבירו כבר מהעסק [מסרי"ק סורס ק"ד] דכיון שכבר קיבל הריוח אין לזה עניין עם הגניבה ואין זה יכול לומר הלא אין כאן ריוח כלל מאחר שנגנבה [סס] אבל אם עדיין לא חלקו הריוח ונגנב הקרן והריוח אין לו לשלם רק הקרן אף אם דינו כש"ש דאיך ישלם לו גם הריוח הלא נגנב הכל ואין ריוח כאן [כ"מ סס] ואם נגנב הריוח לבד והקרן הוא בשלימות יש להתיישב אם דינו כש"ש גם על הריוח או אפשר דעל הריוח אין דינו כש"ש [מלשון מסרי"ק משמע דפטור מגניבה ע"ס] :

כו מעשה בראובן ששכר סוס משמעון על חודש אחד ואחר איזה ימים נשכר לו שמעון עצמו עם הסוס על שני חדשים ובדרך נגנב הסוס מיד ראובן ופסקו שראובן פטור מפני ששמעון היה עמו במלאכתו ואע"ג דהתחלת השכירות היה שלא בבעלים מ"מ כיון שאח"כ נתוסף זמן שכירות הסוס חודש אחד בשעה שנשכר לו שמעון הוי כשכירות חדשה ומבטלת שכירות הקודמת שהיתה שלא בבעלים [ע"ז] ולפ"ז גם הדין שנתבאר בסעי' כ"ד כשבתחלה עסקו שניהם ואח"כ הושוו שרק אחד יעסוק לבדו שכתבנו דמחצית הקודמת מיחשב שמירה בבעלים לדיעה זו חייב גם על מחצה הקודמת מפני שכששינו והושוו שרק אחד יהיה העוסק הוי כעניין חדש [כ"ל] ואין סברא לחלק בין שינוי זמן לשינוי תנאי [מכתובות ל"ט. היכא דאמרי וכו' ראיה לדיעה האסוס ודו"ק] וכלל צריך לידע בשמירה בבעלים דצריכים הבעלים להיות עמו במלאכתו בעת התחלת העסק והשמירה אבל כשכלתה מלאכת הבעלים בשעת התחלה אפילו אם לפי הזמן שקבעו להעסק והשמירה כבר בא הזמן בעוד שהבעלים היו עמו במלאכתו מ"מ כיון שעדיין לא היה בפועל אין זה שמירה בבעלים וחייב כש"ש [נה"מ] דלא כיש מי שחולק בזה :

כז האחים שירשו מאביהם כל זמן שלא חלקו והרי הם שותפים בנכסי אביהם כל זמן שלא מיחו זה בזה נזונים ומתפרנסים כולם מתפוסת הבית אף שאחד הוצאתו גדולה מחבירו כמ"ש בסי' רפ"ו ואפילו לדעת החולק שם זהו דווקא כשנשארו גדולים וקטנים שאין בהקטנים דעת למחות אבל כשכולם גדולים כל זמן שלא מיחו נזונים ומתפרנסים כולם מתפוסת הבית [סמ"ע וט"ז] ושם יתבאר עוד בזה בס"ד וזהו בסתמא אבל ביכולת כל אחד למחות בזה ושכל אחד יוציא על חלקו מזונו ופרנסתו באכילה ובגדים וכל הצרכים ואם לא מיחו וקנו לעצמם אחרי מות אביהם בגדים להם ולבניהם ובנותיהם ונשותיהם אף שאמרנו שהכל מתפוסת הבית מ"מ כשבאים לחלוק שמין הבגדים שעליהם כפי שוויים בשעת החלוקה ואם בלו או נאבדו אין מחשבין אותן דכן אמרו חכמינו ז"ל דעתם שמוחלים זל"ז בכה"ג כל זמן שלא מיחו וזהו מה שעליהם אבל הבגדים שקנו לבניהם ובנותיהם ונשותיהם אין שמין אותן אף כשעדיין הן בעין דאמרו חז"ל דעתם שמוחלים זל"ז דבזיון הוא להביא נשים ובנים ובנות לב"ד לשום הבגדים שעליהן ולכן אין דין זה רק בבגדי חול אבל בגדי שבת ויו"ט שעשו להן כל אחד אחרי מות אביהם מביאים הבגדים לב"ד ושמין אותן דהשומא היא בחול ואין הבגדים עליהן וכ"ש שארי כלי בית שקנו אחרי מיתת אביהם וכן תכשיטין כמו אבנים טובות ומרגליות ושארי תכשיטין שקנו אחרי מיתת אביהם ששמין אותם אף שנושאין אותן על גופן דאין סברא שגם זה יהיה מהשותפות [כ"ל] וגדול האחים כשהוא נושא ונותן בנכסי אביהם אין שמין בגדיו שעשה לעצמו דאמרו חז"ל דעתם דניחא להו להאחים שילבש בגדים מכובדים כדי שישמעו דבריו בהעסקים דבגדים מכובדים מכבדים את האדם שיהיה נשוא פנים דאם נאמר שישומו אותן בשעת החלוקה לא ירצה לעשות משלו וילך בבגדים בזוים ויתפסד העסק [ב"י סי' רפ"ח] וגם בגדי שבת ויו"ט שעשה אין שמין אם נראה לב"ד שהיה נצרך להם לטובת העסקים אבל אם לא היתה בזה טובת העסקים שמין אותם [כ"ל עס"ך סק"כ] ובגדי שבת ויו"ט של אשתו ובניו ובנותיו שמין בכל עניין [ומ"ס בטוס"ע אף במה שקנה לעצמו ל"ד סוא וליכא דגמ' ב"ק י"א: נקטי וסס א"ס לפי סעניין ע"ס ובב"ב קל"ט. ליתא כן] וכ"ז כשלא מיחו בו האחים אבל לכתחלה יכולים למחות בו דכיון דהתירו לו חז"ל מפני טובתם ולכן כשאין רוצים הרשות בידם :

כח כתבו הרמב"ם והטור דכ"ז שנתבאר באחין ה"ה בשארי שותפים שאינם אחין וכתב רבינו הרמ"א בסעי'

בסעי' ט' מיהו נ"ל דאזלינן בזה אחר המנהג עכ"ל וביאור דבריו נ"ל דבאחין מן הסתם כ"ז שלא מיחו נזונים ומתפרנסים כאחד אא"כ מיחו או שהמנהג הוא להיפך ובשותפים הוי להיפך דדווקא במקום שיש מנהג ששותפים בעסק נזונים ומתפרנסים מכים השותפות אף שאחד הוא יותר בעל הוצאה מהשני דבשם כ"ז שלא מיחו הדין כמו באחין אבל בסתם שאין ידוע שהמנהג הוא כן אינו נוהג דין זה אף בלא מחאה [ע' לבוש וסמ"ע ולפמ"ש א"ש בפשיטות ודו"ק] :

כט שנים שנשתתפו בעסק אם שניהם עוסקים יחד במקום אחד אין לאחד לעשות בלי דעת חבירו דבר חדש בהעסק כיון שביכולתו לישאל את פי חבירו ואם עשה בלא שאלת פיו וקילקל בזה ההפסד עליו ואם היה ריוח שייך לשותפות דכל שותף הוא שלוחו של השני ורק אם קילקל מדעת עצמו אינו שלוחו לקלקל ואם אחד עוסק לבדו או אף ששניהם עוסקים רק שבמקומות מפורדים הם ואין אחד יכול לשאול את פי חבירו אם יש ביניהם תנאים מה שכל אחד יעשה בהעסק אין לכל אחד לשנות ממה שהתנו ואם שינה והיה הפסד עליו לבדו ההפסד ואם היה ריוח הוא לאמצע ואם נשתתפו בסתם דהיינו שעשו שותפות לסחור חיטים או שעורים או שארי מיני סחורות ולא התנו הפרטים ואינם עוסקים ביחד שיהיה ביכולת לשאול זא"ז או שרק אחד הוא העוסק והשני אינו אצל העסק לא ישנה ממנהג המדינה כהנהגת סוחרים באותה סחורה ואם דרך הסוחרים למוכרה בכאן לא יוליכנה למקום אחר ולא ישתתף בה גם עם אחרים בלתי ידיעת שותפו ואם עסק זה קיבלה שותף אחד מחבירו בתורת עיסקא ובאופן שיתעסק רק בסחורה זו לא יתעסק בסחורה אחרת [סמ"ע] וכן בשני שותפים שעוסקים בעסקם ובעת שעשו השותפות נראה שהיה כוונתם שלא יעסקו בסחורה אחרת אין לאחד להתעסק שלא מדעת שותפו בסחורה אחרת [עס"ך] ולא יפקיד הסחורה ביד אחרים בלא דעת חבירו אא"כ התנו בתחלה שיש רשות לאחד מן השותפים או להמתעסק להפקיד ביד מי שירצה או שמנהג הסוחרים כן הוא להפקיד ביד אדם כזה לפי עניין המסחור וכן אם זה שהפקיד אצלו רגיל גם השותף השני להפקיד אצלו פטור אם נגנב או נאבד כמ"ש בסי' רצ"א מיהו אם ע"י זה היה היזק להעסק כגון שלא היה הנפקד בביתו בזמן המכירה חייב לשלם לו ההיזק [גס"מ] :

ל ולעניין למכור בהקפה אם סחורה זו דרכה להמכר בהקפה ואפילו אם לפעמים מוכרים אותה במזומן מ"מ כיון שגם בהקפה מוכרים אותה אם מכרה בהקפה ונאבד פטור כיון שעשה כדרך הסוחרים ודבר שדרכו תמיד להמכר בהקפה אפילו הקיף לכותי ונאבד פטור [גס"מ] אבל סחורה שאין דרכה להמכר רק במזומן ואפילו אם יש מקצת סוחרים שמוכרים לפרקים בהקפה מ"מ כיון שרוב הסוחרים אין מוכרים אלא במזומן לא יקיף בלא דעת חבירו ואם עבר על זה ונפסד חייב לשלם וכתב רבינו הרמ"א בסעי' י' דאם התרה בו שלא להקיף אפילו בדבר שדרכו בהקפה חייב לשלם עכ"ל ויראה לי דאין ההתראה מועלת רק בעת עשיית השותפות אבל אח"כ כיון שעשו העסק סתם ודרך הסחורה להמכר בהקפה אין ביכולתו למחות אא"כ יש שמוכרין בהקפה ויש במזומן וכן בכל דבר שיש ספק הפסד כגון להעביר הסחורה בימים ובנהרות אם דרך אותה סחורה בכך אם התרה בו בעת עשיית השותפות שאין רצונו בכך והשני עבר ע"ז ונטבעה הסחורה חייב לשלם אבל אח"כ אינו יכול למחות בו [כ"מ מהב"י ומסגר"ח שדימה זה לנותן על חיטים ולקח שעורים] ויש מי שאומר שאף אח"כ יכול למחות על חלקו שלא ליתנה בהקפה או להוליך על הים [גס"מ] וצ"ע לדינא :

לא כלל גדול יש בעסק השותפין דכל שאינו משנה מדרך הסוחרים בדברים שלא התנו ביניהם ואינו פושע בהנהגת מסחרו יעשה בשל חבירו כבשלו ונוטל מחבירו חלקו במה שהוציא אף אם היה הפסד בזה [מרדכי ספי"ח דכתובות] דכל שותף כיורד ברשות דמי וכיון שירד ברשות צריך שותפו לסבול גם ההפסד כמו שחולק עמו אם היה ריוח וכן שני אחים העוסקים בעזבון אביהם דינם כשותפין וימכור הסחורה בזמן הראוי למכור [סס] :

לב ואם עבר ועשה שלא מדעת חבירו ואח"כ הודיעו והסכים למעשיו שא"ל אני מסכים למה שעשית ואירע בזה הפסד ה"ז העוסק פטור בכל עניין אבל אם שתק לא אמרינן בזה שתיקה כהודאה דמי ואם קודם שעשה א"ל אני רוצה לעשות כך וכך ושתק שתיקה כהודאה דמי [סמ"ע] דעל שתיקתו סמך ועשה ואין הדברים האלו צריכים קניין דכיון שהסכים עמו ה"ל כמחילה ומחילה א"צ קניין [סס] וכ"ש קודם המעשה אף אם שתק דכיון דכהודאה דמיא הרי עשה ברשות וכן אם הסכים למעשיו אף בכתב שכתב לו אני מסכים לכל מה שעשית או לכל מה שתעשה הוי כדיבור [ס"ך] דע"י כתבו ידענו דעתו וכן אם אפילו שלא בפניו אמר אני מסכים לכל מה שעשה שותפי הוה כמו אמירה פא"פ [כ"ל] :

לג אם אחד מהשותפים שינה מכל אלו הדברים כגון שהלך למקום שלא היה לו לילך או פירש בים כשלא היה לו לפרוש או שמכר בהקפה כשלא היה לו למכור ע"פ הדין או הרויח זמן יתר לבע"ח או נשא ונתן בסחורה אחרת או נשתתף עם אחר וכן כל כיוצא בזה שעשה מה שלא היה לו לעשות ועשה שלא ברשות שותפו כל הפסד שיארע מפני זה חייב לשלם לבדו ואם היה ריוח הריוח לאמצע שהרי הרויח במעות

השותפות

השותפות ואף כשיאמר לעצמי אני עושה אינו כלום [כס"מ] אבל בהפסד יכול חבירו לומר אלו לא שנית לא היה הפסד וכשמכר בהקפה ונאבד א"צ לשלם רק כפי המקח שמוכרים על מזומן [סס] וכן כשהרויח זמן לבע"ח ובתוך כך ירד ממצבו ונאבד החוב א"צ לשלם רק כפי מה שהיה שוה החוב למכירה בעת הגעת הזמן הראשון ואם מברר שאף אם לא היה משנה היה ג"כ הפסד פטור ובלבד שיברר ע"פ סוחרים באומד הנראה לב"ד [כ"מ ממסרי"ק ססבית סב"י] :

לד לפיכך הנותן מעות לחבירו בתורת שותפות ליקח בהם חיטים לסחורה והלך וקנה שעורים או לקנות שעורים וקנה חיטים אם פיחתו פיחת לו לבדו ואם הותירו הותירו לאמצע מפני הטעם שנתבאר וכן אם הלך ונשתתף עם אחר במעות השותפות אם הפסיד ע"י זה הפסיד לעצמו ואם נשתכר השכר לאמצע ואם נשתתף עם אחר במעות עצמו שיש לו משלו יתר על מה שיש לו בשותפות אע"פ שגם בזה לא שפיר עביד אם התנאי היה ביניהם שלא לעסוק בעסק אחר כמ"ש בסעי' כ"ט מ"מ בין הפחת ובין הריוח שייך לו לבדו [לבוש] דוודאי לא היתה כוונתו לשותפות דגם בשליח הדין כן כמ"ש בסי' קפ"ג [סגר"ה] ואם התנו ביניהם שאף אם יסחור במעות עצמו יהיה לשותפות הכל לפי תנאם ובין ריוח ובין הפסד שייך לשותפות וכ"ז כשנתן לו מעות לקנות חיטים לסחורה אבל נתן לו לקנות לאכילתם לא שייך בזה שם שותפות רק כשליח בעלמא [כ"ל וכ"מ מלשון סרי"ף פ"ע דב"ק ע"ש ודו"ק] :

לה כל מקום שהשותף שינה וחייב לשלם ההפסד אפילו אם התחילו להתעסק שניהם ביחד דפטור אפילו מפשיעה כמ"ש בסעי' כ"א מ"מ בשינוי חייב אף בכה"ג דשינוי הוה כמזיק בידים והתורה לא פטרה שמירה בבעלים אף מפשיעה אלא כשהיה היזק ע"י התרשלותו בעסק שלא שמר יפה והיה היזק אבל כשעשה שינוי בידים הוה מזיק גמור [מל"מ פ"ס מסלוחין] ולכן אם השינוי שעשה נראה שהיתה כוונתו לטובת השותפות אין זה כמזיק בידים אלא כפשיעה ופטור בשמירה בבעלים [סע"מ בסס סרי"ף] ודבר זה תלוי בהבנת הדיין לפי עניין המסחור ולפי מצב הזמן וא"א לפרט דבר זה בכתב :

לו אף אם שותף אחד שינה בעסק וחייב לשלם ההפסד מ"מ אין השני יכול לבטל השותפות מפני זה אלא משלם ההפסד והשותפות קיים עד הזמן שקבעו ודלא כיש חולקין בזה ואם שינה או פשע בהעסק בפסידא דלא הדר יכול השני לבטל השותפות לגמרי [כס"מ] וכן אם הוא עלול לקלקל העסק אין לנו להבריח שותפו שיהיה עמו בשותפות עד הזמן שקבעו ואין לך קניין טעות יותר מזה וכן אם עשו איזה שותפות ונתגלה הדבר שאחד מהם נתאנה יכול לבטל השותפות כמו בני חבורה שנשתתפו לאכול ביחד ונתגלה שאחד אוכל הרבה יותר על חביריו יכולין בני חבורה לסלקו מיהו מה שאכל עד שסלקוהו א"צ לשלם היתרון שאכל דכל זמן שלא סלקוהו אכל ברשות ורק על להבא יכולים לסלקו [כ"י] ואם התנו ביניהם שכשאחד ישנה או יפשע תתבטל השותפות הכל לפי תנאם :

לז כל התנאים שהשותפים מתנים זה עם זה מתקיים בדיבור בלבד דכיון ששניהם מסכימים לזה גומרים בלב שלם וכן כשמבטלים איזה תנאי מתבטל בדיבור בלבד כיון שמסכימים שניהם בביטולו ואם אח"כ עבר אחד מזה ושינה והיה הפסד חייב לשלם ואם היה ריוח הריוח לאמצע וכן אם אחד מסתלק מן השותפות בהסכם כולם מסתלק בדיבור בלבד ונתבטל שותפתו של זה [כדב"ז] ואפילו היה שטר שותפות ביניהם נתבטל בדיבור דזהו כמו מחילה שא"צ קניין אף בשטר כמ"ש בסי' רמ"א ואפילו לדיעה שיתבאר שם דהוה ספיקא דדינא אבל בשטר שותפות לכ"ע מהני מחילה דעיקר השותפות הוא שיעבוד הגוף מאחד לחבירו כמו שנתבאר וממילא כשמסתלקים מהשותפות נסתלק שיעבוד הגוף מאחד לחבירו וכל אחד מוחזק בגופו וממילא דנתבטל השטר [כ"ל] אבל כשעדיין היו חפיצים וסחורה בעסק השותפות בזה לא מהני מחילה כמ"ש שם אא"כ חלקו ביניהם וכל אחד קיבל מה ששייך לו או שזכה ע"י ק"ם הסחורה השייכת לו ואם היה מעות יקנם ע"י שטר וכיוצא בזה ואם יש ביניהם הכחשות יקוב הדין את ההר ביניהם ע"י שבועה או קבלה כפי העניין :

לח השותפים מחוייבים לעסוק בהעסק בלי ערמה ומרמה ואם יש עניין בהעסק שאין אחד מהם יכול להתעסק בו דאם יתעסק יגיע הפסד להעסק מחוייב השני להתעסק בו לבדו כגון ראובן ושמעון שותפים היה להם חוב אצל קצין אחד שראובן דר תחתיו וראובן עשה החוב בהסכם שמעון ואומר שמעון שראובן יתבע החוב לפי שהוא עשאו וראובן אומר שמתיירא לתבוע ממנו מפני שדר תחתיו ואומר ששמעון יתבע הדין עם ראובן ודווקא כששמעון הסכים בעת ההלואה שראובן יעשה החוב על שמו אף שידע שאין ביכולת ראובן לנגוש אותו או אם בעת שעשה החוב לא היה דר עדיין תחתיו אבל אם עשה על שמו שלא בידיעת שמעון בעת שכבר דר תחתיו וראובן ידע אז שא"א לו לנוגשו הוי פושע גמור ואין שמעון מחוייב לתבוע את החוב וראובן צריך לשלם לו ההפסד משיוי החוב [כס"מ] ומ"מ יש לשמעון ליכנם לפנים משוה"ד ולתבוע מהקצין כיון שאינו מתיירא ממנו הוי כזה נהגה וזה אינו חסר [כ"ל] וכששמעון צריך לתבוע אינו יכול להזהיר את ראובן שינגוש את הקצין כי אין ראובן חייב להקניט את הקצין שלו כיון שלא פשע בעשיית החוב

החוב ואמנם אם יש לראובן איזה טובה מהקצין מפני החוב כגון שפוטרו ממס וכה"ג אומדים הטובה כמה היא שוה ונותן מזה מחצה לשותפו וכ"ז כשביכולת שמעון לתבוע החוב אף שהחוב הוא על שם ראובן אבל אם אין ביכולתו לתבוע לפי הנימוס בהכרח שראובן יתבע החוב בכל עניין דהרי סביר וקביל על זה כיון שעשה על שמו ואף אם בעת שעשה החוב לא היה דר תחתיו [כ"ל] :

לט השותפים שהתנו ביניהם שיעמדו בשותפות זמן קצוב כל אחד מהם מעכב על חבירו שאינו יכול לחלוק עד הזמן שקבעו או עד שיכלה ממון השותפות דאז אין האחד יכול לכוף להשני ליתן עוד ממון לעסק אף אם עדיין לא כלה הזמן כיון שנפסד הממון שנשתתפו בהם וכל זמן שיש ממון שותפות צריכים להתעסק עד הזמן אא"כ אותו המעט שנשאר אינו ראוי לעסק ואע"ג דהמקבל עיסקא מחבירו יכול לחזור גם בתוך הזמן כמו שיתבאר זהו מפני שיש שם עבד או פועל על המתעסק ודינו כדין פועל שיכול לחזור בו אבל שותפים שמתעסקין יחד אין שם עבד ופועל עליהם וכן אין אחד מהשותפים יכול ליטול מהקרן או מהריוח עד סוף הזמן שקבעו דגם הריוח משועבד להקרן וגם אין אחד יכול לומר טול אתה שלך ואני שלי ונתעסק כל אחד בפ"ע והריוח יהיה לשותפות ואקבל אחריות אם תפסיד דהשני יכול לומר לו מולא דבי תרי עדיף וכן אין אחד מהם יכול לטעון טענת גוד או איגוד דכל מקום שאין יכול לכופו לחלוק אין בו טענת גא"א [כס"מ] :

מ ודווקא לחלוק אין ביכולת האחד אבל למכור הסחורה יכול האחד לכוף את חבירו כשנראה ע"פ מנהג הסוחרים שעל להבא לא יהיה יותר ריוח וכ"ש כשנראה שיכול להיות הפסד [סס] ואם שותף אחד אינו רוצה להתעסק יכול השני לשכור במקומו מתעסק אחר על חשבונו של הממאן וגם יכול לבטל השותפות מפני זה [סס] ואם אחד אינו רוצה ליתן מעות כפי מה שהתנו אם עשו קניין המועיל על המעות כמ"ש בריש הסי' יכול לכופו ואם לאו אינו יכול לכופו רק ביכולתו לבטל השותפות ואם כבר נתנו המעות להשותפות ובאמצע העסק קיבל אחד סך מה בחזרה יכול לכופו שיחזיר המעות להשותפות אף כשלא היה קניין על המעות דכיון שנעשו משועבדים זל"ז בסך המעות שנתנו תחלה נעשו כשבירים זל"ז עם מעותיהם ונקנו המעות לעסק השותפות עד סוף זמן השותפות וכ"ש שהשני יכול לבטל השותפות מפני זה וכן אם התנו להשתתף במנה ואח"כ מפני הכרח העסק נצרך למעות יותר דאל"כ אין העסק כדי יכול האחד לכוף את חבירו להוסיף מעות דכל דבר שיש בזה טובת שניהם בהעסק יכולים לכוף זא"ז [סס] ואם אין ביכולתו לכופו ביכולתו לבטל השותפות :

מא שותף שחלה או נאנס ולא עסק בהשותפות אין הדין שהאחד יעסוק וירויח ויתן לו ואפילו קבלו בקניין בשעת השיתוף אינו מועיל דהקניין לא היה רק שיתעסקו שניהם ולא מפני אונסו של זה מחוייב השני לסבול אא"כ רוצה לעשות לפנים משורת הדין וראוי לזרע אברהם לעשות כן רק ע"פ דין אין אנו יכולים לכופו ואם הפסיד בהעסק מחוייב השני לסבול חלקו בהיזק דמה היה לו לעשות הלא הוכרח לעסוק לבדו ואין הלה יכול לומר לא היה לך לעסוק ג"כ דאיזה טענה היא זו ואם האונס היה מחמת עסק השותפות כגון שנסע לעסק השותפות ועכבו נהר יש לו חלק ריוח במה שעסק השותף אבל כשחלה שם אין לו חלק דהא אף אם היה בביתו לא ימלט מחולי זה [ס"ך] אא"כ יש לתלות סיבת המחלה מפני העסק כגון שאויר המקום גרם לו או הקור או החום מה שבביתו לא היה מגיע לזה או שנחלה מפני צער העסק וכיוצא בזה וכ"ז כשאין מנהג הסוחרים בזה אבל כשיש בזה מנהג יעשו כפי המנהג :

מב ואם מת אחד מן השותפים בטלה השותפות אף שהוא עדיין תוך זמנו של השותפות ואף אם היורשים רוצים להתעסק בחלק אביהם דהרי הממון יצא לרשות היורשים ויכול לומר להיורשים עם אביכם השתתפתי ולא עמכם ואיני מתרצה להיות שותף שלכם וכן גם היורשים יכולים לבטל השותפות אף כשהוא רוצה [סמ"ע] ואף אם היורשים יותר מהירים בעסק מ"מ יכול לומר לא נשתתפתי עמכם ואין אנו יכולים לכופו להיות עמהם בשותפות [וסמ"ע סק"כ ל"ד נקט ולורחא דמילתא קאמר למה אינו רוצה] וה"ה מי שקיבל מעות בעיסקא ומת יכול הנותן לכוף להיורשים ליתן לו מעותיו אף קודם הזמן [כס"מ] מטעם שנתבאר ומ"מ יראה לי דאם לפי ראות עיני הבקיאים כשיטול עתה מעותיו יהיה הפסד להיורשים כופין אותו בין בשותפות בין בעיסקא עד זמן שיצאו מהפסד או שהוא יסבול עתה את הפסדם מחלקו וכן ג' שותפים שקבלו מעות על עיסקא מאחד ומת אחד מהם יכול כל אחד מהם לחזור בו מפני שיכול לומר שלא נתרצה רק כששלשה יעסקו דווקא ושותף שמת ועסק החי לבדו ולא הודיע ליורשים או לב"ד שהוא מבטל את השותפות נוטלים היורשים חלק מן הריוח רק שנוטל שכר טרחתו כפי שישומו הבקיאים וכן בשותף שחלה ועסק השני לבדו ג"כ הדין כן [סס] וכשנתרפא מחליו חוזר לשותפתו וה"ה בשאר אונס דכיון שלא בא לב"ד לומר לעצמי אני עוסק שייך הריוח לשותפות וכ"ז בעסק מסחור אבל בעסק קבוע כמו החזקת רחים וארענדא אינו יכול לדחות את היורשים עד הזמן מהשותפות רק יכול לטעון גוד או איגוד [סס] ובחלה גם זה אינו יכול לטעון ורוב חולים לחיים אא"כ היתה מחלה ממושכת שלדברי הרופאים יתארך מחלתו זמן רב דאז יכול

לטעון

לטעון גוד או איגוד [כ"ל]:

מג וכמו שבקביעת זמן אין אחד מהשותפים יכול לחזור בו קודם הזמן כמו כן אם לא קבעו זמן להשותפות רק שהתנו לעשות עסק פלוני אין אחד מהם יכול לחזור בו עד שיעשו העסק וכן אם התנו לילך למקום פלוני לסחור שם או לקנות שם סחורה ולהביאה לכאן למוכרה אין אחד מהם יכול לחזור בו עד שילכו למקום שהתנו כפי התנאי שהיה ביניהם ואם התנו לישב שם בחנות אם קבעו זמן מחוייבים לישב שם עד הזמן ואם לא קבעו זמן רואים לפי העניין אם היתה כוונתם כדי לפדות הסחורה שיש להם יושבין עד שיפדו הסחורה ואם היתה כוונתם לישב בחנות ולקנות סחורה ולמכור אינו פחות משנה [כ"ל] דאין דרך לפתוח חנות על פחות משנה ואם היה שם יריד והתנו סתמא לישב בחנות מסתמא היתה כוונתם לישב עד אחר היריד וכן כל כיוצא בזה והדבר תלוי בראיית עיני ב"ד:

מד אע"ג דשותפים אין יכולים לחזור בהם קודם הזמן שקבעו אבל המקבל עסק מחבירו לזמן קצוב שהמקבל בעצמו יעסוק בהעסק ושיתן להנותן חלק בריוח יכול לחזור בו אפילו תוך הזמן כדין פועל שחוזר בו אפילו בחצי היום אבל הנותן אינו יכול לחזור בו דהמקבל שם עבד עליו וגזירת התורה היא עבדי הם ולא עבדים לעבדים אבל הנותן אין שם עבד עליו כיון שאינו מתעסק ודינו כשארי שותפים שאין אחד מהם יכול לחזור בו וה"ה בשנים שקבלו עסק מאחד אותם השנים יכולין לחזור בהם ולא הנותן מיהו זהו דווקא כששני המקבלים רוצים לחזור בהם אבל אם רק אחד מהם רוצה לחזור בו יכול השני לעכב עליו דלגביה אינו עבד ודינו כשארי שותפים שמעכבין זה על זה [סמ"ע] וזה שהמקבל יכול לחזור בו זהו דווקא כשמכר הסחורה שקנה או שעדיין לא קנה כלל אבל כשקנה הסחורה ולא מכרה יכול הנותן לעכב עליו עד שימכור הסחורה ולהשיב לו כספו דנהי דיכול לחזור בו אבל אינו יכול להפסידו או להטיל על הנותן טרחת מכירת הסחורה וגם בפועל הדין כן כמ"ש בסי' של"ג ובמקום שיכול לחזור בו אפילו היה קניין יכול לחזור בו ויש חולקים בקניין ושם יתבאר בזה בס"ד:

מה בשם יתבאר דקבלן אין דינו כפועל לעניין חזרה לפיכך מי שקבל עיסקא מחבירו לא לזמן קצוב אלא שקבל ממנו חבילה סחורה למוכרה ולחלוק השכר כפי שהושוו ביניהם אינו יכול לחזור בו ואם חזר בו ידו על התחתונה כמ"ש שם ובשטרי עסקות הנהוג בינינו שהמקבל יכול לשלם להנותן בכל חודש כפי שהושוו ביניהם י"א שאין על המקבל דין פועל דאינו עבדו כיון שנותן לו דבר קצוב בלי חשבון מהעסק כלל [סמ"ע] אבל רבים הולקים ע"ז וס"ל דיכול המקבל לחזור בו אפילו באמצע הזמן שקבעו בהשט"ע מיהו זה וודאי דצריך המקבל או ליתן לבעל השטר כל הריוח מכל הזמן שנכתב בהשטר או שיברר ע"פ עדים או ע"פ שבועה מה שהרויח עד כה ויתן להנותן מחצה הריוח בניכוי טרחתו מפני שהנותן יכול לומר זה שהושויתי לקבל דבר קצוב היינו מפני אורך הזמן שקבעת עמדי אבל לזמן מועט כזה לא נתרציתי ואקבל חלקי מהעסק כדין [נה"מ בסי' ע"ד] ואם ידוע שזה הנותן מלוה תמיד אף לזמן קצר אינו יכול לומר כן והלה נותן לו עד הזמן הזה שחוזר בו ומסתלק והולך לו [כ"ל]:

מו בעסק שותפות אם זה אומר לעשות כך וזה אומר לעשות כך ישאלו את הסוחרים ומי שאומר לעשות כדרך הסוחרים לזה שומעין שאומר כהלכת הסוחרים וכופה את חבירו לעשות כן ואף אם עשה כן שלא בשאלת פי השותף ואף שאח"כ נתגלה הדבר שאלו לא עשה כן היה יותר טוב מ"מ כיון שעשה כדרך הסוחרים אין להשני עליו שום טענה ומי שרוצה לעשות שלא כדרך הסוחרים שותפו מעכב על ידו אפילו אם רצונו של זה לקבל עליו כל היזק שיארע ע"י זה מפני שיכול לומר לא אתן מעותי שאצטרך אח"כ ליתבע ממך אם יהיה הפסד ולכן אם זה משליש מעות או משכנות על בטוחות אפשר שאין השני יכול למחות בידו [כ"ל]:

מז לפיכך אחד מהשותפין שאמר נוליך הסחורה למקום פלוני שהוא ביוקר ואין דרך הסוחרים לעשות כן הרי חבירו יכול לעכב עליו אף שמקבל עליו כל אונס וכל הפסד מפני שיכול לומר לו לא אתן מעותי ואהיה רודף רוח אחריך להוציא ממך אם תארע איזה סיבה ואם משליש ע"ז מזומן נתבאר מקודם וכן כל כיוצא בזה וכן הדין להיפך אם אחד מהשותפים בא לישן הפירות כדרך הסוחרים אין חבירו יכול לעכב עליו ומשהגיע זמן מכירתן יכול כל אחד למכור ואין חבירו מעכב עליו וכשמכר אף שאח"כ נתייקר אין לחבירו עליו כלום אבל אם מכרה קודם זמנה הוי פשיעה וחייב לשלם לחבירו חלקו וכשהגיע זמנה למכור ועכ"ז עיכב חבירו מלמכור מפני שסבור שתתייקר ואח"כ הוזלה אע"פ שעשה שלא כהוגן והיה לו לחבירו למחות בו מ"מ פטור מלשלם שאין זה פשיעה [סע"מ] וכ"ז כשיש זמן ידוע למכור אותן פירות אבל כשאין זמן ידוע למכירתן ורוצה אחד מהם ליישנן חבירו מעכב עליו ומוכרן מיד וכל שהגיע זמן הסחורה להמכר אף שקבעו זמן להשותפות ועדיין הוא תוך הזמן מ"מ יכול למכור כיון שהגיע זמן מכירתן [כס"מ] וגם בהולכת הסחורה למקום אחר אם לפי ראות עיני הבקיאים נבון לעשות כן לפי הזמן ההוה כגון שיש יריד לא רחוק הרבה מכאן וכיוצא בזה אע"פ שתמיד בלא היריד אין מדרך הסוחרים להוליכה שם עכ"ז עתה יכול

לכוף

לכוף לשותפו להוליכה שם [סס]:

מח השותפים שנשתתפו סתם ולא קבעו זמן לשותפתם הרי אלו חולקין כל זמן שירצה אחד מהם ויטול כל אחד חלקו מהסחורה ואם באותה סחורה לא היה דין חלוקה או שבהחלוקה יש הפסד הרי אלו מוכרים אותה וחולקים הדמים וכן הדין בקבעו זמן והגיע הזמן [סע"מ] וכן יכול אחד לומר לחבירו גוד או איגוד [ס"ך] ואף שבסעי' מ"ג נתבאר שצריכין למכור ביחד זהו כיון שהתנו לקנות סחורה זו ולמוכרה הוי עד המכירה כקביעת זמן אבל הכא נשתתפו סתם לעשות מסחור ולא דברו בפרטיות ליקח סחורה זו ולמוכרה הוי כל שעתא כהגעת זמן וכשם שבקביעת זמן יכולים לחליק בהגיע הזמן אף שיש עדיין סחורה כמו כן בכאן וי"א דגם כאן אינו יכול לכוף את חבירו לחלוק אלא כשחבירו אינו רוצה לחלוק כלל אבל אם גם חבירו מתרצה לחלוק אלא שמבקש שימכרו הסחורה שיש להם ביחד הדין עמו וימכרו ביחד דמזלא דבי תרי עדיף [נס"מ] ולפ"ז גם בקבעו זמן ויש להם סחורה אפשר שיכול אחד מהם לכוף לחבירו שימכרו ביחד ומ"מ אין נראה כן דכיון שהגיע הזמן שקבעו איך יכול לכופו להיות עמו ביחד ולומר מזלא דבי תרי עדיף ומה לו ולמזלו [וכ"מ בש"ע סעי' י"ח דהל"כ איך חולק שלא בפניו שמא ירצה למכור ביחד דווקא]:

מט ואם היה זמן ידוע למכירת אותה סחורה אע"פ שלא קבעו זמן יש לכל אחד מהם לעכב שלא יחלוקו עד שתמכר בהזמן הקבוע למכירתה ואין אחד מהם נוטל לא מהקרן ולא מהריוח עד זמן החלוקה אא"כ התנו ביניהם שיטלו או שדרך השותפין במקום הזה לקבל הריוח באמצע העסק והטעם שיש לכל אחד לעכב דהן אמת שלא קבעו זמן מ"מ אנן סהדי דבעת שקנו סחורה זו הוי כהתנו שלא יחלוקו עד שימכרוה בזמן הידוע למכירתה משא"כ בדין הקודם שאין זמן ידוע למכירת סחורה זו יכולים לחלוק בכל עת שירצו ובקבעו זמן לשותפותם וקודם כלות הזמן קנו סחורה שיש זמן ידוע למכירתה יכול ג"כ אחד מהם לעכב שלא לחלוק עד שתמכר בהזמן הידוע למכירתה מהטעם שבארנו [כ"ל]:

נ דבר פשוט הוא שאין אחד מהשותפים יכול למכור חלקו לאחר בלא רצון שותפו מפני שיכול לומר לו עמך נתרציתי להיות שותף ולא עם זה ואפילו אם רצונו למכור חלקו ובאופן שהוא יהיה המתעסק במקדם מ"מ יכול חבירו לעכב עליו שיאמר לו כיון שהריוח לא יהיה שלך תתעצל בהעסק [נ"ל] אבל אם רוצה ליתן מחלקו חלק לאחר והוא יעסוק כמקדם אין השותף יכול לעכב ואע"פ שיש מי שמפקפק גם בזה מ"מ כן עיקר לדינא שבזה אין השותף יכול לעכב:

נא כשבא הזמן לחלוק השותפות ובא אחד מהם לב"ד שרצונו לחלוק ושותפו אינו בכאן נותנים לו ב"ד רשות לחלוק שלא מדעת חבירו שאינו מחוייב להמתין עליו ואם החלוקה היא מעות מזומן וכולם מין מטבע אחת שאין ביניהם יוקר וזול מחלק המעות בפני שני עדים וא"צ ב"ד ונוטל חלקו ואת חלק חבירו מניח בב"ד ואם החלוקה היא דבר שצריך שומא כמו סחורה או פירות או מעות שאינם שוים ביוקר וזול אין חולק אלא בפני ב"ד של שלשה מיהו א"צ ב"ד כומחים דאפילו הם כולם הדיוטים דלית בהו חד מינייהו דגמיר וסביר ובלבד שיהיו אנשים נאמנים ויודעים בשומא ומחלקים ונוטל חלקו וחלק חבירו מניח תחת רשות ב"ד והב"ד יראו שחלקו הוא בשלימות ולא יהיה לשותפו אח"כ טענה עליו אם יחסר מזה ושמרות חולקין הב"ד בשומא [ס"ך] ובלא קבעו זמן לשותפותם אם יכול לחלוק שלא בפניו אינו מבואר בגמ' וברמב"ם פ"ה משותפין ובטור ואמנם רבינו הב"י בש"ע סעי' י"ח פסק דגם בלא קבעו זמן הדין כן ומ"מ יראה לי דלא דמי דבקבעו זמן וזה אינו בכאן אע"פ שיכול להיות שבמשך חודש יבא מ"מ יכול לחלוק שלא בפניו דלא היה לו לילך בלתי חלוקה כיון שידע הזמן שקבעו אבל בלא קבעו זמן ממתינים עליו שלשים יום כבזמן ב"ד בתשלומין דלא פשע במה שהלך בלתי ידיעת שותפו כיון שלא קבעו זמן סבר שימשוך עוד השותפות אבל אם ישהה יותר משלשים יום חולק שלא בפניו:

נב ואם חלק בפחות משלשה לא עשה כלום ואם הוקר או הוזל הכל לאמצע וכן אם זה שחלק מכר חלקו והרויח נוטל גם שותפו חלק בהריוח ואם הפסיד אח"כ בחלקו י"א שיכול לבטל החלוקה דזה אינו דומה לשינוי בהשותפות דהרי לא שינה אלא שסבור לחלוק וכיון שהחלוקה אינה כלום הרי הם שותפים כמקדם ויש חולקים דכיון שהוא נתרצה לחלוק הרי נתרצה ולא יסבול שותפו ההיזק ואדרבא זה גרע משינוי אבל בריוח הכל מודים ששותפו נוטל חלק [הגר"א] ואם מכר מחצית סחורתו כפי השומא אך בהמעות שמכר הרויח בם י"א ששייך לו לבדו דכיון שמכר הסחורה זוזי כמאן דפליגי דמי [סבו"י] אמנם עכ"פ לא עשה כהוגן וכגזלן דמי ולכן אם סבור שבדין עושה זאת שלא ידע הדין ולא כיון לעשות שלא כדין מחוייב ליתן מחצה ריוח לשותפו דהרי לא כיון לגזול ושותפתם עדיין קיימת [תמים דעים סי' ק"ס]:

נג שותפים שהגיע זמנם לחלוק והיה להם חובות אצל אחרים שכבר הגיע זמן הפרעון [נס"מ] אין שותף האחד יכול לעכב החלוקה ולומר לא נחלוק עד שנגבה כל החובות שיש לנו אלא חולקים וכשבעלי החובות יפרעו יטול כל אחד חלקו או יחלוקו השטרות בשומת ב"ד

ב"ד וכן בחובות בע"פ [סמ"ע] או יחלוקו בגוד או איגוד אמנם זה תלוי בהדיעות שנתבארו בסי' קע"א אם בשותפים ושטרות יש טענת גא"א ואם חלקו השטרות ואח"כ נתקלקל חובו של אחד מהם אין לו על השני כלום ומזלא דידיה גרם אבל אם עדיין לא הגיע זמן הפרעון יכול כל אחד לעכב החלוקה [נס"מ]:

נד היה מגיע מהם חובות לאחרים ועדיין לא הגיע זמן הפרעון אם פירשו בהשטרות או בע"פ שאינם אחראין זל"ז חולקין ולכשיגיע הזמן מהפרעון יתן כל אחד חלקו ואין אחד מהם יכול לומר נעסיק בהמעות יחד עד שיגיע זמן הפרעון כיון שכלה זמן השותפות ויראה לי דאם לא קבעו זמן להשותפות יכול אחד מהם לעכב ולומר כיון שלוינו עד זמן פלוני מסתמא היתה דעת שנינו שנהיה בשותפות עד אותו הזמן ואם לא פירשו שאינם אחראין זל"ז דיכול המלוה לגבות מאחד מהם כל החוב יכול כל אחד מהם לעכב החלוקה עד שיגיעו זמני הפרעון אפילו בקבעו זמן וכבר כלה הזמן דאיך יחלוקו שמא אחד מהם לא יפרע ויתבעו מהשני אמנם זה שמעכב החלוקה אם ביכולתו להכריח להשני לסחור בהמעות עד זמני הפרעון נראה דאם לוו בתוך משך השותפות יכול לכופו גם לזה דאומר לו כיון שלוינו יחד והגבלנו זמני הפרעון אחר זמן השותפות ואנחנו אחראין זל"ז הוה כאלו פרשנו שימשך העסק עד זמני הפרעון אבל אם בתחלת השותפות לוו ואח"כ הגבילו זמן השותפות נהי דיכול לכופו לבלי לחלוק מהטעם שנתבאר מ"מ אינו יכול לכופו להמשיך העסק עד הפרעון דהרי בעצמם קבעו זמן שותפותם קודם הפרעון [עט"ז ול"ל סכן כוונתו ודו"ק]:

נה א"ל חבירו שרצונו לחלוק נחלוק עתה ומה שתתירא שמא לא אשלם מחצה החובות טול אתה כל המעות מהחובות וסחור לעצמך ותשלם בזמני הפרעון מ"מ יכול השני לעכב ולומר הוששני שלא אפסיד וטוב לי יותר שנסחור בשותפות דמזלא דבי תרי עדיף ואפילו אם זה רוצה לשלם עתה חלק חובו להבע"ח מ"מ יכול האחר לעכב עליו ולומר כיון שאנחנו אחראין זל"ז ויכול אני לכופך לסחור בשותפות כל הקרן משועבד לשנינו ומזלא דבי תרי עדיף [סמ"ע] וזהו רק במקום שיכול לכופו לסחור יחד כמ"ש בסעי' הקודם:

נו כבר נתבאר דשותפים כשם שחולקים בריוח כן חולקים בהפסד אפילו כשאחר עסק לבדו אם רק לא פשע ולא שינה ואם אירע סיבה בהסחורה כגון שגזלוה ועלה הוצאות לפדותה כיון שלא היתה בפשיעת המתעסק על שניהם הנזק וזהו דווקא בהסחורה אבל אחד מהשותפים שנסע עם הסחורה ונשבה הוא הוצאות הפדיון עליו לבדו אף שנסע בעסק השותפות דאין שותף חייב לפדות את חבירו ומזלא דידיה גרם כמו בחלה ואפילו שותפים שנזונין ביחד דבחלה נתרפא משל שותפות כמ"ש בסי' קע"ז אם הרפואה אין לה קצבה מ"מ אונס שביה אינה כמזונות דלא נשתעבדו זל"ז רק בשמירת העסק אבל שמירת הגוף על כל אחד לשמור א"ע [סמ"ע] ויותר מזה פסקו הרמב"ן והרא"ש ז"ל בשני שותפים שהוליך אחד מהם סחורת השותפות למקום אחד למכור ונשבה ופדאו חבירו מכים השותפות ונמשכה השותפות ומתו שניהם והבעו יורשי השותף השני ליטול בתחלה מהשותפות כשיעור אותו פדיון שעלה על הנשבה ופסקו דהדין עמהם כי הפדיון על חשבונו לבדו הוא ואף שמירישם לא תבעו כל ימי חייו לא אמרינן שמחל לו אלא רצה להמתי עד החלוקה ואז היה תובעו אמנם אם יש מנהג שפודין מהשותפות או בחלה דמרפאין מהשותפות הולכין אחר המנהג ובמדינתינו המנהג פשוט כן דכל סיבה שמעסק השותפות הוא על הוצאות השותפות:

נז ואם מהבוזזים ניכר שלא כיוונו לגופו רק להממון כמעשה שהיה בזמן קדמון באחד שקיבל עיסקא מחבירו ותפשו השר עם שאר היהודים והוצרך לתת מן העיסקא בפדיון נפשו אם דרך העיר לתת מן העיסקא הוי כשארי מסים משום דהוי אומדנא רבתי שכוונתו היתה לשם ממון וכיון שבידו להטיל מס כרצונו גם זהו בבלל המסים והוא על חשבון השותפות:

נח וכ"ז בשותפים אבל בשליח ששלח את חבירו בעסקיו ונתפס י"א דאם הלך בשבילו בחנם חייב לפדותו דה"ל על גופו כשואל שחייב באונסים ויש חולקין דלא מצינו תשלומי נזק אלא בנזקי ממונו ולא בנזקי גופו [רסב"ה] אא"כ עשה הנזק כמו שחפר בור או אם ממונו הזיק אבל בלא זה אינו נתפס על חבירו אע"פ שבגרמתו באה לו ולא עוד אלא אפילו מי ששלח את חבירו וקבל עליו לפדותו מכל הפסד ונתפס בדרך מ"מ פטור מלפדותו דאונסא דלא שכיח הוא ויתבאר בסי' רכ"ה דאפילו מי שקבל עליו אונסין ואחריות אמרינן דלא היתה דעתו רק אאונסים השכיחים ובמקום שיש מנהג שהכל על המשלח אפילו בשליח בשכר יעשו כפי המנהג:

נט אחד מהשותפים או מקבל בעיסקא שעשה סחורה בנבילות וטריפות וכיוצא בהם במה שמדינא אסור לעשות בהם סחורה כמבואר ביו"ד סי' קי"ז דינו כשינוי דאין לך שינוי גדול מזה דבוודאי לא עשו השותפות לעבור על ד"ת ולכן אם הפסיד הפסיד לעצמו ואם הרויח השכר לאמצע כמ"ש בסעי' ל"ג ושותף שמצא מציאה אין לחבירו חלק בו אא"כ התנו שיהיו שותפים גם במציאה [סגמ"ר פח"ס] וכן מי ששכר חבירו לישא וליתן בעסקיו ומצא מציאה אין להבעה"ב חלק בו אא"ב

התנה עמו שיהיה להבעה"ב ואם גבה חובות פרועים הוי בכלל מציאה דהרי השטר אינו שוה רק דמי הנייר וכן בחוב בע"פ ואם החזיר להלוה השטר או שהגיד לו על החוב שבע"פ שפרוע הוא אינו חייב לשלם אף שהיה ביכולת לגבות וגם לכתחלה מצוה לעשות כן מפני קדה"ש [לבוש]:

ס כתב רבינו הרמ"א בסעי' י"ב דשותף שגנב או גזל צריך לחלוק עם חבירו ואם הפסיד ההפסד לעצמו עכ"ל וגדולי אחרונים חולקים ע"ז דלא גרע ממציאה דהרי אין זה שייך לעסק השותפות ועוד גרוע ממציאה דבמציאה ליכא עבירה ובגניבה וגזילה מסתמא לא ניחא ליה ליטול חלק בדבר איסור ואף אם התנו שהמציאות יהיה לשותפות [ע"ז] ואף אם הוה ניחא ליה למה יתן לו חלק וכן מפורש בירושלמי [פ"ט דב"ב] וכן עיקר לדינא ונ"ל דאף רבינו הרמ"א לא קאמר אלא כששייך לעסק השותפות כגון שהיה לו ליטול מראובן בעד סחורת השותפות שמכר לו מנה ונטל ממנו בגזילה מאתים דכיון דנטלה בעד סחורת השותפות נהי דאיסורא קעביד סוף סוף מעסק השותפות הוא ולכן עדיפא ממציאה דהמציאה אין לה שייכות כלל עם העסק ודמי לעודף שיתבאר דשייך לשותפות ומה לי אם העודף נתנו לו או שלקח בעצמו בגזילה [והנה מבסג"מ פ"ס מסלוחין מבואר דלא כדברינו מ"מ דברי הרמ"א יש לייסב כן]:

סא וזה שנתבאר דההפסד הוא לעצמו זהו דווקא אם הפסיד ע"י זה קודם שנודע לחבירו או אף אחר שנודע ועדיין לא נטל חלק יכול לומר איני רוצה חלק בזה ולא אסבול גם הנזק שע"י זה אבל אם כבר חלק הגניבה עם השותף ואח"כ בא הפסד ע"י זה ההפסד על שניהם וכן אם אחר קנה דבר גניבה או גזילה וחלק עם חבירו וחבירו ידע שהדבר גנוב או גזול ובא אח"כ הפסד ע"י זה ההפסד על שניהם מאחר שידע ונתרצה לזה וא"צ קניין על זה וכשנגמרו ביניהם לחלוק אף שעדיין לא חלקו ההפסד על שניהם ודווקא בגניבה וגזילה דעלולה להפסד ע"י זה צריכים שניהם לסבול אבל אם חלקו ריוח מעסק ונתהוה עלילה על אחד מן השותפים ע"י העסק אין השני חייב לסבול כמ"ש בסעי' נ"ו דבהפסד של הגוף לא נשתעבדו זל"ז כיון שאינו עלול להפסד:

סב בסי' קפ"ג יתבאר איך הדין בשלח שליח לקנות סחורה והוסיפו לו על המקח ושם יתבאר שיש חילוק בין דבר שיש לזה מקח ידוע ובין דבר שאין לו מקח ידוע וגם יתבאר שמה בטעות אנם למי שייך הטעות אבל בשותפים יראה לי דבכל האופנים שייך לשותפות וראיה לזה דכששליח גנב וגזל ס"ל לכל הפוסקים שאין למשלח חלק בזה ובשותפים יש מהפוסקים שסוברים דשייך לשותפות כפסק רבינו הרמ"א שבסעי' ס' וכ"ש בהוסיפו על המקח ובטעות שיש מחלוקת הראשונים בשליח כמ"ש הטור שם לא כ"ש ששייך לשותפות וכן נ"ל עיקר לדינא:

סג ראובן ושמעון שהיה להם חוב על כותי וא"ל שמעון לראובן כל מה שתעשה בשלך תעשה בשלי והלך ראובן ופטרו להכותי לגמרי ומחל לו חובו וחובו של שמעון חייב ראובן לשלם לשמעון מה שהיה שוה חובו למכירה בעת שמחל לו ואינו יכול לומר הלא הרשיתני לעשות בשלך כמו בשלי דאנן סהדי שלא היתה כוונתו למחול החוב לגמרי ולא עלה על דעתו שראובן ימחול לגמרי וכוונתו היתה איך שיתפשר עמו או בהרחבת הזמן וכבר נתבאר זה בסי' קכ"ג סעי' ח' ואם ראובן אומר ששמעון הרשהו למחול לגמרי אם שמעון מודה בזה פטור ראובן אף שלא א"ל ע"מ לפטור דדמי למי שאומר לחבירו קרע את כסותי דפטור בבה"ג כמ"ש בסי' ש"פ ואם שמעון כופר שלא א"ל כן אם אין לראובן מיגו שהיה אומר מעולם לא היה חייב לך או לא מחלתי כלל כגון שיש עדים שהכותי היה חייב לשמעון ויש עדים שראובן פטרו חייב ראובן לשלם לשמעון כפי שויו למכירה ואינו נאמן אף בשבועה לומר שברשות שמעון מחל לו מפני שאין דרך העולם לעשות כן אבל אם אין לשמעון עדים על החוב או על המחילה נאמן ראובן בהיסת לומר ששמעון צוה לו כן ואין זה כמיגו במקום עדים דנהי דמחילה טענה גרוע היא מ"מ במיגו נאמן בשבועה כמו שהיה הלוה עצמו נאמן לומר מחלת לי כשיש לו מיגו [וזהו כוונת רבינו הרמ"א בסעי' י"א וכ"כ הסמ"ע בסי' קכ"ג סקי"א בשם הרשב"א וכ"כ בשע"מ ולחנם השיגו עליו הש"ך והט"ז]:

סד אבל יש חולקים בזה וס"ל דאם יש עדים שעדיין לא פרע הכותי לשמעון אין ראובן נאמן אפילו בשיש לו מיגו כגון שאין עדים שראובן פטרו דהוה מיגו במקום עדים דאנן סהדי שלא אמר כן וצריך לשלם לו ואם החוב אינו ידוע כמה היה נשבע ראובן שכך וכך היה ומשלם לשמעון כפי שווי החוב למכירה אבל שמעון אינו נאמן בשבועה כמה היה החוב שישלם לו ראובן ע"פ שבועתו [תשו' מיימ' נזיקין] אבל אם אין עדים שעדיין לא פרע הכותי את החוב לשמעון אם יש לראובן מיגו נאמן לומר ששמעון צוה לו למחול דאין זה כמיגו במקום עדים דאנן אמרינן שחוב פרוע הוא אלא שהיה ביכולתו לתבוע עוד פעם ובזה וודאי דדרך לומר כן שימחול לו [ט"ז וש"ך] ואפילו אם גם ראובן בעצמו אינו יודע אם נפרע שמעון אם לאו מ"מ כיון שלשמעון אין עדים שלא נפרע נאמן ראובן במיגו ובמקום שאין ראובן נאמן יכול להשביע לשמעון שלא צוהו למחול להכותי [שם בסי' י"ב] ויש מי שאומר דא"צ לישבע [ש"ך] וכשאין לו מיגו שלא מחל כגון שיש עדים שראובן מחל להכותי חוב זה כיון שאין עדים ששמעון לא נפרע דחייב ראובן לשלם לו וודאי

דיכול להשביע את שמעון שלא נפרע מהחוב ושלא א"ל לראובן לפוטרו [סס] ואע"ג דשבועה זו לבדה אינו יכול להשביעו לדיעה זו מ"מ אגב שבועה אחרת משביעה ג"כ [עיי' בכס"מ ודחוק]:

סה כבר נתבאר דשותפים מחוייבים כולם לעסוק בהעסק ואם אחד מהם אינו רוצה להתעסק יכולים לבטל השותפות ואף אם לא ביטלו מ"מ מנכין לו מה שלא טרח בהעסק ואם טרח מעט מנכין לו מקצת על מה שלא טרח כמותם וזה תלוי בראיית עיני הדיינים [ב"י מחו' מו] ואם היו ד' שותפים ואחד מהם התנה מקודם שהוא לא יתעסק ובעד זה מוותר להם כך וכך מעות ואח"כ פשע אחד מהשלשה ולא עסק כראוי ומחמת זה מנכים לו כמ"ש צריכים זה לנכות להרביעי שלא היה לו להתעסק דהרי הוא ויתר להשלשה וכשאחד מהם לא עסק כראוי נשאר לו וא"צ ליתן להשנים רק שני שלישים ממה שהבטיח להם ואין השנים יכולים לומר דכיון שהשלישי לא עסק כראוי טרחנו בעדו ג"כ ומגיע חלקו לנו דזהו כדברים שבלב והיה להם להתנות כן ומדלא התנו מחלו:

סו וזהו דווקא כשהויתור היה מפורש מפני הטירחא אבל בלא זה אינה טענה כגון שנים שקבלו עיסקא מאחד ומת אחד מהם והיה ביכולת הנותן לבטל ולא ביטל ועסק האחד לבדו וכשבאו לחשבון בקש הנותן לנכות מכפי שהושוה עמהם באמרו שכשהיו שנים מתעסקים היה לו ריוח יותר אינה טענה דכיון שלא דיבר מאומה מסתמא נתרצה על האופן הקודם דאל"כ היה לו להתנות אחר מיתת האחד משא"כ בדין הקודם דהם שותפים שוים והרביעי התנה שלא יתעסק ובעד זה נותן להשלשה כך וכך ממילא דבשאחד א"צ ליטול חלקו למה יתן להם ולא היה צריך לומר כלל [ב"י סס וח"מ דלהכי סותר הקודם והכס"מ נדחק בזה]:

סז האחים השותפים שהיו נזונים ביחד מכים השותפות ונפטר אחד מהם והשני נשא ונתן בעסק השותפות כמו שעשה בחיי אחיו ואח"כ כשבאו לחשבון טענה אשת המת שהחי נטל על הוצאה יותר ממנה וצריכה מקודם ליקח מהשותפות כנגד מה שנטל יותר פסק הרא"ש ז"ל שאם נהגו בחיי האח ליטול על הוצאה בחשבון שוה שלא יטול אחד יותר מחבירו טענתה טענה ואם כל אחד נטל לפי צרכיו אין טענתה טענה ואם היא לא הסכימה לזה אחרי מות בעלה היה לה להודיע כן דאז היתה הברירה ביד כל אחד לבטל השותפות כמ"ש בסעי' מ"ב וכיון ששתקה מסתמא סברה וקבלה שיתנהג כמקדם ואם החי תובע בעד טרחתו שעסק לבדו אם בחיי אחיו עסק אחיו עמו ישומו ב"ד השיוי מדמי טרחתו ולא היה לו להתנות בזה אחרי מות אחיו דהכל רואים שינוי בזה מהקודם ואם האלמנה או אחד מבניה עסקו במקום המת אין טענתו טענה ואף שהיה ביכולתו למאן בזה ולבטל השותפות כמ"ש מ"מ אם לא ביטל והיה מי שעסק על מקום המת הרי זה כמקדם וכן הדין בשארי שותפין ואין חילוק בין אחין לשארי שותפים ואם להאלמנה היה איזה ויתור מן הצד כגון שהקהל ויתרו לה חלק המס אין החי יכול לטעון שתחלוק עמו דהרי לה לבדה ויתרו וכן כל כה"ג ואף אם אומר דאל"כ לא היה מתרצה להשאר בהשותפות אחרי מות אחיו הוי דברים שבלב והיה לו להתנות כן ואז היה הברירה בידו ובידה להתנות כרצונם ומדלא התנה אין לו לחדש דבר עתה אחר העסק:

סח שני שותפים שהיה להם חוב על אחד בין ישראל בין כותי [סמ"ע ס"ק ס"ו] וגבה אחד מהם מקצתו ורוצה לעכב לעצמו ואומר לחבירו לך וקח חלקך אין שומעין לו דכל מה שהשותף עושה בשביל שותפות אא"כ א"ל מקודם נלך ונתבע שנינו ואם אינך רוצה אתבע חלקי לבדי דאז הדין עמו וגם בזה דווקא כשהחיוב היה על שניהם לתבוע את החוב אבל אם החיוב היה עליו לבדו כגון שכן התנו ביניהם שרק הוא יתבע את החובות או שהחוב היה על שמו לבדו או שהשותף היה עליו לעסוק בעניין אחר בעסק השותפות לא מהני אף שאמר מקודם וכל מה שגבה שייך לשותפות ונ"מ בכ"ז כשנאבד שארית החוב [כ"ל] ואם החוב היה על שר אחד והשר כעס על אחד מהם ואמר להשני חלקך אפרע וחלק שותפך לא אשלם וידו תקיפה לעשות כן אם אמר זה השותף בפני ג' אנשים דעו שלעצמי אציל הציל לעצמו ואם לאו שייך לשותפות [סמ"ע] וי"א דאף אם אמר בינו לב"ע לעצמי אני מציל והשותף מודה בזה או שיש לו מיגו שהיה אומר לא קבלתי כלום מה שהציל הציל לעצמו [ס"ך] ודווקא כשגבה רק חלקו אבל אם השר נתן לו במתנה גם חלק שותפו אינו יכול לעכב לעצמו דלאו כל כמיניה דהשר לעשות כן ואינו דומה למציל מן הגיים שבסי' קפ"א [כ"ל]:

סט וכן הדין אם שנים יש להם חוב מקולקל וצריך להוציא הוצאות להציל את החוב והאחד אינו רוצה ליתן יכול חבירו לומר אני אוציא הוצאות חלקי ואגבה חלקי ואם גבה ע"י ההוצאות את כל החוב נותן להשותף חלקו ומחשב לו חצי הוצאות ואינו יכול לעכב כל החוב לעצמו אף שהשותף לא עשה כהוגן במה שלא רצה ליתן על הוצאה [כ"ל] וכן בכ"מ דאיכא פסידא יכול אחד לחלוק בלא דעת חבירו ולהציל לעצמו וכן השותפים שהיה להם חוב אצל אלם שלא היו יכולין לגבות ממנו ואחד פייסו ליתן לו חלקו אם אמר לעצמי אני מציל הרי הוא שלו לבד ובסי' קפ"א יתבאר עוד מזה וכל שטר שנכתב על שם אחד מהם אינו יכול לומר לעצמי אני מציל [מל"מ פ"ד מסלוחין]

ובן

וכן דווקא כשקילקול החוב הוא מחמת אלמותו של הלוה אבל אם אינו מחמת אלמותו אלא הוא עני ואינו יכול לשלם רק מחצה מהחוב אין ביכולת אחד מהם לקבל לעצמו בכל עניין אלא הוא לשותפות [נס"מ]:

ע שנים שיש להם חוב בשותפות על אנס אחד ופרע קצת ומעכב השאר מפני שאומר שאחד מהשותפים חייב לו כנגד סכום זה ואין להאנס לא שטר ולא עדים שחייב לו ההפסד על שניהם דאין האנס נאמן כלל ואפילו שבועה אין האחד יכול להשביע את השני שאין מגיע ממנו להאנס רק קבלה יכול להטיל עליו ואם היה הלוה ישראל וטוען שאחד מן השותפים חייב לו ואין לו שטר או עדים אינו יכול לתפוס דבר הידוע שהוא של שותפות מפני שאין ביכולתו לגרום היזק להשני דהא ההפסד יהיה על שניהם כיון שאין ביכולתו לברר חובו [ס"ך] אבל דבר שאינו ידוע שהוא של שותפות אף ששניהם אומרים שהיא של שותפות מ"מ כשיש לו להלוה מיגו דפרעתי או לא תפסתי נשבע שתפס ושלו תפס מהחוב שמגיע לו משותף זה וזה השותף נשבע לשותפו השני שאיננו חייב לזה התופס ושניהם נפסדים [לבוש] והטעם דזה התופס כיון שיש לו מיגו נאמן בשבועה ואין לו להאמינם שהחפץ שתפס הוא של שותפות כיון שאין עדים ע"ז ומ"מ א"צ זה השותף לסבול כולו דהרי אומר שבגזילה תפס ונשבע לשקר ולכן נשבע כן להשני ושניהם נפסדים ואין חילוק בין תפיסת חפיצים לתפיסת מעות [ס"ך] דאע"ג דמעות כנחלק דמי דא"צ שומא ויכול התופס לומר משל זה תפסתי מ"מ כיון שלא חלקו עדיין אינו יכול לתפוס כשידוע שהמעות של שניהם הם אף כשיש לו מיגו כמ"ש:

עא שני שותפים שיש להם תביעה על אחד ותבעו אחד מהם ויצא השותף חייב אם היה על עסק שבועה שהיה חייב להם ונשבע לו אין השותף השני יכול להתבעו עוד דשבועה לאחד שבועה למאה ולכן אפילו מיחה בשותפו שלא ישביענו בלעדו מ"מ אחר שנשבע אינו יכול להשביעו עוד אבל אם היה להם תביעת ממון עליו ויצא השותף חייב אם השני לא היה בעיר או שלא ידע כלל בעת ששותפו היה עמו בב"ד יכול לתבעו פעם אחרת וכ"ש אם מיחה בשותפו שלא ילך בלעדו לב"ד אבל אם היה בעיר ולא מיחה ולא נודע שלא ידע אין ביכולתו לתובעו עוד דמסתמא ידע כשהשותף תבעו לב"ד וסמך עליו ועתה רוצה לחזור בו שלא לסמוך על טענות שותפו ואם השותף השני שלא הלך לב"ד הוא קטן יכול לתובעו פעם אחרת בכל עניין דקטן כמאן דליתיה בעיר דמי דאין לו דעת וי"א דה"ה אשה דכל כבודה בת מלך פנימה וקרוב הדבר שלא ידעה ולא סמכה על שותפה ובמקום שיכול לתובעו פעם אחרת יכול זה הנתבע להטיל עליו קבלה שלא ידע כששותפו הלך עמו לב"ד ולא סמך עליו:

עב זה שאמרנו דכשהיה בעיר אינו יכול לתובעו פעם אחרת זהו דווקא כשהשותפים הם התובעים אמרינן דמסתמא ניחא ליה בתביעת שותפו ושליחותו קא עביד אבל כשהם נתבעים שאחר תובעם בין בקרקע בין במטלטלין [ט"ז] והיה שותף אחד עם התובע בדין ויצא חייב אין זה מזיק לחבירו כלל כיון שאין ידוע שצוה לחבירו לטעון ולדון בשבילו דמן הסתם כל אדם משמיט א"ע מדין כשהוא נתבע ולא ניחא ליה ששותפו יעמוד בעדו בדין אבל כשנתברר שצוהו לעמוד בדין בעד השותפות אפילו לא נתן לו כח והרשאה בכתב ולא בעדים מ"מ כיון שצוה לשותפו כן נתחייב בכל מה ששותפו נתחייב ואין דברים הללו צריכים קניין וכתב רבינו הרמ"א בסעי' כ"ה דבני העיר בענייני צרכי העיר הם כשותפים ואם אחד מהם תבע לאחר כולם יודעים באותה תביעה ואינם יכולים לחזור ולטעון עכ"ל:

עג ואף כשהם היו התובעים והיו בעיר בד"א שאינו יכול לתובעו עוד כשלא נתחייב השותף מתוך טענותיו כגון שנתברר הדבר בב"ד שלא ע"פ טענותיו לפיכך חשבינן כאלו ירד כבר לדין וכותבין עליו פס"ד ואינו יכול לומר אלו הייתי שם הייתי בודק בעדים עד שיהיו מוכחשים או לפחות ליתן לי זמן ב"ד מזמן שבעצמי אלך עמו לדין אבל כשנתחייב השותף מתוך טענותיו וכן אם אמר בב"ד אין לי עדים וראיה שאינו יכול להביא עוד כמ"ש בסי' ך' יכול הוא להביא עדים או ראיה דנהי דחשבינן את השותף כשלוחו בב"ד מ"מ הרי יכול לומר לו לתקוני שדרתיך ולא לעוותי ולכן אף שיש עדים שעשאו לשליח לטעון בב"ד יכול לחזור בו משליחותו ולטעון בעצמו וכן אם הודה שותפו בב"ד באיזה דבר יכול לומר ששקר הודה ולא אתחייב לשלם ע"פ הודאתו ולא תקשה לך כיון שהם היו תובעים איך יצאו חייבים שיצטרכו לשלם כגון שבעת הדין חזר הנתבע ונעשה תובע ונתחייב השותף השני בזה כשהחיוב היה שלא ע"פ טענות השותף ואע"ג שאמרנו דכשהם נתבעים יכול לחזור ולדון זהו דווקא כשתחלת דינם היו נתבעים אבל כשבתחלה היו תובעים אמרינן דכשסמך עליו לתבוע סמך עליו גם אם בתוך הדין יהיו נתבעים דא"א ליתן רשות למחצה [סמ"ע] ויש חולקין בזה [ש"ך] וכשנתחייב ע"פ טענותיו אף שהחיוב לא היה עליהם אלא לפטור את הנתבע מ"מ יכול לומר שטען שלא כהוגן דלתקוני שדרתיו ולא לעוותי [כנלע"ד וסמ"ע בסעי' כ"ו ל"ד נקטי דלפי הטעם אין לחלק ועוד דלשון חיוב ל"ד על חיוב תשלומין אלא חיוב בזה הדין כדמוכח מרש"י כתובות ל"ד. ד"ס אגת ודו"ק]:

עד אע"פ שנתבאר דאין שותף יכול לעשות דבר בלתי

בלתי ידיעת חבירו כגון לקבל עוד שותף להעסק מ"מ אם הם במקימות נפרדים והשותף שבמקום אחד רואה לפי מצב העסק שהוא מוכרח לקבל עוד שותף להעסק יכול לעשות כפי הנראה לו לטובת העסק [כ"ל וח"ס מ"ס בס"ע סעי' ל' ודו"ק] וכן בכל מה שרואה שהוא לטובת העסק יכול לעשות אף אם אינו לפי הפרטים שהתנו ביניהם ואומדנא גדולה היא שאלמלי היה שותפו בכאן היה מסכים לזה אם לפי ראות עיני הבקיאים הוה טובת העסק ושני שותפים שאחד מהם יושב במרחקים ובא ראובן ואמר להשותף שבכאן כתוב לשותפך שבמרחקים שיקנה בעדי סחורה פלונית וישלח לידך ביחד עם הסחורה ששולח לך וכן עשה ושלח השותף שבמרחקים את הסחורה שדרש ונאבדה בדרך או טבעה בנהר ואותו ששלח ממרחק לא היה פושע בההיזק ששלחה כדרך הסוחרים ההפסד הוא על ראובן דנעשה שלוחו של ראובן בדברים בלא קניין דאין שליחות צריך קניין [נס"מ] ואפילו לא נתן ראובן מעות מקודם צריך לשלם דמה לו לשליח בעסק המשלח וכן אם ראובן כתב לאחד היושב במרחק שלח לי סחורה פלונית ושלח לו ונאבדה בדרך בלא פשיעת השליח חייב ראובן לסבול כל ההיזק אבל אם ראובן אמר להיושב פה כתוב לשותפך שישלח סחורה פלונית וכשתבא הסחורה לפה אקננה ממך ואתן ריוח על הסחורה אם א"ל ראובן שאחריות הדרך שייך עליו צריך ראובן לסבול ההיזק אבל אם לא דברו מאחריות האחריות על השותפים [ס"ך וגס"מ]:

עה ראובן ושמעון שנשתתפו ונטל אחד מהם ממעות השותפות ונשתתף עם לוי כגון שהיה יחיד בעסקו כמ"ש מקודם או שעשה בידיעת שותפו הרי חבירו משביע ללוי שבועת השותפים ואינו יכול לומר לו לאו בע"ד דידי את דאחרי שהשותף של זה עשה עמו שותפות והוא כשליח שותפו כמ"ש לכן גם השני נחשב כשותפו וכ"ש אם נתן ראובן לשמעון מעות בעיסקא ונתן שמעון מהמעות ללוי בעיסקא שראובן משביע ללוי שבועת השותפים ואם שמעון השביעו ללוי אין יכול ראובן לחזור ולהשביעו דשבועה לאחד שבועה למאה וכן אם ראובן השביעו אין שמעון יכול להשביעו עוד ואפילו אם ראובן פטר את שמעון משבועה מ"מ את לוי יכול להשביע אא"כ פטר את שמעון ואת באי כחו וכן אם שמעון פטר את לוי משבועה מ"מ ראובן יכול להשביעו דהא גם את שמעון יכול להשביע ואם ראובן פטר את שמעון ושמעון פטר את לוי י"א דאין ראובן יכול להשביע את לוי דכיון דראובן האמין לשמעון ושמעון ללוי הוה כאלו ראובן האמין ללוי [סמ"ע] ויש חולקין בזה דרק לשמעון האמין ולא ללוי ומה לו בפטורו של שמעון [ס"ך] וי"א דאם שמעון גילה ללוי שהמעות הם של ראובן יכול ראובן להשביע ללוי אף אם פטרו שמעון ואם לא הודיעו אזי אף כשראובן לא פטר את שמעון אין ביכולת ראובן להשביעו אחרי ששמעון פטרו מפני שיכול לוי לאמר אלו ידעתי שמעותיך הם וביכולתך להשביעני לא הייתי משתתף עמו [ט"ז] ואם יש לך טענה בעד זה תחזור על שמעון ולא עלי ונראה עיקר כדיעה זו דדברי טעם הן ובזה שאמרנו שאחד מן השותפים כשהשביע ללוי אין האחר יכול להשביעו עוד אפילו אם רוצה לגלגל עליו דברים אחרים אינו יכול דכיון שנפטר מהעיקר נפטר גם מהגילגול כמ"ש בסי' צ"ד [כס"מ] אא"כ יכול להשביעו על הגילגול גם בלא שבועת העיקר וזה שאמרנו ששבועה לאחד שבועה למאה אפילו לא היה השני בעיר ג"כ הדין כן [שס]:

עו שנים שהלוו או שהפקידו לאחד ובא אחד מהם ליטול חלקו או ליטול הכל נתבאר בסי' ע"ז וכן שותפים שלוה אחד מהם לצורך השותפות אם חבירו חייב לשלם נתבאר שם וכן אחד שלוה משנים בשטר אחד אם בא אחד מהם ותבע החוב כולו חייב לשלם לו על הדרך שנתבאר שם ואם נכתב השטר בשם אחד מהם ובא זה שנכתב על שמו ותבע הכל חייב לפרוע לו הכל אבל אם אותו שלא נכתב השטר על שמו תובע אף מקצת החוב אין שומעין לו אפילו אם ידע שהמעות הם משותפות מ"מ כיון שלא נכתב השטר על שמו אין לו עסק עמו ואם פרע לו א"צ זה שנכתב על שמו לקבלן בחשבון אם רוצה:

עז שנים שלוו מאחד ערבים זל"ז כמ"ש שם והלכך אם מת אחד מהם או העני צריך האחר לשלם הכל וכן אם כפר אחד והודה אחד אותו שהודה מתחייב בכל ואין מקבלין עדותו על חבירו כמ"ש בסי' ל"ז וכן מי שהודה לאחד מהשותפים כאלו הודה גם לחבירו וצריך לשלם גם לו חלקו וכן אם פרע לאחד מהם כאלו פרע גם לשותפו ונ"מ אם פרע מקצת החוב והשאר נאבד צריך זה הנפרע ליתן לשותפו מחצה ממה שקיבל דשותף ידו כיד חבירו אבל אם עשה פשרה עם אחד מהשותפים אין השני יכול להכריחו להתפשר גם עמו דיכול לומר עם שותפך נתרציתי בפשרה ועמך רצוני לעמוד רק בדין ואולי אפטר [סמ"ע] וע' מ"ש בסי' ע"ז:

עח אם טען אחד מהשותפים דבר שהוא חובה לו ולחבירו נאמן כעד אחד לחייב לחבירו שד"א ודווקא כשלא נתחייב זה הטוען בהודאתו בכל החוב כגון שנתחייבו בשטר אחד כל אחד סך בפ"ע ופירשו שאינם ערבים זל"ז וזה הודה שהחוב מגיע עדיין והשני כופר או אומר שפרע וכה"ג דאז אינו נוגע בעדותו אבל בלא זה אינו כעד על חבירו כמ"ש בסי' ל"ז ובסי' ע"ז ושני שותפים שמת אחד מהם והיו חייבים שבועה לאחד ישבע זה החי ואינו יכול לומר כיון ששותפי

אינו

אינו נשבע גם אני לא אשבע וכן אם היה חשוד אחד מהם נשבע השני :

עט אחים או שותפים שיש להם דין עם אחר אינו יכול לומר יבא אחד מכם לב"ד ויטעון בעד כולכם וביכולתם שיטענו כולם אלא שלא יטענו כאחד אלא זה אחר זה כמ"ש בסי' י"ז וע' מ"ש שם :

פ ראובן ושמעון שותפים ולקח ראובן מעות מאחד להכניסם לשותפות ויטול ריוח בכדי מעותיו אע"פ שלא הודיע לשמעון שותפו מ"מ יטול הלה חלקו בריוח כמו שהתנה ראובן עמו דכל שותף יכול לעשות מה שנראה לו לטובת השותפות כמ"ש בסעי' ע"ד ודווקא כששמעון לא היה בעיר דאם הוא בעיר אין לו לעשות בלי דעתו וכשלא היה בעיר וראובן הכניסו לזה לשותפות ולא התנה עמו כמה שיטול בריוח י"א שיטול חלק בשוה עמהם אף שמעותיו פחות משלהם כמ"ש בסעי' י' [סמ"ע] ונ"ל דרק מחלקו נוטל מחצה ולא מחלק השותף האחר אם לא שידוע שזה האחר הוא חריף בעסק וכדאי שיטול חלק שוה דאל"כ נחשב עוות נגדו כשיטול חלק שוה ודינו כשליח שיכול לומר לו לתקוני שדרתיך ולא לעוותי :

פא בני כרך שקנו ס"ת בששים דינר והתנו שאם ילך אחד מהכרך להתיישב במקום אחר שהנשארים יתנו לו חלקו ועתה רוצה אחד לצאת והספרים הוקרו ושואל חלקו לפי היוקר דכעת א"צ ליתן לו רק כפי המקח שקנו שהרי אין בזה דין חלוקה שיאמר תנו לי מעות או חלק [לבוש] ואין לו רק מעות מפני התנאי הקודם ואין חייבים ליתן לו רק כפי המקח שהיה בעת התנאי ולכן אם היה דבר שיש בזה דין חלוקה יכול לבקש בתנאי כזה או חלקו או כפי המקח דכעת וכן אם היה בין שני שותפים והיה בזה דין גוד או איגוד היה יכול להעלות כפי היוקר דכעת ע"י גא"א אבל בס"ת דרבים לא שייך גא"א נגד אחד שעוקר דירתו אא"כ מתחלקים לשני קהלות דאז מעלים ע"י גא"א ובספרים הרבה חולקין וביחיד אם לא היה תנאי ביניהם א"צ ליתן לו כלל [נ"ל] אבל שנים שקנו בית והתנו ביניהם שכל זמן שירצה אחד להסתלק יתנו לו דמי חלקו ואח"כ הוקר הבית ואחד רוצה להסתלק צריך ליתן לו כפי היוקר דכעת [ט"ז] :

פב ראובן ושמעון היה להם שותפות ביחד והיה להם שטרות ונתחייבו מס לקהל והשטרות היו ת"י ראובן ותפסו השטרות בעד המס של ראובן חייב לפרוע לשמעון חלקו ואינו יכול לומר לו תנכה גם מהלקך המס המגיע ממך דהרי לא עכבו בעד שמעון ושמעון יהיה לו עסק בפ"ע עם הקהל בעד המס שלו וכיון שהקהל לא גזלו ממנו ונהנה מזה שבזה נפרע מהמס חייב לשלם לשמעון וכן כל כיוצא בזה כגון שתפסו ממנו דבר השייך לשותפות בעד חוב מבורר המגיע ממנו צריך לשלם להשותף חלקו אף שגם משותפו מגיע חוב כזה לזה התופס כיון שאינו תובע עתה ממנו אבל אם גזלו ממנו דבר של שותפות פטור כמו שיתבאר :

פג ראובן ושמעון שותפים בחוב המגיע להם משר אחד וראובן קיבל הערבות על החוב ותפשו השר ואנסו שיפטור החוב והערבות והוכרח לפטרו פטור משמעון דזהו כמו שאנסוהו ביסורים להראות ממון חבירו דפטור כמ"ש בסי' שפ"ח ולא נשתתפו ע"מ כן שישלם אף אם יאנס ודווקא כשאנסוהו למחול זה החוב אבל כשאנסוהו על דבר אחר ונתפיים ממנו במחילת החוב חייב לשלם לשמעון חלקו דאסור להציל עצמו בממון חבירו ויכול שמעון להשביע את ראובן שהאונס היה על החוב [תשו' מיי' נזיקין סי' ח'] ודווקא במחילת החוב אבל אם מסר משכון שת"י חייב אפילו באונס דנושא ונותן ביד חייב אפילו באונס [ש"ך שם] ודווקא שקיבל ראובן המשכון לביתו בלא ציוי שמעון אבל אם שמעון צוהו לקבל המשכון לביתו נעשה שומר עליוי ושומר פטור מאונסים אף בנשא ונתן ביד כמ"ש בסי' רצ"א [נס"מ] וכ"ז במסר משכון אבל אם מסר שט"ח של השר להשר פטור בכל עניין דשורף שטר חיובו מדינא דגרמי וכל גרמי באונס פטור [כ"מ שם בתשו'] ודע דכל אונס שנפטר בכך זהו דווקא אונס הגוף אבל אונס ממון אינו אונס לעניין שיפטור מחבירו דאין לאדם להציל א"ע בממון של חבירו :

פד שותפים שיש להם חוב ביחד ורצה האחד להתרחק ממקומו ולהוליך עמו את השטר חבירו מעכב עליו ואם אין רצונו להניחו אצלו יפקדוהו ביד ב"ד או ביד שליש נאמן ואם אחד מהשותפים טען סחורת השותפות על בהמתו או נתנם בחנות שלו נוטל שכר בהמתו או שכר חנותו תחלה ואח"כ יחלוקו הריוח או ההפסד ואף שלא דיבר עמו שישלם לו בעד זה דסתמא כמפורש דמי ואחד מאחים השותפים שיש בידו ממון וטוען שהם של אחרים אם חלוקים בהוצאת ביתם שאין אוכלין יחד מכים השותפות נאמן בשבועה לומר ששל אחרים הם במיגו שהיה אומר ששלו הם וקימץ מהוצאתו ועליהם להביא ראיה שהוא ממון השותפות ואם אין חלוקים בהוצאה ואין לו עסק בפ"ע עליו להביא ראיה ואם יש לו מיגו שהיה יכול למסור לאחרים ולא היה אדם יודע מזה נאמן במיגו זה לומר ששל אחרים הם [נס"מ] או ששלו הם ונשבע היסת ונפטר ואם מת על האחרים להביא ראיה בכל עניין ובסי' ס"ב נתבארו דינים אלו ע"ש ואחד מהשותפים שהלך בהסכם שותפו עם סחורת השותפות למקום אחד למוכרה וכשבאו לחשבון רוצה ליטול מהשותפות הוצאת מזונותיו שהיה לו בדרך אם אינם נזונים בביתם מכים השותפות

השותפות והשותף עסק בביתו ג"כ בעסק שותפות והוצאות דרכו היה לו גם אם היה עוסק בביתו אינו נוטל משותפות אא"כ יש שם מנהג ועכשיו המנהג כשאחד מהשותפים נוסע בדרך נוטל תמיד הוצאות מזונותיו מכים השותפות ואין מחשבין אם בביתו היה לו הוצאה כזה אם לאו :

פה סוס שהיה ממושכן לראובן ושמעון והפקידוהו לכותי אחד לשמרו וא"ל שמעון להכותי שישאילוהו ללוי והוליכוהו ללוי ונגנב או נגזל ממנו אם רצה ראובן גובה משמעון ואם רצה גובה מלוי ואין יכול לוי לאמר לא ממך שאלתי כיון שיש לראובן חלק בו יכול לגבות ממנו חלקו וכל היזק שיארע בעסק שותפות בעת עסקם בעסק השותפות על שניהם לסבול וכן שני שותפים שקנו משי וכשבאו למכרה חסרה מהמשקל גם זהו בכלל הפסד ועל שניהם הוא אך השותף המתעסק בזה ישבע שלא שלח בה יד ושלא פשע בשמירתו ודווקא שבעת שקנו המשי ידע גם השותף השני שהמשקל היה בשלימות אבל אם אינו יודע כלל כגון שאחד מהשותפים קנה המשי או שאר סחורה ונמצא חסר ההפסד לו לבדו דשותפין שומרי שכר הן [ט"ז] ואם מברר שבעת שקנה היה בשלימות ואח"כ נאבד ע"י אונס פטור אבל כל זמן שאינו מברר א"צ השני לקבל בחשבון השותפות רק כפי המשקל והמספר שהביא :

פו ראובן ושמעון בקש מהם כותי להלות לו סך מעות ולוי בקש מהם להשתתף עמהם בחוב זה ונתרצו וקדם ראובן ונתן להכותי ד' זקוקים וחצי ואמר הכותי שא"צ יותר והלך ראובן ואמר לשמעון וללוי אם תרצו להשתתף עמי תנו לי כל אחד חלקו ונתן לו שמעון חלקו ולוי לא נתן לו אם כשתבע ראובן ללוי שיתן חלקו א"ל לוי איני חפץ ליתן הרי נעקר מהשותפות אם ראובן אינו רוצה לכופו שיתן חלקו ונשאר חלקו לראובן שהרי נתן שני חלקים אבל אם אמר אתן חלקי אע"פ שדחה אותו קצת מ"מ כיון דלא אטרחיה לבי דינא יש לו חלק בהריוח ואם מת לוי חלקו הריוח שייך ליורשיו כמ"ש בסעי' ד' ע"ש :

פז ראובן ושמעון שותפים וקנה ראובן סחורה מכותי ומכרה ללוי ולוי נתחייב לפרוע להכותי לזמן פלוני והכותי לא נתרצה על בטוחות לוי לבדו וכתב ראובן שטר להכותי שאם לא יפרענו לוי לזמן שקבע יפרענו הוא ואח"כ חלקו השותפות ביכולת ראובן לכוף לשמעון שיעשה לו שטר שבאם יברר ראובן שהוכרח לפרוע להכותי שיפרע לו שמעון חלקו וכל הוצאות שיוציא על חוב זה ונתבאר בסי' צ"ג סעי' י"ז ע"ש :

פח אם קנה שמעון סחורה מאנס אחד וטעה והכניס לשותפות ומתירא שמא יזכור וכן אם היה לו משכנות ומתירא שמא יבא לו מזה הפסד יודה ראובן בפני עדים שדמי הטעות והמשכנות באו לשותפות ויכתבו ויחתמו ויתנו ביד שמעון אבל שטר א"צ ליתן לו וכבר נתבאר זה ג"כ שם סעי' י"ח ע"ש :

פט מי שקיבל סחורה מחבירו להוליכה למקום אחר למוכרה ולחלק בריוח והמקבל יקח שכר עמלו כדין עיסקא וקודם שהוליכה הוזלה סחורה זו בכאן אינו מחשב המקבל את הסחורה רק לפי שויה בעת שהוליכה ואפילו קבלה בסכום ידוע מ"מ מסתמא לא היה דעתם שיתחיל השותפות מזמן קבלת הסחורה אלא מזמן ההולכה [סמ"ע] ולכן בין שהוקרה ובין שהוזלה מחשב תמיד כפי המקח בעת ההולכה מן העיר מיהו כשהוזלה והמקבל מחשב כשער הזול יכול הנותן לחזור בו [גס"מ] ואם קצב לו הסכום מתחלה והיה ביכולתו לנסוע מיד ולא נסע ובתוך כך הוזלה מחשב כפי המקח הקודם וכן אם הוקרה א"צ לחשוב לו רק כפי המקח הקודם [וכ"ל שזהו כוונת הלבוש ומיושב קושית הסמ"ע ודו"ק] :

צ שותפין הרבה יחד אין אחד יכול להסתלק מהשותפות אלא מדעת כולם ואפילו אם אחד מהשותפין רוצה לקנות חלקו השותפים מעכבים על ידו דיתמעטו המתעסקים בהעסק וכ"ש אם רצונו למכור לאחר דאין ביכולתו בלא רצונם שיכולים לומר אין רצונינו להיות שותפים עם זה שמכרת לו אבל אם ראובן קבל עסק והניח מהעסק חלק לשמעון וחלק ללוי יכול אחד מהם למכור חלקו לאחר בידיעת ראובן אף שלא בידיעת השני כיון שהם לא עשו שותפות ביחד אלא ראובן הניח להם מחלקו וא"צ אלא דעת ראובן אבל ראובן אין ביכולתו למכור חלקו בלא דעת שניהם דהם יכולים לומר דלא נתרצו להיות שותפים רק עמך ולא עם אחר ומעשה היה בראובן שקנה סחורה והניח לשמעון וללוי וליהודה לכל אחד רביעית בעסק לריוח ולהפסד ואח"כ הפסידו בהסחורה ארבע מאות זוז והיה הפסד מאה זוז על כל אחד ונתייראו שמעון ולוי שלא יהיה הפסד עוד והושוו עם ראובן שיסתלקו מהעסק ונתנו לראובן שלש מאות והרויח ראובן לפי המצב ההוה מאה זוז ופסקו דאין ליהודה חלק במאה זו דלא נשתתפו אלא על הריוח מהסחורה ולא על מה שיקנה שותף אחד מחבירו חלקו וכיון שיהודה לא היה ביכולתו לעכב על שמעון ולוי שלא ימכרו לראובן חלקם מפני שלא עשה עמהם השותפות אין ליהודה חלק בריוח זה ואם רוצה להסתלק צריך ליתן מאה זוז חלק הפסד שלו וכן אם נמכרה הסחורה והיה הפסד ארבע מאות מפסיד יהודה מאה וכן אם היה יותר הפסד או ריוח יותשב תמיד המאה שנטל משמעון ולוי על חשבון ראובן לבדו וזה שאמרנו דאין אחד מסתלק אלא מדעת כולם ואפילו אחד מן השותפין רוצה לקנות חלקו זהו כשכולם מתעסקין

מתעסקין בהעסק יכולין לומר אין רצונינו שיתמעטו המתעסקין אבל אם זה המסתלק אינו עוסק בהעסק כלל וודאי דיכול למכור חלקו לאחד מן השותפים בלי דעת כולם [כ״ל]:

צא שותפים שבאו לחלוק כליהם שהיה בהן הסחורה אין ראיה ממה שכתוב על הכלים שם שותף פלוני שהן שלו לבדו דהשני יכול לומר מפני שהשותפות נמשכה איזה משך היו כלים אלו בזמן העבר שלך ועתה הן שלי כי כן היה לפי מצב העסק וכיוצא ב״ה לפיכך חולקין או ע״י שבועה או ע״י פשרה אבל לא ע״י חזקה דשותפים אין מחזיקין זע״ז כמ״ש בסי׳ קע״ט ובא״ח סי׳ קנ״ו וביו״ד סי׳ קמ״ז נתבאר בדין שותפות עם הכותי וכשנשתתף עמו ונתחייב לו שבועה מותר לקבל שבועתו והרבה מדיני שותפות נתבארו בסי׳ צ״ג:

סימן קעז [שותפים שאחד מהם ירד לאומנות או חלה ובו ו׳ סעיפים]:

א דבר ידוע ומוסכם דשותפים או אחים השותפים בעזבון אביהם כל מה ששייך לעסק השותפות השכר או ההפסד לאמצע ומה שאינו שייך לעסק השותפות כגון שאחד מצא מציאה או שיש לאחד איזה פרנסה מן הצד שלא מהעזבון או איזה אומנות שייך לו לבדו ואין להאחים חלק בזה ומ״מ אם הריוח הוא מצד זכות אביהם כגון אחד מהאחים שמינה אותו השר לגבאי או סופר שמכנים ומוציא בממונו וכן כל כיוצא בזה מעבודת השר ויש לו ריות בזה אם היתה ההתמנות מפני זכות אביהם כגון שאביהם היה ממונה בדבר זה וצוה השר להעמיד בן תחתיו כדי לעשות חסד עם היתומים הפרס שנוטל וכל מה שמשתכר בעבודתו אצל השר שייך לכולם ואפילו היה חכם ביותר שבאמת ראוי למנותו מ״מ כיון שהזכות הוא מפני אביהם שייך לכולם ואם מינוהו מחמת עצמו ולא מפני שרצה להעמיד במקום האב אחד מבניו ה״ז לעצמו וכן להפסד שאם השר נטל ממנו ממון אם נטל מפני ממון כל האחים ועשרם ההפסד לכולם ואם מחמת עצמו שכבר היה עשיר גם קודם הירושה ההפסד לעצמו וי״א דזה שאמרנו בריוח דאם מחמת האב שייך לכולם מ״מ נוטל המתעסק מקודם שכר טרחתו בכל יום כפועל וצריך לשום לפי ערכו ושויו:

ב לפי הטעם שנתבאר אין דין זה נוהג כלל בזמנינו דאין זה רק באחים ובימים קדמונים שהיה דרכם של גדולי השרים לקבל איש אחד ממשפחה לפקח על ענייניו והיה זה מחוק השרים [ב״ח] לפיכך יש חלק לכולם כי כן צוה השר אבל אם אחד מהיורשים מילא מקום האב באחת העבודות בעיר או באיזה אומנות אין להאחים חלק דהא אין זה ממון הראוי להוריש וי״א שאנו רואים האחים כ״ז שלא חלקו כאלו האב קיים וכולם כאיש אחד הם ולכן כל דבר שאחד מהם מילא מקום האב ועושה בזכות האב הריוח לאמצע וכ״ש שארי שותפים שנשתתפו והתנו בפירוש שכל מה שירויחו מאיזה מקום שיהיה לשותפות דהוה לאמצע וי״א דאף לדיעה זו דחשבינן כאלו אביהם חי והם כאיש אחד מ״מ אין זה אלא בענייני השר כלדיעה ראשונה אבל באומנות ועסק אחר הכל לעצמו אף שמילא מקום אביו מפני הטעם שיתבאר בסי׳ רפ״ז דבנכסים שהניח האב ואחד מהאחים השביחן בגופן שייך לו לבדו אבל בשותפין כשהתנו שייך בכל עניין לשותפות וכ״ז באחין שלא חלקו עדיין אבל אם חלקו אין להם שייכות זל״ז בשום עניין אא״כ התנו ביניהם [מ״ס הרמ״א וי״א דדווקא לאומנות האחים קאי]:

ג בעסק כזה שאחד עוסק וכולם נוטלים ריוח אם חלה המתעסק אם נחלה בפשיעתו כגון שהלך בשלג בחורף יותר מדאי או בחום בימות החמה וכיוצא בזה אם יש קצבה לרפואתו דהיינו שהושוה עם הרופא שבכך וכך ירפאנו מתרפא משלו ואם אין לה קצבה מתרפא מן האמצע דרפואה שאין לה קצבה הוי בכלל מזונות כמ״ש באהע״ז סי׳ ע״ט וכיון שהוא כמזונות אין שייך לחלק בין פשיעה לאונס דא״א לדקדק במזונות כל כך אבל אם חלה שלא בפשיעתו אפילו יש לה קצבה מתרפא מן האמצע וי״א דבפשיעה בכל עניין מתרפא משלו ובאונס דווקא ברפואה שאין לה קצבה מתרפא מן האמצע ומיהו קודם שנתרפא יכולים לומר לו חלוק עמנו דהא אפילו במזונות אם מבקשים להתחלק הרשות בידם והעיקר כדיעה ראשונה [ס״ך]:

ד בד״א שנתרפא מן האמצע כשהוא לבדו מתעסק באומנות וכולם נוטלים חלק בריוח אבל שני שותפים שמתעסקים באומנות או בסחורה וחלה אחד מהם אפילו באונס מתרפא משל עצמו ודווקא כשאינם נזונים מן השותפות כאחד בלי חשבון דאז אף אם המתעסק בדרך ונזון מכים השותפות מ״מ הרפואה היא על חשבונו אבל כשנזונין מהשותפות בלא חשבון וחלה באונס כל רפואה שאין לה קצבה כמזונות דמיא ובסי׳ קע״ז נתבאר דכשאחד מן השותפים נשבה פודה א״ע משלו דכל אחד שמירת גופו עליו:

ה אחד מהאחים השותפים הנזונין כולם מתפוסת הבית שרצה אחד מהם לילך ללמוד תורה או אומנות ישומו כמה מגיע לחלקו בהוצאתו כשהם ביחד וזה יתנו לו מתפוסת הבית אע״פ שצריך יותר כשהוא לבדו כמו נרות ועצים וכלים דכשהם ביחד נר לאחד נר למאה וגם זה שרשאי ליקך זהו דווקא כשא״צ לעסוק בעסק כגון שכל אחד עושה בזמן מיוחד והוא הולך

הולך כשכלה זמנו אבל בלא״ה ביכולתם לעכבו שלא ילך כלל [סמ״ע] :

ז שותף שאמר לשותפו גנוב וכל נזק שיגיע לך אשלם אין באמירתו כלום דאף בשליח קיי״ל דאין שליח לדבר עבירה ויש מי שאומר שחלקו צריך לשלם כיון שהסכים למעשיו ואפילו לדיעה שבסי׳ קע״ו דבגניבה אין להשותף חלק מ״מ כיון שהסכים לזה הוי כשאר שותפית אבל לא נהירא לי ומסתבר דפטור גם מחלקו ואף לאותה דיעה דבגניבה יש לשותף חלק היינו כשרוצה ליטול חלק אבל כשאינו מתרצה ליטול חלק אף שא״ל מקודם שיטול חלק אין זה כלום דאין שליח לד״ע ולא נשתעבד באמירתו וכ״מ מלשון רבינו הב״י שכתב בסעי׳ ה׳ שותף שאמר לשותפו גנוב וכל נזק שיגיע לך אשלם פטור ואע״פ שנהנה מאותה גניבה עכ״ל ואין כוונתו שנהנה ונטל חלק דוודאי בכה״ג חייב בחלקו אלא ר״ל שנהנה באמירתו ומלשון פטור משמע לגמרי וכ״מ ממקור הדין מתשו׳ הרשב״א שהביא בספרו הגדול שכתב הטעם דמצי למימר באיסורא לא ניחא לי דלקני ע״ש [וכ״מ מלבוש ע״ס] וכן עיקר לדינא :

סימן קעח [שותף שבקש מהמוכס שימחול לו ובו ג׳ סעיפים] :

א שותפים שהוליכו סחורה שצריכים לשלם מכס ובקש אחד מהשותפים את המוכסן שימחול לו ומחל לו אפילו אמר שמוחל לו לבדו שייך לשותפות כיון שע״י בקשתו מחל לו הוא כשלוחם ואפילו בקש שימחול לו לבדו שלא כהוגן עשה כיון שהוא עסק שותפות ולכן שייך הריוח לכולם אבל אם המוכסן מעצמו בלא בקשתו אמר אני מוחל חלקו של פלוני או שאיש אחר בקש בשבילו להמוכסן והוא לא בקש את האיש שיבקש בשבילו שייך לו לבדו דכל מה ששותף עושה ומשתדל שייך לשותפות אבל מה שבא לידו בלא השתדלות הוי כמציאה וכ״ז הוא בעסק סחורה שיש על השותפים לעשות עוד בהעסק ולכן כל מה שהשתדל שייך לשותפות אבל בעסק חוב כגון שהרבה אנשים היו חייבים לאחד סך מעות ובקש אחד מהם את הבע״ח שימחול לו חלקו ומחל אין להשותפים חלק בזה דכיון שאח״כ לא נשאר לו שום השתתפות עמהם אין ע״ז שם עסק שותפות [כה״מ] ויש חולקים אף בעסק שותפות וס״ל דהמחילה לו לבדו אף כשהיתה ע״י השתדלותו דהרי זהו כמציאה ומה להם להשותפים אם השתדל בזה [מסר״מ מר״ב ורס״ל] ומי שפטרו השר ממסים מ״מ צרכי הציבור והעיר מוטל גם עליו כמ״ש בסי׳ קס״ג :

ב כבר נתבאר בסי׳ קע״ו דשותף יש לו רשות לעשות בהעסק כפי הנראה בעיניו לטובת העסק כשהשותף השני אינו בכאן ויותר מזה אמרו חז״ל דשותף שירד לשדה השותפית ונטעה אפילו אינה עשויה ליטע נוטל כדין אריסי העיר היורדים ברשות הבעלים שיתבאר בסי׳ שע״ה וחשיב שותף כיורד ברשות ולא עוד אלא שנוטל חלקו בשלימות אף בשבח שהשביחו הנטיעות מעצמן אפילו בשעה שהגיעו להתלש ואף דבארים כה״ג ידו על התחתונה כמ״ש שם מ״מ השותף יש לו רשות לעשות כשעושה לטובת השותפות וה״ה אם מתעסק בלא רשות בדבר המטלטל המשותף כיון שעשה כדרך הסוחרים אין לשותפו טענה עליו וכ״ז דווקא אם השבח יתר על הוצאה אבל אם ההוצאה יתירה על השבח והוציא מכיסו ולא מכים השותפות [נס״מ] אין השותף נוטל הוצאה רק כפי השבח שמשביח ואם לא השביח כלום אינו נוטל כלום דמכיסו לא ה״ל להוציא בלתי ידיעת חבירו אמנם כשהוציא מכים השותפות ההפסד על שותפות כיון שעשה כדרך הסוחרים [סס] :

ג וכ״ז דווקא בסתמא שלא מיחה בו השותף אבל אם השותף השני מיחה בו שלא לעשות כגון שבנה בניין והוא מוחה בו אם הוא דבר שבהכרח לבנות כגון שהבית רעוע מחוייב חבירו ליתן חלקו דבכה״ג ביכולת שותפו לכוף אותו ואם אינו הכרח יכול חבירו לומר לו טול עצך ואבנך וכה״ג בכל העניינים [סס] וזהו כוונת רבינו הרמ״א :

סימן קעט [שותפים אין להם חזקה זע״ז ובו סעי׳ אחד] :

א בסי׳ קמ״ט נתבאר דשותפין אין מחזיקין זה על זה בקרקעות וכן במטלטלין דבר הידוע שהוא משל שותפות אין לאחד חזקה בו על חבירו אפילו נשתהה בידו זמן רב אינו נאמן לומר שלקחו ממנו או נתנו במתנה אלא בראיה דשותפים לא קפדי אהדדי ואין חזקתו בהדבר ראיה ששלו היא ואע״ג דבסי׳ קנ״ז נתבאר דבזמן רב רגילין להקפיד זהו בשם באבנים שנפלו דאין זה מעסק אבל בעסק דבר הידוע שהיא של שותפות אין מקפידין אפילו בזמן רב עד שיוודע שחלקו [סמ״ע וט״ז] דלא כיש מי שחולק בזה ולא מיבעיא במילתא דידועה לתרווייהו שוה בשוה אלא אפילו ראו שזה הביא מעות וזה הביא מעות וקנו בהם סחורה ואינו ידוע כמה הביא זה וכמה הביא זה ואח״כ הסחורה יצאה מת״י אחד מהם ואומר ששני שלישים שלו ושליש הוא של שותפו אינו נאמן אלא חולקין בשוה עד שיביא ראית ניכול להשביע להשני שיש לו

מחצה [נ"ל] וכ"ז באופן שאינו יכול לטעון להד"ם או החזרתי לך כגון שעתה ראו עדים את הסחורה תחת רשותו ויודעים שהסחורה הוא מעסק השותפות דאל"כ נאמן במיגו אף אם לא שהה הרבה ת"י ונשבע ששלו הוא שני שלישים וכ"ז הוא קודם שחלקו אבל אחר שחלקו יש להם חזקה זע"ז אפילו בסחורה הידוע שהיתה של שותפות דלאחר החלוקה מסתמא לקח כל אחד חלקו לביתו ולכן אם רק שהו אחר החלוקה כדי שיטול חלקו לביתו נאמן התופס לומר ששלו הוא אף אם אין לו מיגו ונשבע היסת ונפטר :

סימן קפ [שותפים שנדרו הנאה זה מזה ובו ו' סעיפים] :

א שנים שהם שותפים בחצר ונדרו הנאה זה מזה אם אין בו דין חלוקה שאין בו ד"א לכל אחד כמ"ש בסי' קע"א אינו חל הנדר ומותרים ליכנס בו בין שהדירו זא"ז ובין שהדיר אחד מהם לאחד מן השוק בנכסיו והטעם דדבר ידוע הוא שאין אחד יכול לאסור על חבירו רק נכסי עצמו ולא של חבירו וכיון דלכל אחד מהשותפין קנוי החצר ללכת ולהשתמש בו איך יכול לאוסרו עליו וגם על אחר אינו יכול לאסור מפני שיכול לומר איני נכנס לתוך שלך אלא לשל חבירך ואע"ג דבעה"כ יש גם להנודר חלק בחצר מ"מ יש ברירה ואמרינן דהוברר הדבר בעת שנכנס ששלו הוא בשעה זו דהא ע"מ כן לקחוהו בשותפות שבעת שכל אחד ישתמש בו שיהיה שלו לאותו שעה וכן כשאחר צריך לו ולא מיבעיא ליש מרבותינו שפסקו דגם בדאורייתא יש ברירה [תוס' תמורה ל'. ורא"ש ור"ן בפ"ה דנדרים בשם ר"י בעל התוס'] דא"ש אלא אפילו לרוב רבותינו דקיי"ל בדאורייתא אין ברירה והכי קיי"ל מ"מ בזה אמרינן יש ברירה דהך ברירה לא דמי לכל ברירות דעלמא דבכל ברירות דעלמא יש ספק גמור עד שעה שנתברר אבל בכאן עיקר העניין נתברר משעה ראשונה בעת שלקחו החצר דבשעה שכל אחד ישתמש יהיה החצר שלו אלא דהזמן לא נתברר אז מתי ישתמש ובשעה שמשתמש בו הוברר הזמן אבל עיקר הדבר נתברר כבר ולכן אמרינן בזה ברירה [ר"ן שם] וזה שאחד מן השוק רשאי ליכנס כשהדירו אחד מהם זהו דווקא כשאותו מן השוק נכנס לצורך השותף השני בין שהוא צריך להשותף ובין שהשותף צריך לו אבל שלא לצורך השותף וודאי דיש כח לאחד מהם לאסיר עליו וי"א דגם כשהוא צריך להשותף אין היתר בדבר כיון שאינו טובת שותפו [ש"ך יו"ד סי' רכ"ו וב"ח שם] :

ב אבל כשיש בהחצר דין חלוקה אין סומכין על ברירה זו כיון שיכולין לכוף לחלוק חל הנדר ואסורים ליכנס בו כשהדירו זא"ז ויחלוקו ויכנס כל אחד בשלו וכ"ש כשאחד מהם הדיר לאחד מן השוק שאסור ליכנס בו אפילו כשנכנס לצורך השותף השני [שם] וי"א דאחר יכול ליכנס כשנכנס לצורך השותפות אפילו ביש בו דין חלוקה [טור] ובאין בו דין חלוקה יכול אחר ליכנס אפילו לצורך עצמו [ע"ז שם] והטעם דכשאין בה דין חלוקה לא חל הנדר כלל ויכול לומר לו איני נכנס לתוך שלך אלא לשל חבירך וביש בו דין חלוקה נגף דחל הנדר מטעם דכיון שיכול לחלוק לא סמכינן אברירה זהו בהם עצמם שביכולתם לכוף זא"ז אבל אחד מן השוק לא שייך בחלוקה ולכן כשצריך להשותף השני סמכינן אברירה אבל ליכנס לצורך עצמו אסור כיון שיש בה דין חלוקה יכול לאוסרה כשנכנס לצורך עצמו [שם] :

ג וכן הדין בשנים שיש להם מקום בבה"כ ואסרו אחד על חבירו אם אין בו דין חלוקה והיינו שאין המקום מחזיק לשני אנשים אין הנדר חל ואם יש בו דין חלוקה חל הנדר וכן אם אמר חלקי יהא לך הקדש הוי כנדר דמאחר דקאמר לך הקדש כוונתו לאסרו עליו אבל אם לא אמר לך אמרינן דלא כיון אלא שיהיה הקדש לעניים ולא לאוסרה עליו ומ"מ אם אומר שכוונתו היתה לאוסרה עליו עושים כפירושו כמ"ש ביו"ד סי' ר"ח וה"ה בכל כיוצא בזה וכן במטלטלין שהם שותפין בהם אם יש בהם דין חלוקה יכולים לאסור זע"ז ואם לאו מותרין :

ד כשהדירו שניהם זא"ז אסורים להעמיד בו תנור וכירים ורחים ותרנגולים אף באין בו דין חלוקה דדברים אלו יכולים שותפים למחות אחד על חבירו כמ"ש בסי' קס"א ואע"ג דבסתמא אין שותפים מקפידים זע"ז בדברים אלו כמ"ש בסי' ק"מ מ"מ במודר הנאה וודאי קפדי ואסורים ואם אחד מהם היה מודר הנאה מחבירו הוא אסור בהעמדת תנור וכירים ורחים ותרנגולין ואסור ליכנס בו אם יש בו דין חלוקה וחבירו מותר ולאו דווקא תשמישים אלו אלא כל תשמיש שממלא כל החצר כגון לשטוח פירות וכיוצא בזה אסורים [ש"ך שם] :

ה רבותינו ז"ל קנסו את הנודר שצריך למכור חלקו אף באין בו דין חלוקה דחיישינן שמא ישתמש המודר ויעבור על הנדר וי"א שבאין בו דין חלוקה שמותר ליכנס לחצר אין כופין למכור חלקו ואין כופין אלא כשיש בו דין חלוקה וכשרוצים לחלק או בגוד או איגוד כשאין בו דין חלוקה אין כופין [ב"ח שם] וי"א דגם כשהדירו זא"ז כופין אותם למכור או לחלוק כדי שלא יכשלו וי"א דכששניהם אסורים לא חיישינן לתקלה דדווקא כשאחד מהם אסור חיישינן בראותו שהשני מותר גם הוא יכשל אבל לא כששניהם אסורים [ר"ן רפ"ה דנדרים] ואימתי כופין אותו למכור חלקו בשאסרן

כשאסרו בלשון חצירי דאז לאחר שימכור נסתלק האיסור אבל אם אמר חצר זה יהא אסור עליך בנדר אין תועלת במכירתו דאף לאחר מכירתו אסור כמ"ש ביו"ד סי' רט"ז ע"ש :

ו בעל שאסר הנאתו על אחרים אסורים גם בנכסי מלוג של אשתו ואינו דומה לשותף שהדיר לאחר מן השוק דבשם הטעם משום ברירה כמו שנתבאר משא"ב בנכסי מלוג וכיון שאוכל הפירות ביכולתו לאסור כמ"ש ביו"ד סי' רכ"ו ע"ש :

סימן קפא [שיירא שעמדו עליהם ליסטים ואחד מהם הציל ובו ה' סעיפים] :

א שיירא ההולכת במדבר ועמדו עליהם ליסטים ושללום ולכל אחד מהם היה סחורה וחפיצים ולא היו שותפים אם אינם יכולים להציל מידם ועמד אחד מהם והציל הציל לעצמו אע"פ שלא אמר לעצמי אני מציל [טור] ואפילו הציל מה שאינו שלו מפני שהבעלים נתייאשו והוה הפקר וכל הקודם זכה ואפילו אם בעלי החפיצים לא היו בכאן לא הוי כיאוש שלא מדעת דזהו כאבידה ששטפה נהר דמותר אף ביאוש שלא מדעת כמ"ש בסי' רנ"ט [כס"מ] ואם היה ביכולתם להציל וקדם אחד מהם והציל של אחרים אע"פ שאמר לעצמי אני מציל מחזירם להבעלים ואפילו הציל של אחרים ושלו לא הציל נוטלין האחרים ושלו נפסד [סמ"ע] ואפילו שתקו בעת שאמר שמציל לעצמו אינו כלום דמה להם לצעוק בשביל אמירתו וה"ז כמי שבא לבית חבירו ונוטל דאין מעשיו כלום וכן הדין בדליקה [כ"ל] :

ב ואם הבעלים היו יכולים להציל ע"י הדחק אם הציל סתם מחזיר לבעלים וכל אחד יטול את שלו [לבוש] ואם אמר בפני הבעלים לעצמי אני מציל והבעלים שתקו ה"ז מציל לעצמו דכיון ששמעו ממנו שיטול לעצמו לא היה להם לשתוק והיה להם לדחוק בעצמם ולהציל ומדלא עשו כן מסתמא נתייאשו ואם הבעלים לא היו בכאן צריך להחזיר להם אע"פ שעד שיבואו היה נאבד מ"מ הוי יאוש שלא מדעת וקיי"ל דלא הוי יאוש ואם הבעלים בכאן ואמר לעצמי אני מציל וענו הבעלים אנחנו נציל לעצמינו וישבו ולא עשו מעשה להציל אין בדבריהם כלום מאחר שלא ירדו להציל וההצלה הוא ע"י הדחק מילי דכדי נינהו ונתייאשו [כ"מ מלשון הפוסקים ומרש"י ב"ק קט"ז: ד"ה רב אשי אמר] :

ג היו שני שותפים והציל אחד מהם סחורה של שותפות מה שהציל הציל לאמצע וחולקין ביניהם בין היה חבירו יכול להציל ובין שלא היה יכול להציל דדרך השותפים לטרוח אחד בשביל חבירו וכיון שלא אמר לעצמי אני מציל וודאי דעתו היה לשותפות אבל אם אמר בפניו לעצמי אני מציל נחלק השותפות בדברים אלו ואע"ג דאין שותף חולק שלא מדעת חבירו כשלא הגיע הזמן מ"מ בכה"ג שיש הפסד פתאומי יכול לחלוק שלא מדעתו ומה שהציל הציל לעצמו עד חלקו ולמה לא מסר השותף נפשו להציל ג"ב ואם הציל יותר מחלקו אם שותפו היה יכול להציל לא נתייאש והמותר מחלקו שייך להשותף ואם לא היה יכול להציל הרי נתייאש והכל שלו וכמ"ש בסעי' הקודמים ואם אין עדים בדבר והמציל טוען שאמר בפני שותפו לעצמי אני מציל והשותף מכחישו נשבע המציל היסת ומחזיק לעצמו אם יש לו מיגו דלהדר"ם או החזרתי לך אבל כשאין לו מיגו כגון דאיכא עדים שהם שותפים בזה וראו אצלו הסחורה אינו נאמן בשבועה [כס"מ] דסחורת השותפין הם בחזקת השותפים אף כשהם ת"י אחד מהם כמ"ש בסי' קע"ט ואינו נאמן ליטול בשבועה ואם לא היה השותף בכאן א"צ אמירה וסגי כשחישב בלבו שמציל לעצמו [ב"ח] ונשבע שחישב כן בלבו דלשותף נשבעין גם בטענת ספק [שם] ואע"ג דדברים שבלב אינם דברים מ"מ בפסידא פתאומית הוי דברים אם רק חשב בלבו כן ואומדנא גדולה היא דכשחשב כן כיון לחלוק [כה"מ] :

ד וכן השוכר את הפועל להציל כל מה שמציל הם של בעלים ואם אמר הפועל לעצמי אני מציל והדבר אבוד לגמרי שהבעלים לא היו יכולים להציל ה"ז חוזר בו משכירותו ומה שהציל הציל לעצמו דפועל יכול לחזור בו כמ"ש בסי' של"ג ודווקא שכיר יום אבל אם היה קבלן שלא שכרו ליום אלא להציל סחורות אלו בכלל אם לא היה קניין יכול לחזור בו ובקניין אינו יכול לחזור בו כמ"ש שם [כה"מ] אבל כ"ז שלא חזר בו אמרינן דהציל להבעלים ואם הפועל אומר שחזר בו והבעלים מכחישים אותו אם אין עדים בדבר הם בחזקת הבעלים ואין הפועל נאמן אפילו בשבועה ואם יש להפועל מיגו דלהדר"ם או החזרתי נאמן בשבועה ואם צריך לחזור בפני הבעלים ששכרוהו נראה דאם היה אבוד לגמרי מהני חזרתו גם שלא בפני הבעלים אבל אם היו יכולים להציל אף ע"י הדחק לא מהני חזרתו שלא בפניהם דהבעלים יכולים לומר אלמלי ידענו שתחזור בך היינו נדחקים להציל בעצמינו ולא סמכנו עליך ואנחנו שכרנו אותך שתציל בעדינו וסמכנו עליך שלא תעשה עולה לשנות ממה שהושוית [כ"ל] ולא תקשה לך במה שנתבאר בסי' זה שיש חילוק בין לא היו יכולים להציל כלל בין היו יכולים להציל ע"י הדחק ואיך משכחת לה שלא היו יכולים להציל כלל והלא זה עמד והצילם די"ל כגון שהבעלים לפי כחותיהם היה מן הנמנעות שיציל במקום סכנה כזו

וזה

וזה המציל כחו חזק מהבעלים ומסר נפשו והצילם :

ה מכל מה שנתבאר יכולים ללמוד על כל מיני היזיקות פתאומי שבעולם כטביעות ספינות והצלה מאש וכל מיני הרפתקאות ד׳ ישמור את עמו ישראל :

סימן קפב [דיני שליחות ובו כ״ו סעיפים] :

א קיי״ל דשלוחו של אדם כמותו מן התורה ונראה שיש בזה ד׳ כללים והוא דבדבר הרשות כמו לקנות ולמכור וכיוצא בזה יכול האדם לעשות שליח בכל דבר ובדבר מצוה כל מה שהוא הכנה למצוה יכול לעשות שליח כמו לבנות לו סוכה ולקנות לו אתרוג ושופר ותפילין ומזוזה וציצית ולעשותם בהטלית ולקבוע המזוזה בדלת וכן לקדש לו אשה דגם זהו כהכנה למצוה דעיקר המצוה היא פריה ורביה [רא״ש פ״ק דכתובות סי׳ י״ב ור״ן שם] ולכן רק בקידושי כסף ושטר יכול לעשות שליח ולא בקידושי ביאה דהיא המצוה עצמה ואפילו דבר מצוה עצמה אם אינה חובה אלא שברצונו באה לו המצוה גם היא כרשות כגון להפריש בעדו תרומות ומעשרות וחלה ולהביא ביכורים [ערש״י גיטין מ״ז:] דלא חייבה התורה לקנות שדה ולזורעה ולאפות פת אלא כשמרצונו קונה וזורע ואופה פת חייב בהם וכן פדיון פטר חמור ושילוח הקן ועשיית מעקה יכול לעשות שליח מטעם זה משום דברצונו הביא עצמו לידי חיוב ושני דברים יש במצוה עצמה וחובה עליו לעשות המצוה ומ״מ יכול לעשות שליח והם מילה ופדיון הבן דאף שחיוב מוטל עליו ליקח אשה ולהוליד בנים ולמולם ולפדות הבכור מ״מ כיון שהמצוה אינו על גופו אלא על גוף בנו יכול לעשות שליח במקומו אבל מצוה שעל גופו והיא גמר המצוה כמו להניח תפילין ולישב בסוכה וליטול לולב ולאכול מצה או מצוה שבדיבור כמו להתפלל ולברך ברכת המזון וללמוד תורה או מצוה שבשמיעה כמו לשמוע קריאת התורה ולשמוע שופר וכיוצא בזה כיון שהתורה חייבה גוף זה אינו יכול לעשות שליח במקומו ועוד דעל האחר מוטל מצות עצמו ולגרש אשתו יכול לעשות שליח דזהו רשות דלא חייבה התורה לגרשה ואף כשהיא פרוצה ומצוה לגרשה מ״מ עיקרא דגירושין רשות היא ויש דברים שהתורה מיעטתן משליחות [תוס׳ ר״ס ערכין] :

ב ומניין למדנו לעשות כללים אלו מעיקרא דשליחות דרז״ל למדו שליחות מגירושין וקדושין מדאיתקש לגירושין ומתרומה ומפסח [רפ״ב דקדושין] ולמדנו מקדושין דבר שהוא הכנה למצוה ומתרומה למדנו דבר מצוה שברצונו הביא א״ע לידי חיוב ומגירושין למדנו דבר שהוא רשות ומפסח למדנו דבר שאין ממש בגופו דבפסח יש שני מצות שחיטתו ואכילתו והאכילה היא בגופו ממש והשחיטה אינה בגופו ממש והתורה הרשיתה לעשות שליח על השחיטה ולא על האכילה ושמא תאמר דלפי הכללים שהנחנו יעשה אדם שליח לברך בעדו ברכת המזון דהא ברצונו הביא א״ע לידי חיוב דאם היה רוצה לא היה אוכל דאין זה דקדוק כלל דהאדם מוכרח לאכול באשר הוא אדם והוה כחובה משא״כ תרומה וחלה הלא יכול לקנות תבואה ופת מן השוק ובממון אף בדבר מצוה שלוחו כמותו :

ג. אין הכותי נעשה שליח דכתיב בתרומה כן תרימו גם אתם ודרשינן מה אתם בני ברית אף שלוחכם בני ברית ולמדנו דאפילו בתרומה שכותי שייך בזה דכשתרם מתבואתו תרומתו תרומה [שם וערמב״ם פ״ד מתרומות ולע״ג] אינו נעשה שליח כ״ש בדברים שאינו שייך בם ומזה למדנו דאף בדברי רשות כמקח וממכר ששייך בם אינו נעשה שליח כמו בתרומה ובסי׳ קפ״ח יתבאר עוד בזה בס״ד וחרש שוטה וקטן אין נעשים שלוחים דלאו בני דיעה נינהו ואשה נעשית שליח אף בדבר מצוה שאין לה שייכות בזה כמו למול ולפדות את הבן משום דנכנסה בברית התורה והמצוה ונקראת מבני ברית [עיו״ד סי׳ רס״ד] ולכן האיש יוכל להיות גם שליח לקבל הגט והאשה להוליך הגט משום דשייכים בגיטין וכן בקדושין וכן בשארי מצות אף שהאשה אינה חייבת בהם כמו ציצית סוכה ולולב [תוס׳ גיטין מ״ס:] מ״מ יכול האיש לעשותה שליח לתקן לו כל אלה אמנם לכתוב ס״ת תפילין ומזוזה גזרה התורה שלא תכתוב אף שחייבת במזוזה [שם] ועבד כיון שחייב במצות כאשה יכול להיות שליח דמקרי בן ברית [רש״י שם כ״ג:] לבד בגיטין וקדושין מפני שאינו בתורת גיטין וקדושין [שם] ועב״ז בהולכה יש שמכשירין אותו כמ״ש באהע״ז סי׳ קמ״א ושם נתבאר הטעם ולא קיי״ל כן ע״ש :

ד אמרו חז״ל [נזיר י״ב:] לא משוי אינש שליח אלא במילתא דמצי עביד השתא במילתא דלא מצי עביד השתא לא משוי שליח ומזה למדו רבותינו בעלי התוס׳ דאין אדם יכול לעשות לו שליח שיעשה לו לאחר זמן דבר שבעצמו אין ביכולתו עתה לעשות אף שבעת שהשליח יעשה בעדו תהיה ביכולתו לעשות מ״מ כיון שבעת עשייתו אותו לשליח לא היה יכול לעשות אין ביכולתו לעשותו לשליח כגון ראובן שעשה שליח לקדש לו אשה פלונית לאחר שבעלה יגרשנה או עושיהו שליח לקדש לו אחות אשתו לאחר שתמות אשתו וכן בדבר שמחוסר מעשה אף שיש בידו לעשות כגון שעושיהו שליח לכתוב גט ליבמתו אחר שייבם אותה אף שבידו לייבמה מ״מ כיון שעדיין מחוסר מעשה היבום אין ביכולתו לעשות שליח ונראה שגורסים בגמ׳

בגמ' דבמילתא דלא מצי עביד השתא לא מצי משוי שליח ולפנינו הגירסא לא משוי שליח ויש מהגדולים שסובר דכוונת חז"ל שאין בדעת האדם לעשות שליח במילתא דלא מצי עביד השתא אבל אם פירש שעושיהו לשליח לדבר זה הוי שליחות מעליא [מהרי"ט סי' כ"ג] וכן משמע מלשון הרמב"ם פ"ט מאישות שכתב ואין אדם עושה שליח לקדש לו אשה אלא אשה שיכול הוא לקדשה בשעת השליחות עכ"ל ולא כתב שאין יכול לעשות שליח וכ"כ רבינו ירוחם וז"ל כי כשעשאו שליח לא עשאו אלא על הנשים שהיה הוא בעצמו יכול לקדש באותו זמן עכ"ל ולעניין הלכה כיון דלהתוס' מפורש שאינו יכול לעשות וכן הרמב"ן והרא"ש והריטב"א הביאו גמ' זו בפ"י דנדרים וגורסים לא מצי משוי שליח ובהרמב"ם אינו מוכח כל כך נקטינן כוותייהו [ולמהרי"ט ה"פ דסוגיא דמתרץ דשליחות ל"ד לגזירות ומשום דהשליח אינו יכול לעשות אא"כ שהמשלח יכול לעשות ובדבר שאין יכול עתה לעשות לא מסיק לעשותו ומקשה מהאומר לאפטרופוס דמבואר שיכול לעשות אף מה שאין המשלח יכול לעשות דס"ל להש"ס דהבעל לא שמע כש"ד דנדרים ע"ב: וכ"מ מר"ן שם ומתורץ קושית המל"מ שם ודו"ק]:

ה ולפ"ז אם ראובן עשה שליח למכור ביתו של שמעון לאחר שיקננה משמעון או שימכור בית עצמו אחר שיבננה או למכור בגדו אחר שיתפרנה אף שהעצים והסחורה מוכנת אצלו אין שליחותו כלום כיון שמחוסר מעשה וכן בית שמעון אין יכול למוכרה עתה אף שיהיה ביכולתו למוכרה אחר שיקננה עכ"ז אינו יכול לעשות שליח וכשמכרה השליח אחר שקנאה משמעון ואחר שבנה ואחר שתפר אין מכירתו כלום האמנם הרי חזינן מעשים בכל יום שאשה אומרת לחבירתה לושי לי קמח והפרישי לי חלה בעבורי והרי בעצמה אין ביכולתה להפריש חלה מקמח [תוס' שם] וצ"ל כיון שביכולתה לומר כשתעשה עיסה יחול עליה שם חלה כדקיי"ל ביו"ד סי' שכ"ז ולכן יכולה גם לעשות שליח בזה וכן הסכימו גדולי הראשונים כמ"ש רבינו הב"י בספרו הגדול שם ואין זה כדבר שלא בא לעולם כיון שבידה ללוש מקרי בא לעולם [שם] ואינו דומה לעושה שליח לגרש את יבמתו אחר שייבם אותה שנתבאר דאינו יכול לעשות כן אף שבידו לייבמה בע"כ מ"מ אין זה בידו ממש דבידה להשמיט א"ע ממנו [כן נ"ל לדיעה זו וא"ש קושית התוס' שם] ולפ"ז גם בבניין ובבגד יכול לעשות שליח למכור אחר שיבננה ויתפרנה כיון שבידו לעשות ואם אחר שבנאה ותפרה מכרה השליח מכירתו קיימת [כנלע"ד]:

ו המשלח יכול לבטל שליחותו של השליח קודם שעשה שליחותו בדיבור בעלמא כשאומר אני מבטל שליחות פלוני ויכול לבטלו אפילו שלא בפניו ובגיטין וקדושין צריך לכתחלה לבטלו בפניו כדי שלא תבא הדבר לידי תקלה אם לא ידע השליח מזה כמ"ש באה"ע סי' ל"ה וסי' קמ"א ויכול לבטלו אפילו בינו לבינו אם אין הדבר נוגע לאחרים אבל כשנוגע לאחרים אינו נאמן לומר שביטלו וצריך לבטלו בפני עדים [כ"מ מרפ"ד דגיטין וז"ש שם בפני שנים הוא כדי שנאמינו] ואם יש לו מיגו נאמן לומר שביטלו [ב"ש שם סקל"א] ומבטלו בלשון עתיד ולא בלשון עבר [כ"מ בגמ' שם] וגם השליח יכול לחזור משליחותו ואם נוטל שכר דינו כפועל או קבלן שחזר בו שנתבאר בסי' של"ג [נ"ל]:

ז שלח שליח ומת השליח או הלך למדה"י ולא נודע אם עשה שליחותו אם לאו או שמא שינה בפרטי השליחות אם נודע שעשה השליחות בכלל אף שלא נודעו הפרטים אמרינן חזקה שלא שינה [מג"א סי' ת"ט] ואם לא נודע כלל אם עשה בדבר שבממון לא אמרינן חזקה שליח עושה שליחותו [כר"כ עירובין ל"ב. דהלכתא כוותיה בדינא וכ"כ בתשו' מיי' קניין סי' כ"ג] ובדבר איסור במידי דרבנן אמרינן חזקה זו ויכול המשלח לסמוך ע"ז כאלו נודע שעשה אבל בשל תורה אין סומכין ע"ז רק לחומרא [כ"מ בתוס' שם] וכ"מ מרמב"ם פ"ד דתרומות וכן נראה דעת הרי"ף והרשב"א [מל"מ פ"ד דבכורות] אמנם להרבה מרבותינו גם בשל תורה סומכין על חזקה זו במקום שאם לא יעשה שליחותו יבא המשלח לידי עבירה כגון שעשאו שליח למכור בהמתו המבכרת [תוס' ורא"ש שם ותשו' מיי' שם ומרדכי פ"ו דגיטין] ולחומרא לכל הדיעות חיישינן אף במה שאין ביד השליח לבדו לעשות כגון ששלחו לקדש אשה דתלוי גם בדעתה וכיוצא בזה [כ"מ שם] ויראה לי דאם שכרו בשכר וכבר קיבל השליח שכרו סומכין עליו בכל דבר שבידו לעשות בין לקולא בין לחומרא דבוודאי לא יעבור על איסור גזילה ואלמלי לא עשה שליחותו היה מחזיר לו שכרו [ובס' חל"י סי' ק"ו הארכנו בזה בס"ד]:

ח קיי"ל דשליח עושה שליח והשני עושה שלישי וכן לעולם דשלוחו של אדם כמותו ויש לו כח המשלח ועניין שליחות אינו רק בדבר שיש בו מעשה אלא אף לדיבור נעשה שליח אמנם בשליחות דיבור אין השליח יכול לעשות שליח שני מעצמו וכך אמרו חז"ל מילי לא מימסרן לשליח [גיטין כ"ט.] ואין כח ביד השליח למסור השליחות לאחר [רש"י] וגם בדבר שבמעשה ששליח עושה שליח זהו בדבר שאין קפידא מהמשלח כשימסור שליחותו לאחר אבל בדבר שיש קפידא לא ימסור לאחר [תוס' שם] ולא ימסור בדבר שמקפיד אלא כשאירעו אונס שאין ביכולתו לגמור השליחות בעצמו כגון שחלה וכיוצא בזה ואם צריך נאמנות לעניין השליחות כגון ששלח על ידו מעות או חפיצים או ששלחו לקבל מעות או חפיצים לא ישלח ביד אחר אפילו נאנס אא"כ יודע בבירור שזה השני נאמן הוא אצל

אצל המשלח ולא ישנה דבר משליחותו [ככ"ל מסוגיא דשם ומ"ש הב"ש שם ס"ק כ"ד דבעינן גילוי דעת שאינו מקפיד בר"ן בתירוץ השני כתב כן אבל בתוס' שם והר"ן בתרוצו הראשון מבואר דרק אם מבין שלא יקפיד יכול לעשות שליח בדבר שאין בו אמנות ע"ש] ובמקום ששליח עושה שליח ושליח הראשון עשה שליח שני ושני שלישי ושלישי רביעי עד מאה שלוחים אם מת המשלח הראשון בטלה שליחות כולם אבל אם השלוחים הראשונים מתו והמשלח קיים עושה האחרון שליחותו דכולם באו מכח המשלח ולא מכח השלוחים [גמ' שם] ובאומר אמור לפלוני שיעשה כך וכך אי הוה כמעשה שיכול למסור לשני או הם כדברים שאין נמסרין לשליח יש בזה מחלוקת דלהרמב"ם בפ"ד מזכייה הוי כמילי ולהטור בסי' רמ"ד הוה כמעשה ולעניין גיטין גם להרמב"ם ספוקי מספקא ליה מפני חומר האיסור ובשם יתבאר בס"ד [ובס' אל"י סי' פ"ב] וכן בקדושין י"א דהוה כמילי ונתבאר באהע"ז סי' ל"ה:

ט קיי"ל דאין שליח לדבר עבירה ויש בזה שני טעמים האחד מצד הסברא דדברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין ואיך שמע לדברי המשלח ולעבור על ציווי הקב"ה ועוד למדו חז"ל משחוטי חוץ דמיעטה רחמנא לשליח וילפינן מזה לכל התורה כולה וי"א דדווקא כשהשליח בר חיובא אבל אם אינו בר חיובא לדבר זה שנעשה שליח הוי שליח אפילו לדבר עבירה וחייב שולחו ולפ"ז כהן שאמר לישראל קדש לי אשה גרושה חייב הכהן אבל אם השליח היה כהן דהוא עצמו אסור בגרושה פטור שולחו וי"א דאינו תלוי בזה אלא דאם השליח עושה מרצונו אין שליח לד"ע אפילו כשהשליח אינו בר חיובא רק אם השליח עושה בע"כ כגון שלא ידע מהעבירה כלל כגון ששלח שליח למכור חפץ גנוב והשליח לא ידע שהוא גנוב יש שליחות וחייב שולחו ונ"ל שתלוי בשני הטעמים שכתבנו דאם הטעם הוא משום דברי מי שומעין אז אפילו כשהשליח אינו בר חיובא כיון שלהמשלח יש עבירה בזה שייך גם בזה דברי מי שומעין דלא היה לו להשליח לעשות דבר עבירה בעד משלחו אבל אם לא ידע מהעבירה לא שייך בזה דברי מי שומעין ולטעם השני דילפינן משחוטי חוץ בעינן דומיא דשם שגם להשליח יש עבירה [וזהו דעת הריטב"א שם וככ"ל שזהו דעת התוס' ב"מ י': ד"ה אין שליח ע"ש אמנם מדפריך שם ולמ"ד וכו' הני ההוא ההוא מאי דריש בי' ומאי קושיא לימא דאתי כי היכי דלא ליליף מסברא אלא וודאי דס"ל להש"ס דטעמא דסברא עיקר ודו"ק]:

י וי"א עוד דאפילו לא ידע השליח שהוא גנוב גם בזה אין שליח לד"ע כיון דאי בעי עביד אי בעי לא עביד ולא משכחת שליח לד"ע להי"א השני אלא בחצר דהוא משום שליחות מפני שבע"כ מניח בה אבל באדם אף שהוא שוגג מ"מ כיון שמרצונו עושה אין שליח לד"ע [ש"ך סי' שמ"ח] ורבים חולקים בזה וס"ל דכשהשליח היה שוגג יש שליח לד"ע אף להי"א השני ולזה הסכים מהרש"ל פ"ז דב"ק סי' ל"ג ומהרי"ט סי' קי"ד ויראה לי שגם דעת רבינו הרמ"א כן הוא ומ"ש ודווקא שהשליח בר חיובא אבל אם אינו בר חיובא הוי שליח אפילו לד"ע עכ"ל אין כוונתו כהי"א הראשון שכתבנו ע"פ לשון הש"ס והרי גם בסי' שמ"ח כתב לשון זה ושם מבואר ממקור הדין דהכוונה הוא כשהשליח לא ידע שהוא גנוב ועוד דבדיני ממונות אין למצא דבר שיהיה אסור לזה ומותר לזה וגם כאן בספרו דרכי משה מפורש כן וכן בהגהת מיימוני פ"ד משלוחין ופסק כהי"א השני ונקט לשון הש"ס אף דכוונה אחרת היא [ובד"מ א"ש לשון זה וכ"ה לשון המרדכי בפ"ק דב"מ ולשון רבינו ירוחם נכ"ח וא"ש מ"ש הסמ"ע דאם אינו בר חיובא לא שייך דברי מי שומעין ולהכי נדחק הש"ך בלשון הראשונים והשיג על הרמ"א ודו"ק]:

יא י"א דהשולח לעשות דבר עבירה ע"י קטן כיון דאינו בר דעת ולא שייך אי בעי עביד אי בעי לא עביד הוה כחצר דלכ"ע יש שליח לד"ע וחייב שולחו [כמק"ס שם] ויש חולקין בזה דנהי דאינו בר דעת הא אין שליחות לקטן ולא דמי לחצר שהוא רשותו והוי שלוחו משא"כ בקטן [ש"ך] ויש שמבריע בזה דדווקא לקיום המעשה אין שליחות לקטן ולכן בשביכולת להחזיר המעשה כגון בגניבה ובקניינים אין מעשיו כלום דאין לו שליחות אבל לעניין עונש העבירה כשהמעשה א"א להחזירה כגון ששלחו לשרוף תבואתו של חבירו ושרפה וודאי חייב המשלח וזה שיתבאר בסי' ת"ח דהשולח את הבעירה ביד חש"ו פטור מדיני אדם זהו כשלא שלחו להזיק אבל שלחו להזיק חייב [נה"מ] וכן נראה עיקר וכן כששלח ע"י כותי [שבו"י] וכן כששלח ע"י חרש ושוטה וע' מ"ש בסי' ת"י סעי' ח':

יב כשם שאין שליח לד"ע כמו כן אינו יכול לעשות שליח לחוב לאחרים אע"ג שהוא בעצמו יכול לעשות כן כמ"ש בסי' ק"ה ושם נתבאר די"א שאם שכרו בשכר הוי כפועל ויכול לחוב לאחרים אבל בשליח לד"ע לא מהני לכ"ע אף בשכר דמה יועיל שכירות בעבירה ורק בשם דאינה עבירה דהא המשלח רשאי לתפוס רק דהשליח אינו יכול לחוב לאחרים בזה י"א דבנוטל שכר ידו כידו אבל בעבירה אינו שייך לומר כן [סע"מ]:

יג י"א דבכל מקום שאין שליח לד"ע בטל המעשה שעשה השליח והוי כלא עשה כלל אם רק באפשרי להחזיר המעשה ולכן אם שלח גט ביד שליח לגרש את אשתו בע"כ אינו גט כיון דיש איסור בזה אין שליח לד"ע [נוב"י סי' ע"ס וקצה"ח] ורבים חולקים בזה וס"ל דהמעשה קיים דבגמ' לא אמרו רק לעניין החיוב ולא

ולא לבטל המעשה ולמעשה הוי ספיקא דדינא והולכין בזה להחמיר ולא להקל וכמה מהגדולים נסתפקו בזה [מסרי"ע ומח"ה] ובמקום שא"א להחזיר המעשה החיוב הוא על השליח זולת בטביחה ומכירה בתשלומי ד' וה' ובמעילת קדשים יש שליח לד"ע דרבינהו קרא ונתבארו בהלכותיהן וגם באיסור דרבנן נראה דאין שליח לד"ע כיון דעיקר הטעם הוא משום דברי מי שומעין וכשם שבאיסור תורה יכול המשלח לומר חשבתי שלא ישמע לדבריי כמו כן באיסור דרבנן [וכ"כ הגוב"י שם ולטעם דילפינן משחוטי חוץ אפשר דאין ללמוד דרבנן מדאורייתא אבל לטעם ראשון אין חילוק]:

יד האומר לשלוחו צא ומכור לי קרקע או מטלטלין או קנה לי ה"ז מוכר ולוקח ועושה לו שליחותו וכל מעשיו קיימים ואין העושה שליח ולא השוכר את הפועל צריך קניין ולא עדים אלא באמירה בעלמא בינו לבין חבירו ואין העדים אלא לגלות הדבר אם יכפור אחד מהם וכלל גדול יש בדיני ממונות דלא איברו סהדי אלא לשיקרא אבל כששניהם מודים מתקיים הדבר בלא עדים אבל כששלח ע"י מי שאינו ראוי לשליחות כמו חש"ו וכותי בין ששלחו לקנות ובין ששלחו למכור או שארי עניינים אין המעשה כלום ואפילו היה קניין ועדים כיון שאינם בני שליחות ומ"מ אם המוכר מסר החפץ על ידם וכתב להלוקח משוך וקני קנה הלוקח כשמשך וכן אם הלוקח שלח על ידם מעות לקנות קנה המשלח כשקיבל המוכר את המעות [כס"מ] דאין המעשה נגמר על ידם והם אינם עושים רק מעשה קוף בעלמא ויתבאר עוד בסי' קפ"ח בס"ד:

טו כיון דאין שליחות צריך קניין לכן האומר לחבירו קח סחורה זו ואשתתף עמך והלך וקנאה אפילו קנה השליח במעות עצמו לא יוכל המשלח לחזור בו דהוי כשלוחו ואפילו אמר קח סחורה סתם ולא ייחד לו סחורה פלונית כיון שאמר אשתתף עמך הוה כשלוחו ומה שקנה שייך לשותפות והמשלח מחוייב להחזיר לו חצי מעות מהסחורה אם לא שקנה כל כך דאנן סהדי שלא עלה על דעתו לקנות כל כך וגם השליח אינו יכול לחזור בו אחר שקנה כמ"ש בסי' קפ"ג וקודם שקנה יכול לחזור בו אף שלא בפניו כמ"ש שם אבל המשלח אינו יכול לחזור בו שלא בפני השליח אפילו ביטל שליחותו בפני עדים דהא השליח סמיך עליו וקנה הסחורה ודינו כערב בשעת מתן מעות דמשתעבד [שם] ואם רוצה לחזור בו יודיע להשליח שלא יקנה בעדו:

טז עבר השליח על דעת משלחו לא עשה כלום ודווקא שהודיעו שהוא שלוחו של פלוני לפיכך אע"פ שהיה שלוחו של הלוקח ומשך או שהיה שלוחו של מוכר והלוקח ממנו משך אם נתוודע שעבר על דעת משלחו בטל המקח ומחזיר אבל אם לא הודיעו שהוא שלוחו של פלוני נקנה המקח ויקוב הדין בינו ובין משלחו ואפילו נתברר שהוא שליח ועבר על דעת המשלח מ"מ המקח קיים דאמרינן דעת השליח מדלא הזכיר להמוכר או להקונה שהוא שלוחו של פלוני היתה כוונתו שהמקח יהיה קיים ועליו לתקן אם עיות כדי שלא יהא כגזלן ואפילו אין לו במה לתקן העיות מ"מ המקח קיים [שם]:

יז וכן אם השליח טעה במקח כגון שקנה ביוקר או שמכר בזול אפילו טעה בכל שהוא המקח בטל בין בקרקע בין במטלטלין ואע"פ שכשקנה או מכר בעצמו עד שתות מקחו קיים מיהו בשליח המקח בטל שאומר לו לתקוני שדרתיך ולא לעוותי לפיכך אם התנה עמו שעושיהו שליח בין לתקון בין לעיוות אפילו מכר לו שוה מנה בדינר או לקח לו שוה דינר במנה אינו יכול לחזור בו וחייב המשלח ליתן כפי התנאי שהיה בין השליח ובין השני אם הקנייה היא מדברים שאין בהן אונאה או שהוא אחר זמן שאין יכול ליתבע אונאתו עוד כמ"ש בסי' רכ"ז [ס"ך] דאל"כ אטו מפני שא"ל בין לתקון בין לעיוות יגרע מהוא עצמו ולמה יתבטל מהם דין אונאה וזה שאמרנו דבכל שהוא המקח בטל זהו דווקא כשהודיעו שהוא שליח אבל אם לא הודיעו המקח קיים כשאין בזה שיעור אונאה או שהוא אחר זמן שאינו יכול לתבוע אונאתו עוד דהוא כדי שיראה לתגר או לקרובו ואין השליח יכול לומר אנוס הייתי במה שלא הראיתי לתגר מיד מפני שמסרתי את החפץ להמשלח דכיון דלא הודיע שהוא שליח מיחשב כבעלים [כס"מ] ודינו של המשלח עם השליח שישלים מכיסו אבל המקח קיים כמו באדם הקונה לעצמו וזה שנתבאר דכשהתנה עם השליח בין לתקון בין לעיוות המקח קיים זהו דווקא בדבר שלא דברו מפורש אבל במה שדיבר עמו מפורש שיעשה כך וכך והשליח שינה או שאמר בכך וכך תקנה או תמכור ושינה בזה המקח בטל דוודאי מה שא"ל בין לתקון בין לעיות היתה דעתו אשארי דברים דאין דרך בני אדם לומר כך וכך תעשה ושעל זה עצמו יאמר בין לתקון בין לעיות [וזהו כוונת הט"ז והג"ה מ"ש הסמ"ע מסי' קכ"ג וכ"כ דעת הסמ"ע סק"ז]:

יח יש מי שאומר שכל זמן שלא יברר המשלח שעשאו שליח לקנות או למכור סתם יכול השני לומר שמא התניתה עמו בין לתקון בין לעיות והממע"ה ואע"פ שהמשלח טוען ברי והשני טוען שמא מ"מ כשהוא מוחזק אמרינן הממע"ה כמ"ש בסי' רכ"ג [סמ"ע] ואם השליח אינו מקבל שכר בשליחותו וודאי התנה עמו כן כדי שלא יתחייב כשיעוות ואף אם השליח אומר ג"כ כהמשלח אינו נאמן דהוא נוגע בדבר ורק אם אומר שאמר להשני שהמשלחו שלחו סתם יכול לחייבו היסת שלא א"ל כן [כ"ל ועש"ך סק"ד ול"ע כמ"ש בכס"מ]:

מי

יט מי שצוה לאחר שיתעסק באיזה דבר והוציא הוצאות ע"פ ציווי אם הוציא עליו יותר מהרגילות להוציא על עסק כזה לפי אומדן היודעים א"צ ליתן לו כל מה שהוציא יותר מהרגילות ואם לא הוציא יותר מהרגילות חייב לשלם לו וביותר מרגילות אפילו תפס השליח לא מהני דאנן סהדי שלא היה בלבו כן [ח"ס] ואם השליח אומר שצוה לו להוציא כרצונו יכול לחייב היסת להמשלח שלא צוהו כן [כ"ל]:

כ כל זה הוא כשעיות נגד המשלח אבל אם הטעה את השני דינו כשאר כל אדם שעד שתות המקח קיים במטלטלי ובקרקע אף ביותר משתות והמשלח זוכה בהיתרון אף כשא"ל להשני ששליח הוא דמה לו להשני בשליחותו של זה שע"י זה יפסיד או ירויח והרי הוא לא עשאו לשליח ולא דמי לב"ד שמכרו דגם אם נתאנה הלוקח בכל שהוא המקח בטל כמ"ש בסי' ק"ט דעל הב"ד גם השני סומך משא"כ על שליח כמ"ש שם [סמ"ע]:

כא נתן מעות לשלוחו לקנות לו קרקע וקנה שלא באחריות ה"ז עיות וא"צ המשלח לברר שלא א"ל בין לתקון בין לעיות דאין אדם קונה קרקע שלא באחריות [ט"ז] דלא כיש מי שחולק בזה [וכ"מ מהר"ם סוף ב"ב ע"ש] ולכן אם השליח הודיע להמוכר שקונה בעד משלחו בטל המקח לגמרי ואין המשלח יכול לכוף להשליח שהוא יתן לו אחריות ולקיים המקח וכן אין השליח יכול לכוף את המשלח שיקבל אחריותו ואם אין המעות קיימים אצל המוכר וגם השליח אין לו במה לשלם הברירה ביד המשלח או שהשליח יקבל אחריות ולקיים המקח או לבטל המקח וימתין המעות להמוכר או להשליח שביכולתו לגבות ממי שירצה דכיון שהשליח עיות יכול לתבוע גם ממנו וכן הדין בכל מקום שהשליח עיות וא"א להוציא מן המוכר מוציא מהשליח ואם לא הודיע השליח להמוכר שקונה בעד משלחו אין למוכר דין ודברים עם המשלח והמקח קיים בינו ובין השליח והברירה ביד המשלח או ליקח מעותיו מהשליח או לכופו שהוא יקבל אחריות ואם אין להשליח מעות ואין המשלח מתרצה באחריות שלו אין בידינו להושיעו וי"א דאפילו כשלא הודיע להמוכר יכול המשלח לבטל המקח ולקבל מעותיו מהמוכר וכן בכל עיות הדין כן דאין סברא להפסיד להמשלח מפני עוותתו של השליח שלא הודיעו והרי עכ"פ לקחה במעותיו של המשלח ואיך נכריח אותו לקיים בדבר שיגיע לו הפסד [רמב"ד פ"א משלוחין] וי"א להיפך דאין חילוק בין הודיעו ללא הודיעו ותמיד דין המשלח עם השליח ובין השליח והמוכר המקח קיים [רשב"א] והעיקר כדיעה ראשונה [ס"ך וט"ז] וכ"ז כשקנה במעות המשלח אבל כשקנה במעותיו ועיוות א"צ לתקן להמשלח עוותתו ובטלה שליחותו ומה שעשה עשה לעצמו [סמ"ע] ויש להסתפק כשקנה במעותיו ואמר להמוכר שקונה בעד משלחו וכיון שעיוות ונבטלה שליחותו אם יכול השליח לבטל המכירה שיאמר סבור הייתי שהמשלח לא יקפיד בזה וכיון שמקפיד ואין רצוני לעכב לעצמי ממילא בטל המכר או שהמוכר יכול לומר לו כיון ששנית מדעת המשלח וודאי סברת וקבלית שאם המשלח לא יתרצה תעכב לעצמך והדעת נוטה דלדיעה ראשונה יכול לבטל המכר:

כב הנותן מעות לשלוחו לקנות לו תבואה ופוסק עמו שיתן לו כל השנה במקח של עכשיו דקיי"ל ביו"ד סי' קע"ה שצריך להתנות עם המוכר שאם יוזלו משער של עכשיו שיתנם לו כשער הזול ואם לא התנה צריך לקבלם כשער של עכשיו ואם יחזור בו יקבל מי שפרע כדין קניין מעות וטעה השליח ולא התנה שיתן לו כשער הזול והוזלו ה"ז עיוות והמשלח יכול לחזור בו וגם פטור ממי שפרע דאומר לו לתקוני שדרתיך ולא לעוותי וגם השליח פטור ממי שפרע אף כשלא הודיע להמוכר שהוא שליח שנתבאר דהמקח קיים בין השליח והמוכר מ"מ לעניין מעות שאינו קניין גמור רק לקבלת מי שפרע גם השליח פטור דבכה"ג לא תקנו חכמים [סס] ונ"ל דדווקא כשהלוקח לא קיבל עדיין פירות במשך הזמן אבל אם קיבל וידע שהשליח לא התנה שכשיוזלו יתנם לו כשער הזול ואח"כ רוצה לחזור בו חייב לקבל מ"ש דהא סביר וקביל [וכ"מ מס"ע סעי' ז' ליתנס לו בזוס פלוני]:

כג האומר לשלוחו מכור משדי בית סאה והלך ומכר בית סאתים אין זה עיות שתהא ביכולתו לבטל השליחות לגמרי דהרי הוסיף על דבריו ולכן אם הלוקח מתרצה ליטול בית סאה המקח קיים ויתן לו חצי סכום מעות אמנם אם הלוקח אינו רוצה בסאה ממילא דבטלה השליחות אף אם לא הודיע להלוקח שהוא שליח דבקרקע לא שייך לומר שהשליח יקיים דבריו דהקרקע אינה שלו והמשלח אינו רוצה לקיים ההוספה שהוסיף השליח ואפילו יש לשליח קרקע אחרת והלוקח או המשלח מתרצים ליטול קרקע שלו במקום הסאה שהוסיף מ"מ אין לנו לכוף את השליח בכך אף שעיוות דסוף סוף הרי לא מכר קרקע עצמו וכה"ג בכל החפיצים אף במטלטלין [כ"ל] ואם פיחת מדברי המשלח כגון שא"ל מכור בית סאתים ומכר לו בית סאה ה"ז עיות דהעביר על דבריו ויכול המשלח לחזור בו אם אין הלוקח מתרצה לקנות סאתים דהמשלח יכול לומר אני נצרך למעות כדי סאתים ושאמכור לזה סאה ולאחר סאה אין רצוני שיתרבו עלי שטרות מכירה ותצא קול שאני מוכר שדותי מפני דוחקי משא"כ כשאמכור לאחד אין זה פירסום כל כך:

כד זה שנתבאר דכשצוהו למכור סאה ומכר סאתים דיכול הלוקח לחזור בו אם אינו רוצה בסאה זהו דווקא

דווקא אם היה קונה בכה"ג מהמוכר עצמו היה קונה הסאתים אבל במקום שאם היה קונה מהמוכר ג"כ לא היה נקנה לו בשלימות כגון שהקניין לא נגמר רק על הבית סאה כמו במכר לו שתי שדות ולא נתן מעות רק על האחת כמ"ש בסי' קצ"ב או כעניין שיתבאר בסי' ר"ג בהחליף פרה וטלה על כור חיטים ומשך את הפרה ולא משך את הטלה דקנה חיטים כנגד הפרה בלבד או שמכר שני דברים נפרדים והיה פיסוק דמים על כל אחד בפ"ע רק שאחד מהם לא היה ברשות המוכר ולא נתפס הקניין ומ"מ להדבר השני נתפס הקניין כיון שהן דברים נפרדים ועל כל אחד יש פיסוק דמים בפ"ע דכלל גדול הוא במכירה כשהלוקח יודע שהקניין אינו נתפס רק על מחצה המקח כמו בהך דסי' קצ"ב או בסי' ר"ג אע"ג דקנאן בפיסוק דמים אחר והם כדבר אחד מ"מ בע"כ דלוקח קונה מחצה ואינו יכול לומר רצוני במקח שלם כיון שידע שהקניין אינו תופס בכולו ולכן אם היה גם בהשליח בכה"ג אין הלוקח יכול לחזור בו וכן אע"פ שלא ידע הלוקח שהקניין אינו נגמר בכולו כמו במכר לו שני דברים ואחד לא היה ברשות המוכר אם השני דברים היה עליהם פיסוק דמים אחד הוה כדבר אחד וכיון שלא נתקיים בכולו יכול הלוקח לחזור בו אבל אם הם נפרדים שהיה על כל אחד פיסוק דמים בפ"ע אינו יכול לחזור מהדבר האחד שנתקיים הקניין ולכן גם בשליח אינו יכול לחזור בו [כס"מ] רק במקום שיש גילוי דעת שאינו רוצה לקנות או למכור אלא כולו כמ"ש בסי' ר' לא נקנה המקח אם לא היה בשלימות וכן גבי שליח הדין כן:

כה אמר להשליח מכור שדי לאדם אחד והלך השליח ומכרה לשנים ממכרו בטל שהרי עבר על דבריו ואפילו מכרם בשטר אחד שהרי אמר מפורש שאין רצונו להיות לו עסק עם שנים וי"א דדווקא כשמכר להם בשני שטרות דבריבוי שטרות יש קפידא אבל בשטר אחד אין קפידא דיכול השליח לומר סברתי שקפידתך הוא רק על שני שטרות ולכן אם א"ל מפורש שאין רצונו גם בשטר אחד בטלה שליחותו כשמכר לשנים אף בשטר אחד [טור] ואם א"ל סתם מכור שדי ולא פירש שימכור רק לאחד אפילו מכר למאה בני אדם ממכרו קיים בד"א כשמכרם בשטר אחד או אפילו כשמכרם בשני שטרות או יותר רק שהשליח חתם על השטרות והמשלח לא יצטרך לחתום בעצמו אבל אם מכר לשנים בשני שטרות ושהמשלח יצטרך לחתום על שני השטרות מכרו בטל דוודאי בכה"ג יש קפידא אף שלא פירש שהיה לו מעצמו להבין זאת וי"א דכל שמכר בשני שטרות המכר בטל אפילו בחתימת השליח דבריבוי שטרות יש קפידא אע"פ שלא פירש [סמ"ע וע' בכס"מ]:

כו עשה שליח לקנות לו שדה ואמר המוכר לשליח אני מוכר על תנאי זה שכשיהיה לי מעות וארצה לקבלה בחזרה יחזיר לי שולחך והשיב לו השליח מה לי לדבר בזה אתה ושולחי חבירים ואוהבים ובוודאי תתפשרו בטוב אינו מכור אלא על זה התנאי וצריך הקונה להחזיר לו כשירצה המוכר ולא אמרינן הלא המוכר ידע שאין להשליח כח על תנאי זה דכיון שהשליח לא השיב לו שאין רצונו לקנות בזה התנאי אלא השיב לו שמסתמא תתפשרו לא מכר אלא על תנאי זה וזהו וודאי אם המשלח רוצה יכול תיכף לבטל תנאי זה ואם לא יתרצה המוכר לביטולו יכול לבטל המכירה אבל מ"מ אם המשלח לא ידע מהתנאי או שידע ושתק יכול המוכר לבטל המכירה כשיהיה לו מעות וירצה ליטלה בחזרה ודין הפירות שאכל נתבאר ביו"ד סי' קע"ד [ע"ש בש"ך שחולק על הסמ"ע סק"ד] ובכל תנאי שעשה השליח מדעת עצמו יכול המשלח לבטל ואם לא ביטל נשאר התנאי בתקפו כיון שהצד השני הושוה עם השליח על תנאי זה [נ"ל]:

סימן קפג [דין עשה שליח לקנות לו סחורה זו וקנה אחרת ובו י' סעיפים]:

א הנותן מעות לשלוחו לקנות לו סחורה פלונית ולא לקחה אין לו עליו אלא תרעומות ואם קנאה לעצמו במעות של עצמו נקרא רמאי ומ"מ המקח שלו וי"א דאפילו לא ייחד לו סחורה פלונית אלא סחורה סתם ג"כ נקרא רמאי כשקנה לעצמו [סמ"ע] ויש חולקין בזה [ט"ז] וכל זה כשהיה שליח בחנם או שקבל השליחות לזמן דהוי כפועל ויכול לחזור בו אבל בשליחות בשכר ובקבלנות ששלחו לקנות סחורה ביריד או ביום השוק דלאחר מכאן נתייקרה הסחורה ועבר ולא קנה חייב להשלים לו מניעת הריוח כפי שהרויחו שארי סוחרים [כס"מ] ודווקא כשנתן לו מעות [נ"ל] ואם ידוע שלקח סחורה במעות המשלח בכל עניין הוא של המשלח ולא מהני מה שביטל את שליחותו וקנאה לעצמו וכתב הרמב"ם ז"ל בפ"ז ממכירה דשליח שקנה לעצמו במעות המשלח אפילו זקף עליו המעות במלוה לפני עדים המקח של המשלח ואפילו אמר לפניהם שחוזר בו משליחותו ושולח יד במעות המשלח דהוי כגזלן אינו מועיל והמקח הוא של המשלח דלאו כל הימנו ליקח מעות חבירו ולקנות לעצמו וי"א דבטלה שליחותו מפני שליחות ידו דהוי כגזלן וכל הגזלנים אין משלמים רק כשעת הגזילה והעיקר לדינא כהרמב"ם [ט"ז] דאע"ג דשליחות יד הוי גזילה מ"מ כיון שבעיקר השליחות לא שינה אין זה כלום ואף שאומר שרוצה לגזול לא שבקינן ליה [מ"י] דלא כיש מי שחולק בזה אבל כששינה

בשליחותו

בשליחותו כגון שצוהו לקנות חטים וקנה שעורים אם אמר בפני עדים שקונה לעצמו הריוח לעצמו [סמ"ע וש"ך] וכשלא אמר לעצמי אני קונה אע"פ ששינה אם רצה המשלח מעכב לעצמו דכל עיות בשליחות אם הפסיד הפסיד לעצמו ואם הרויח שייך למשלח :

ב הנותן מעות לחבירו לקנות לו קרקע או מטלטלין והניח מעות חבירו אצלו והלך וקנה לעצמו במעות עצמו מה שעשה עשוי והרי הוא רמאי ואם ידע שזה המוכר לא ימכור למשלחו רק לו מפני שהוא אוהבו ה"ז מותר לכתחלה לקנות לעצמו וכן אם ידע ששדה זו היא של אלם ותקיף וייראו לקנות ממנו והוא אינו מתיירא ג"כ מותר לו לקנות לכתחלה כשהמשלח לא א"ל לקנות שדה זו אלא שדה סתם אמנם צריך להודיע להמשלח אם ידע זה מקודם ואם נתוודע אח"כ צריך להודיעו מיד אם ביכולתו להודיע קודם גמר קנייתו ואם מתיירא שלא יקדמנו אחר קונה ומודיעו אח"כ כדי להוציא עצמו מן החשד ושלא יסמוך עליו אבל ההודעה שמקודם הקנייה הוא שמא ירצה לקנות אף מאלם ותקיף כזה ואם קנאה סתם במעותיו של עצמו יכול לומר אח"כ לעצמי קניתיה בכל ענין ונאמן לומר כן [סגר"ה] דמסתמא כיון שקנה במעותיו כיון לעצמו ודווקא כששלחו לקנות קרקע סתם ומטלטלין סתם אבל שלחו לקנות קרקע פלונית או מטלטלין פלונית הואיל שהוא מנהג רמאות וודאי מתחלה קנאה להמשלח ואינו נאמן לומר שקנה לעצמו אפילו יש לו מיגו [כס"מ] אא"כ אמר בפני עדים לעצמי אני קונה וכ"ז כשהיה קניינו במעות אבל אם קנאה באחד משארי דרכי הקנאות בלא מעות זכה המשלח ואפילו מכרה השליח אינו כלום אא"כ לא רצה המוכר למכור אותה להמשלח רק להשליח או שהשליח עקר לשליחותו בפני עדים קודם הקנייה [כ"ל] :

ג ראובן שאמר לשמעון קנה לי חפץ פלוני וקנה סתם קנה לראובן אע"פ שקנאה במעותיו קונה ראובן החפץ ונותן הדמים לשמעון דמסתמא עומד אדם בנאמנותו וקנה ראובן החפץ משעה שעשה שמעון משיכה בהחפץ ואין אחד מהם יכול לחזור בו ואף ששמעון אומר אחר שמשך לעצמי קניתיה וכן כוונתי בשעה שמשכתי אינו נאמן דאמרינן וודאי עמד בנאמנותו ועתה רוצה לחזור בו אבל אם חזר קודם המשיכה ואומר שקונה לעצמו אפילו היתה חזרתו אחר נתינת המעות להמוכר מ"מ כיון שהמעות שלו ומעות אינן קונות רק לעניין מי שפרע אפילו נאמר שבשעת נתינת המעות לא רצה לחזור בו מ"מ הרי עדיין לא קנה משלחו ובעת המשיכה זכה לעצמו ואפילו מי שפרע ליכא שלא תקנו מי שפרע אלא בין מוכר ללוקח אבל לא בין שליח למשלח [טור] ואם נתן המעות להמוכר על שם משלחו אינו יכול לחזור בו אף קודם משיכה ואפילו המעות שלו [סמ"ע] וכן אם ראובן נתן מעות לשמעון ושמעון נתן המעות להמוכר אפילו בסתם וקודם משיכה אומר שמעון לעצמי אני קונה לא קנה עד שייחד מעות שלו להחזירן להמשלח וגם יודיע להמוכר שמושך לעצמו [שם] וי"א דוודאי כשהמעות הם של המשלח ונתנם להמוכר על שם המשלח דאז אינו יכול לחזור בו אף קודם משיכה אא"כ ייחד מעות אחרים והודיע להמשלח אבל כשהמעות הם של השליח אף שנתנם למוכר על שם המשלח או שהמעות הם של המשלח ונתנם להמוכר סתם יכול לחזור בו קודם משיכה ולמשוך לעצמו [ע"ז] כשמייחד מעות אחרים ליתנם להמשלח וזה שנתנם על שם המשלח אין זה קניין ובמעות המשלח כיון שמייחד מעות אחרים קודם המשיכה למה לא יוכל לחזור בו ורק כשהמעות הם של המשלח וגם נתנם להמוכר על שמו וודאי דהמוכר גם בשעת משיכה הקנה להמשלח [כ"ל] ודיעה ראשונה ס"ל כיון דמן התורה מעות קונות לכן כשנתן מעות המשלח להמוכר אפילו בסתם נעשה קניין מן התורה בין המשלח להמוכר ואע"ג דמדרבנן יכולים לחזור בהם מ"מ הרי החוזר חייב במי שפרע ולכן אין בכח השליח שהוא כאיש אחר לבטל קניין התורה שבין המשלח והמוכר וכן אם היו המעות שלו ונתנם על שם המשלח הוי כאלו זיכה מעותיו להמשלח ע"י המוכר שיזכה עבורו וה"ל קניין דאורייתא בין המשלח והמוכר [נס"מ] ובסעי' ד' יתבאר דהעיקר כדיעה זו ואם ירצה השליח לחזור בו אין לו תרופה אחרי נתינת המעות להמוכר עד שיודיע להמוכר שחוזר בו משליחותו ורצונו לקנותה לעצמו ואם המעות הם של המשלח מייחד מעות אחרים תחתיהן וממילא דהוא והמוכר מבטלין כל הקודם וכיון שלא היה קניין גמור יכולין ביחד לבטל ואח"כ כשמושך מקנה המוכר לו ולא להמשלח [שם] ובכה"ג שמודיע להמוכר והמוכר מתרצה להקנות לו וחזר משליחותו אע"פ שהמעות של המשלח ונתנם על שם המשלח הוי לשליח ואין להמשלח טענה על המוכר למה נתרצית לחזור דהמוכר יכול לומר לו כיון שעל שמך לא היה עדיין קניין משיכה והיית יכול לחזור בך בקבלת מי שפרע והשליח לא רצה למשוך עבורך מה היה לי לעשות אחרי שאני מוכרח למכור [כ"ל] וכל דינים אלו הם כשאמר המשלח להשליח קנה לי אבל אם אמר הבא לי ואקנה והלך וקנה לעצמו קנה בכל עניין כיון שלא צוהו לקנות בעדו אלא שיביא החפץ אליו ואח"כ יקנה בעצמו :

ד בב"ק [ק"ב:] יש דיעה שכששינה השליח מדעת משלחו לא קנה המשלח אא"כ ידע המוכר שהקניין הוא של המשלח וכיון להקנות להמשלח ואם לא ידע ולא כיון להקנות לו לא קנה ורבותינו הראשונים כתבו דאין המסקנא כן לדינא וכוונת המוכר לא מעלה ולא מוריד ויש מהגדולים שהקשו ממה שנתבאר בסעי' ג'

דמוכח

דמוכח דכוונת המוכר מעכב ויראה לי דאין עניין זל"ז דבשם לא מיירי אלא כששינה בשליחותו מחטין לשעורין וכוונת השליח מ"מ היה להקנות למשלחו כמ"ש הרא"ש שם ובזה אין כוונת המוכר מעכב אבל כשהשליח עקר שליחותיה ורוצה לקנות לעצמו בזה וודאי הדין כמ"ש בסעי' ג' דכוונת המקנה עיקר גדול בקניינים רק בגמ' אמרו דבשינוי מדעת משלחו אין זה עיכוב להמשלח כשיש ריוח בהסחורה משום דהמוכר מקנה לבעל המעות ויד השליח כיד משלחו ומה ששינה אין זה עיכוב דהרי אפילו אם הוסיפו להשליח הכל הוא של משלח כמו שיתבאר כ"ש בשינוי ששייך הריוח להמשלח [ומ"ש הט"ז דהרמ"ה ס"ל כב"מ בס"מ מבואר בסמוך להיפך] וכ"ז הוא כשהמשלח עשהו לשליח אבל ראובן שקנה חפץ במעותיו לשם שמעון אפילו מתכוין להקנותה לשמעון לא קנה שמעון אפילו אמר ראובן בפני עדים אני קונה ביד חבירי שמעון אא"כ הודיע להמוכר שיקנה חפץ זה לשמעון דכיון דאינו שלוחו וודאי דתלוי בכוונת המוכר למי שהוא מקנה [וזהו כוונת רי"ו שהביא הש"ך סק"ב וגם הב"י מודה לזה וכ"כ הקצה"ח ומתורץ קושיתו מב"מ ע"ו. ודעת הרמ"ה והרא"ש אחד הוא ודו"ק] ואם ראובן קנה קרקע על שם שמעון מפני איזה טעם שהיה לו ושמעון לא ידע מזה וגם המוכר לא ידע מזה מ"מ קנה ראובן דכוונת המוכר הוא למי שהמעות שלו [הרשב"א שם] דאין דאגה להמוכר כיון שלא שינה ראובן מדעת שמעון במה שכוונתו היתה לעצמו כיון שאינו שלוחו כלל ומה שקנה על שם שמעון איזה היזק יש לו להמוכר בזה וכן בדעתו להקנות לבעל המעות אף שבשטר נכתב שם אחר ולפ"ז העיקר לדינא כדיעה ראשונה שבסעי' ג' דכשהמעות הם של המשלח אע"פ שהשליח נתנם להמוכר בסתם אינו יכול לחזור בו בלתי ידיעת המוכר מפני שהמוכר מקנה לבעל המעות וכן אפילו אם המעות היו של השליח ונתנם להמוכר על שם המשלח אין ביכולתו לחזור בו בלתי ידיעת המוכר דהא המוכר הקנה מפורש להמשלח ועוד טעם נתבאר שם:

ה ראובן שהיה יודע מקום לקנות סחורה בזול ואמר לשמעון לקנותה להם ביחד ושמעון שתק וקנאה ואמר קודם הקנייה בפני עדים שלעצמו הוא קונה אם קנה במעותיו אין לראובן חלק בזה ואפילו נתרצה שמעון בתחלה בפירוש לקנות לשותפות ואח"כ קנה לעצמו הוי שלו ואינו אלא רמאי אבל אם קנאה גם במעות ראובן חולק עמו ואף כשקנאה במעות עצמו אם לא אמר קודם הקנייה שלעצמו הוא קונה הוי של שניהם ואינו נאמן לומר אח"כ לעצמי קניתיה דמסתמא כיון דשיעשה כן הוה רמאי וודאי עמד בנאמנותו ועתה רוצה לחזור בו [סמ"ע וסגר"א] ויש מי שאומר דאם לראובן לא היה מעות שהיה ביכולתו לקנות אותה סחורה והגיד לשמעון ושתק נאמן גם אח"כ לומר שלעצמו קנאה ואין זה רמאות כלל כיון שלראובן לא היה במה לקנות לא הפסידו כלום [והלבו"ש סובר כב"י] אבל אם מפורש הבטיחו לקנות לשניהם או שראובן היה ביכולתו להשיג מעות או שותף אינו נאמן אח"כ לומר לעצמי קניתיה אא"כ אמר קודם הקנייה בפני עדים ואמנם אפילו במקום שהקניין לעצמו מ"מ צריך לשלם לראובן שכר סרסרות כמנהג המקום אם שמעון לא ידע מהסחורה וכ"ז בחזרת השליח אבל אם השליח אינו חוזר בו אין המשלח יכול לחזור בו אפילו כשהשליח קנה במעות עצמו ובס"ם רס"ט יתבאר עוד בזה בס"ד:

ו וכן בבעלי חנויות או סוחרים שיודעים סחורה פלונית באיזה מקום ואמרו לאחד מהם צא וקנה הסחורה בעד כולנו ושתק והלך וקנאה וגם הם היה ביכולתם לקנות ואחר שקנה אומר שלעצמו קנה אינו נאמן וכ"ש כשיש מנהג בין הסוחרים והחנונים שבשקונים בכה"ג יש לכולם חלק בזה דמסתמא כשעשה עשה כפי המנהג:

ז נתן מעות לשלוחו לקנות לו חיטים בין לסחורה ובין לאכילה והלך וקנה לו שעורים או להיפך אם יש הפסד הוא לשליח ואם יש ריוח הוא למשלח כפי הכלל שנתבאר דבכל עיוות הדין כן ואין השליח יכול לומר אם אין אתה מתרצה בין לריוח בין להפסד אתן לך מעותיך ואקבל הסחורה לעצמי דקנס קנסו חכמים שכל המשנה ידו על התחתונה ויכול המשלח לומר ההפסד שלך והריוח שלי [סמ"ע] אמנם אין האחריות על השליח בכה"ג רק ביוקרא וזולא אבל אונס שלא בא מחמת השינוי או גניבה ואבידה כשאינו מקבל שכר על השליחות פטור כיון שרצה לקבל הסחורה לעצמו אבל אם אינו רוצה לקבלה לעצמו או שנאנסה קודם שנתוודע להמשלח חייב השליח בכל דבר דכיון ששינה דינו על המעות כלוה וחייב באונסים [ש"ך וגה"מ] ואם היה ריוח הכל למשלח בכל עניין דלא כיש חולקין ואומרים דהשכר לאמצע וה"ה אם נתן לו מעות במחצית שכר ושינה ההפסד על המקבל והריוח לאמצע לכל הדיעות כיון שקבלם למחצית שכר וכן אם שלחו עם סחורה להוליכה למקום פלוני והוליכה למקום אחר אם היה הפסד הוי לעצמו ואם היה ריוח שייך לשניהם אם נתן לו במחצית שכר כמ"ש בסי' קע"ו לעניין שותפים ואם היה שליח הריוח להמשלח כמו שנתבאר [ש"ך]:

ח לא שינה השליח בשליחותו והמוכר הוסיף להשליח מכפי המקח שמכר לו במניין או במשקל או במדה אם דבר זה שקנה יש לזה מקח קצוב וידוע שהמקח כן הוא שייך ההוספה לשניהם וחולק השליח עם בעל המעות והטעם דמן הדין היה צריך להיות כל התוספת להשליח כיון דלנו אין ידוע למי הוסיף המוכר קרוב יותר

יותר לומר שנתן מתנה להשליח דלמה יוסיף על המקח בדבר שיש קצבה לזה אלא שעכ"ז כיון שהסיבה היתה ע"י עסקו של המשלח צוו חז"ל שיחלוקו ואם היתה דבר שאין לו קצבה כגון טלית ופרה ושארי מיני חפיצים שאין קצבתן ידוע הכל לבעל המעות דאמרינן מסתמא מכרן על המקח הזה וכ"ז בסתמא אבל כשהמוכר פירש למי מוסיף אין חילוק בין יש בו קצבה לאין בו קצבה ויעשו כמו שאמר ואם יש הכחשה בין השליח להמשלח למי הוסיף והשליח מוחזק ישבע שכדבריו. כן הוא ואחר שמסר להשליח אינו נאמן להוציא ממנו ע"י שבועה ואף לחייב שבועה למשלח אין ביכולתו דמסתמא כיון שמסר לו את הסחורה היה צריך למסור לו [כ"ל] וי"א דבדבר שיש לו קצבה אפילו אמר המוכר שנותן רק להשליח צריך לחלוק עם המשלח מטעם שנתבאר שהסיבה היה המשלח וכן הסכימו גדולי האחרונים ותלוי בראות עיני הדיין [סמ"ע] ומ"מ אם השליח אומר שהוסיף לו מפני איזה טובה שעשה לו באיזה עניין ולא מפני הקנייה הכל לשליח ויברר הטובה שעשה לו או ישבע על זה [קצס"ח] ונ"ל כמו שהדין בהוספת המוכר כמו כן הדין בהוספת הלוקח על המעות אם ידוע שהוסיף בכוונה ולא מפני טעות וגם במוכר צריך להתוודע שלא היה מפני טעות :

ט שליח שגנב או גזל או בטעות שאינו חוזר הכל לשליח דבדבר איסור שעשה השליח למה יהיה להמשלח חלק בזה וכן בטעות הלא היה בידו להחזיר הטעות ודווקא בטעות חשבון כגון שהיה צריך ליתן להשליח מאה זוז ונתן עשרה יותר דהיתרון הוה כדבר בפ"ע והוה כגניבה אבל בטעות מקח כגון שהיה צריך ליתן עשרים ליטרות ונתן שלשים יחלוקו דאף שבטעות נתן אלו היתירים מ"מ כיון שעכ"פ כל מה שנתן יותר בטעות הוא ע"פ ממון המשלח לא גרע מהוסיף על דבר שיש לו קצבה דיחלוקו [טור] ואף בטעות חשבון דווקא כשידע השליח בהטעות קודם שמסר ליד המשלח אבל אם נתוודע לו הטעות אחר שמסר להמשלח הכל של המשלח דהשליח לא זכה מעולם בזה דאין זכייה שלא מדעת ודווקא בטעות הדין כן אבל בהוספה שייך להשליח חלקו אף כשלא נודע לו עד שמסר להמשלח דהוספה הוי כמתנה וזכה אף שלא מדעת כיון דדעת אחרת מקנה אותו [כס"מ] ומי שהיה עושה סחורה עם האנס ובא חבירו וסייעו והטעה המסייע אותו במדה או במשקל ומניין חולקין ביניהם בין שעשה עמו בשכר ובין בחנם וזהו כשלקחו יותר אבל כשנתן לו פחות ממה שהיה לו ליתן הכל לבעל המעות [כס"מ] ומי ששלח לחבירו סחורה ע"י שליח והשליח בחכמתו ויתרו לו את המכס צריך ליתן להשליח שכר הנאה שההנהו [ס"ך] וקהל שמינו את ראובן לשליח בגביית מס ולפרוע להשר והשר ההנהו בעד זה ממעות הקהל שייך הכל לראובן [סמ"ע] :

י ראובן שלח את שמעון שיקח לו בגד בהקפה וכשהגיע זמן הפרעון נתן לו המעות שיפרע להמוכר ונמצא שהמוכר שכחם והוא אנס שא"צ להחזיר לו כששכח צריך להחזירן לראובן ואינו יכול לומר אני רוצה לעכבן שמא האנס יזכור אחר זמן ויתבעם ממני דכיון דמקודם הימניה שמעון לראובן ונעשה ערב בשבילו בלא משכון אין ביכולתו גם עתה לעכבם על הספק [טור] אא"כ ירד ראובן ממצבו ואינו בטוח עתה כמקדם [כ"ל] והמעות כשלא יזכור שייכים לראובן דהא שלו הם והוא נתנם לשמעון וכיון ששמעון א"צ ליתן להמוכר חוזרים לראובן ושמעון אין ביכולתו לומר רצוני לקדש השם ולהחזירם להאנס דיקדש השם בשלו ולא בשל אחרים וה"ה אם ראובן חייב מעות להאנס ושלח ביד שמעון ליפרע לו ושכח החוב חוזרים המעות לראובן וכן מי שנתן מעות לחבירו שיתפשר עם בעלי חובותיו ונתפשר בפחות המותר להמשלח רק אם לחבירו היה טירחא בזה שמין לו דמי טרחתו [כ"ל] וכן אם נתן לו מאתים זוז לשלם לאנס והטעהו השליח במאה יחזיר המאה להמשלח דהוה כאלו מחל המלוה חצי החוב וכיון שאלו המעות הם של המשלח לכן מה שנשאר מהם ברשותו ואינו דומה לשאר טעות ששייך לשליח וה"ה בראובן שנתן משכנות לשמעון שילוה עליהם מכותי בריבית כפי הריבית שיהיה ביכולתו לשלם להכותי וא"ל לראובן שמשלם כך וכך ואח"כ נודע שמשלם פחות צריך להחזיר המותר לראובן [ס"ך] אע"פ שמתחלה הושוה יותר ואח"כ פיחת הכותי מהריבית מ"מ שייך לראובן דשלו הם [כ"ל] :

סימן קפד [שליח שקנה לג' ביחד והקונה שדה על שם אחר ובו ד' סעיפים] :

א שלשה שנתנו מעות לראובן לקנות להם סחורה אם סחורה אחת היא לכולם ונתנו לו המעות מעורבין של כולם ביחד או אפילו נתנו כל אחד בפ"ע והוא עירבם ביחד וקנה במקצת הרמים שייך המקח לכולם וחולקין לפי מעותיהם ואע"פ שהיתה כוונת השליח שמה שקנה יהיה רק לאחד מהם אין זה כלום דהוה דברים שבלב ואינם דברים ואין ביכולת השליח לזכות במחשבתו לאחד מהם כל זמן שלא חזר בו משליחותו מיהו אם פירש מפורש קודם הקנייה שיקנה רק לאחד מהם ושאין רצונו לקנות עתה לשנים האחרים הרי חזר משליחות השנים וזכה זה שקנה בעדו דהרי ביכולתו לחזור בו משליחותו כמ"ש בסי' קפ"ב ודווקא כשמעותיו

בשמעותיו של זה מספיק להקנייה אבל אם אינו מספיק לאו כל כמיניה לגזול את של אחרים בעד זה ובע"כ שייך לשותפות כל הקנייה [נ"ל] וכשנתנו לו המעות מעורבין אע"פ שהוא חלקן וצרר של כל אחד בפ"ע אינו כלום וכל זמן שלא חזר בו משליחותו המקח לכולם כשלקחן סתם [סמ"ע וט"ז] ואם כל אחד נתן לו מעותיו צרורין בפ"ע ולאו דווקא צרורין אלא רק שלא נתנו לו בעירוב ביחד וגם השליח לא עירבן וקנה במעותיו של אחד מהם קנה זה שהמעות שלו ולא האחרים ואף שהיה בלבו של השליח שהמקח יהיה לכולם אינו מועיל ואף שפירש בפיו קודם הקנייה כן אינו כלום דאין ביכולתו לקנות במעות של זה לאחרים ורק כשעירבן ואין ניכר של מי הם המעות בע"כ שייך לכולם אבל כשהם כל אחד בפ"ע שייך למי שהמעות שלו:

ב ראובן שקנה שדה משמעון וא"ל אני קונה אותה ללוי וכתב לו שמעון שטר מכירה בשם לוי ובאמת קנאה לעצמו ומה שכתב השטר על שם לוי היה לו איזה טעם בדבר קנה ראובן השדה אף שכוונת המוכר היתה למוכרה ללוי אמנם כבר כתבנו בסי' קפ"ג סעי' ד' דהמוכר מקנה למי שהמעות שלו ואם בא ראובן אח"כ ואמר לשמעון דע שלעצמי קניתיה חוזר וכתוב לי שטר אחר בשמי אין כופין אותו שיכתוב לו שטר אחר על שם ראובן דלא ניחא ליה לאינש בריבוי שטרות עליו מפני הקול שיצא עליו שיאמרו שמוכר שדותיו ואפילו קנה על שם אדם גדול שידוע שאינו קונה והמוכר הבין שקנה לעצמו מ"מ אין יכול לכופו לכתוב לו שטר אחר בשמו כיון שלא התנה עמו כן ויכול המוכר לומר סברתי שאותו האדם הבטיח לך לכתוב לך אח"כ שטר מכירה [ב"ק ק"ג.] וזה שנתבאר דראובן קנה היינו כשנתברר דלעצמו קנה אבל אם לא נתברר יכול לוי לומר שקנה בעדו וזיכה לו השדה [תו"ת סי' ס'] אמנם זה תלוי לפי הבנת הדיין בהעניין:

ג ואם התנה עמו מתחלה וא"ל דע שלעצמי אני קונה וזה שאכתוב שטר בשם לוי יש לי כוונה בזה ה"ז כופיהו לכתוב שטר אחר בשמו דזהו כמו שפירש לו שיכתוב לו שטר אחר בשמו דלמה הודיעו שהוא הוא הקונה אם לא לכוונה זו [כ"מ מלשון הרמב"ם פ"ב משלוחין שהיה מלשון הרי"ף שם ודו"ק] ולא עוד אלא אפילו לא אמר כן להמוכר אלא שאמר להעדים תחלה בפני המוכר יש לכם לכתוב שטר אחר על שמי כי לעצמי קניתיה והמוכר שמע ושתק כופין אותו לכתוב שטר אחר על שמו ואין יכול המוכר לומר סברתי שהעדים יכתבו לו שטר מכירה מלוי דוודאי כוונתו היתה שיכתבו לו משמעון ולכן אמר בפניו ולא היה לו לשתוק אם לא היה רצונו בכך ויש מי שאומר דגם בזה בעינן שאמר להמוכר לעצמי קניתיה [ט"ז] אבל ברא"ש וטור מפורש שאינו כן ובוודאי דבבה"ג שאמר להמוכר לעצמי קניתיה ובפניו אמר להעדים לכתוב לו שטר אחר אין זה רבותא כלל [ולכן השמיט הטור כשאמר למוכר כפי' הרי"ף דאין זה רבותא כלל והרי"ף והרא"ש והטור מפרשים הך דבריתא כפשטה בתנאי גמור ורק מייתורא ידעינן שאמירה לעדים] והרמב"ם ז"ל השמיט הך דאמירה לעדים המבואר בגמ' ותמהו עליו כל המפרשים ונ"ל דס"ל דיותר יש רבותא כשאמר להמוכר לעצמי קניתיה ולא הזכיר לכתוב לו שטר אחר ועכ"ז כפינין לו לכתוב שטר אחר וכ"ש כשאמר לעדים בפניו לכתוב לו שטר אחר אף שלא הזכיר לעצמי קניתיה דזה הרי כלול בדבריו דאל"כ למה לו עוד שטר וכיון שכתב דין הראשון לא היה צריך לכתוב דין השני [והוכרח לזה דק"ל מאי עניין התנאי שבברייתא ומייתורא לא ניחא ליה דאין זה פסוק לדרוש ייתורים ולכן מפרש דכעין תנאי הוא או שאמר לו לעצמי קניתיה או שאמר להעדים בפניו תכתבו לי שטר אחר והתנאי שאמר לו לעצמי קניתיה מובן ממילא ולא הוצרכה הגמ' לפרש ודו"ק] ודבר פשוט שכשצריך לכתוב לו שטר אחר מחזיר לו הראשון:

ד כבר נתבאר בסעי' ב' דכשראובן קנה על שם לוי מ"מ הקנייה היא לראובן ואין המוכר יכול לבטל המכירה ולומר כיון שהקניתי ללוי ולוי לא קנאה איני חפץ למכור לראובן דמה לו בזה הוא הקנה למי שהמעות שלו ואם בא לוי אח"כ ותובע השדה מראובן ואומר שבאמת עשאו שליח לקנותה יקוב הדין ביניהם וישבע ראובן או לוי [קל"ח] ואם ראובן היה בידו מעותיו של לוי והלך שלא בשליחותו וקנה משמעון שדה עבורו אם אח"כ נתרצה לוי בקנייה זו אין יכול שמעון לחזור בו ורבים חולקים בזה דהא אין המכר זכות שנאמר זכין לאדם שלא בפניו וכיון דלוי יכול לחזור בו אין מעשה ראובן כלום וגם שמעון יכול לחזור בו דוודאי אם ראובן נתן מעותיו במתנה ללוי ובעד זה קנה לו השדה המקח קיים דזכות הוא ללוי אבל במעות לוי אין זה זכות ויראה לי דוודאי קודם שלוי נתוודע מזה והסכים למעשה ראובן יכול שמעון לחזור בו אבל לאחר שנתוודע והסכים לזה איגלאי מילתא דזכות הוא לו והמקח קיים ואין שמעון יכול לחזור בו [ואולי זהו כוונת רבינו הרמ"א והלבוש] ובסי' קצ"ה יתבאר דגם בזה יש חולקין ע"ש:

דיני

סימן קפה [דיני סרסרות ושדכנות ובו י"ג סעיפים] :

א הסרסור שלוקח חפיצים וסחורה מבע"ב ומוכרם ונוטל שכרו אין דינו כשותף אלא כשליח ואם נתאנה אפילו בפחות משתות מקחו בטל ואסור לו לשנות מדעת הבעלים ואם שינה משלם מה שהפסיד אם א"א להחזיר המקח ואינו יכול לומר אני עשיתי כהוגן כי המקח לא היה שוה יותר דמ"מ אין לו לשנות מדעת הבעלים ולכן ראובן שנתן חפץ לסרסור וא"ל מכור לי זה ואל תמכרנו בפחות ממאה זוז והלך ומכרו בחמישים משלם החמשים מביתו אף שאינו שוה אלא חמשים דמחוייב או להעמיד לו חפצו בחזרה או לשלם לו מביתו [כס"מ] ואם מכרו במאתים הכל לבעה"ב אם הוא דבר שאין לו קצבה דדינו כשליח ואפילו היה הבעה"ב יודע ששוה מאתים ומפני דוחק מצבו הרשהו למכור במנה מ"מ לא היה דעתו להקנות להסרסור את המותר כשימצא מי שיתן לו ואם הוא דבר שיש לו קצבה חולקין כמ"ש בשליח בסי' קפ"ב [סמ"ע] :

ב כשבעה"ב נותן חפץ לשליח או לסרסור למוכרו בכך וכך אינו יכול לעכבו לעצמו אפילו באותם דמים שהרשהו הבעלים למכור ואם עכבו אינו כלום דאין אדם מקנה לעצמו דמכר הוא הוצאה מרשות המוכר לרשות לוקח וזה לא יצא מרשות המוכר דידו כיד בעה"ב ומ"מ אם נתן לו החפץ למכרו בכך וכך ואמר השליח או הסרסור אפילו אחר שבא החפץ לידו הילך בערו כך וכך ואעכבו בשבילי אם נתפיים לזה ואמר הן או יהא שלך או תהא כדבריך או תהיה כן אין הבעה"ב יכול לחזור בו ואע"ג דכשנתן לו החפץ לא על דעת זה נתן לו ואין כאן משיכה דבאמת מיד כשנתרצה יצא זה משליחותו ונעשה קונה וקנה החפץ והרי החפץ מונח ברשות הקונה דבכל הקניינים א"צ שהמוכר ימסור ללוקח מיד ליד אלא כיון שבציווי משך או הגביה או שאר קניין הוי קניין טוב והכא נמי בציווי יצא משליחותו ונעשה לוקח וזכה בו כשהחפץ ברשותו וגם השליח אינו יכול לחזור בו ודינם כשארי מוכרים וקונים אבל אם לא נתפיים לזה אינו כלום וכשנתפיים אפילו מכרה אח"כ הרבה ביותר אין לו לבעה"ב טענה עליו והכל להסרסור וי"א דלאו דווקא שנתפיים ואמר הן אלא אפילו שתק הוי שתיקה כהודאה [בד"ס] ורק צריך לדעת אופן שתיקתו אם היתה כהסכם לדבריו או אפשר מפני שראה הבעה"ב שהסרסור נותן מקח כזה מסתמא שוה יותר [כ"ל] ואם אמר לסרסור מכור בכך וכך ואם תמכר ביותר מזה יהיה המותר שלך אע"פ שהסרסור שתק זכה בהמותר דמסתמא הסכים לדבריו ואדעתא דהכי לקחו לידו [סמ"ע] ונעשה בעד זה שומר שכר [ס"ך] אפילו אינו נוטל שכר בעד המכר כשלא יהיה מותר ואפילו לא נטל מותר כלל [כ"ל] אבל באונסין אינו חייב וזה שיתבאר בסי' קפ"ו בכה"ג דדינו כלוקח וחייב באונסים זהו בלוקח שלקחו במקח קצוב למוכרו כשיזדמן לו ואין עליו תורת סרסור אף שזהו כמלאכת סרסור [סמ"ע סקי"ח] :

ג בשליחות גט הדין שאם הבעל עשה שליח להוליך גט לאשתו וקודם שמסר לה הגט עשאתו לשליח לקבלה בעדה אינו גט כמ"ש באהע"ז סי' קמ"א וכך אמרו חז"ל בפיסולו משום דלא חזרה שליחות אצל הבעל כלומר כל שליח שאינו יכול לחזור לשולחו לומר עשיתי שליחותך קודם שנתמנה לשליח לאחר בעניין זה אינו שליח ונפסק להלכה שם דהוי ספיקא דדינא ומזה יש שרצה לומר דגם בשליחות ממון יש ספיקא דדינא בכה"ג כגון ראובן ששלח ע"י שמעון חפץ להוליכה ללוי שיקננה וקודם שמסר ללוי א"ל לוי זכה בעדי לא קנה לוי [ס"ך] והאחרונים חולקים בזה דרק בגט שהבעל מחוייב למסרו מידו לידה וכשיאמר לה טלי גיטך מעל גבי קרקע אין זה גט ולכן גם שלוחו שהוא כמותו צריך למסור לידה או ליד שלוחה או לרשותה משא"כ בממון [כס"מ] דלא גרע מאלו השליך החפץ על הקרקע ובא שלוחו של לוי ונטלו וקצת ראיה לזה ממ"ש בסעי' ב' [ערש"י גיטין כ"ד. ד"ה והא ובגמ' שם דפריך מטלי גיטך וכו' אלא דא"ל הוי כו' ופריך והא לא חזרה וכו' ול"ע לדינא] :

ד אם יש הכחשה ביניהם שראובן אומר במאה אמרתי לך למוכרו והסרסור אומר בחמשים אמרת לי וכן מכרתי נשבע הסרסור שד"א שהרי הודה במקצת ואם כבר נתן לו החמשים או שא"ל הילך החמשים נשבע היסת שעשה שליחותו וזכה הלוקח ואין חילוק בזה בין שהיה שוה מאה או חמישים כמו שנתבאר וכן הדין כשלא היה ביניהם קצבה בכמה ימכור אלא שאומר שנטל יותר ממה שאמר והיסת יכול להפך כמ"ש בסי' פ"ז :

ה כשיש הכחשה ביניהם והסרסור או השליח אינו רוצה לישבע וכן בשינה השליח מדעת המשלח אם ביכולת המשלח לקבל החפץ מיד הקונה י"א דאם רק ידע הלוקח שחפץ זה הוא של ראובן וזה שמכר לו סרסור הוא יחזיר החפץ לבעלים ולא אמרינן הממע"ה כיון שמבורר שהחפץ הוא של המשלח והלוקח ידע מזה צריך להחזיר [ס"ך] ואע"פ שהשליח או הסרסור מכחישו איננו כעד כיון שהוא נוגע בדבר [סמ"ע] וטענת המוכר הוא טענת וודאי ושל הלוקח הוי ספק ואין ספק מוציא מידי וודאי [סס] רק ביכולת הלוקח להטיל עליו קבלה אם לא נתן רשות להשליח או להסרסור למוכרו כפי מה שמכר או שנתרצה אח"כ במעשיו

במעשיו ועתה חוזר בו וי"א דאין הקונה צריך להחזיר אף כשמודה השליח או הסרסור לדברי המוכר מפני שיכול לומר קנוניא יש ביניכם או עשאתו שליח בין לתקון בין לעיוות ודיעה ראשונה ס"ל כיון שמקבל שכר טרחתו לא אמרינן סברא זו דזה לא אמרינן אלא אם עושה בחנם אבל לא כשעושה בשכר [סס] ולקנוניא לא חיישינן אבל כשלא ידע בעת שקנה שהחפץ הוא של המשלח הזה אף שידע שהמוכרו לו הוא רק שליח מ"מ א"צ להחזיר אף לדיעה ראשונה דיכול לומר סבור הייתי כיון שלא אמרת לי שאתה שלוחו של פלוני מסתמא ידעת שמשלחך יסכים למה שתעשה דאל"כ היית מזכיר לי כדי שאחוש שמא לא יתרצה משלחך וכיון שלא הזכרת מקחי קיים ואתה דון עמו [ס"ך]:

ו ואם אין הכחשה בין הסרסור והבעה"ב אלא שאינו רוצה במקח שמכר הסרסור והוא נתנו לו סתם ולא קצב לו מקח והסרסור הודיע להלוקח שחפץ זה או קרקע זו הוא של ראובן ואחר שקנה הלוקח אמר המוכר איני רוצה למכור בדמים אלו מחזיר הלוקח את המקח שהרי לא פסק לו דמים שימכור בכך וכך ואפילו להי"א שבסעי' הקודם הדין כן דבשם חיישינן לקנוניא משום דרחוק הוא שהשליח ישנה מדעת משלחו אבל לא בזה שאין הכחשה ביניהם וגם אין חוששין שעשאו שליח להתקון ולעיות כיון שמברר שא"ל סתם או הסרסור הגיד לו כן שהמוכר לא הקציב לו מקח ואפילו לא נתאנה כלום יכול הבעה"ב לחזור בו דאם נתאנה גם בלא זה בטל המקח כיון שלא א"ל בין לתקון בין לעיות [כ"מ מרמב"ס פ"ב משלוחין ובכ"מ ובמל"מ סס] ודלא כיש מי שחולק בזה ודווקא כשלא א"ל כלום בשעה שנתן לו החפץ למכור אבל אם א"ל מכור במה שתמצא אין המוכר יכול לחזור בו ומה שעשה השליח עשוי ומ"מ כשנתאנה הרבה יכול לחזור בו דבוודאי לא היתה כוונתו שגם בהרבה אונאה יהיה המקח קיים [כ"מ ומל"מ סס] ויראה לי דשיעור אונאתו כבבעה"ב עצמו שמכר ועד שתות מכרו קיים ויותר משתות מכרו בטל:

ז כל סרסר נוטל שכר סרסרותו אע"פ שלא התנה עמו מקודם דסתמא כן הוא ולכן סרסר שנאבד החפץ מידו או נגנב אפילו בשעת הליכה חייב לשלם מפני שהוא נושא שכר ואף שעדיין לא מכר החפץ ושמא לא ימכרנו ולא יטול שכר אפ"ה הוה ש"ש [סמ"ע] וכ"ש כשמכר החפץ ואבד המעות דחייב לשלם אבל מאונסין פטור כמ"ש בסעי' ב' וכשנאבד החפץ מידו ישבע הסרסור שאינו ברשותו וכמה היה שוה ויפרע דמי שויו וכן ראובן שנתן טבעת למכור והיה בו אבן טוב והפסיד הסרסר את האבן טוב מן הטבעת ישבע שאינה ברשותו וכמה היה שוה האבן וישלם ואין ראובן צריך לישבע אם האבן היה תקוע יפה בהטבעת דאין נשבעין בטענת שמא [סמ"ע] ואין לו עליו רק קבלה סתם ואפילו היה החפץ או הטבעת של כותי ותובע מראובן יותר משויו מ"מ א"צ הסרסור לשלם אלא דמי שוויו כמ"ש בסי' ע"ב ובשליח אם התנה עמו ליתן לו שכר הוי ש"ש ואם לא התנה עמו הוי ש"ח ומי ששלח שלוחו לעשות לו דבר או להוליך לו דבר למקום אחד ולא התנה עמו ליתן לו שכר ובתוך כך שלח לו דורון הוי ש"ש ודווקא כשיש הוכחה ששלח לו הדורון בשביל השליחות כגון שלא היה רגיל ליתן לו דורונות עד כה או אף שהיה רגיל אבל יש הוכחה ברורה שבשביל השליחות נתן לו הדורון אבל בלא זה אינו ש"ש [ט"ז]:

ח הנותן כליו לסרסור למשכנם לו ואמר איני יודע היכן משכנתים פשיעותא היא וחייב לשלם מה ששוה יותר מכפי שקיבל עליו דכל לא ידענא פשיעותא הוא ואפילו שומר חנם חייב ואם אמר שהשכינו אצל פלוני והוא כופר חייב לשלם דה"ל למשכנו בעדים או ליטול ממנו כתב שמשכנם אצלו ואם א"ל בעל החפץ לך ומשכנם ביד פלוני ועשה כן ואח"כ כפר בו אותו פלוני פטור הסרסור כיון שלא א"ל שימשכן אצלו בעדים הרי האמינו ואין הסרסור חייב אף כשנוטל שכר וכן אם צוה לו למשכן אצל כותי פלוני וכפר פטור ג"כ [סמ"ע]:

ט סרסר שנתן כלי לזה שרצה לקנותה ולקחה לבקרה ולא רצה המבקר להחזירה י"א דהסרסור חייב דשומר שכר חייב בדברים הקרובים לאונס אם אינו אונס גמור [סמ"ע] דגם גניבה קרוב לאונס והתורה חייבתו ויש מגמגמין בזה דזהו כאונס גמור אם נתנה לאיש בטוח ואם בעל החפץ א"ל ליתנה לפלוני לבקרה פטור כמ"ש במשכון ואין לסרסר למכור בהקפה אא"כ נטל רשות מבעל החפץ דכל הקפה הוא ספק אם ישלם הקונה אם לאו ולכן כשעשה מעצמו והקונה לא שילם אפילו היה אמוד ובטוח חייב הסרסר לשלם אבל אם נתן לו רשות ליתן בהקפה פטור אם נתנה לאיש שהיה בטוח למראית עין אבל אם נתנה לאיש שידוע לכל שאינו בטוח הוי פשיעה גמורה וחייב אף כשעושה בחנם [כ"ל]:

י הסרסור נוטל שכר סרסרותו אף שבעל החפץ מכרה אח"כ בעצמו לקונה זה מ"מ כיון שגילה לו את הקונה ולהקונה גילה שביכולתו לקנות בית זה או שדה זו או חפץ זה נוטל שכרו כפי המנהג ולא עוד אלא אפילו אם ראובן היה לו בית למכור ובא שמעון וסרסר לו למוכרה ללוי וא"ל ראובן לוי שונאי ולא אמכרנה לו או אמתלא אחרת מפני מה אין רצונו למכור לו והלך לו הסרסר ואח"כ מכרה ללוי חייב ליתן לשמעון סרסרותו ואפילו היה אח"כ סרסור אחר שגמר העניין צריך ליתן לשמעון חלק כי הוא היה המתחיל ואם שמעון טוען אתה נתרצית בלבך מיד כשאמרתי לך למכור

למכור ללוי ודחית אותי כדי להפסיד לי סרסרותי בשלימות והיתה כוונתך להכנים איש אחר בסרסרות שיטול חלק בזה אף שטענתו טובה מ"מ אינו יכול לחייב את ראובן לא ממון ולא שבועה אף שנמכר ע"פ הפרטים שהציע הוא דאין זה טענה הניתנה ליתבע בדיני אדם אמנם אם באמת הדבר כן ראובן לא טוב עשה וחייב בד"ש ומה לו להפסיד לשמעון בשביל טובת האחר וכן הדין בשדכנות ושכר סרסרות צריכים לשלם אחר גמר המכירה ואחרי הקיומים ואם הקיומים הם בערכאות א"צ לשלם קודם גמר הקיום מהערכאות ואין הסרסור יכול לומר שישלישו עד אחר הקיום דלמה יעשו כן אחרי שאין חייבים לשלם קודם גמר הקיומים וכשהיה סרסור אצל המוכר והלוקח משלמים בין שניהם הסרסרות ואם היה אצל אחד ולא אצל השני משלם לו מחציתו ואם היו שני סרסרים יחלקו ביניהם כפי שיתבאר בשדכנות ואם נראה שאחד היה עיקר שעל ידו נגמר העניין נוטל חלק גדול מהשני והשכר מסרסרות כפי מנהג העיר:

יא השדכן היא כמו סרסור ואם רוצה שישלמו לו מיד אחר התנאים והבעלים אינם רוצים לשלם עד אחר הנשואין תלוי במנהג המדינה אמנם בכל מדינתינו המנהג פשוט לשלם שדכנות אחר כתיבת התנאים מיד ולכן אף אם נתבטל השידוך אח"כ ואף ששני הצדדים נתרצו בביטולו מ"מ לא הפסיד השדכן שכרו [ט"ז] דלפי מנהגינו הוי גמר העניין בעת התנאים ומה לו להשדכן במה שיהיה אח"כ הלא הוא גמר העניין ואפילו לא שלמו לו צריכים לשלם לו הא למה זה דומה למקום שנהגו לגבות אחר הנשואין וגירש את אשתו דבוודאי צריכין לשלם לו אמנם אפשר לומר דזה שהמנהג לשלם אחר התנאים מפני שסומכין שלא ינתק השידוך אבל בהנתקו אין להם לשלם וצ"ע לדינא ובמקום שאין מנהג ישלמו אחר הנשואין דעיקר הגמר הוא הנשואין וכתב רבינו הרמ"א דבמקום שא"צ לשלם לו עד הנשואין אם חזרו בהם ונתבטל השידוך פטורים הבעלים מלשלם לו שכרו אא"כ התנו בהדיא ע"מ שיתפייסו [ר"ל סיכתבו סתנאים] ואז צריכים לשלם לו מיד אפילו יחזרו בהם עכ"ל ומשמע להדיא מלשונו דאצלינו חייבים לשלם אף כשנתבטל השידוך כמ"ש מקודם ולא כמו שנסתפקנו בזה ובמקום שהבעלים פטורים מלשלם אפילו נטלו קנס מהצד השני א"צ ליתן להשדכן כלום ואע"ג דע"י השידוך נתהוה הקנס מ"מ אין זה ריוח אלא שכר בושתו הוא נוטל [סמ"ע] ולפ"ז בסרסרות בכה"ג צריך לשלם להסרסר לפי מה שהרויח מזה שנטל מהצד השני בביטולו אם הסרסר לא קיבל שכר סרסרותו עדיין [כ"ל] וע' בסוף סעי' י"ג:

יב כשרבים הם השדכנים או הסרסרים אין בזה דינים קבועים ובתקנות נמצא דהמתחיל והגומר חולקים ביניהם והאמצעיים לא יטלו כלום דמדינא העיקר הוא הגומר והמתחיל כיון שהוא הציע העניין ראוי לבא על שכרו נ"כ אבל האמצעי מה עשה ומ"מ נהוג עלמא ליתן קצת חלק גם להאמצעי ומתחיל נקרא מי שהציע השידוך או העסק באופן שקודם הצעתו לא עלה ע"ד הצדדים להתקשר ואז אף אם לא עסק בהפרטים נקרא מתחיל אבל אם גם בלעדו היה העניין ידוע אין זה מתחיל כלל אם לא שנכנס בהפרטים ובאיזה מהפרטים עשה השואה ביניהם ואף שאח"כ היה איש אחר שגמר מ"מ נקרא מתחיל לפי שעסק בהפרטים ואם גם אחד מפרטיו לא נתקיים אינו מתחיל כלל וראוי לכל ירא אלקים כשאחד מציע לפניו שידוך או עסק ורואה שעי"ז ביכולת לגמור לא יכנים אחר בזה אפילו האחר הוא אוהבו וקרובו אם לא שרואה שע"י זה בלבד לא יוגמר העניין כרצונו ועכ"ז אם הכניסו אף שלא כראוי אין להשדכן או להסרסור תביעה עליו ובדרך כלל א"א להיות דינים קבועים בעניינים אלו והדיינים למראה עיניהם והבנת לבם ישפוטו בצדק והצדדים כשהשלישו השדכנות או הסרסרות כשירים להעיד מי היה המתחיל ומי הגומר וכיוצא בזה שאין נוגעים בעדות אם לא שאחד מהשדכנים הוא קרוב ופסול לעדות מצד קורבתו:

יג שכר שדכנות נהגו בכל מדינתינו מנהג קבוע מכמה וכמה דורות ליתן ששה למאה מיד הגדולה והיינו מנדוניא של הצד הנותן יותר ואף כשנותן שוה כסף ואף כשנותן בטוחות לשלם אחר זמן צריכים ליתן מזה ג"כ וכל צד יתן שלשה למאה ויש מקומות שנהגו ליתן חמשה למאה שנים וחצי מכל צד ויש מקומות שנהגו שאם אין נהר מפסיק בין המחותנים שלא ליתן רק ארבע למאה ושכר סרסרות מבתים וקרקעות וסחורות אין בזה מנהג קבוע בכל המדינה בשוה וכל מקום ומקום לפי מנהגו ויש שמוסיפין לבד השדכנות והסרסרות הקבוע גם מתנה ונקראת פעולה טובה וטוב עין הוא יבורך כי נתן מלחמו לדל ואליו הוא נושא את נפשו ובפרט אם זה האיש מחייתו מזה ובעסק סרסרות פסק אחד מהגדולים שאם נגמר המקח ואח"כ בטלו המוכר והקונה את המקח מרצונם מ"מ שכר הסרסור צריכים לשלם כיון שנגמר המקח [ט"ח] ובאופן שלא נתהוה חדשות בהעניין שע"י זה נתבטל המקח [כ"ל]:

סימן קפו [הלוקח כלים מבית האומן או מחנות למכור ובו ב' סעיפים] :

א הלוקח כלים מבית חאומן או מחנות לשגרן במתנה לבית חמיו או לאיש אחר וקצב עמו מקח רק התנה שכשיקבלוה שם ישלם לו המקח שקצב ואם לא יקבלוה אתן לך שכר מועט כפי ההנאה שיש לי מזה שהמקבל רואה שחפצי ליתן לו מתנה ונאנס החפץ מידו בהליכתו לשם חייב דכיון שקצץ עם המוכר ולקחן הרי הם לקוחין בידו עד שידע שלא יקבלו ממנו וכשלא קבלו ממנו והוליכן בחזרה להמוכר ונאנסה פטור אבל אם נגנבה או נאבדה חייב דדינו כש"ש דבשביל ההנאה שיש לו שהראם בבית אוהבו יש לו דין שוכר דדינו כש"ש :

ב נטלם ע"מ למוכרן וקצב עמו המקח וירויח מה שיטול יותר וא"ל אם אמכרם במקום פלוני או עד זמן פלוני אתן לך הדמים שקצבתי לך ואם לא אמכרם אחזירם לך ונאנסו בין בהליכה בין בחזרה חייב לשלם ואינו דומה להדין הקודם שפטור בחזרה דבכאן לא שייך חזרה דהרי אם היה מזדמן לו קונה בחזירתו היה מוכר לו נמצא דעד שהחזיר דינו כלוקח וחייב באונסים וי"א דזהו רק בדבר שיש לזה הרבה קונים שיכול למכרם מיד בהמקח שנוטל מזה אלא שעושה לו טובה כדי שישתכר בזה ונמצא דכל הנאה היא של הלוקח דהמוכר היה מוצא הרבה קונים אבל בלא זה אינו חייב אלא בגניבה ואבידה כדין סרסור שהרי ההנאה היא של שניהם ובחזרה י"א דאינו רק כש"ח [נס"מ] וכן אם קצב לו דמים וא"ל מה שאטול יותר נחלוק בין שנינו אפילו בדבר שיש לזה קונים הרבה אינו חייב באונסים ומזה למדנו להסוחרים הגדולים שנותנים סחורה להסוחרים הקטנים שירויחו בהם אם עיקר הטובה הוא להקטנים והגדולים אין עומדים בהפדיון וכל כוונתם לעשות טובה להקטנים חייבים הקטנים באונסים ואם לאו אין עליהם רק דין שומרי שכר ואם היה לראובן חפץ למכור ובא שמעון וא"ל רצוני לשרתך תן לי החפץ ואמכרנו בסכום שתאמר וא"ל ראובן מכור אותו בכך וכך והמותר יהיה שלך אף ששמעון שתק הוי ש"ש וחייב בגניבה ואבידה וראובן אין ביכולתו לקבל המותר ממה שקצב דבזה הוי שתיקה כהודאה וסברו שניהם וקבלו ונמצא דטובת שניהם בזה ולכן דינו כש"ש ולא כשואל אף שיש לזה קונים הרבה כיון שבתחלה קבלה לטובת ראובן [ככ"ל מהסב"י ע"ס] ואם לא אמר ראובן המותר יהא שלך רק מכור לי בכך וכך ושתק שמעון אין דינו כש"ש והמותר שייך לראובן כמ"ש בסי' קפ"ה [סס] וי"א דגם בזה המותר לשמעון כיון שא"ל אמברנו בסכום שתאמר הוה כאלו א"ל המותר שלי ודינו כש"ש [ב"ח] :

סימן קפז [דין שליח שטוען שאירעו לו אונסין ובו ד' סעיפים]

א כל שליח שטוען שאירעו אונס והפסיד כך וכך נשבע שבועת השומרים ונפטר ושליח שהלך ועשה בחנם דאינו חייב רק בפשיעה צריך לישבע שלא פשע בה ושלא שלח בה יד ושנגנבה או נאבדה ושליח בשכר ישבע שנאנסה ואם האונס היה במקום שרבים מצוים שם ה"ז צריך להביא עדים ואינו נאמן בשבועה ומשלם כדכתיב אין רואה שבועת ה' תהיה בין שניהם ודרשו חז"ל דבמקום שיש רואה אינו יוצא בשבועה רק בעדים :

ב ומעשה באחד שאמר לשלוחו קנה לי ד' מאות גרבי יין ממעותיו שהיה בידו וקנה לו ואח"כ נמצא חומץ אמרו חכמים סכום גדול כזה שהחמיץ יש קול לזה ואפשר להביא ראיה ולכן יביא ראיה שבשעה שלקח היה היין טוב ואם לא יביא ראיה ישלם וכן כל כיוצא בזה אבל דבר שאין הראיה מצויה נשבע ונפטר וכן מי שנושא חפץ בידו אף במקום שרבים מצוים שם ואירע בו אונס ואין הכרח שרבים ירגישו בהאונס נשבע ונפטר [סמ"ע] ודבר זה תלוי בראיית עיני ב"ד ובזה שהצריכו חכמים בהיין להביא עדים י"א דזהו כשקיבל השליח היין אצלו מהמוכר אבל אם לא קיבל אליו היין והניחו אצל המוכר שהקונה יקבלו מרשותו לא שייך לומר שיש לזה קול דכיון דאין לו שמירה על היין לא יוציא הקול ונפטר ע"י שבועה [ט"ז] וצ"ל דהיה איזה קניין מקודם באופן דהמכר קיים והמוכר טוען שהיה יין טוב ולא היה לו להניחו עד שיחמיץ דאל"כ תתבטל הקנייה דמעות אינו קונה רק למי שפרע וכשנפסד אין כאן מי שפרע כמ"ש בסי' ר"ד :

ג וכן הדין בשותף שטוען שאירע סיבה או בשארי שומרים אם הוא מקום שהרבים מצוים יביא עדים ואם לאו ישלם ואפילו במקום שאינו חייב בשבועה כגון שיש לו מיגו מ"מ במקום שיש רואים צריך להביא עדים [נס"מ] ואם מקום הרואים הם אינם בני עדות כמו נשים מ"מ נראה דאם התובע טוען יבואו אלו ויגידו שכדברך כן הוא טענתו טענה דהא בקרא כתיב אין רואה משמע שכל שיש רואה מי שהוא צריך להביאם ואפילו לא ידענו שהיה במקום רואים רק הנתבע בעצמו אומר כן מ"מ חייב להביאם [סס] דמיגו אינו פוטר בזה כמו שנתבאר ואם אומר שאינו יכול להביאם כגון שהם במרחקים וכיוצא בזה נפטר ע"י שבועה

שבועה [כ"מ מתוס' ב"ב ק"ע: ד"ה אלא] וכתב רבינו הרמ"א דכ"ז הוא רק בשומרים אבל בטענת פרעון והשבה וביוצא בזה דעבידי אינשי דפרעי בצינעא אפילו יש ראיה מיפטר בשבועה עכ"ל ואם מעצמו אומר פרעתי בפני עדים צריך להביאם דלא עדיף מלוה עצמו כשאומר כן דצריך לברר כמ"ש בסי' ע' ואם הביאם והכחישוהו נתבאר שם ואם אמר לשליח שיקנה לו איזה דבר ממעות של השליח והוא ישלם לו ואחר זמן טען השליח שקנה עבורו ונאנס מידו ישבע שכן הוא וחייב המשלח לשלם לו כבחנוני על פנקסו [נס"מ]:

ד כתב רבינו הב"י נתן מעות לחבירו לקנות לו חטים וכן עשה ושם החטים בבית אחר ונרקבו מחמת גשמים שהיה עליהם חייב לשלם עכ"ל שהיה לו לשומרם ולראות שלא ירדו עליהם גשמים [לבוש] וכן אם נתקלקלו מחמת המקום שהיה מקום שמעלה חלודה הוי פושע וכן כל כיוצא בזה ואפילו היה שומר חנם חייב דפשיעה היא וכן פסק מהרי"ק שורש קנ"ג דלא כיש מי שמפקפק בזה ואומר דמהרי"ק ספוקי מספקא ליה ואינו כן דמהרי"ק ז"ל פסק כן בפשיטות ע"ש:

סימן קפח [דין שליחות לעכו"ם ואשה ועבד ובו ז' סעיפים]:

א כבר נתבאר בסי' קפ"ב דגזירת הכתוב הוא שאין שליחות לכותי וכן אין הישראל נעשה לו שליח ואם כותי נעשה שליח לכותי י"א דנעשה שליח דהתורה לא מיעטה רק הוא לישראל וישראל לו ולא כותי לכותי [ש"ך סי' רמ"ג וקל"ח] וי"א דאין בו דין שליחות כלל [מג"א סי' תמ"ח ומל"מ פ"ב משלוחין] וכן מפורש בירושלמי פ"ו דדמאי ופ"א דתרומות וכן עיקר והסברא כן הוא דהא אי לאו דילפינן עניין שליחות מן התורה דשלוחו של אדם כמותו לא היינו אומרים כן מסברא שהרי הגמ' פריך מנלן עניין שליחות וכיון דלא מצינו רק בבני ברית ממילא דבאינם בני ברית אינם כלל בעניין שליחות ובירושלמי שם משמע דבכל הני דאין להם שליחות מ"מ אם עשה שליחותו וניחא ליה בעשייתו מה שעשה עשוי [ואפשר דאין זה רק בתרומה דמסתי מתפיס] ויש מרבותינו שסוברים דלחומרא יש שליחות לכותי [רש"י ותוס' ב"מ ע"א:] ויש חולקין [ר"ת שם] ואפילו להמחמירים אין זה רק באיסורים כמו ריבית וכיוצא בזה ולא בדיני ממונות בלבד וי"א שאם עשה הכותי שליח לישראל לקנות קרקע או לשכור ונתן לו ממון שיתנם להמוכר או להמשכיר ועשה כן נקנה הקרקע להמשלח דאע"ג דאין הישראל שלוחו מ"מ מעותיו של הכותי קונות לו דהמוכר והמשכיר מקנים לבעל המעות והשליח מעשה קוף בעלמא הוא דקעביד אבל בקניית מטלטלין כיון דיש פוסקים דס"ל דמעות אין קניין בכותי במטלטלין רק משיכה ומשיכת הישראל לא מהני ליה כיון דאין לו שליחות אין הכותי קונה [מ"א סי' ט"ו] וכן פועל נעשה כותי לישראל וישראל לכותי דכיון דפועל קנוי לבעה"ב כל מה שעושה הפועל זוכה בו הבעה"ב [שם סי' י"א] ולפ"ז בשליחות בשכר נעשה כפועל דידו כיד בעה"ב [נס"מ וכ"מ מש"ך סי' ק"ס סק"א] ובקניין משיכה צריך למשוך לרשות בעה"ב [שם] וכל דברים אלו נראה עיקר לדינא:

ב עושה אדם שליח איש או אשה ואפילו היא אשת איש דרשות בעלה עליה מ"מ נעשית שליח וגם עבד ושפחה כשהם בני דעת נעשים שלוחים למשא ומתן כיון שחייבים במצות כאשה וחרש שוטה וקטן כיון שאינם בני דעת אינם נעשים שלוחים ולא עושים שלוחים ודווקא לשליח יכול את עבדו לעשות אבל לזכות לאחרים על ידו אינו יכול דכיון דידו כידו לא יצא מרשות הבעלים וכן ע"י אשתו אינו יכול לזכות לאחרים דידה כידו ובסי' רמ"ג יתבאר עוד בזה בס"ד ואם נהפך עושה או נעשה שליח יש בזה מחלוקת ורבים מרבותינו שאומרים שאינו בכלל שליחות לפי שיצא מברית התורה לבד לגיטין וקדושין נעשה שליח לפי שקדושיו קדושין וגיטו גט דאע"פ שחטא ישראל הוא [ב"י בתשו' וע' ב"ש סי' קמ"א סקמ"ז] ובשוטה אם היה בריא בשעת עשיית השליחות וקודם שגמר שליחותו נשתטה יש בזה מחלוקת הפוסקים והקטן אפילו בשנת י"ג דהוא מופלא סמוך לאיש שתרומתו תרומה ונדרו נדר מ"מ בשליחות אינו עד שנעשה בן י"ג שנה ויום אחד וקטנה בת י"ב ויום אחד [קל"ח]:

ג השולח בנו קטן אצל חנוני ונתן בידו פונדיון שהוא שני איסרים ונתנו הקטן להחנוני ומדד לו באיסר שמן ונתן להקטן איסר והשמן ואבד את האיסר ואת השמן חייב החנוני לשלם דאמרינן שלא שלח את הקטן שישלח על ידו אלא להודיעו שצריך לשמן וישלח עם בר דעת ואע"פ שאביו הרי מסר להקטן הפונדיון והוי כאבידה מדעת ולמה יתחייב החנוני לשלם מ"מ כיון שהפונדיון נשאר ביד החנוני ולא מסר לו זה הפונדיון אלא איסר ושמן חייב בהזיקן ולכן אם שלח האב צלוחית ביד הקטן ומדד החנוני לתוכה אם שברו הקטן פטור החנוני אפילו תפסה החנוני בידו ומסרה אח"כ להקטן דכיון שמסר להקטן אותה כלי עצמה אין שמירתה עליו אא"כ לקחה מידו ומדד בה גם לאחרים והחזירה ליד הקטן חייב אם נשברה מיד הקטן משום דשלח יד בשל חבירו וצריך להחזירן

בחורה גמורה ואם פירש המשלח ואמר שלח לי עם הקטן ה"ז פטור כיון שעשה כמצותו ונראה דאם גם הקטן א"ל להחנוני שאביו צוהו לשלוח על ידו אע"ג דאין נאמנות לקטן מ"מ כיון שנראה כן לפי העניין שכן הוא האמת פטור ועכ"ז אם מרד בה לאחרים חייב דשליחות יד הוי כגזלן וצריך לעשות השבה גמורה [נס"מ] וכן האומר לחבירו מנה שיש לי בידך מלוה או פקדון שלח לי ביד פלוני אפילו היה קטן אם רצה לשלחו בידו נפטר ואינו חייב באחריותו ואפילו יכול להיות שהמשלח לא ידע שהוא קטן מ"מ כיון שעשה כמצותו פטור [סס]:

ד השולח לחבירו לשלוח לו ע"י שליח מעות שהיה לו מלוה או פקדון נתבאר בסי' קכ"א:

ה כל היכא שהשליח משנה מדעת המשלח בטל השליחות מכל וכל ובסי' קפ"ב נתבארו פרטי דינים בזה ואפילו אם השליח רוצה להשלים לו החסרון בטלה שליחותו [ס"ך] לפי שמשמעה ששינה נתבטלה השליחות:

ו מי שהגיע לו היזק בממונו מחמת המשלח ששלחו באיזה שליחות או שהעלילו עליו מחמת השליחות והפסיד ממון עי"ז אין המשלח חייב לשלם לו נזקו ואפילו היה שליח בחנם שלא מצינו תשלומי נזק אלא בנזקי עצמו או ממונו אבל בנזק שהגיע לשלוחו מה פשע בזה המשלח שיהיה חייב לשלם [כ"י בסס רמב"ן] ואפילו לאותה דיעה שבסי' קע"ו דאם נתפס בגופו והוי שליח בחנם חייב המשלח לפדותו זהו בהיזק גופו של השליח משום דגופו הוא כשאול להמשלח אבל לא בנזקי ממונו של השליח [סמ"ע]:

ז בגמ' [רפ"ז דכתובות] יש אוקימתא דעל יותר משלשים יום לא אמרינן חזקה שליח עושה שליחותו ולא מצאנו להפוסקים שהזכירו זה דאפשר דלמסקנא שם לא קאי הכי [כ"כ סס סר"ן] ועוד דבשם לאו בשליח גמור מיירי אלא באומר כל הזן אינו מפסיד [כדמוכח במסקנא דסוגיא ע"ש]:

בס"ד סליק הלכות שלוחין


2011265500

Эпштейн, Ихиэль Михель. Га-Леви.
Арух Га-шульхан. — Варшава, 1893—
Т. 2.

ספר

ערוך השלחן

חלק שני מן סימן קפ"ט הלכות מקח וממכר עד.
ס"ס תכ"ז הלכות חובל בחבירו

מאתי **יחיאל מיכל הלוי עפשטיין** החונה בק"ק **נאוורדאק**
בעהמ"ח ס' אור לישרים על ספר הישר לר"ת וס' ערוך השלחן על שהו"ט

ווארשא
בדפוס ר' נתן שריפטגיססער נ"י
שנת **תרנ"ג** לפ"ק

Сеферъ Арухъ-Гашулхонъ

т. е. столъ накрытъ, о религіозныхъ обрядахъ

соч. Раввина Михеля Эпштейна

часть 3—5

Типографія г. Нусина Шрифтгиссера

Варшава 1893 г.

Дозволено Цензурою
Варшава 12 Марта 1890 го…



קפט [אין המקח נגמר בדברים ובו ג׳ סעיפים]*

א אין המקח נגמר בדברים שהאומר לחבירו היאך אתה נותן לי חפץ זה וא"ל בכך וכך ונתרצו שניהם ופסקו הדמים יכול כל אחד מהם לחזור בו ואפילו היה זה בפני עדים ואפילו אמרו להעדים הוו עלינו עדים שראובן מכר ושמעון קנה אין זה כלום עד שיגמר המקח ע"פ קניין כל דבר ודבר כראוי לו קרקע לפי קניינו ומטלטלים לפי קניינם ולאחר הקניין אין אחד מהם יכול לחזור בו אפילו לא היה עדים בדבר דבדיני ממונות לא איברו סהדי אלא לשיקרי כמ"ש בסימן רמ"א ואם היה הקניין בקרקע ע"פ שטר אין ביכולת לבטל המכירה אפילו כשהחזיר הלוקח את השטר להמוכר דאין זה כלום [ב"ח] ואפילו מחלו זל"ז אח"כ אינו מועיל בין שאמר הנני מוחל לך הקניין בין שאמר הנני מוחל לך המקח דלשון מחילה אינו אלא בחוב ולא בקרקע ולא בחפצים אלא בממון שת"י הנמחל כמ"ש שם ואין אדם מסתלק ממה שת"י אלא באחד מדרכי הקנאה כמו במטלטלין שיחזור המוכר וימשכם או יגביהם ובקרקע שיעשה המוכר חזקה בהקרקע או שהלוקח יכתוב לו שטר מכירה או קניין כסף או קניין חליפין מיהו אם נשבע או נתן ת"כ או קיבל בקב"ח למכור חפץ זה או קרקע זו לפלוני אף דמחוייב לקיים מפני השבועה כמ"ש בסי' ר"ט מ"מ כיון שאין זה קניין אם אותו פלוני מחל לו השבועה הוי מחילה ונפטר משבועתו וצריך לומר הריני כאלו התקבלתי כעניין שנתבאר ביו"ד סימן רל"ב [נ"ל]:

ב בכל הקניינים צריך הלוקח לכוון לקנות והמוכר להקנות אבל אם משך או הגביה או עשה חזקה ולא נתכוון לקנות לא קנה [בד"ה] וע' בסימן ר"ם סעיף ב' דבלא כוונת קניין הוי מעשה קוף בעלמא ובמה ישתנה החפץ או הקרקע מרשות לרשות וכן אם יש לראובן פקדון ביד שמעון וראובן גילה דעתו שרצונו למוכרה בסכום כך וכך רק שלא מצא קונה ועתה נתרצה שמעון לעכבו במקח זה אינו יכול לקנות בלהי ידיעת ראובן אף שידוע לנו שראובן רצונו למוכרו במקח זה כיון שלא הקנה לו עתה [ב"ה] ואם ראובן אומר אני מקנה לך בכך וכך מיד נקנה החפץ לשמעון דרשותו קינה לו דלא כיש מי שחולק בזה וס"ל דגם בכה"ג לא קנה משום דכיון דנתן לו רשות שיפקיד אצלו הוי מקום החפץ ברשות המפקיד דכיון דמקנה לו החפץ ממילא דנקנה לו גם מקומו כיון ששלו הוא וחצירו וקנייתו באין כאחד וה"ה אם נתן לו במתנה קנה בכה"ג דחצירו ומתנתו באין כאחד [נס"מ סימן ר' וכ"מ מב"י וב"ח וכ"כ מסרי"ע] וכן בקדושין כשאמר לאשה התקדשי לי בפקדון שיש לי בידך כמ"ש באהע"ז סימן כ"ח ואם הפקדון הוא ביד אחר לא קנה אף כשהמוכר א"ל שיקנה עד שישכור המקום או ימשכנה לרשותו או יגביהו כמ"ש בסימן ר' ויכול לעשות שליח שיקנה בעדו כמ"ש שם:

ג ואע"ג דדברים אינם קניין מ"מ ראוי לו לאדם לעמוד בדיבורו וכל החוזר מדבריו ה"ז מחוסר אמנה ואין רוח חכמים נוחה הימנו וי"א דאף אם נשתנה השער מקרי מחוסר אמנה ויתבאר בסימן ר"ד בס"ד:

קצ [דיני קניית קרקע בכסף ובו כ"ח סעיפים]

א קרקע נקנה באחד מד' דברים בכסף ובשטר ובחזקה ובקניין סודר וכל קניינים אלו למדנו מן התורה כסף למדנו מדכתיב בירמיה [ל"ב] שדות בכסף יקנו ושטר למדנו מדכתיב שם ואקח את ספר המקנה ש"מ דיש קניין אף בספר לבדו דהוא השטר מכירה וחזקה למדנו מדכתיב שם [מ׳] ושבו בעריכם אשר תפשתם ותפשתם קאי על שבו כלומר במה תפשתם בישיבה דהיינו חזקה שהחזיקו בה ובתורה כתיב וירשתם אותה וישבתם בה כלומר במה ירשתם בישיבה וק"ס למדנו מקרא דרות שלף איש נעלו דבעז קנה השדה ע"י ק"ס וכמו דמקח קרקע נקנה באחד מארבעה דברים הללו כמו כן שכירות קרקע נקנה בהם לכל ימי השכירות דשכירות ליומא ממכר הוא לזמן השכירות לעניין קניין וכן שאלת קרקע ומשכנתא נקנה בהם כמ"ש בסימן קצ"ה:

ב כיצד היא קניין כסף לאו דוקא שיתן לו כל דמי המכירה אלא אפילו מכר לו בית או שדה באלף זוז ונתן לו פרוטה או שוה פרוטה לתשלומין על הקניין והשאר זקף עליו במלוה קנה ואין אחד מהם יכול לחזור בו ואם לא זקף עליו במלוה יש חילוק בין עייל ונפיק אזוזי או לא כמו שיתבאר אבל פחות מפרוטה לאו ממון הוא ואין זה קניין כסף ולא עוד אלא אפילו מכר לו קרקע ששוה הרבה בפחות מש"פ ונתנה לו אף דזהו כל דמי הקניין מ"מ אין זה קניין כסף והוה כמתנה וצריך לקנות בקניין אחר ואע"ג דבק"ס הוי קניין אף בכלי שאין

---

*(וזאת לדעת, בכל הפסקי דינים הנמצאים בזה אינם אלא למקומות שבהם בני ישראל מתנהגים ע"פ ד"ת, ולא בארצותינו שבכן אנחנו מחויבים לנהוג ע"פ דינא דמלכותא, כידוע).

שאין בה ש"פ כמ"ש בסימן קצ"ה זהו לקניין חליפין דהתורה לא קפדה רק שיהיה כלי כדכתיב שלף איש נעלו ולא על שויו אבל בקניין כסף שלמדנו משדות בכסף יקנו דקפדה התורה על חשיבותא דכסף ופחות מפרוטה לאו כלום היא וגם כלי השוה פחות מש"פ לאו כלום הוא דשוה כסף לא עדיפא מכסף בכל מקום לבד חליפין ודע דפרוטה הוי חשיבות מקום בכל מקום ובכל זמן דכל שיעורי חז"ל נתקבלו איש מפי איש עד מרע"ה שקבלה מפי הקב"ה מסיני והרי גם עתה אנו רואים ברוב הישוב שבעד פרוטה יקנו כזית לחם או בצל או מחט וכיוצא בזה דלא כיש מי שמפקפק בזה:

ג זה שאמרנו דבקניין כסף א"צ שיתן כל דמי הקניין זהו דעת רוב הפוסקים ראשונים ואחרונים וכן סתמו רבותינו בעלי הש"ע וכ"מ מהש"ס קדושין [י:] וה"ז כקניין חזקה דאף דהחזיק במקצת הקרקע קנה כל הקרקע ועוד דקיי"ל בשארי מקומות דכתיב כסף הוה מקצת כסף [כתובות ל"ז:] וה"נ דכתיב שדות בכסף יקנו הוה מקצת ככל וכן עיקר לדינא [ואין לחוש למ"ש בס"מ ב"ב ע"ז: בשם תשו' לרי"ף והלכה כר"י בסזהב מ"ח: ול"ק מת"ש הרמב"ם פ"ח מממיטם דסיתר על המסכון מסמט והס"ם מדמי זל"ז דלסיפוך מדמיון וע' תו"ת סימן ס"ז ס"ק י"ג ומסתמו' אין ראיה ודו"ק]:

ד זה שאמרנו דמקצת כסף קונה זהו כשנתן לו בתורת פרעון אבל אם נתן לו בתורת עירבון כעין קנס כגון שא"ל הרי לך מקצת מעות ואם אחזור בי יאבדו מעותי אינו קונה רק כנגד המקצת שנתן דזהו רק בערבות שלא יחזור בו ודיו שיקנה כנגד ערבונו ולכן יש ליזהר כשנותן אוף גאב שקורין זאדאטא"ק שיתנם בתורת פרעון שיאמר לו הרי לך מקצת מעות כך וכך והמותר אתן לזמן פלוני ולא יאמר אם לא אתן לך לזמן פלוני יאבדו מעותי אלו שנתתי ואם עשה כן שניהם יכולים לחזור בהם על המותר אם לא היה קניין אחר ולא קנה רק נגד מעותיו ומן הגרוע שבשדה זו כדין מי שקונה חלק מחבירו בשדהו דנותן לו מן הזיבורית כמ"ש בסי' רי"ח ואם אמר הלוקח הנני נותן לך עירבון זה שאקנה בו כל הקרקע קונה כולה אבל אם לא פירש כל הקרקע אלא שאקנה סתם לא קנה אלא כנגד מעותיו וי"א דאף אם פירש הלוקח שיקנה בו כל הקרקע אינו כלום אא"כ שהמוכר פירש כן דסביר וקביל [סמ"ע] ורבינו הרמ"א סתם כדיעה ראשונה:

ה אמרו חז"ל [ב"מ ע"ז:] דכל זמן שלא שילם לו כל המעות ולא זקפן עליו במלוה אם המוכר יוצא ונכנס אצל הלוקח לתבוע מעותיו לא נגמר הקניין אפילו אם קנה בכל הקניינים בשטר וחזקה וק"ס מ"מ כיון שיוצא ונכנס אחר המעות ניכר הדבר שעיקר מכירתו היתה מפני דוחקו להמעות ולכן כל זמן שלא ישלם לו כל המעות לא קנה אף שנשאר רק מעט דאנן סהדי דכל זמן שלא קיבל כל המעות לא גמר המוכר בלבו להקנות לו וכן הדין במטלטלין אפילו אם משכם לרשותו אינו קונה בכה"ג ולדעת הרמב"ם בפ"ח ממכירה אין המקח קיים אפילו כנגד המעות שנתן דהרי נצרך לכל המעות ואדעתא דהכי לא מכר ומ"מ גרעו רז"ל את כח החוזר בו דהשכנגדו ידו על העליונה כגון אם הלוקח חזר בו יד המוכר על העליונה רצה אומר לו הילך מעותיך שנתת לי ואם רצה אומר לו קח מהקרקע כנגד המעות ומהזיבורית שבה ואם המוכר חזר בו יד הלוקח על העליונה רצה אומר לו תן לי מעותי רצה נוטל כנגד מעותיו מהעידית שבקרקע זו ולדעת הרא"ש והטור כל זמן שלא חזרו בהם המקח קיים כנגד המעות שנתן ובשחוזר אחד מהם המקח בטל ויד השני על העליונה כמו שנתבאר [הגר"א] ולשני דיעות אלו כשמקבל קרקע מקבלו כשער של עכשיו ולא כשער שפסקו כיון שהמקח בטל גם לדיעה שנייה משעה שחזר בו אחד מהם ממילא דנתבטל גם השער שפסקו אז [סס] ונ"מ בין שני דיעות אלו לעניין אם קידש הלוקח אשה בקרקע זו שכנגד מעותיו או הקנה אותה לאחרים בעוד שלא חזרו בהם דלהרא"ש והטור הוה כשלו וקדושיו קדושין ומקחו קיים ולהרמב"ם אינו כלום דעדיין לא היתה שלו:

ו אבל הרמב"ן והרשב"א והר"ן והנמק"י ס"ל דהקרקע שכנגד המעות קנה לגמרי ואין אחד מהם יכול לחזור בו ולבטלו [סס] והטעם דאע"ג דעייל ונפיק אזוזי מ"מ במקצת המעות שנתן היה דעתם שכנגד זה ישאר הקניין והחוזר בו יד שכנגדו על העליונה כמ"ש אלא שכשנוטל קרקע נוטל כפי השער שפסקו כיון שהמקח קיים לדיעה זו [סס] ואם שניהם חוזרים בהם וצריך ליטול מעותיו ואין לו מעות צריך לשלם לו בשוה כסף במטלטלין או בקרקע בינונית כדין בע"ח וכשער של עכשיו דכיון דשניהם חוזרים בהם וודאי דבטל המקח לגמרי [סס ס"ק ט"ו]:

ז וי"א דכן הוא הדין כשהמוכר חוזר בו נגד המעות שלא נתן עדיין יד הלוקח על העליונה בקיום המקח כנגד המעות שנתן אבל אינו נוטל רק מזיבורית שבה כדין מוכר חצי שדה דאינו נוטל רק מזיבורית וכפי השער שפסקו ואם ירצה יכול לומר כיון שחזרת בך נגד הדמים שלא נתתי גם אני אחזור בי נגד הדמים שנתתי ותן לי מעותי ואם אין לו המעות יכול לכופו שיתן לו מעידית שבה כשער של עכשיו דכיון דרצונו לקבל המעות ואין לו יפה כחו מבע"ח אבל כשרצונו בקיום המקח כנגד מעותיו אינו נוטל אלא מזיבורית וכשער שפסקו ואם הלוקח חוזר בו כנגד המעות שלא נתן יד המוכר על העליונה דאם רוצה מקיים המקח כנגד הדמים שקיבל ונותן לו מזיבורית שבה כפי השער שפסקו ואם ירצה מחזיר לו מעותיו ואם אין לו מגביהו מזיבורית שבנכסיו מכל זיבורית שהמוכר רוצה [נ"מ לסה"ס יסר"ן ובדברי הרמ"א בסעיף י' יש ט"ס ובזיבורית ל"ל כשער שפסקו ובעידית כשער של עכשיו ודו"ק]:

ובבל

ח ובכל מה שנתבאר לכל הדיעות דכשהמוכר חוזר בו יד לוקח על העליונה זהו דוקא כשהלוקח רוצה ליתן עתה המעות בשלימות ועכ"ז חוזר בו המוכר אבל אם הלוקח אין לו מעות ומבקש שימתין לו עוד זמן כמה יכול המוכר לבטל כל המקח ואין יד הלוקח על העליונה דבדין עביד ומחזיר לו מעותיו ואם אין לו משלם לו מבינונית כמו בע"ח [סמ]:

ט הא דאמרינן דכי עייל ונפיק אזוזי לא קנה היינו בדידעינן דלא מזבין אלא מפני שהוצרך להמעות והכל לפי ראות עיני הדיין דלפעמים אדם כשהוא בע"ח מוכר קודם זמן פרעון כדי שלא יראוהו שהוא דחוק למעות וידלדל מסחרו ואינו רוצה לקבל דמי המקח מהקונה עד שיצטרך לפרוע חובותיו פן יוציאם כשיהיה אצלו ולכן קבע זמן לפרעון ובהגיע הזמן דוחקו להקונה לפרוע לו מעותיו והקונה דוחה אותו והדיין רואה שהוא מוכרח עתה להמעות ועייל ונפיק אזוזי לא קנה:

י יש מי שאומר דעייל ונפיק אזוזי היינו שהלך לבקש מעותיו שני פעמים ולא שנא מצאו ובקש ממנו ולא שנא לא מצאו רק שגילה דע"ז שהלך לבקש ודוקא דעייל ונפיק ביום שקבע לו שיפרענו או ביום הקודם אבל קודם זמן זה אפילו הלך כמה פעמים אם לא הלך ביום קביעת הזמן או ביום הקודם אינו כלום ואפילו עייל ונפיק למחר אחר יום קביעת הזמן המקח קיים ואין יכולין לחזור בו עוד דכן אמרו חז"ל דעתו דאלמלי היה מוכרח להמעות היה בא ביום הקביעות או ביום הקודם וכן להיפך כשבא בימים אלו אפילו שתק אז בעת שהקונה השיבו שאין לו המעות עדיין ולאחר כמה ימים חזר בו המוכר הרשות בידו דמאז שתבעו נתבטל המקח כשלא נתן לו המעות וביום הקבוע להפרעון יש לו להלוקח זמן כל היום ואפילו היה אצלו המוכר הרבה פעמים ביום זה ולא נתן לו וקודם חשיכה הביא לו המעות נתקיים המקח ואין יכולין לחזור בו עוד ואין להקשות למה לן טעמא בביטול המקח מפני דעייל ונפיק אזוזי והרי כיון שקבעו יום זה לפרעון ולא פרע לו ממילא דנתבטל המקח די"ל דוודאי אם המוכר היה מתנה שישלם לו לזמן פלוני ואם לאו יתבטל המקח היה המקח בטל גם בלא טעם דעייל ונפיק אזוזי אבל כשלא היה תנאי בדבר רק שקבע לו זמן לפרעון לא נתבטל המקח בזה שלא נתן לו להזמן שקבע אלא משום דעייל ונפיק אזוזי ובלא טעם זה לא היה דעתו שבשביל המשכת הזמן יתבטל המקח ובסעיף ט"ו יתבאר עוד בזה בס"ד:

יא לפי מה שנתבאר מקרי עייל ונפיק אזוזי באחד משני דרכים או שהב"ד יודעים שלא מכר אלא מפני שהיה מוכרח להמעות לאותו זמן שקבע או שנתברר להם שלא מכר אלא מפני הכרחיותו להמעות לאותו זמן שקבע כמו בסעיף ט' ואז א"צ להפרטים שנתבארו בסעיף הקודם או אף שלא נתברר זה לב"ד רק שראינוהו הולך לבקש מעותיו שני פעמים ביום שקבע או ביום הקודם דבזה עצמו נתברר שעיקר מכירתו הוא מפני הכרחיותו להמעות דאל"כ לא היה הולך שני פעמים ביום אחד ולכן אם יש לתלות סיבת הליכתו לבקש המעות בטעם אחר תלינן כיצד כגון שמכר שדהו מפני רעתה אף שהוא יוצא ונכנס ותובע הדמים קנה הכל ואין יכולין לחזור בהן שזה שרודף אחר המעות לא מפני שעדיין לא נגמר והקנה אלא דחרד שלא יחזור בו הלוקח ואע"ג דאם לא היה עייל ונפיק אזוזי כ"ש שהלוקח לא היה יכול לחזור בו מ"מ ירא לנפשו שלא ידחנו הלוקח בלך ושוב וימצא תואנה לבטל המקח ולכן ממהר לקבל המעות וכן מי שמכר נכסיו מפני שרוצה לעקור דירתו מכאן ולדור בעיר אחרת כמוכר שדהו מפני רעתה דמי דהוא בהול לאסוף מעותיו וכן סחורה העשויה להתקלקל כמו פירות ויינות וכיוצא בזה הוה כמוכר מפני רעתה דלבו חרד שלא יתקלקלו וימצא הלוקח תואנה לחזור בו ולכן רוצה לקבל מעותיו [סמ"ע]:

יב לקח שוה מנה במאתים ונתן לו מקצת דמים והמוכר נכנס ויצא לתבוע שאר המעות ה"ז ספק אם זהו כמוכר מפני רעתה אם לאו מפני שי"ל דמפני שמכר לו ביוקר ירא שהלוקח לא יחזור בו ומן הדין אינו יכול לחזור כגון שאין בזה דין אונאה ומ"מ מתירא שהלוקח לא ימצא תואנה לבטל המקח או אפשר דאין לחוש לזה ואין המוכר שם לבו לרוץ אחר מעותיו מטעם זה ולפיכך אחד משניהם הבא לחזור בו אינו יכול מפני שהמכירה היא וודאית והקניין נגמר והביטול הוא ספק וגם המוכר אינו יכול לבטל את המכירה אם נתייקרה הרבה אף שיש לו חזקת מרא קמא [ט"ז] ואף אם גם הלוקח אינו מוחזק בהקרקע או בהחפץ כיון שגם המוכר אינו מוחזק אין המוכר יכול לבטל במקח ברור כזה מיהו אם תפס המוכר מהמקח שמכר כנגד המעות שנשאר לו אין מוציאין מידו דתפיסתו מהני בזה כיון שטוען ברי שהיה דחוק למעות [סמ] ואע"ג דבקרקע לא שייך תפיסה מ"מ כיון שתפסה ומחזיקה ת"י אין בנו כח להוציא מידו ואם ביכולתו לבטל גם מה שכנגד המעות שכבר קיבל תלוי בהדיעות שנתבארו בסעיף ה' וסעיף ו' אבל תפיסה אחרת כגון שיתפוס דבר אחר של הלוקח אין ביכולתו לבטל המקח בתפיסה כזו [סמ"ע] ולהלוקח לא מהני שום תפיסה כשבא לבטל המקח דהא לא יוכל לטעון ברי מה היה בלבו של דמוכר [נה"מ]:

יג וכן אם בקש למכור שדה במאה זוז ולא מצא קונה על מאה והוצרך למכור שדה של מאתים וקבל קצת מהדמים ועייל ונפיק אאשאר הדמים לא קנה ושניהם יכולים לחזור בהם דוודאי הוצרך למעות כדי לקנות לו שדה במאה ואם הוא בעניין שאם היה רוצה למרוח היה מוצא למכור במנה ולא טרח ומכר במאתים ה"ז ספק אם הוא כמוכר שדהו מפני רעתה שגם בזה נראה שהיתה רעה בעיניו מדלא טרח למכור במאה ואינה מבטלת המכירה במה דעייל ונפיק אזוזי או אפשר שלא היתה

היתה רעה בעיניו רק שהמירהא קשה עליו ולכן עייל ונפיק אוזי כדי לקנות אחרת של מאה לפיכך הדין כמ"ש בסעיף הקודם :

יד כבר בארנו בסעי' ה' דבדין עייל ונפיק אוזי דין המטלטלין כקרקעות שאפילו משכן והכניסן לביתו והמוכר עייל ונפיק אוזי לא קנה ואדרבא במטלטלין יש חומר יותר דבקרקעות נתבאר שם דכנגד מעותיו שנתן המקח קיים ובמטלטלין אין זה רק בדבר שראוי לחלוק כמו הבואה ומיני סחורות הראוים לחלוק אבל מה שאינו ראוי לחלוק כגון בעל חי וכיוצא בזה בטל המקח לגמרי אף כנגד הדמים שנתן לפי שלחלוק א"א ובשותפות אין השני מתרצה ובקרקע אפילו אם אין בהקרקע שכנגד המעות שיעור הראוי שנתבאר בסימן קע"א מ"מ קונה השיעור הזה לפי שראוי להצטרף לקרקע אחרת [סמ"ע] ויש חולקין בזה דבכה"ג הוי כמטלטלין שאין בה דין חלוקה [ט"ז] אבל כשאמר ערבוני יקון שנתן לו בתורת עירבון כמ"ש בסעיף ד' בזה אין חילוק בין קרקע למטלטלין בכל עניין וקונה כנגד מעותיו כמ"ש שם :

טו לפיכך עצה טובה למי שקונה קרקע או מטלטלין ואינו נותן דמי המקח בשלימות בשעת הקנייה יראה הלוקח שהמוכר יזקוף עליו המעות הנשארים במלוה דאז הוי כדבר בפ"ע ואינו שייך להקנייה ואף כי עייל ונפיק אזוי או אף אם לא יסלק לו כלל אין הקנייה בטילה [סמ"ח לסע"ז סימן ק"ך סק"ס] אבל אם לא זקף במלוה וקבע זמן לתשלום המעות ולא שילם כלל בטלה המכירה אבל אם רק המשיך וסוף סוף שילם לו אין המכר מתבטל בכך ויש מי שאומר דגם בהמשכת הזמן בטלה המכירה ולא נהירא לי דאין זה אלא אם מכר לו שיתן המעות מיד ולא נתן דבזה וודאי דבטלה המכירה וגזל הוא ביד הלוקח דכיון שא"ל לשלם לו מיד וודאי כוונת המוכר היה שאם לא יתן לו מיד שלא תהא מכירתו מכירה כלל אבל לא כשקבע לו זמן ולא התנה בפירוש שאם לא יתן להזמן שתתבטל המכירה [כ"מ נסמ"ח סם ודברי סנתס"מ סק"ז ל"ע וכוונת הרי"ף ל"ל כמ"ס כדמוכח לסדיא ממ"ס בטוס"ע סעיף ע"ז ודו"ק] :

טז הקונה דבר מחבירו ונתן לו הדמים וטעה במניין המעות ולאחר זמן תבעו המוכר וא"ל מאה שנתת לי אינם אלא צ' ובירר שכן היה נקנה המקח ומחזיר לו העשרה אפילו אחר כמה שנים בין במטלטלין בין בקרקע ואע"פ שהקניין לא היה אלא בכסף לבד [ס"ך] ודוקא כשהיה זה אחר זמן אבל אם היה זה ביום המכירה שבא אליו ובירר לו שלא היה אלא צ' ועייל ונפיק אזוי כמ"ש לעיל [כס"מ] :

יז יש לפעמים שקניין כסף בקרקע הוא אף שהמוכר אינו מקבל המעות כיצד הרי שראובן אמר לשמעון תן מנה ללוי וקנה לך קרקע שלי קנה כשנתן המעות ללוי דכמו דערב משתעבד באמירה בעלמא קודם מתן מעות כמ"ש בסימן קכ"ט כמו כן לא גרע ראובן מערב דעל דיבורו נתן ללוי ונתחייב ראובן למסור לו שדהו וא"צ שמעון לומר לראובן שדה שלך תקנה לי במה שנתתי מנה ללוי דדי באמירת המוכר [סמ"ע] :

יח וכן יש לפעמים דאף שאין הלוקח נותן המעות להמוכר אלא אחר נתן המעות נקנה השדה להלוקח כיצד הרי שראובן אמר לשמעון הילך מנה ותהיה שדך מכורה ללוי כיון שקבל שמעון המנה נקנית השדה ללוי ודין זה נלמד מקניין עבד דכמו שאם אחד אומר לאדון העבד הרי לך מנה וישתחרר עבדך כיון שקבל הארון המעות יצא העבד לחירות כמ"ש ביו"ד סימן רס"ז כמו כן לעניין מכר ואם ראובן זה נתן כל דמי השדה משלו זוכה הלוקח אף אם לא ידע כלל מזה דזכין לאדם שלא בפניו [קצס"מ] אבל אם היתר על המנה צריך הלוקח ליתן אף שמנה זו נותן לו ראובן במתנה לא זכה הלוקח בלי ידיעתו ולא קנה אא"כ ידענו שהלוקח חפץ בקנייה זו כגון שעשאו שליח או שאמר להמוכר שדך קנויה לי בהמעות שנתן לך ראובן וי"א דאף אם כל המעות משל ראובן ונתנם במתנה להלוקח צריך דעת הלוקח [כס"מ] ולדינא העיקר כדיעה ראשונה ועמ"ש בסימן קפ"ב :

יט וכן יש לפעמים אף אם הלוקח אינו נותן מעות והמוכר אינו מקבל מעות ולא עוד אלא אפילו הלוקח עצמו מקבל מעות ונקנה לו השדה כיצד הרי שאמר ראובן לשמעון תן מנה ללוי ותהיה שדי מכורה ללוי כיון שקבל לוי המנה משמעון נקנית לו ללוי עצמו השדה של ראובן דמה שהמוכר אינו מקבל המעות נלמד מערב ומה שהלוקח אינו נותן המעות נלמד מעבד ומה לי אם היתה דבר דבר בפ"ע או שהיו שניהם כאחד ואם צריך לזה רצון הלוקח דינו כמ"ש בסעי' הקודם :

כ ולא עוד אלא אפילו לפעמים המוכר נותן דמים ללוקח וזהו הקניין כגון שהלוקח הוא אדם חשוב ויש לו להמוכר כבוד בזה שהלוקח מקבל ממנו מתנה וא"ל המוכר להלוקח הילך מנה ובזה תהי שדי מכורה לך כיון שזכה הלוקח בהמעות נקנה לו השדה דמה לי אם המוכר נהנה בקבלת מעות או שנהנה במה שהלוקח מקבל ממנו מתנה וא"צ הלוקח לומר שדך קנויה לי בקבלתי המנה כיון שמדבר עם המוכר עצמו די באמירת המוכר לבד כמו בסעיף י"ז [סמ"ע] וכן הדין בקדושין כמ"ש באהע"ז סימן כ"ז וי"א דאף במטלטלים הדין כן דאע"ג דכסף במטלטלין אינו קניין רק לעניין מי שפרע מ"מ בכה"ג קנה דדמי לחליפין דכמו דקונה בחליפין מפני הנאת קניין הסודר שהמוכר תופס כמו כן הנאה זו שהלוקח מקבל ממנו מתנה הוי כחליפין [ר"נ פ"ק דקדושין] וזה אינו רק לדיעה שיתבאר בסימן ר"ג דחליפין שוה בשוה לא בעינן כלי דוקא ולכן אם נותן לו כל שדהו בעד קבלת מתנה זו הוי כחליפין שוה בשוה אבל אם כסף זה שנותן להלוקח אינו רק לקניין והמותר צריך הלוקח לשלם להמוכר אינו קונה בכה"ג במטלטלין רק לעניין מי שפרע דבחליפין בעינן כלי והנאה זו לא עדיפא

מכסף

מכסף עצמו כשמקבל המוכר והרי מעות אינו נעשה חליפין מגזירת הכתוב [כס"מ] ולדיעה אחרת שיתבאר שם דאף בשוה בשוה בעינן כלי דוקא אין קניין זה כלל במטלטלין לבד למי שפרע כדין כסף [סס]:

כא ראובן שהיה חייב לשמעון מנה והגיע זמן הפרעון ואמר שמעון לראובן אמכור לך קרקע במנה ונתרצה ראובן ונתן לו מנה על קניין הקרקע ה"ז נקנה הקרקע לראובן ואין שמעון יכול לומר לא היתה כוונתי כלל למכור הקרקע אלא לגבות החוב כי לא יכולתי לגבות ממך באופן אחר דכיון דקרקע אין ביכולת ראובן להבריח ויהיה ביכולת שמעון לגבות תמיד חובו אמרינן דכוונתו היתה למכר גמור אבל במטלטלין כה"ג יכול לעכב המעות בחובו וא"צ לקבל מי שפרע כיון שהגיע זמן הפרעון אמנם אם רצון הלוה לשלם לו גם החוב והמכר יתקיים הרשות בידו וכשהמלוה אינו מתרצה בזה מקבל מי שפרע והטעם בכ"ז דכל מה שאנו יכולים לקיים הדברים צריכים לקיים ומה שאומר מה שחשב בלבו הם דברים שבלב רק במקום שאומדנא מוכחת להדברים שבלב כמו במטלטלין ואין רצון הלוה לשלם את החוב אנו מבטלים הדברים דוודאי היתה כוונתו להציל חובו ולכן י"א שאם מיד כשקבל המלוה את המעות מהלוה א"ל דע לך שרצוני רק לגבות חובי ולא למכור קרקע שלי הדין עמו [כס"מ] דכיון דא"ל תיכף אחר קבלות המעות נראה להדיא שכוונתו היתה רק לגבות חובו ועמ"ש בסימן פ"ה:

כב קניין כסף אינו אלא דוקא בכסף או שוה כסף מזומנים אבל במלוה אינו קונה כגון שראובן היה חייב לשמעון מנה וקנה שמעון מראובן קרקע במנה זו שחייב לו וקניין אחר לא היה ביניהם אין זה קניין כסף אע"ג דההלואה עדיין היא בעין דהא מלוה להוצאה ניתנה ואין לשמעון עליו רק חוב בעלמא ואין לו במה לקנות וכמו דקיי"ל לעניין קדושין באהע"ז סימן כ"ח דהמקדש במלוה אינה מקודשת כמו כן במכירה ולכן בפקדון שיש להלוקח אצל המוכר והפקדון בעין או מקצתו בעין יכול לקנות בזה דכיון דפקדון לאו להוצאה ניתנה הוי כמזומן וכן בשאלה שהשאיל לו חפץ דהדרא בעיניה יכול לקנות בו אף כשהוא עדיין בתוך ימי השאלה דנתוסף לו עתה הנאה בהחפץ שיכול גם למוכרו [כ"ל]:

כג הקונה מחבירו קרקע ופסקו הדמים והניח משכון עליהם לא קנה וכל הרוצה לחזור משניהם חוזר וכך אמרו חז"ל מנה אין כאן משכון אין כאן דמשכון אינו אלא לבטוחות על החיוב שקדם להמשכון כמו הלואה או שהקניין היה בדבר אחר ונתחייב לו ממון והחזיק בהמשכון לבטוחות בעד חיובו בהממון שנתחייב לו אבל שיקנה בהמשכון עצמו שיהיה ככסף או שוה כסף אינו כלום כיון דבלא המשכון אין כאן קניין כלל ולכן אם א"ל קנה בגוף המשכון כפי מעותיך קנה דקנה גוף החפץ ואינו בתורת משכון כלל וזה מועיל לכל הפוסקים [קל"ח] וגם בקדושין הוי קדושין בכה"ג כמ"ש באה"ע סימן כ"ט:

כד נתן להמוכר שט"ח על מעות הקנייה יש בזה מחלוקת הפוסקים אי הוה ככסף או לא די"א דכיון דנשתעבד בהשט"ח ונשתעבדו נכסיו הוי ככסף וקנה בו וי"א דאע"ג דנכסיו נשתעבדו מ"מ כיון דעדיין לא יצא מעולם הכסף מרשותו לרשות מוכר אין זה ככסף [עקל"ח] וכן נראה עיקר דבכל מקום שיעבוד אינו כשלו והרי יש דברים שמפקיעין השיעבוד כמו הקדש חמץ ושיחרור אלמא דאינו כשלו ואם נתן לו שט"ח שיש לו על אחרים י"א דאינו קונה כשיכול למחול להלוה [ס"ך] וי"א דקנה דהא אף אם ימחול להלוה הלא יצטרך לשלם לו מדינא דגרמי כמ"ש בסימן ס"ו ואע"ג דבאשה כה"ג אינה מקודשת כמ"ש באהע"ז סימן כ"ח היינו טעמא מפני שהאשה בושה לתבוע ולא סמכה דעהה אבל המוכר יתבענו אם ימחול [קל"ח] ובשטר ממרנ"י שנכתב לכל המוציאו אף לדיעה ראשונה הוי קניין [ס"ך] ולא דמי שט"ח של אחרים לשט"ח שנותן להמוכר עצמו דבשל אחרים כבר יצא הכסף מרשותו אלא שיש לו שיעבוד נכסים על הלוה וכשמוסר לו השט"ח נמסר גם השיעבוד להמוכר ובכל מה שהאשה מתקדשת בהם קידושי כסף כמו בהנאת מחילת מלוה גם לעניין מכר קנה [תוס' ב"מ מ"ו]:

כה אמרו חז"ל דזה שכסף לבדו קונה בקרקע בד"א במקום שאין דרך לכתוב שטר אבל במקום שדרך לכתוב שטר לא קנה עד שיכתוב את השטר ושניהם יכולים לחזור בהם דלא סמכה דעתיה דלוקח עד כתיבת השטר בין שהשטר הוא שטר קניין בין שהוא שטר ראיה רק בשטר ראיה כשכותב השטר קונה למפרע משעת נתינת המעות ובשטר קניין אינו קונה רק משעת השטר [ב"י] ולכן במקום שהמנהג שבכל זמן שלא בא קיום מערכאות לא נגמרה המכירה אין הקניין נגמר עד שיתקיים בהערכאות וכשנגמר קונה למפרע משעת הקניין בלא זה הכל לפי תנאם ואף גם במקום שנהגו לכתוב שטר אם התנה הלוקח ואמר אם ארצה אקנה בכסף ואם ארצה אקנה בשטר ונתן הכסף על תנאי זה ה"ז קיים ואין המוכר יכול לחזור בו והלוקח יכול לחזור בו וכן אם התנה המוכר בזה תלוי בו ולא בלוקח ובחזקה וק"ס א"צ שטר כמו שיתבאר בס"ד:

כו ובמקום שנהגו לכתוב שטר ונתן מקצת המעות שבארנו דלפעמים אינו קונה רק כנגד מעותיו אין זה בשטר דשטר אינו קונה לחצאין דדוקא בכסף בלחוד הוא דאמרינן דמקצת הכסף קנה מקצת הקרקע אבל כיון שהקניין הוא בכסף ושטר כל שלא קנה כולה לא קנה גם מקצתה מיהו אין זה רק בשטר קניין ולא בשטר ראיה [כ"ל] ואם התנו הכל לפי תנאם דכלל גדול הוא דכל תנאי שבממון קיים:

כז המכר שלא היה מכר ואח"כ נתרצו שתהיה מכר צריך לעשות קניין מחדש והקניין שלפניו אינו כלום כגון מי שהעלילו עליו ורצו המעלילים ליקח בגזילה קרקעותיו ובקש אחד מאוהביו שיעשה לו שטר מכירה בעדים על קרקעותיו והיה ביניהם אמנה שלא יעכבם רק עד שתעבור הסכנה אע"פ שקבל המעות בפני עדים מ"מ כיון שגם הלוקח מודה שלא היתה רק להברחה בעלמא מהמעלילים בטל המקח אף כשנתרצו אח"כ שתהא המכר קיים וצריכים לעשות קניין אחר ופשיטא שהשטר שעשו מקודם ה"ל מוקדם ופסול גם בלא זה הטעם שנתבאר:

כח אם המוכר אומר שהיתה אמנה ביניהם והמכר לא נעשה רק להברחה והלוקח מכחישו ואין עדים בדבר אין המוכר נאמן דלאו כל הימנו לעקור קניינים בדברים כאלו בלא ראיה אא"כ יש אומדנא דמוכח שלא נעשה רק להבריח כעניין שנתבאר באהע"ז סימן צ' שלא שייר לעצמו כלום והיה מוכרח לעשות כן כעניין שבסעיף הקודם וכיוצא בזה ואין הלוקח אוכל הפירות [ולע"ג דבב"ם סס סקל"א מבואר דהלוקח אוכל הפירות וזהו דאל"כ איך הבריח מבעלם מהא"כ כאן]:

קצא [דין קניית קרקע בשטר ובו ח' סעיפים]

א בשטר כיצד כתב לו שדי מכורה לפלוני בן פלוני כיון שהגיע השטר ליד הלוקח קנה אע"פ שאין שם עדים כלל רק ח"י המוכר לבד דלא איברו סהדי בר"מ אלא לשיקרא כדי שלא יוכל לכפור וכיון שמודה המוכר שזו היא חתימתו או שיש עדים על החתימה ששלו היא נגמר הקניין וצריך לכתוב איזה שדה שמוכר לו וכן במתנה כיון שכתב לו שדי נתונה לפלוני בן פלוני קנה כמ"ש בסימן רמ"ה ואם כתב סתם שדי מכורה או נתונה לך ולא פירש שם הלוקח או המקבל מתנה ובא ראובן בזה השטר ואומר שהוא הלוקח או המקבל מתנה נאמן כיון דתופס השטר ולא חיישינן שמא נתן לאחר ונפל ממנו ומצאו זה דלנפילה לא חיישינן כמ"ש בסימן נ' לעניין הלואה ואע"ג דבשם יש חילוק בין שטר בעדים לשטר בחת"י זהו מפני שעל כת"י נאמן לומר פרעתי ולכן נאמן ג"כ לומר שנתנו לאחר במיגו דפרעתי אבל במכירה ומתנה לא שייך זה ואם רק נתקיימה חתימתו נותנין השדה להתופס הזה ואם ראובן מודה שנמכרה לאחר והאחר מסרה לידו אינו כלום כשאין לו שטר מכירה מהאחר וכן אם כתוב בשטר לכל מוכ"ז אינו כלום אף דבהלואה מהני זהו מפני שיעבוד הגוף אבל במכירה ומתנה דצריך קניין אין זה קניין ואם המוכר אינו חתום בהשטר צריכים שני עדים לחתום עליו אבל עד אחד אינו כלום אף שהמוכר מודה דעד אחד בשטר לאו כלום הוא כשאין שם קניין אחר לבד השטר הלזה ואם העד השני אומר שבפני שניהם נמסר השטר אע"פ שאין חתום בו אלא אחד הוי קניין להפוסקים דס"ל עידי מסירה כרתי ואף אם שניהם אינם חתומים בו הוי שטר גמור כמ"ש בסימן נ"א סעיף ב' ושטר ששני עדים חתומים בו וכל אחד לא ידע מחתימת חבירו מ"מ הוה שטר גמור דאע"ג דבהלואה אינו כשטר לעניין משעבדי כמ"ש שם זהו מפני שלגבות ממשעבדי צריך יציאת קול ובבכה"ג ליכא קלא אבל בשטר קניין א"צ הוצאת קול [נ"ל]:

ב אע"ג דבשטר הלואה צריך לכתוב על דבר שאינו יכול להזדייף כמ"ש בסימן מ"ב אבל שטר קניין יכול לכתוב על מה שירצה דדוקא שטר העומד לראיה צריך שיהא ראוי להתקיים ימים רבים אבל שטר קניין א"צ אלא לקנות בו לשעתו [סמ"ע] ולכן בין שכתב לו על הנייר ובין שכתב לו על החרס ואפילו על עלה של זית או של שאר פירי אף שאינו שוה כלום [הגר"א] מ"מ הוי קניין וכיון שהגיע השטר לידו קנה והנייר והדיו צריך להיות של המוכר והנותן כדכתיב ספר המקנה ושכר הסופר יתן הלוקח כמ"ש בסימן רל"ח ויש מי שאומר דזהו רק כשהשטר הוא רק שטר ראיה על ימים רבים אבל בשטר קניין צריך המוכר ליתן השכר או שיקנה השכר להלוקח [קל"ח] ולא נראה כן מכל הפוסקים ורק הנייר והדיו צריך להיות משל מקנה ולא שכר הכתיבה [כס"מ] או אפשר דשכר כתיבה אקניי אקני רבנן להמוכר [רמב"ן] אבל עכ"פ הלוקח או המקבל מתנה נותן שכר הסופר וכן עיקר לדינא [וכ"מ בב"ב קס"ח. דפריך פסיטא ודו"ק] ואם כותבין שטר למוכר בלא לוקח או ללוקח בלא מוכר יתבאר שם בס"ד:

ג אמרו חז"ל דזה ששטר לבדו קונה בלא כסף בד"א במוכר שדהו מפני רעתה או שרצונו לעקור דירתו לעיר אחרת כמ"ש בסימן ק"ץ סעיף י"א דבכה"ג וודאי ניחא ליה למוכר להקנות להלוקח שדהו ע"י השטר לבדו כדי שלא יחזור בו הלוקח אבל בשארי קרקעות אף שהגיע השטר ליד הלוקח ובעדים מ"מ לא קנה עד שיתן דמים משום דלא סמכה דעתו דמוכר עד נתינת הדמים וצריך ליתן כל הדמים וזה שנתבאר שם דבמקצת דמים קונה הכל היכא דלא עייל ונפיק אזוזי זהו דוקא בנותן הדמים לשם קניין אבל דמים הללו לא לשם קניין הן שהרי קנה בשטר אלא לפרעון נתן לו וכל זמן שלא נתן לו כל המעות אין כאן הוכחה דניחא ליה להמוכר שיקנה ולכן אינו קונה אף נגד מעותיו דכיון דהקניין הוא בשטר אין קניין למחצה [ב"י בשם הר"ן] ודוקא בקניין שטר הדין כן אבל בחזקה קונה לגמרי גם בלא נתינת מעות ובלא שטר אם לא עייל ונפיק אזוזי מפני שעשה מעשה בגוף הקרקע

הקרקע [סס פ"ק דקדושין] וכן בקניין חליפין קונה ג"כ בלא מעות ושטר דאלים קניינא דק"ס [סס] מפני שקונה בו גם במטלטלין והחליפין הם כמו כסף ממש ובמטלטלין לא שייך שטר דמטלטלי לאו בני שטרא נינהו [ב"ק ע"ט:] וא"א לחלק בק"ס בין מטלטלין לקרקעות דמחד קרא נפקי [כ"ל] ואם מכר לו קרקע בעד חוב שחייב לו מכבר וכתב לו שטר שדי מכורה לך קנאה לגמרי דהא א"צ לקבל דמים [סמ"ע] ולכן אם הלוקח צריך להשלים לו מעות שהחוב אינו כנגד כל הקרקע לא קנה עד שישלים לו וכן אם החוב היה בשטר לא קנה עד שיחזיר לו שטרו [כ"ל]:

ד אם התנה הלוקח שיקנה בשטר לחוד מהני אפילו באינו מוכר מפני רעתה [גס"מ] ואף אם המוכר שתק דבכה"ג שתיקה כהודאה דמי [כ"ל] וכן אם נשבע המוכר או נתן ת"כ או קבל בנדר שלא יחזור בו קנה בשטר לחוד [סס] וכן אם זקף המוכר את המעות על הלוקח במלוה ג"כ קנה בשטר לחוד ובכסף בלא שטר אינו קונה אף במוכר מפני רעתה במקום שדרך לכתוב שטר דהלוקח לא סמכה דעתו דנתן מעות ואין לו מה להראות [סס]:

ה עיקר נוסח קניין שטר שיכתוב בלשון הוה שדי מכורה לך דמשמע להדיא שמוכר לו בשטר זה ולא יכתוב מכרתי דמשמע שכבר מכר ואינו אלא לשון הודאה ומ"מ כתבו רבותינו דשטרי דידן אף שנהגו לכתוב בלשון עבר מ"מ מדמבואר בהם עניין המכירה בפרטית ומשאר לשון השטר מוכח שמוכרו לו עתה אין קפידא בזה שכותב מכרתי ויש לפרשו גם בלשון הוה כדכתיב נתתי כסף השדה קח ממני ופירושו הנני נותן שהרי אח"כ נתן אברהם לעפרן את הכסף דבעניין מקח כיון שהדבר נגמר ידברו בההוה כאלו כבר עבר אמנם אם כתב לו בפירוש בלשון השטר שהוא רק לראיה בעלמא אין הקרקע נקנית על ידו וצריך קניין אחר וזהו רק במקום שקונין בשטר לחוד אבל במקום שקונים בכסף וכותבים שטר ג"כ מהני ג"כ שטר ראיה להכסף וקונין בו [סמ"ע] דגם בשטר כזה סמכה דעתו דלוקח ואדרבא בשטר הזה קונה למפרע כמ"ש בסימן ק"ץ סעיף כ"ה:

ו אם יש בנתינת המעות הכחשה בין המוכר להלוקח שהמוכר אומר לא נתת לי עדיין המעות והלוקח אומר נתתי לך אע"ג שיש להמוכר חזקת מרא קמא על קרקע זו והממע"ה מ"מ אם דרך המקום לקבל המעות מהלוקח ואח"כ לכתוב שטר וכתוב בשטר שהמוכר קיבל המעות נאמן הלוקח דברור הוא שאם לא היה מקבל המעות לא היה כותב את השטר ופשיטא שלא היה כותב שקבל המעות אבל במקום שכותבין שטר ואח"כ נותנים מעות צריך הלוקח להביא ראיה דהקרקע היא בחזקת המוכר ומה שכתוב בהשטר שקבל המעות כותבין על שם העתיד וכן אם לא הוזכר בשטר כלל מקבלת המעות אף במקום שניתנים מעות ואח"כ כותבים שטר הדין עם המוכר כיון שיש בו ריעותא שלא הוזכר בו נתינת המעות יש לחשוש ששינה מהמנהג וכתב מקודם את השטר ולכן לא הזכיר מהמעות [סמ"ע] וי"א דזהו רק בשטר קניין אבל אם הקניין היה בדבר אחר כמו בק"ס או בחזקה או במקצת מעות והשטר הוא לראיה בעלמא לעולם הלוקח נאמן אף שאינו כתוב בשטר שקבל המעות [גס"מ] והטעם דכיון דכבר קנה באיזה קניין עומדת הקרקע ברשות הלוקח והמוכר הוא המוציא ועליו הראיה וי"א עוד דגם בשטר קניין אין המוכר נאמן רק במקום שיש לבטל גוף המכירה כגון במקום שאין קונים בשטר לחוד וכשהמוכר אומר שעדיין לא קבל המעות בטל המקח לפי דבריו והוה כטוען על גוף המכר ומוקמינן הקרקע בחזקתו ועל הלוקח להביא ראיה אבל במקום שקונים בשטר לחוד כגון שזקף המעות במלוה או במוכר מפני רעתה שהמקח קיים ואין טענת המוכר רק על הדמים הוה כמלוה ע"פ והלוקח נאמן בהיסת [מסריי"ע וכ"מ מתשו' הרשב"א שסובר כב"י] וכן אם הלוקח החזיק כבר בהשדה נאמן גם בלא שטר דחזקה שלא היה המוכר מניחו לירד להשדה עד שיתן לו הדמים ולכן אם ידוע שהלוקח החזיק בה גם קודם המכירה כגון ששכרה וכיוצא בזה או שהחזיק שלא בפני המוכר אין חזקתו ראיה וכן אם הביא הלוקח עידי קניין ולא זקף המעות במלוה ואין שטר ביד הלוקח נאמן המוכר לומר שעדיין לא קבל המעות ועל הלוקח להביא ראיה [גה"מ] וכל זה דברי טעם הן ובכל מקום שעל האחר להביא ראיה יכול להשביע להשני היסת ולומר לו השבע שכדבריך כן הוא ותהיה כדבריך ובכל מקום שנזכר שטר צריך להיות השטר מקויים אי שיכול לקיימו ובלא זה אין שם שטר עליו:

ז מכר לו קרקע בשטר וא"ל קני לך לאחר שלשים יום ונקרע השטר או נשרף או נאבד תוך השלשים יום אם א"ל קני לך מעכשיו ולאחר שלשים יום קנה דהא הקניין התחיל מיד ובשעה שחל הקניין היה השטר בעולם אבל אם לא אמר מעכשיו לא קנה דהרי הקניין התחיל לאחר ל' ואז לא היה השטר ובמה יקנה אז וה"ה בקניין חזקה אם היה חלות הקנייה לאחר ל' יום וכשהגיע הזמן לא מינכרא חזקתו כגון שהחזיק בנעילת דלת או ברפיקת קרקע אינו קונה אבל כשהחזקה קיימת כגון שעשה גדר וכה"ג וודאי דקנה [כ"מ בריש סמפקיד] וכן בקניין חליפין אינו קונה בכה"ג [ש"ך] דהרי הסודר שקנה בו הוחזר מיד לבעליו כנהוג בק"ס אבל בקניין כסף קנה גם בכה"ג ואפילו אכל המעות או נאבדו בתוך הזמן דכיון דאם לא יתקיים המקח חייב להחזירן להלוקח הוה כאלו הם בעין וי"א דאם לא נשתמש המוכר בהמעות ונאנסו מידו תוך הזמן לא קנה בלא מעכשיו דכיון שלא השתמש בהמעות אינו חייב באונסין ואין הקניין קיים לאחר הזמן [עקצ"ח וגס"מ]:

ח יש מקומות שנוהגין כשאחד מוכר בית או חנות או קרקע לקבל בק"ס גם מאשת המוכר ומקבלין קניין ממנה

ממנה תחלה ואח"כ מבעלה וכותבין בהקניין שהיה קניין אשה והדר בעלה והטעם כדי שלא תאמר נחת רוח עשיתי לבעלי כמ"ש באהע"ז סימן צ' ואע"ג דבעיקר קניינה אין בה צורך כלל דאין על האשה לעבב המכירה דאין לה רק שיעבוד על כתובתה כשיגיע זמנה לגבות במיתת בעלה או כשיגרשנה ולא יהיה לה ממקום אחר לגבות אבל כל זמן שהבעל בחיים ולא גירשה אין ביכולתה לעכב כמ"ש שם מ"מ נהגו כן ולפי המנהג אין ביכולתה לערער אף בהגיע זמן גבייתה מפני שסילקה שיעבודה מקרקע זו אבל זה פשיטא שאיננה חייבת באחריות כשטרפוה מהלוקח ואף שלפי לשון השטר משמע שגם היא בכלל אחריות מ"מ מבורר הדבר דכוונת האחריות אינו רק על האיש ולא עליה [ב"ש סס ס"ק ס"ג] אא"כ כתוב מפורש שהיא קבלה אחריות בפירוש :

סימן קצב [דין קניית קרקע בחזקה ובו י"ח סעיפים] :

א בחזקה כיצד מכר או נתן לחבירו בית או שדה כיון שעשה חזקה בגוף הקרקע כמו חרישה וזריעה או אפילו שלא בגוף הקרקע כגון שעשה גדר סביבה ואפילו גדר כל שהוא אם היה תועלת בזה קנה ולא עוד אלא אפילו עשה פירצה בגדר הקדום והיתה לתועלת להקרקע כפי שיתבאר קנה ולא עוד אלא אפילו בנעילת דלת קנה לפעמים כאשר יתבאר וכך אמרו חז"ל [ב"ב מ"ב:] נעל גדר פרץ כל שהוא הוי חזקה וכן כשגופו נהנה מן הקרקע כמו שיתבאר קנה דכמו דבעבד הוי חזקה כשמשמש לרבו כמו כן הקרקע כששימשה לגופו קנה ולדעת הרמב"ם בפ"א ממכירה קנה אפילו בהעמדת בהמה או בשטיחת פירות וכיוצא בזה דכיון ששימש בהקרקע לתשמישיו הוי חזקה :

ב כל חזקה צריך להחזיק בפני המוכר או הנותן או שיצוה לו להחזיק ומועלת החזקה גם שלא בפניו אלא דבפניו אף כשלא א"ל להחזיק כיון שלא מיחה בו מסתמא הוה ניחא ליה שיקנה בזה ואם מסר לו המפתח הוי כאומר לו לך חזק וקני דזהו כרשיון שיעשה חזקה ולכן מועיל אף שלא בפניו וכ"ש אם שלח לו שליח או מכתב שיעשה חזקה דמהני אבל מסירת המפתח בעצמה אינה חזקה בעצמה שיקנה ע"י זה ואף שיש מרבותינו דס"ל דמסירת מפתח הוי חזקה אין הלכה כן דאין שום מעשה בזה וכן המוכר בור לחבירו כיון שמסר לו כיסויו או הדלי ששואבין בו הוה כאומר לו לך חזק וקני וכן בקרקע כשמסר לו תשמישי הקרקע הוה כלך חזק וקני ומועלת החזקה גם שלא בפניו :

ג נעל כיצד כתב שם הרמב"ם ז"ל מכר או נתן לו בית או חצר והיה הפתח פתוח ונעל הלוקח את הפתח וחזר ופתחו קנה עכ"ל דבנעילה לחוד אינו ניכר שעושה לשם קניין אבל כשנועל ופותח מיד ניכר שהנעילה היא מפני החזקה [ב"י] והרבה מרבותינו חולקים עליו וס"ל דסגי בנעילה לחוד אך הנעילה אינה סתימת דלת בלבד אלא שצריך לנעול במפתח שלא יוכל אדם ליכנס שם דזה הוא מלאכת בעה"ב והוא דבר המועיל שאחרים לא יכנסו בלא רשותו ואין לשאול בזה הרי קיי"ל דסילוק היזק אינו קניין ולכן המבריח ארי מנכסי חבירו אין זה קניין ולמה תהיה הנעילה קניין דאין זה דמיון דהנועל דלת מוכחא שהבית היא שלו [רא"ש פ"ח דגיטין] וי"א דבעינן שתהא הבית משומרת גם בלא נעילה זו ובלא זה אינו רק כמבריח ארי [ר"ן סס] ודוקא כשמוכר או נותן לאיש שלא היה לו שייכות בבית זה עד עתה אבל כשמוכר או נותן לאשתו או לבנו או לבן בתו לא קנה בנעילה לחוד דכיון דהם רגילים בהבית בוודאי דרכם לנועלה לפרקים ולא מינכרא החזקה אלא עד שינעול ויפתח מיד כמ"ש הרמב"ם [רא"ש סס] :

ד העמדת דלתות בלא נעילה אינו קניין [תוס' סס נ"ג:] דלהקרקע אין בזה תועלת וגם הבית פתוחה שכל אדם יכול ליכנס בה ואין זה רק במהפך בעצים ואבנים וכמ"ש בסימן ער"ה לעניין חזקה בנכסי הפקר וי"א דקנה ואפילו רק עשה מנעול לדלת הוי חזקה דמעשה גדולה היא [רסב"ס] ורבינו הרמ"א פסק כדיעה זו ולא דמי לנכסי הפקר דכיון שיש דעת אחרת שמקנה לו אין מעשה גדולה מזו [סמ"ע] וי"א דגם כאן בעינן סגירת דלת אלא דלא בעינן סגירת מנעול ודי בסגירה קלה [ט"ז] :

ה גדר כל שהוא כיצד היה שם גדר והיו עולים בו בנחת מפני שהיה נמוך והוסיף עליו כל שהוא והשלימו לעשרה ועתה אין עולין רק ברוחק הרי הועיל שמנע דריסת הרגל וקנה וי"א דלאו דווקא שהשלימו לעשרה טפחים אלא כל שע"י תוספתו מונע דריסת הרגל כגון שהיה מקום מדרון לפני הגדר דבהוספה קצת קשה ליכנס לתוכה קנה וכ"מ בירושלמי פ"ג דב"ב וכן פרץ כל שהוא קנה כיצד אם היתה שם פירצה קטנה שהיו נכנסים בה בדוחק והרחיבה קצת עד שעתה נכנסים בריוח הרי הועיל להקרקע שיכולים הבעלים ליכנס בה וקנה :

ו לפעמים אף בדבר קל הוי חזקה אם היתה תיעלת להקרקע כגון שהיה מים בהשדה והיא צריכה למים להשקותה ונעשה סדק בהגדר שיצאו ממנו המים ונטל צרור וסתם הסדק וחיבר בזה המים להשדה הרי עשה תועלת וקנה וכן כשהשדה היתה צריכה להמים שחוצה לה והגדר עיכבה ונטל צרור מהגדר ונכנסו המים קנה אבל כשהמים מזיקים להשדה כגון שנכנס לה אמת המים שמקלקלת הקרקע ונטל צרור ופתח ויצאו המים ממנה או שראה אמת המים באה להזיק השדה ונתן צרור

ומנע

ומנע מלהזיק לא קנה שסילוק היזק אינו קונה דזהו רק כמבריח ארי מנכסי חבירו ודמי למשיב אבידה דמוטל על כל אחד להציל ממון חבירו אבל הבאת תועלת אינו מוטל רק על הבעלים ולכן הוי קניין:

ז גופו נהנה מן הקרקע כיצד הרי שהציע מצעות בהבית או בהשדה שקנה ושכב עליהם ה"ז קניין ודוקא שהציע בעצמו ושכב עליהם דכשאין המעשה בגוף הקרקע בעינן חוקה חשובה [תוס' פס כ"ג:] ולכן כששכב על הקרקע אין זה כלום ואפילו מצא שמה מצעות ושכב עליהם אין זה חזקה וכן אם ערך שולחן בעצמו ואכל ה"ז חזקה ולא עוד א"א אפילו לא שימשה את גופו בעצמו אלא שנתן הלוקח כליו לתוך הבית או צבר בה פירות הראוים לצבור קנה דהרי הבית שימשה לצרכיו ויראה לי דזהו רק בבית אבל בשדה אין זה חזקה דאינה עומדת לכך ויש לזה ראיה מירושלמי אבל שטיחת פירות לייבשם מועיל בשדה דדרך לייבש בשדה וכ"כ הרמב"ם שם היתה הקרקע צחיח סלע שאין בה לא גדר ולא פירצה ואינה בת זריעה החזקה שקונה אותה שטיחת פירות או העמדת בהמה וכיוצא בזה משארי התשמישים עכ"ל וכן אם אסף פירות האילן או זמרן קנה כיון דהקרקע שימשה לצרכיו ולא עוד אלא אפילו אם המוכר אסף סל של פירות משדה זו ונתנה ללוקח קנה לוקח דבזה מראה שגמר והקנה לו השדה עם הפירות ואע"ג שלא היה כלל על הקרקע מ"מ הרי קרקע זו שימשה לו ואכל פירותה:

ח וכ"ז הוא דעת הרמב"ם אבל יש מרבותינו דס"ל דאין קונין בחזקות אלו לא באכילת פירות ולא בהעמדת בהמה וכיוצא בזה שאינו מועיל לקרקע וכתב רבינו הרמ"א דהכי מסתברא ואפילו הציע מצעות ושכב עליהם ששימשה הקרקע להגוף אין זה חזקה [סגר"ח] ולא דמי לעבד דקרקע אינה עומדת לתשמיש גוף האדם וי"א דבשימוש הגוף גם לדיעה זו הוי חזקה [סמ"ע] ולא פליגי אלא בשימוש צרכיו ולא בשימוש הגוף אבל מלשון רבינו הרמ"א בדרכי משה משמע דגם בשימוש הגוף אינה חזקה לדיעה זו:

ט המוכר שדה לחבירו ונכנס בה הלוקח וזרעה או נרה קנה דאין לך חזקה גדולה מזו שעשה מעשה רבה בגוף הקרקע וכן אם היה גבשושית ונטלה והועיל בזה להקרקע או שהיתה גומא וסתמה והועיל הוי חזקה ודוקא חפירה המועלת להקרקע אבל סתם חפירה אינה קניין אלא בשדה העומדת לחרישה וחפר בה כדרך שחופרין לחרישה אפילו כל שהוא הוי חזקה ובשדה העומדת להובירה לא מהני חרישה [נס"מ] וכן כשחפר בור של מים הצריכה להשדה או בחצר אין לך חזקה גדולה מזו וגם בבית אם החפירה מועלת כמו להעמיד תנור וכיוצא בזה הוי חזקה וכן כל תועלת שעשה בהבית אפילו קבע מסמורות שהבית צריכה לזה הוי חזקה ואין זה דומה להעמדת דלתות דבהעמדת דלתות בלי נעילה אינו מוסיף תועלת משא"כ מסמורות ראוים לתלות חפיצים כללו של דבר כל מה שעושה ויש בהעשייה תועלת להבית הוי חזקה וצריכין ב"ד להבין לפי העניין וכן בקרקע כשבנה בה בניין הראוי להעמדת בהמה או תרנגולים וכ"ש כשראוי לדירת אדם דהוי חזקה ובחפירת יסודות לבניין נחלקו האחרונים אם הוי חזקה בנכסי הפקר ויתבאר בסימן ער"ה ובכאן נ"ל דודאי הוי חזקה כיון שיש דעת מקנה קנה במה שהכין יסוד להבניין וכשמכר או נתן קרקע ובניינים בנוים על הקרקע ועשה חזקה באחד מהבניינים או בהקרקע קנה הכל דכדבר אחד הם כיון שהבניינים הם קבועים בקרקע זו ובקביעות מזוזות יש להסתפק אף דהוא תועלת גדולה להבית דבלא זה אסור לדור בו מ"מ אפשר דדבר מצוה אינה חזקה מיהו בעשיית מעקה נראה דהוי חזקה אף דמצוה היא כיון שהוא תועלת להשתמש על הגג בלי פחד [נ"ל]:

י הילוך אינה חזקה אפילו הלך בשדה לארכה ולרחבה אינו כלום דשדה אינה עשויה להילוך ומה שאמר הקב"ה לאברהם קום התהלך בארץ לארכה ולרחבה כי לך אתננה לא צוהו על ההילוך מפני חזקה אלא לחביבותיה שיראה המתנה בעיניו ושלא יחשב כגזל ביד בניו [ב"ב ק'.] ואם עשויה להילוך כמו שביל של כרמים או פרדס של שרים שנעשים לטיול קנה בהילוך שזהו דרך תשמישו ומ"מ יש חילוק בין קניין הילוך למעשה בגוף הקרקע דבמעשה כל שהוא קונה כל הקרקע ובהילוך קצתו אינו קונה כל הקרקע רק מקום הילוכו [כ"מ פס דמדר"ח נסמע לרבנן ודו"ק] ובשביל של כרמים דההילוך עשוי לישא משא זמורות על כתפו אמרו חז"ל דקונה קרקע כל כך כדי טעינת המשא שיהיה יכול ליסוב בהטעינה לשני הצדדין שלא יעכבנו הגדר אם יעשה המוכר וזהו כשעתה אין שם גדר אבל אם יש שם גדר לא קנה רק עד הגדר ואפילו פירש לו שמוכר לו קרקע כך וכך והוא מעבר מ"מ בהילוכו לא קנה רק עד הגדר ולא קנה רק כדי שיגביה רגל ויניח רגל בצדה אף שאין בה כדי טעינת משא שנתבאר וחוץ לגדר צריך לעשות חזקה אחרת וי"א להיפך דאם יש גדר קנה עד כדי טעינת המשא שנתבאר דבלא זה אינו ראוי לתשמיש זה וממילא דצריך המוכר להרחיק את הגדר עד שיעור זה ואם אין שם גדר לא קנה רק עד כדי שיגביה רגל ויניח רגל בצדה דהמשא יהיה ביכולתו לטעון אף כשהקרקע שבצדה אינה שלו כיון שאין שם גדר המעכבו ואף אם יזרע המוכר בצד הילוכו לא יעכבנו נשיאת המשא שבאויר ורק גדר אין ביכולת המוכר לעשות ולכן אם פירש לו שמוכר יותר מהילוך רגל צריך לעשות חזקה על כל מדרך כף רגלו [נכ"ל לפי' ה' של הסמ"ע פכן עיקר כמ"ש הכס"מ]:

יא בסימן ער"ה יתבאר לעניין נכסי הפקר דיש חילוק בין שדה המסויימת במצריה דקונה בחפירה אחת כל השדה ושאינה מסויימת אינו קונה כולה אבל במכר קנה בחפירה אחת כל השדה שמכר לו אף כשאינה מסויימת

מסויימת אם כל הקרקע רצופה בלי הפסק [רשב"ס כ"ד־] והטעם דבנכסי הפקר שקונה מעצמו ואיך יקנה כל הקרקע בחפירה אחת כשאינה מסויימת אבל במכר הלא המוכר מקנה לו כך וכך קרקע וממילא כשהחזיק במקצתה הולכת החזקה עד כולה לכל מה שהמוכר .מכר לו כשהיא רצופה :

יב בחזקת קרקע לא בעינן שהלוקח בעצמו יעשה החזקה אלא אפילו אם צוה למי שאינו ראוי לשליחות כמו קטן וכותי שיעשו ועשו ה"ז כעשיית עצמו ואף דאין להם שליחות דדוקא שארי קניינים כמשיכה והגבהה וק"ס דהוי זכיה וקניין צריך בן שליחות לזה אבל חזקת קרקע דהקניין הוא מפני שתקנה מה לי שתקנה בן שליחות או אינו בן שליחות סוף סוף נתקנה על ידו [מח"א בשם רסד"ס וא"מ בתשו'] ובקניין כסף אם הלוקח אמר להמוכר תקבל מהקטן או מהכותי כך וכך מעות על חשבוני מהני דהמוכר הוא שלוחו של הלוקח לקבל מעותיו אבל אם לא אמר להמוכר אלא אמר להקטן או להכותי תן לפלוני מעות אינו כלום דאין להם שליחות [כ"ל] :

יג מעשה באחר שקנה בית ישן ע"מ לסותרו ולבנות במקומו בית חדש ולא עשו שום קניין רק שהלוקח הלך בידיעת המוכר לסתור ולבנות הבית ואחר שסתר שני כתלים פינה מקומם והסיר העפרורית כדי לבנות הכתלים החדשים גם הביא סמוכות להעמיד ולסמוך עליהן תקרת הבית והגג שלא יפלו מחמת סתירת הכתלים ואח"כ חזר בו הלוקח וטען המוכר שהלוקח קנאו בחזקה במה שסתר הכתלים ופינה המקום מעפרורית דזהו כמו הסרה גבשושית שבסעיף ט' וגם בהעמדת הסמוכין הוי קניין והלוקח טען שאין זה חזקה ונחלקו בזה הגדולים י"א שהדין עם הלוקח ואין זה חזקה דהעמדת הסמוכין הוה כמבריח ארי והסרת עפרורית לא דמי להסרת גבשושית דזהו בעפר המחובר ולא בעפר התלוש ובפרט להפיסקים דס"ל דחפירת יסודות לבניין לא הוי חזקה כמ"ש שם וודאי דלא קנה בנטילת העפר ובסתירת הכתלים לבניין אלא אפילו החולקים שם מודים בזה דסתירה ע"מ לבנות הרי בשעת הסתירה אינו משביח ואדרבא מקלקל בעת עשייתו ועוד דגם לדיעה זו צריך לחפור כל היסודות [גס"מ] וי"א דניקוי דעפרורית הוי חזקה כהסרת גבשושית דלא בעינן דוקא עפר מחובר ואע"ג דהוא עצמו סתר להבניין ומתוך כך נתרבה העפרורית ולמה יועיל התקון מהקילקול שעשה בעצמו מ"מ כיון דנתן לו רשות לסתרו הוי חזקה בתקונו [קל"ס בתשו'] ונ"ל עיקר כדיעה זו דכל שעשה איזה תועלת בהעניין הוי חזקה ובכאן התחלת התועלת הוא בסתירת הבניין ובנקיון העפר ואפילו להפוסקים דס"ל דהעמדת יסודות לא הוי חזקה זהו רק בנכסי הפקר ס"ל דלא קנה הקרקע מפני רצונו לבנות בניין כיון דהבניין אינו בהקרקע לע"ע אבל במוכר שמקנה לו הקרקע לכל צרכיו בכל מה שרצונו לעשות בתוכה והתחיל בתקון זה שפיר הוי חזקה והעמדת סמוכין לא דמי ג"כ למבריח ארי דזהו רק דרך בע"ב לעשות כן ומבריח ארי אינו רק בהיזק הבא מאליו ולא במה שעושה קילקול בעצמו ע"מ לתקן [נ"ל] :

יד בסימן ער"ה יתבארו כמה מיני חזקות התלוים בכוונה שאם עשאן לכוונה זו קני ואם עשאן לכוונה אחרת לא קני כמו במלקט עצים מהשדה אם כוונתו לתקן הקרקע קנה ואם כוונתו להעצים לא קנה וכן במפצל זמורות ובמשוה פני הארץ ובפותח מים כמ"ש שם וזהו הכל בנכסי הפקר אבל במכר ומתנה קנה בכל עניין דלעולם איכא הוכחה שעושה על דעת לקנות לא מיבעי בפני המוכר כשעסוקין בעניין המכירה והמתנה דכשעושה מוכחא להדיא דעושה לקנות ואף אם כוונתו גם לדבר אחר מ"מ עיקר עשייתו הוא להקניין ואע"ג דלא עביד אדעתא דארעא כיון דלא סגי דלא מהני לארעא כל שהוא הוי חזקה [טור בשם גאון] דבודאי כוונתו לקנות אלא שעושה המעשה שלא כאדם העושה רק לתועלת הקרקע ואפילו שלא בפני המוכר כיון דא"ל לך חזק וקני מסתמא שליחותו עביד ואף שיש חולקים בזה וס"ל דאין חילוק בין מכר להפקר בזה מ"מ מסתברא כדיעה זו [סס] :

טו המוכר לחבירו עשר שדות בעשר מדינות כיון שהחזיק באחד מהם קנה כולם דכמו דבחזקה כל שהוא קונה כל השדה אין חילוק בין שדה אחת לשדות מפוזרות דסדנא דארעא חד הוא וכיון שיש דעת אחרת שמקנה לו מסתמא החזיק על דעת כולם וגם המוכר מסתמא הקנהו כן ואפילו אחת היתה גבוה והאחת מצולה ואין תשמישן שוה מ"מ הרי כולם קרקעות הן בד"א שנתן להמוכר דמי כולן דאז מסתמא היה דעתם על כולם אבל אם לא נתן דמי כולם לא קנה רק נגד מעותיו אא"כ א"ל המוכר מפורש שיקנה נגד כולם וכנגד מעותיו קנה אפילו עייל ונפיק אזוזי [סמ"ע] וה"ה עשרה בתים ובתים ושדות דינם שוה דכל המחובר לקרקע כאחת נחשבות עם הקרקע אף שהם במקומות מפורדות וי"א דבשלא נתן דמי כולם לא קנה אפילו בשדה אחת אלא כדי שילך הצמד בשעת חרישה ויחזור כמ"ש בסימן ער"ה וכשהשדה גדולה יותר מזה השיעור הוי כשתי שדות ואינו קונה בחזקה אחת עד שיתן כל הדמים [סמ"ע] ומהטור משמע כדיעה ראשונה :

טז כיון שיש חילוק בין נתן דמי כולן ללא נתן דמי כולן לפיכך אם היה הכל במתנה קנה כולם ויש חולקין בזה דאדרבא כיון שאינו נותן דמים מסתמא דעתו של הנותן שהברירה יהיה בידו ולכן אם פירש לו הנותן שיקנה הכל בחזקה זו קנה ואם לאו לא קנה רק השדה שהחזיק בה ובשכירות הכל מודים דקנה הכל בחזקה אחת אף שלא נתן כלום דשכירות אינה משתלמת אלא לבסוף ובודאי הסכימו השוכר והמשכיר שיקנה הכל וכ"ש אם נתן מעות אף מקצת מעות דקנה הכל [סמ"ע]

וי״א דשכירות דמי למתנה ואינה קונה רק נגד מעותיו להיש חולקין [הגר״א] ואם היו מקצתן במכר ומקצתן כמתנה ומקצתן בשכירות כיון שהחזיק באחת מהן קנה כולם מיהו לעניין המעות כל חד וחד כדיניה ובמגביהו בחובו וודאי דקנה הכל בחזקה אחת כיון דכבר קבל מעותיו [כס״מ]:

יז חזקה קונה בלא כסף ובלא שטר כל היכי דלא עייל ונפיק אזוזי ואפילו במקום שנהגו לכתוב שטר מפני שעשה מעשה בגוף הקרקע [ר״ן פ״ק דקדושין] ואם התנה שלא יקנה בלא שטר הכל לפי תנאו וכן במקום שהמנהג שלא לקנות בלא שטר אינו קונה בהחזקה וכן כשהמנהג לקיים בהערכאות לתוקף העניין אינו קונה בלא זה:

יח מכר לו מקום בבה״נ הוי חזקה כשישב על המקום בעת התפלה כיון שתשמישו בכך [ט״ז] וחזקת מרחץ כשרחץ בה וחזקת תנור כשאפה בה ובית התבן ובית העצים ובית הבקר כשהכניס לתוכה תבן או עצים או בהמה דכל דבר ודבר הוי החזקה לפי תשמישו וכ״ש כשמכר בית ודר בה שעה אחת כדרך דירה דהוי חזקה וי״א דבשכירות בית הוי חזקה אפילו אם רק הכניס לתוכה כלי בית ואפילו הוציא כלים אלו יכול להכניס אחרים תחתיהם אבל לעניין שתהיה כחצירו לקנות מציאה או מקח שתהיה לגמרי כשלו לזמן השכירות צריך חזקה גמורה [כס״מ]:

סימן קצג [המחובר לקרקע דינו כקרקע ובו ב׳ סעיפים]:

א כל המחובר לקרקע דינו כקרקע ונקנה בכסף ושטר וחזקה בין שקונה המחובר לבדו ע״י כסף ושטר וחזקה שעושין בהמחובר ובין שקונה גם הקרקע ועושה חזקה בהקרקע וקונה גם המחובר או שעושה חזקה בהמחובר וקונה גם הקרקע ולא עוד אלא אפילו קנה הקרקע רק להפירות והחזיק בהקרקע לקנות הפירות המחוברין בה או נתן כסף בעד הקרקע כדי לקנות הפירות המחוברים בה קנה אע״פ שלא קנה הקרקע ואין שום חילוק בכל זה ויש מי שאומר דכשמוכר אילנות לבדם ועושה חזקה בהם צריך לעשות חזקה בכל אילן ואילן [סמ״ע] ולא נהירא לי דמ״ש ממוכר עשר שדות בעשר מדינות דקונה בחזקה אחת כמ״ש בסימן הקודם סעי׳ ט״ו ואם לא נתן מעות כנגד כולן הלא גם בקרקע לא קנה בבה״נ כמ״ש שם:

ב פירות המחוברים לקרקע דינם כקרקע בזמן שצריכים קצת לקרקע אבל כשא״צ לקרקע כלל כמו העומדות להתלש וענבים העומדות ליבצר ותבואה העומדת ליקצור ה״ז כמטלטלין לקניין ולדין אונאה שבסימן רכ״ז ולכפירה והודאה שבסימן צ״ה רק לעניין שומרין דינם כקרקע אף בשא״צ לקרקע כלל כיון שנתן לו לשומרם כך כמ״ש בסימן ש״א וי״א דלכל הדברים דינן כקרקע אפילו א״צ לקרקע כלל וכן עיקר לדינא [ש״ך] לבד לעניין בע״ח משום דלא סמכה דעתו על זה כמ״ש בסימן קט״ו וכן בכותב נכסיו לבנו דינן כמטלטלין משום דלא היה דעת הנותן על זה כמ״ש בסימן רנ״ז וכן בנזקי בהמה בסימן שצ״ד כשאכלה פירות גמורין דינן כמטלטלי משום דהשתא תלושין נינהו אבל לכל מילי דינן כקרקע ובסימן צ״ה נתבאר עוד מזה ולפי דיעה זו המוכר בית לחבירו ע״מ שיסתרנה הלוקח לקבל העצים והאבנים מ״מ דינה כקרקע לחזקה ולאונאה דוהו כפירות העומדים להתלש ויראה לי דהמוכר לחבירו מעיין מים או בור מלא מים דינו כמחובר אבל כשמוכר לו שיקבל רק המים דינן כמטלטלי דהא אין מחוברין לקרקע רק כשהם בהמעיין שם מחובר עליהן [ואף דבעכו״ס מ״מ דין המים כמחובר להדיוט זהו מפני שאין בהם תפיסת ידי אדם ודו״ק]:

סימן קצד [דין קניין כותי ובו י״ג סעיפים]:

א כתב הרמב״ם בפ״א מזכייה דכותי אינו קונה קרקע מישראל אלא בשטר ואינו מקנה אלא בשטר מפני שאין דעתו סומכת אלא על השטר ואינו קונה בחזקה ולא בכסף אלא בשטר הוא שקונה עם נתינת הכסף [פ״א ממכירה] דלא עדיף מישראל שאינו קונה בשטר בלא נתינת דמים כמ״ש בסימן קצ״א [מ״מ שם] וכן הקונה מכותי לא סמכה דעתו עד שיהא שטר עם הכסף ואפילו במקום שאין דרך לכתוב שטר דחושש הקונה שהכותי לא יערער ויבטל המקח אבל בשטר סמכה דעתו [כ״מ שם] ולפ״ז מעיקר הדין שוה בקניין קרקע כישראל אלא מפני סמיכת דעת הוא שאסרו חז״ל שבלי שטר אין קניין בכותי [וספי׳ כהסב״י ולא כסמ״ע כמ״ש הגר״א בשם ר״ס גאון אך מ״ש דמדינא כן הוא קשה הלא הרמב״ם כתב מפורש מפני סמיכת דעת]:

ב ויש מרבותינו שסוברים דקניינו בקרקע הוא רק בכסף או מפני שכל קניינו הוא בכסף כדכתיב מכסף מקנתו [רשב״ם כ״ד:] או מפני שמצינו בשדה עפרון שהקניין היה בכסף [תוס׳ שם] ולכן במקום שאין כותבין שטר קונים זה מזה בכסף בלבד אבל במקום שכותבין שטר לא קנה ישראל מכותי עד שיכתוב לו את השטר דלא סמכה דעתו בלא שטר כמו ישראל מישראל כמ״ש בסי׳ ק״צ אבל כותי מישראל קונה בכסף לחוד דשטר אינו קניין בכותי

בכותי דקניין שטר למרנו מספר המקנה דירמיה והתם ישראל היה [סס] וגם בחזקה אין לו קניין בקרקע כשקנה מישראל דחזקה ילפינן מוירישתם אותה וישבתם בה ולישראל נאמרה [רש"י גיטין ל"ח]:

ג לפיכך ישראל שלקח שדה מכותי ונתן לו הדמים ועדיין לא כתב לו את השטר ובא ישראל אחר והחזיק בה כדרך שמחזיקין בנכסי הפקר זכה האחרון במקום שאין שם חוק המלכות בזה מפני שהכותי מעת שלקח מעותיו סילק רשותו מהשדה והקונה לא קנה עד שיגיע השטר לידו ונמצאו נכסים אלו כנכסים שאין להם בעלים וכל המחזיק בהם זכה ולדיעה שבסעי' ב' אין דין זה רק במקום שכותבין את השטר ולדעת הרמב"ם הוא בכל מקום דמאחר שהכותי אינו קונה ולא מקנה לישראל רק בשטר והכותי כשקבל הדמים וודאי דסילק רשותו ואינו חושש מה שהישראל לא קנה עדיין ממילא דנשארה כהפקר ודוקא כשהקונה עדיין לא החזיק בה אבל אם החזיק בה קודם שהחזיק בה האחר פשיטא שהקונה קנה מטעם חזקה בנכסי הפקר ולא גרע מאחר [מ"מ סס] וי"א דאפילו החזיק הקונה אחר נתינת המעות אם לא אמר שמחזיק בה בתורת נכסי הפקר זכה האחרון דהקונה מסתמא לא סמכה דעתו על שום קניין זולת השטר כדי שהמוכר לא יערער דהרי הוא רוצה להיות בטוח מפני המעות שנתן אבל השני שלא נתן מעות וודאי כוונתו לזכות מן ההפקר [סמ"ע] ולכן אם הקונה החזיק קודם שנתן המעות זכה לכל הדיעות דכיון שעדיין לא נתן מעות לא גרע מהשני ורבינו הרמ"א הכריע כדיעה זו:

ד וכתבו רבותינו דכשהשני קנה מדינא חייב ליתן להקונה הדמים שנתן להכותי דאף דלא קנה הקרקע מ"מ בתורת משכון היא בידו עד שיחזירו לו את דמיו ומשכון א"צ קניין ואף שיש חולקים בזה מפני שלא ירד לה בתורת משכנתא מ"מ כן עיקר לדינא ועכ"ז אף שנתן המעות להקונה אין האחריות על הקונה אלא על הכותי המוכר ואם בא אחד והוציא מיד המחזיק אין ביכולתו לחזור על הקונה דהרי לא מרצונו קבל המעות אלא אם יכול לחזור על המוכר יחזור ויתבע ממנו:

ה ואע"ג דמדינא שייך להשני מ"מ נקרא רשע דלא גרע זה מעני המהפך בחררה שבסימן רל"ז ואפילו לדיעה שיתבאר שם דבמציאה לא מקרי רשע מ"מ כיון שחייב להחזיר המעות להקונה אין זה כמציאה ומ"מ אסור לו להקונה להשתדל ע"י אלמות להוציא מהשני כיון שנותן לו מעותיו אבל אם אינו נותן לו מעותיו ביכולתו להשתדל להוציא ממנו השדה:

ו יש מי שאומר שיזהר הקונה שהכותי יכתוב לו שטר קודם שיתן לו מעותיו דאם יכתוב אחר קבלת המעות אפילו אם כתב לו השטר קודם שאחר יחזיק בו אינו כלום כיון שכבר נסתלק בקבלת מעותיו הרי הוא כאחר ולהי"א שבסעי' ג' לא יועיל אפילו אם יחזיק הקונה קודם חזקתו של השני מטעם שנתבאר שם:

ז כתב רבינו הרמ"א דשכירות מן הכותי קונה בכסף לחוד וכן אם התנה הלוקח לו בכסף לחוד קונה מיד עכ"ל וכ"ש כותי מישראל ואפילו לדעת הרמב"ם שבסעי' א' דאין קניין לכותי אלא בשטר אין זה מעיקר דין אלא משום סמיכת דעת כמו שנתבאר ובשכירות מעשים בכל יום דסמכה דעתייהו וכן אם התנה הלוקח הרי סמכה דעתו [ומ"ש כל מה שכתבו עליו והגר"א בס"ק י"א חזר בו ממ"ש מקודם בדעת הרמב"ם בכסף ול"נ דגם בחזקה כן סוא ודו"ק]:

ח יש מי שאומר דכל זמן שהכותי לא כתב לו את השטר גם הכותי המוכר יכול לחזור בו [מל"מ סס] אבל יש חולקין בזה דנגד המוכר והקונה הוי קניין גמור רק דכיון דעדיין לא זכה בו לגמרי הוי כהפקר לעניין שאם בא אחר והחזיק בה זכה בה [נס"מ] וכותי מכותי קונה קרקע בחזקה [רש"י סס] וגם בכסף כבשדה עפרון וי"א דאינו קונה רק בחזקה של כיבוש מלחמה [תוס' סס]:

ט כל אלו הדברים הם רק במקום שאין בזה משפט קבוע בדינא דמלכותא אבל אם ע"פ דינא דמלכותא הוא שלא יזכה בקרקע אלא מי שכתוב בשטר או הנותן דמים דינא דמלכותא דינא וכ"כ הרמב"ם והטור והש"ע:

י כל זה הוא בקרקע ובמטלטלין דעת רוב רבותינו דקניינו הוא רק במשיכה ודעת רש"י ז"ל דקנייני הוא רק בכסף [בכורות נ':] ודעת הרמב"ם בפ"א מזכייה דקונה בין בכסף בין במשיכה והעיקר לדינא כדעת רוב הפוסקים וביו"ד סימן ש"ך חששו רבותינו הטור והש"ע בבכור גם לדעת רש"י והוא חומרא בעלמא [הגר"א סקי"א] מפני חומר קדשים בחוץ ושם סימן קמ"ו כתבו כדעת רוב הפוסקים דמשיכה קונה והטעם כיון דישראל מישראל קונה בכסף מן התורה וכתיב או קנה מיד עמיתך משמע דיש חילוק בין עמיתך לאינו עמיתך ומדעמיתך בכסף מסתמא שלא לעמיתך במשיכה ואין לומר בין בכסף בין במשיכה דמדלעמיתך בחדא שלא לעמיתך נמי בחדא [סס י"ג] ואין חילוק בין ישראל מכותי או כותי מישראל [ס"ד] וקניין מסירה נ"ל דאינו בכותי דזהו תקנתא דרבנן כמ"ש בסי' קצ"ז ולא מצינו שתקנו בכותי ויש מהגדולים שכתבו דבמקום שא"א לעשות משיכה קונה קניין כסף [הג"א פ"ד דב"מ ותשו' מיימוני קניין סימן ס' בשם סר"י מויכא] ובדאי הגדולים האלו לסמוך עליהם בפרט שלדעת רש"י ורמב"ם מעיקר הדין כן הוא ויש להסביר דבר זה דכמו בישראל דמן התורה אינו קונה רק בכסף מ"מ במקום דלא שייך כסף כגון במתנה קונה במשיכה מן התורה כמו כן בכותי דקניינו מן התורה במשיכה במקום שא"א כגון שהסחורה היא בריחוק מקום וכה"ג קונה בכסף וכן כשמוכר דבר דאין שייך בו משיכה:

יא קניין חליפין בכותי לא מצינו מפורש בגמ' ודעת רבותינו בעלי התוס' דמהני ור"ת עשה מעשה כן כמ"ש בסימן קכ"ג סעיף י"ד [תוס' קדושין ג' ד"ס ותוס'] וזה שכתוב ברות שלף איש נעלו ונתן לרעהו וזאת התעורה

התעודה בישראל אין הכוונה שתעודה זו היא רק בישראל אלא דהפסוק מפרש למה עשה בעז קניין חליפין ולא קניין אחר מפני שקניין זה היה מנהג קבוע בכל ישראל ולאשר שבעז רצה ששום איש לא יערער על מעשיו לכן עשה קניין הידוע לכל ישראל וכן משמע בירושלמי פ"ק דקדושין הלכה ה' ובמדרש רות ואף שיש חולקים בזה אמנם המנהג פשוט להקנות לכותי בחליפין וגם קניין מטלטלין אג"ק מהני בכותי [ומ"ש הקצה"ח דלדעת התוס' דאינו אלא מדרבנן אחוש להסמ"ע סימן ס"ו במכירת שטרות אין זה דמיון וכבר בתוס"ע סימן כ"ח הכריע דמה שתקנו רבנן בקניין מעות הוי כדאורייתא וכ"מ בירושלמי פע"ם פ"ד הל' ג' ברה כרבנן דהכא וכו' פתר לה בשיטת אפיותות ע"ש ודו"ק]:

יב קניין חצר בכותי שתקנה לו רשותו מבואר מהראשונים דקנה ואחד מגדולי אחרונים פקפק בזה מטעם דקניין חצר כשאין הבעה"ב עומד אצלו הוי מטעם שליחות ואין שליחות לכותי [רס"ק בתשו' כ"ס] ויש מאחרונים שנמשכו אחריו ולענ"ד נראה ברור דיש לו חצר דהא בגמ' [ב"מ י':] אמרינן דחצר דקטנה משום יד איתרבאי ודקטן משום שליחות וא"כ מאן לימא לן דחצירו לאו מידו איתרבאי והרי במלחמת סיחון כתיב ויקח את כל ארצו מידו ונקרא רשותו ידו וכשם שיש לו יד כמו כן יש לו חצר [ערס"י סס] ועוד דלהראב"ד פכ"ט ממכירה גם בקטן אין זה רק במציאה ולהר"ן אף חצר דאיש הוי משום יד ולהר"א"ש בעומד בצדו הוי משום יד ועוד אפשר דחז"ל לא אמרו זה רק בקטנים לפי שאין להם דעת וצריך טעם למה קונה רשותם אבל בכותי לא גרע חצירו מכל הקניינים ואע"ג דסתמא אמרו חז"ל חצר משום שליחות אתרבי וגם לגבי גדולים כמו חצר דגניבה [סס] הכוונה דלא גרע משליחות וכן אמרו שם [יב:] חצר איתרבאי משום יד ולא גרעה משליחות אבל עדיף משליחות ועוד דלדיעה שבארנו בסימן קפ"ח דכותי לכותי יש לו שליחות פשיטא דחצר לא גרע מזה ועוד דאיך אפשר לומר דהוי ממש כשליחות הא בשליחות בעינן בני ברית וכי חצר בן ברית הוא אלא הכוונה דהוי כשליחות ולא כיד דלא בעינן שיהא עומד בצדו וכן עיקר לדינא ובקניין אודיתא יש מי שאומר דהוי קניין [קצה"ח] ונראה דאודיתא אין זה קניין אלא הודאה ותלוי בנאמנות המודה ויפסקו הדיינים כפי ראות עיניהם:

יג כל מה שנתבאר דקודם חזקה זכה ישראל אחר כשהחזיק אין זה אלא בקרקע אבל במטלטלין שקנה ישראל ממנו ונתן לו מעות ולא משך עדיין ובא אחר ומשכה מוציאין אותה ממנו דכל זמן שלא משך עדיין היא ברשות המוכר דאין הקניין אלא במשיכה [נס"מ] ובמטלטלין לא שייך לומר מכי מטא זוזי לידו איסתלק ליה כיון שהם ת"י משא"כ בקרקע אבל כותי שהיה לו פקדון ביד ראובן ונתנו לשמעון בשטר או שהיה לו משכון ביד ראובן ונתן העודף על החוב לשמעון זכה ראובן במה שבידו דמיד שנתן לשמעון הרי סילק א"ע מזה ושמעון אינו קונה בהשטר דמטלטלין אין להם קניין בשטר [ב"ק ע"ט:] ובלא משיכה אינו קונה והוי כהפקר וזוכה בו ראובן ולכן כשרוצה ליתנה לשמעון יקננו לו בק"ס או שיבקשנו שיקבלה מראובן וכשלא עשה כן אפסיד אנפשיה ואם ישאל הכותי משמעון אם ראובן נתן לו מותר לו להשיבו שלא נתן לו [סמ"ע] ואפשר גם בלא שאלתו מותר לו לשמעון להשתדל אצל הכותי שיוציאנה מראובן את המותר ויתן לו [נס"מ] וזה שנתבאר בסימן פ"ו סעיף י"ג דשמעון יכול לפדות המשכון מראובן זהו פשוט דהא הכותי לא נתנה לו לשמעון בשטר ועדיין המותר הוא של הכותי ולכן שמעון כיון שגם הוא בע"ח זכה בהמותר [נ"ל]:

קצה [דיני קניין חליפין ובו ט"ז סעיפים]:

א קניין חליפין הוי קניין בין בקרקע בין במטלטלין כדכתיב לקיים כל דבר שלף איש נעלו ונתן לרעהו כיצד הוא הקניין יתן הקונה להמקנה כלי או חפץ כל שהוא ויאמר לו קנה זה חלף הקרקע או חלף המטלטלין שמכרת או שנתת לי ולאו דוקא שיאמר לו אלא כיון שנותן לו על כוונה זו הוי קניין וכן נוהגין בכל קניין סודר שאינו אומר אלא שנותן לו הסודר והמקנה אוחז בו דהרי אדעתא דהכי נתן לו כיון שרברו קודם זה אודות המכירה או המתנה וע' בריש סימן רמ"א וכיון שהמקנה תפס הסודר נקנה הקרקע או המטלטלין להלוקח או להמקבל מתנה בכל מקום שהוא אע"פ שלא החזיק ולא נתן מעות ולא כתב שטר ולא משך ואין אחד מהם יכול לחזור בו אחר גמר העניין כמו שיתבאר אם לא דעייל ונפיק אזוזי כמ"ש בסימן ק"ץ ואפילו אין עדים בדבר אם רק מודים שהיה קניין ביניהם דלא אברו סהדי בר"מ אלא שלא יכפרו זה בזה וכן אם קבלו קניין בפני עדים פסולים הוי קניין כיון שא"צ עדים כלל:

ב הקניין צריך להיות דוקא בחפץ של הקונה ולא של המקנה דלכך נקרא קניין חליפין שהוא חילוף שהקינה נותן לו הסודר והמקנה מקנה לו הקרקע או המטלטלין וכן אם אחר הקנה סודרו להמוכר כדי שיקנה הלוקח זכה הלוקח ואפילו הקנהו שלא בפני הקונה אם רק ידוע שהקונה מתרצה במקח זה ובמתנה יכולים להקנות שלא בידיעת המקבל כלל דודאי ניחא ליה וזכין לאדם שלא בפניו אבל במקח שאפשר שאינו חפץ לקנות לא קנה כשלא ידע מזה כלל ואפילו אם נתגלה אח"כ שרצונו בכך

בכך כיון שבשעת הקניין לא נתברר שרוצה בזה לא הוי קניין כלל אבל כשידוע בשעת הקניין שרצונו בכך קונין בעדו אף שלא עשהו לשליח כיון שרצונו בכך זכות הוא לו ולפעמים גם שלא בידיעתו כלל קונין בעדו כגון שהמוכר אומר לאחר זכה במקח זה בכך וכך מעות בעד פלוני וזה נותן סודרו ומקנה בק"ס להמוכר בעד אותו פלוני ויתבאר בסימן רל"ה דהלוקח יכול לחזור בו ולא המוכר וכיון שביד הלוקח לעשות כרצונו הוי כולו זכות וזכין שלא בפניו [כס"מ] וי"א עוד דאם המקח שוה יותר מהדמים שהמוכר מבקש יכול אחר לזכות להקונה שלא בידיעתו כלל ואף שלא יהא ביכולתו לחזור בו משום דבכה"ג הוי זכות וזכין שלא בפניו [קנ"ס"ח] אמנם זהו דוקא כשזה יודע שהקונה צריך עכ"פ למקח כזה ואז אע"פ שאינו ידוע לו שרצונו לקנות מהמוכר הלזה יכול לזכות בעדו אבל אם אינו ידוע לו כלל שצריך למקח כזה ודאי דאין קניינו כלום דהדבר ידוע שכמה אנשים כשא"צ להחפץ לא יקנוהו אף בזול [כ"ל]:

ג לפי מה שנתבאר דקניין חליפין הוא שנותן להמקנה הסודר והוא מקנה לו הקרקע או המטלטלין אין לתמוה על מנהג שלנו דבכל ק"ס אין המקנה מעכב הסודר לעצמו אלא שאוחז בידו ומחזירו תיכף דגם בזמן חכמי הש"ס היה המנהג כן [ספ"ס דנדרים] ועיקר קניין הסודר הוא ע"מ להחזירו ואין המקנה יכול לעכבו אא"כ פירש שיעכבנו דכיון דהמנהג כן מסתמא כשנתרצה בק"ס לא היתה כוונתו לעכבו לעצמו [רמב"ן ורא"ש ור"ן שם] וכ"כ רב האי גאון בספר המקח אבל יש מרבותינו דמשמע מדבריהם כשרצון המקנה לעכב הסודר לעולם יכול לעכבו [רש"י קדושין כ"ו: ותוס' שם ו': ורמב"ם פ"ה ממכירה דין ז' ודברי סר"ן שם ל"ע ודו"ק]:

ד כפי שנתבאר בסעי' ב' דביכולת להקנות גם שלא בפני הקונה לכן הורגלו לעשות הקניין בהסודר של העדים אפילו בפני הקונה לפי שרוב הקניינים הם שלא בפני הקונה כן כתב רבינו הרמ"א ואף שבימינו רוב הקניינים הם בפני הקונה מ"מ לא נהגו לדקדק שהקונה בעצמו יקח סודרו ולהקנות להמקנה אלא אחד מהדיינים או מהעדים נוטל סודרו ומקניהו להמקנה ואין להם הפסד בזה דהרי אין המקנה מעכבו כמ"ש:

ה אע"פ שלא תפס המקנה כל הכלי אלא מקצתו וקצתו נשאר ביד הקונה קנה בו והוא שיאחוז ממנו שיעור כלי שהוא ג' אצבעות על ג' אצבעות דשם כלי על זה לעניין טומאה בבגד צמר ופשתים כמ"ש הרמב"ם בפכ"ב מכלים והגם דבשארי בגדים צריך ג' טפחים כמ"ש שם זהו מגזירת התורה ולא משום דאין חשיבות בפחות מזה והרי יש מהתנאים שסוברים דבשארי בגדים אף שלשה טפחים אין מטמאין כמבואר בפ"ב דשבת ואטו אין בהם חשיבות אלא שהוא גזירת התורה [ואע"ג דבספ"ג שם מבואר דלעפיר אין חשיבות בפחות מג"ט זהו במדרס ולא לשארי טומאות כמ"ש הר"ש פכ"ח דכלים מ"ח] ואם אחז פחות מג' אצבעות אינו מועיל אא"כ שאוחז בחוזק כל כך שיכול לנתק כל הכלי ולהביאו אצלו וכגון שהשני אינו אוחזה בחוזק יד דאז נחשב כאלו כולו בידו וי"א דגם זה אינו מועיל דאין זה מקרי אחיזה במה שיכול לנתקה ולהביאה ורק בנתינת גט מעכב אם הבעל יכול לנתקו משום דאין זה כריתות אבל לא מפני הניתוק נחשבת כשלו:

ו כבר נתבאר דלרוב הפוסקים אין המוכר יכול לעכב הכלי או לחתוך קצתו דסתם ק"ס הוא ע"מ להחזיר הכלי ומ"מ אין מקנין בכלי שלא מדעת בעל הכלי והיאך יקנה כלי של אחר אפילו לרגע שלא מדעת הבעלים ולכן מי שלקח סודר חבירו בלא דעתו ומקנה בו אינו קניין וי"א אפילו בכלי שאולה אינו קניין אא"כ השאילו כדי להקנות בו וכן הכריע רבינו הרמ"א ויש מי שאומר דאפילו סודר של הקונה אין ליטול אלא מדעתו או בפניו ולא נראה כן:

ז אין קונין אלא בכלי כמו סודר או שאר חפץ או כלי עשויה נגמרת לאפוקי חתיכה סחורה או חתיכה מתכות שאינה כלי אין קונין בו ולמדנו מדכתיב שלף איש נעלו אלמא דבעינן כעין נעל דהיא כלי עשויה ונגמרת שנושאין אותו ברגל ואע"פ שאין בו ש"פ דלא הקפידה תורה על שיוויה אלא על שם כלי ובלבד שיהא עשוי מדבר חשוב לאפוקי כלי העשוי מגללי בקר אין קונין בו דבעינן דומיא דנעל שעשוי מעור שהוא דבר חשוב וכן כל מיני כלים אף שהם פחותים מעור מ"מ כיון שהם חשובים לבריות ומשתמשים בהם אפילו כלי חרס קונים בהם וכן אין קונין בכלי שתשמישו לבזיון כמו עביט של מי רגלים [נמק"י] וכן אין קונין בדבר שהוא אסור בהנאה ואין קונין בפירות דאינן לתשמיש רק לאכילה אע"ג דפירות וודאי דבר חשוב אך בעינן שם כלי דומיא דנעל וגם לא במטבע דאינה ככלי ואע"ג דיכולה לשמש כמשקל לשקול דבר אחר כנגדה דהמטבע משקלה ידוע וכן ראויה להלותה בצואר בתו לנוי מ"מ כיון דאינה מיוחדת לאלו התשמישים ועיקרה נעשית להוצאה אינה כלי ולכן מטבע שנפסלה ואינה יוצאת בהוצאה הוי ככלי לפי שמייחד אותה לאיזה תשמיש ויתבאר בסימן ר"ג אבל בעל חי מקרי כלי וקונים בהם דכיון דמגדלין השור למלאכתו וטלה לצמרו וגדי לחלבה ותרנגולת לביצתה ונהנים בהם תדיר דומין לכלי ושארי מטלטלין שאינם ראוים לתשמיש כלל והוה כפירות ולא ככלי ואין קונים בהם וכן מטבע פסולה שאינה ראויה לשום תשמיש אינה ככלי [נ"ל] ואע"ג דלעיסקא גם בעלי חיים מקרי פירי כמ"ש ביו"ד סימן קע"ז ומקרא מלא הוא ופרי בהמתך וכן לעניין מעשר שני קרוים פירי כמבואר רפ"ג דעירובין זהו וודאי כיון דנולדים גוף מגוף דמיין לפירות מיהו כיון שיש בהם גם חשיבות כלים חשובים לקניין כמו כלים מיהו יראה לי דתרנגול ואיל זכר וכלב וכיוצא בהם שאין עושין מלאכה בהם לא מקרו כלי והרי יש מהראשונים שכתבו דגם טלה אינה כלי [סג"ה פ"ד דב"מ] ונהי דלא קיי"ל

קיי"ל כן מפני שראוים לגזיזה וחלב אבל עכ"פ אלו שאינם ראוים לזה ולא למלאכה אין דינם ככלים ובכמה מהראשונים לא מצינו רק שור וחמור [הלבוש וסמ"ע כתבו בטעמא דמטבע מפני דצורתא עבידא דבטלה ולרש"י ותוס' ב"מ מ"ה: אין זה רק למ"ד דלא בעי כלי]:

ח יש מי שנתן כלל בזה מה נקרא כלי ומהו פירי דכל דבר שנעשה בידי אדם הוי כלי וכל דבר שנעשה בידי שמים הוה כפירי [סמ"ע] לבר בע"ח ומטבע מטעם שנתבאר ולכן אין קונין בשושנה התלושה אע"ג שהיא דבר חשוב ואינה עשויה לאכילה רק להריח בה וכיוצא בזה ולכן המנהג לכתוב בסוף השטר וקנינא מיניה במנא דכשר למקניה ביה במנא לאפוקי פירי ומטלטלין שאינם כלי דכשר לאפוקי איסורי הנאה והעשוי מגללי בקר דכשר הוא לשון חשיבות למקניה הכוונה להורות שהקנו בכליו של קונה דלמקניה משמע לקנות בזה מה שקנה ויש מי שכתב דאם אינו כתיב זה בשטר אין מוציאין ממון בשטר זה ומימינו לא שמענו מי שמקפיד ע"ז ובכמה שטרות אין כותבין כלל לשון זה והמנהג פשוט עתה לקבל ק"ס בלא שום חשש מפני לשון זה ואף כשכותבים השטר אין מקפידים כלל על לשון זה:

ט י"א שאין קניין מועיל אא"כ מקנה לו החפץ הנמכר מיד אבל אם א"ל הקונה קנה סודר זה והקנה לי חפצך פלוני או קרקע פלונית לאחר שלשים יום לא קנה מפני שבשעה שיש להקונה לקנותה כבר הוחזר הסודר אבל אם א"ל קנה ע"מ שתקנה לי החפץ והקרקע מעכשיו ולאחר שלשים יום קנה כיון שהקניין מתחיל מעכשיו וכן אפילו לא א"ל מעכשיו רק ע"מ סגי דכל האומר על מנת כאומר מעכשיו דמי וכן במעכשיו בלא על ע"מ סגי [ס"ך] ואם קבל קניין בסתם מועיל דמסתמא היתה הכוונה מעכשיו דללא תועלת לא הוה עביד ולכן אף שהתנה לו המוכר שלא יקח המקח לרשותו עד אחר שלשים יום מ"מ אמרינן שכוונתו היתה שהקניין הוא מיד רק לרשותו לא יקחנו עד אחר שלשים יום ודוקא כשאמר לא תקנה עד לאחר שלשים יום לא קנה [נה"מ] וכשהקנה לו בלשון לע"ז צריך הדיין לידע איך היתה כוונת הלשון:

י מעשה בראובן שהיה לו בהמות לשחוט ומכר העורות לשמעון בק"ס ובעוד שהוליכם לשחיטה ברחו הבהמות ונאבדו ופסק הרא"ש ז"ל דההפסד הוא על שמעון ואפי' א"ל עורות אלו אני מוכר לך ליתן אותם לך אחר השחיטה אין הכוונה שהקניין יהיה לאחר השחיטה אלא שאין יכול ליתן אותם לו עד אחר השחיטה וההפשט אבל הקניין הוא מיד [ט"ז] ועמ"ש בסימן קצ"ט אם נתן דינר לטבח ליתן לו בשר שחוטה ומת השור דמפסיד הדינר:

יא אע"ג דק"ס אלים מכסף ושטר כמ"ש בסימן קצ"א סעיף ג' מ"מ בדבר אחד קיל משארי קניינים דבכל דרכי הקנייה אין אחד מהם יכול לחזור בו אחר כדי דיבור ובק"ס אמרו חז"ל דכל אחד מהם יכול לחזור בו כל זמן שעסוקים באותו עניין [ב"ב קי"ד:] ואפילו רק עסוקים בהפרטים של המכירה ולא בעיקר המכירה יכולים לחזור בהם ואם הפסיקו מהעניין מכל וכל אז נתקיים הדבר ואין אחד מהם יכול לחזור בו והטעם מפני שראו חז"ל שקניין זה עושים פתאום בלי התבוננות מפני שאין בה טורח נתנו להם זמן לחזרה כדי שיתיישבו ויתבוננו בזה ואם יתחרטו יתחרטו אבל שארי קניינים כמו כסף ושטר וחזקה מתבוננים היטב כיון שהקניין בגוף הדבר ושטר צריך ישוב ודעת בכתיבתו וכן בקניין מעמד שלשתן אף שאינו בגוף הדבר ונעשה ברגע אחד מ"מ כיון שנתאספו כולם ויודע המקנה שתיכף יסתלקו זה מזה מסתמא התבונן מקודם היטב [לבוש בתוספת טעם וה"מ סכל ודו"ק]:

יב יש מי שכתב שאם פירש בשעת ק"ס בלא חזרה או שכתבו שטר על הק"ס או שקבלו דיינים לפשרה בקניין אע"פ שעסוקים באותו עניין אין יכולים לחזור בהם אחר כ"ד דכל תנאי שבממון קיים ובשטר אין בו חזרה ובפשרה אין סברא לומר שאחר שבררו דיינים וקבלו בק"ס לקיים מה שיעשו יהיה ביכולתם לחזור בהם ואין זה דרך כבוד לדיינים [לבוש] ובודאי התבוננו מקודם ולפ"ז אם קבלו בק"ס שיסמכו על דיינים שיבררו ביכולתם לחזור בהם כ"ז שעסוקין באותו עניין אמנם הלא נתבאר בסימן י"ב סעיף ז' דבפשרה צריכים מקודם לברר את הדיינים ואח"כ לקבל בק"ס לסמוך עליהם:

יג כשם שהקרקע נקנית באחד מד' קניינים שנתבארו כמו כן שכירות קרקע נקנה בהם כגון שהשכיר לו ביתו או חנותו או שדהו משנתן לו כסף או כתב לו שטר שמשכיר לו ומסר לו את השטר או שהשוכר החזיק בה אין אחד מהם יכול לחזור בו דשכירות לזמן השכירות הוי כמכר לכמה דברים וכן שאלת קרקע נקנית באחד מאלו הדרכים וכסף קונה בשכירות ובשאלה בלא שטר אפילו במקום שבמכירה אינם קונים בלא שטר כמ"ש בסימן ק"ץ דכיון דאין זה קניין עולם סמכה דעתייהו בלא שטר ג"כ ויראה לי דבמקום שע"פ דינא דמלכותא היושב בחנות ובבית בלא שטר מהמשכיר יכול לומר שלו הוא ובאלו מקומות הרבה מהמשכירים נזהרים שלא להשכיר בלא קבלת שטר מהשוכר אין הקניין נגמר עד כתיבת זה השטר ושהשטר יבא ליד המשכיר וי"א דקניין חליפין אינו מועיל בשכירות ושאלה וכן במתנה ע"מ להחזיר דכל דבר החוזר לבעלים בלי הפסד הוי כמו טובת הנאה דאינו ממון לקנות בחליפין [תוס' ערכין ל"ז] ושאלת ושכירת מטלטלין דנפחתין בתשמישן וכן המשכיר קרקע לחזור בה נקנה בחליפין לכ"ע [כס"מ] וי"א עוד דמתנה על מנת להחזיר בכל עניין נקנה בחליפין דזהו כמתנה גמורה לשעתה [קצה"ח להרא"ש ולכן הסמיכס הרמ"א]:

יד וכשם שממכר אינו נקנה במלוה כמו כן שכירות ומשכנתא

ומשכנתא משם דהוויין כמכר ואין קונים במלוה אפילו בתורת כסף דשכירות ליומא ממכר הוא ועניין משכונא נתבאר ביו"ד סי' קע"ב ובהנאת מחילת מלוה שיתבאר בסי' ר"ד נקנה בשכירות ג"ב [סמ"ע]:

טו כתבו גדולי האחרונים דתוקע כף אל כף שקורים האנט שלאק לקיים המקח או המתנה או השכירות במקום שמנהג הסוחרים לעשות כן כמ"ש בסי' ר"א דהוי קניין דינו כמו ק"ס דכ"ז שעסוקין באותו עניין יכולים לחזור בהם ודברי טעם הן וכן עיקר לדינא:

טז קונין ק"ס אפילו בלילה וי"א דצריך להיות לפני אור הנר או הלבנה כדי שיכירו העדים מי המה הקונה והמקנה [סמ"ע סימן ס'] ואינו לעיכובא דהא קניין א"צ עדים כמ"ש ובשבת ויו"ט אסור לעשות קניין ומכין העושין מכת מרדות ואם קנו אף שעשו עבירה מ"מ הקניין קיים כמ"ש בסי' רל"ה ובחוה"מ בדבר האבד מותר ויתר דיני קניין חליפין יתבאר בס"ד סימן ר"ג:

סימן קצו [דין קניית עבד בימים קדמונים ובו ג' סעיפים]:

א עבד כנעני דינו כקרקע לקנייה ונקנה בכסף בשטר וחזקה וק"ס דכתיב והתנחלתם אותם לבניכם אחריכם לרשת אחוזה הקישו הכתוב לאחוזה וכל קנייני אחוזה נוהג בהם ושטר אינו מועיל רק מישראל כמ"ש בסימן קצ"ד [כס"מ] ובמשיכה נקנה העבד ג"כ כמטלטלין כיון ששייך בו משיכה ובקרקע לא שייך משיכה וכשם שתקנו קניין משיכה במטלטלין כמו כן בעבד ואף דיש למצא גם בקרקע קניין משיכה ועכ"ז אינו קניין כגון זרעים בעציץ נקוב כמ"ש בסימן ר"ב זהו מפני שבכל הקרקעות לא שייך משיכה לא רצו לתקן בשביל זה בלבד אבל בעבדים דבכולם שייך משיכה למה לא יקנו בו ועוד דבמילי דרבנן עבדא כמטלטלי דמי [תוס' ב"ק י"ב:] וכן נקנה בקניין חצר כשמשתמר לדעת הבעלים ולא לדעת עצמו כגון שהוא כפות וישן [כ"מ בתוס' סס ד"ס למס לין]:

ב כיצד היא המשיכה תקפו להעבד והביאו אצלו קנאו אבל אם קראו ובא אצלו או שא"ל רבו הראשון לך אצל הלוקח והלך אצלו לא קנאו ולא דמי לבהמה דקנה בכה"ג כמ"ש בסימן קצ"ז משום דהעבד הוא בר דעת והולך לדעת עצמו ומרצונו ולכן אם העבד הוא קטן או חרש דאין לו דעת קנה בכה"ג דנמשך אחר קריאתו כבהמה אבל כשרבו הראשון א"ל לך אצל הלוקח והלך אצלו לא קנה דהרי הילך מחמת המוכר ואין זה קניין להלוקח כן הסכימו גדולי אחרונים דלא כיש מי שחולק בזה:

ג במה היא החזקה בקניין עבדים שישתמש בו בפני רבו הראשון כדרך שמשתמשין בעבדים ואם החזקה היתה שלא בפני רבו הראשון צריך שיאמר לו לך חזק וקני וכיצד הוא השימוש התיר לו העבד מנעלו או שהנעיל לו מנעלו או שהוליך כליו אחריו לבית המרחץ או הפשיטו או סכו או גרדו או הלבישו או הגביה את רבו החדש קנאו ויראה לי דה"ה אם עשה אחד מהשימושים לאחר מבני ביתו ע"פ ציווי הוי קניין וי"א דה"ה אם הגביה הרב להעבד דהוי קניין דאין חזקה גדולה מהגבהה שקונה במטלטלין בכ"מ כמו שיתבאר והרי אפילו במשיכה קנאו וכ"ש בהגבהה ומלאכה שעושה לו העבד כעין אומנות ולא שימוש הגוף כגון שתפר לו בגד וכיוצא בזה י"א שקנה וי"א דזהו דרך אומנות ולא דרך עבדות ולא קנה:

סימן קצז [דין קניית בהמה גסה ודקה ובו ט' סעיפים]

א הבעלי חיים והמטלטלין נקנין בששה קניינים בהגבהה ובמשיכה ובמסירה ובק"ס ובקניין חצר וד' אמות ובאגב קרקע אבל בכסף ובשטר ובחזקה אינם נקנים והטעם דכסף תקנו חז"ל שלא יהיה קניין בהם מהטעם שיתבאר בסימן קצ"ח ושטר משום דלא עבדי אינשי שטרא למטלטלי [ב"ק ע"ט:] וכדברים בעלמא הן [רס"י סס] וחזקה לא שייך דהגבהה ומשיכה ומסירה היא חזקתן ודיני ק"ס כבר נתבאר וקניין חצר יתבאר בסי' ר' וקניין אגב בסימן ר"ב ודיני הגבהה ומשיכה ומסירה יתבאר לפנינו ובסימן קצ"ח ואודיתא אינו קניין אלא התחייבות ואינו בגדר קניין רק בשם המושאל:

ב הגבהה קונה בכל מקום גם כשעומד ברה"ר או ברשות אחר דכיון שמגביה בידו או מכחו [קלס"ח] מביאה לרשותו דכל שהוא ביד האדם או בכחו הרי הוא כאלו מונח בביתו כמ"ש בסי' רס"ט ומשיכה אינה קונה אלא כשמושכה לרשותו או לחצר של שניהם דכיון שהוא שותף בחצר הרי יש לו רשות להניח שם חפיציו אבל לא ברשות שאינו שלו ואם בעל החצר נתן לו רשות ה"ז כחצר השותפים כיון שבעל החצר נתן לו רשות להניח שם החפץ וכן אינו קונה במשיכה לרה"ר דאין לשום אדם רשות להניח כליו ברה"ר לזמן ואף אם בני רה"ר נתנו לו רשות דרה"ר שייך לכל העולם ואין לשום איש כח ליתן רשות על זה וכן במבוי מפולש אבל באינו מפולש מהני רשות מבני המבוי [נ"ל] ובסימטא שהיא מצד רה"ר והוא כקרן זוית הסמוכה לרה"ר ואינו מקום הילוך לרבים אם לא בשעת הדחק ויש רשות לאדם להניח שם חפיציו לזמן לא מרובה ולכן קונה במשיכתו לשם והוא לעניין קניין ברשותו והמשיכה צריך שימשיך החפץ

החפץ כולו להוציאו מכל המקום שהיה בו ולמשוך אותו לרשותו או לרשות של שניהם או לסימטא וכתב הרמב"ם ז"ל בפ"ד ממכירה דבר הנקנה במשיכה אם היה ברה"ר ומשכו הלוקח לרשותו או לסימטא כיון שהוציא מקצת החפץ מרה"ר קנה עכ"ל וביאור דבריו דאע"ג דבמשיכה בעינן שימשוך את כל החפץ זהו דבעינן שיזזנו כולו ממקום שהיה מונח אבל כיון שהזיזו כולו ממקום שהיה מונח אע"ג שלרשות שבו הקניין מועיל לא משכו לשם אלא מקצתו לית לן בה [עיין סבת ל"ב· בנסכת וברס"י ולע"ג] וכ"ש כשמשכו מרה"ר לרשותו אף שלא הזיזו ברשותו אף כל שהוא קנה [ס"מ בסס רמב"ן כתובות ל"ת: ול"ע על סמ"ע סס ודו"ק] ומסירה הוי היפך ממשיכה דאינה קונה אלא ברה"ר וברשות שאינו שלו ולא ברשות המוכר [טור] והטעם דעניין מסירה הוא שמוס· לו מיד ליד והלוקח אוחז בה ואינו מזיזה ממקומה ולאו דוקא מסירה מיד ליד אלא כיון שאומר לו קנה במסירה והוא אוחז בה או בחבל הקשור בה להנהיגה הוי מסירה וקנה ולכן ברשות שאינו שלו הוי כהכנסה לרשותו באחיזתו שאוחז בה אבל אם היתה ברשותו לא נשתנית כלל באחיזתו כיון דקודם המסירה עמדה ג"כ ברשותו ואינו מזיזה ממקומה וכן ברשות המוכר אינה הוצאה לרשותו באחיזתו ואי קשיא דא"כ בכל קניין משיכה כשמתחיל למושכה מרשות שאינו שלו לרשותו למה לו למשוך לרשותו הלא כיון שאוחז בה ברשות שאינו שלו ליהוי מסירה די"ל דכיון דכוונתו היתה לקניין משיכה אינו מועיל קניין אחר דכלל גדול הוא דבכל קניין צריך כוונה לקנותה בהקניין שעושה וגם יש דברים דלא מהני מסירה כמו שיתבאר ולמה תקנו קניין מסירה מפני שיש דברים גדולים שא"א להגביהן ולא למושכן לרשותו כמו ספינה וכיוצא בה וכן יש רשויות שהמשיכה אינה מועלת בהם כמ"ש לכן תקנו קניין מסירה ובכל הקניינים אינו מועיל בלא ציווי המוכר כמ"ש בסימן קצ"ב ודע דבהפקר ומציאה לא שייך קניין מסירה דמי מוסר לו הלא אין כאן דעת אחרת המוסר לו וע' מ"ש בסי' הבא סעי' ח':

ג לפי מה שנתבאר הוי משיכה קניין חשוב יותר ממסירה דמשיכה מכניסנה לרשותו משא"כ מסירה והגבהה חשובה משניהם שמגבהינה בידיו ותקנו חז"ל שתהא כל דבר נקנה כדרך שרגילין להשתמש בו וכל זמן שלא קנאה בדרך זה יכולין שניהם לחזור בהם [לבוש] ולכן הרבה מרבותינו סוברים דבהמה בין דקה בין גסה אינה נקנית במסירה מפני שאין דרכה בכך אלא במשיכה שכן דרך הבעלים להוליכה ממקום למקום וא"צ להגביהם וי"א דבגסה מסירה קונה מפני שכן דרך למוסרה זה לזה וי"א דגם בדקה מהני מסירה אם היא בפני המוכר שמקנה לו בכך דגם דקה הדרך לפעמים למסור מיד ליד ועוד דבנענוע כל דהוא נמשכים ממקומם ומסירה דידהו הוי כמשיכה ואע"ג דמשיכה אינה ברה"ר מ"מ כיון שיש בזה טורח הקילו [סמ"ע] במסירה זו שיש גם שם משיכה על זה ולפ"ז גם בעופות מהני מסירה [כ"ל] אבל בכל המטלטלין שביכולת למשוך לרשותו לא מהני מסירה כמ"ש בסימן קצ"ח ובהגבהה וודאי דבהמה נקנית בין דקה בין גסה ואע"ג שאין מדרך להגביה אותן ואין דרך שימושן בכך ואיך יקנה בכך זהו בקניין הגרוע כגון דברים שדרכן להגביהן אין נקנין במשיכה ומסירה ודברים שדרכן במשיכה אין נקנים במסירה אבל ממסירה למשיכה וכ"ש להגבהה פשיטא דמועיל אף כשאין דרכן בזה אא"כ שינה מדעת המוכר דבזה אינו מועיל אף מקניין גרוע לקניין טוב כגון דברים שדרכן במסירה ומשיכה וא"ל המוכר לקנות במשיכה ושינה בין לגריעותא למסירה או למעליותא להגבהה לא קנה שהרי המוכר אינו מקנה לו אלא בקניין שאמר לו לקנות:

ד כיצד קונין את הבהמה במשיכה אין צ"ל אם משכה והלכה או רכב עליה והלכה ועקרה יד ורגל ממקומה אלא אפילו רק קראה אותה ובאה לקולו או הכישה במקלו ורצתה בפניו או שהנהיגה בקול שגער בה ונעתקה ממקומה כיון שעקרה יד ורגל קנאה דכשעקרה יד ורגל נעקר כל הגוף ממקומו שעמד בו ודוקא שימשוך בפני הבעלים ואם משך שלא בפני הבעלים צריך שיאמר לו לך חזק וקני ובסימן רע"א נתבאר עוד מדינים אלו במציאה:

ה מכר לו עשרה בהמות אם היה הקניין במסירה והיו כל הבהמות קשורין באפסר אחד ומסר לו האפסר ונטל החבל ואחז בה ונתן לו דמי כולן קנה כולם ואם לא מסר לו אלא דמי מקצתן לא קנה אלא כנגד מעותיו כמ"ש בסימן קצ"ב בקרקע ואם היה הקניין במשיכה צריך למשוך את כולן לרשותו אפילו נתן דמי כולם דהרי נפרדים הם זה מזה ועיין בסימן ר"ג סעיף ה' וצריך למשוך בפני הבעלים או שיאמר לו לך משוך וקני כל הבהמות אבל המוכר עדר לחבירו או שנתן לו במתנה אע"ג דבמשיכה צריך למשוך את כולן מ"מ לעניין אמירת המוכר כיון שמסר להלוקח את המשכוכית והיא הבהמה המהלכת בראש העדר והכל נמשכים אחריה א"צ לומר לך משוך וקני ואם משך העדר אפילו שלא בפניו קנה דמסירת משכוכית הוה כמסירת מפתח שנתבאר בסימן קצ"ב דא"צ לומר לך חזק וקני ודוקא במשכוכית וכיוצא בזה הדין כן מפני שיש לה שייכות לכל העדר אבל בדבר שאין להם שייכות זל"ז כגון שמכר לו ספר אחד שחלוק לשנים ומסר לו חצי האחד והלך הקונה ומשך או הגביה חציו השני שלא מדעת המוכר לא קנה וכיוצא בזה בשארי חפצים:

ו כבר נתבאר דמנהיג בבהמה הוי כמשיכה אפילו במנהיגה בקול ויש מהפוסקים דס"ל ע"פ סוגית הגמ' [ב"מ ח':] דגמל נקנה רק במשיכה וחמור רק בהנהגה אבל להיפך יש באחד מהן דלא קנה מפני שאין דרכה בכך וכיון שיש ספק מי הוא האחד לפיכך לא נקנה גמל בהנהגה

בהנהגה וחמור במשיכה אבל הרי"ף והרמב"ם והש"ע לא כתבו כלל דין זה והטעם נתבאר בסי' רע"א וברכיבה לבד אי הוה קניין בכל הבהמות יש מחלוקת הפוסקים והטור פסק דאינו קונה והרמב"ם בפ"ב ממכירה פסק דקונה ורבינו הב"י כתב שדעת הרמב"ם הוא שתלך קצת ע"כ ולפ"ז אפשר דאין כאן מחלוקת ויראה לי דאפילו למאן דס"ל דקונה ברכיבה לחוד אין זה אלא בבהמות שדרכן לרכוב עליהן כמו סוס וחמור אבל פרה ושור ועז ושה לכ"ע לא קנה ולכן ינהיגה ברגליו קצת שתעקור יד ורגל ממקומה ורכיבה והנהגה קונה בכל מקום וא"צ להכניסה לרשותו דהכנסה לרשותו הוי משיכה [וכ"כ בס"מ] ויש חולקין בזה ונ"ל עיקר כדיעה ראשונה:

ז יש בני אדם שבזיון להם לרכוב ברחוב ואותם בני אדם אין קונין ברכיבה במקום שבזיון להם לרכוב לפיכך המוכר בהמה לחבירו או נתנה לו במתנה וא"ל קנה כדרך שבני אדם קונים או שא"ל סתם קנה אם משך לרשותו או הגביה קנה אבל אם רכב עליו כתבו רבותינו בעלי הש"ע דאם היתה הרכיבה בשדה או בסימטא קנה ואם בעיר ברה"ר במקום שאין רבים דוחקין שם לא קנה לפי שאין דרך בני אדם לרכוב בעיר לפיכך אם הי' אדם חשוב שדרכו לרכוב בעיר או אדם מזולזל ביותר שאינו מקפיד על הלוכו בעיר ורוכב כגון המטפלין בגידול הבהמות או העבדים או שהיתה אשה או שהיה ברה"ר במקום שרבים דוחקים שם ה"ז קונה ברכיבה והוא שתהלך בו עכ"ל וזהו לפי מנהג מדינתם ובמדינתינו גנאי לאדם בינוני וכ"ש לאדם חשוב לרכוב על סוס בכ"מ וכ"ש אשה ואין קונים ברכיבה אף בהנהגה ברגל אא"כ אנשים שדרכם ברכיבה והם דרכם לרכוב בכל מקום ובארצות הקדם גם היום הרכיבה הוא דרך הכבוד כמו בזמן הקדמון ולכן ידונו הדיינים בכ"מ לפי מנהגו:

ח האומר לחבירו משוך ותקנה או חזק ותקנה והלך ומשך והחזיק לא קנה שמשמעו תקנה להבא ועדיין לא הקנה לו וה"ה כשאומר משוך חפץ זה לקנותו דמשמע על להבא אלא צ"ל משוך וקני או חזק וקני דכל לשון קניין צ"ל בהוה ולא בעבר ולא בעתיד ולא דמי לשטרות שלנו שנכתבים בלשון עבר ומ"מ כשירים הם כמ"ש בסי' קצ"א סעיף ה' שאני התם דלשון השטר מוכח שמקנה לו עתה כמ"ש שם והגם דבלשון הכתוב מצינו הוה בלשון עבר כדכתיב נתתי כסף השדה קח ממני וכן יש להיות הוה בלשון עתיד מ"מ בעיקר הקניין בעת הקנאתו צ"ל לשון ברור אבל כשהקונה אומר להמקנה אמשוך ותקנה לי וא"ל הן מועיל דהקונה מוכרח לומר כן דמבקש ממנו שתהא קנוי לו במשיכה זו [עמ"מ ולח"מ פ"ב ממכירה ומיוסב סוגית הראב"ד] אבל המקנה שאומר לו בלשון ציווי היה לו לומר וקני ולכן נ"ל דכשהקונה מסרב א"ע והמקנה מבקשו לגמור הקניין וא"ל כן דהוי קניין דכוונתו שמבקשו שיקנה במשיכה זו:

ט האומר לחבירו משוך פרה זו ולא תקנה אלא לאחר שלשים יום ומשך לא קנה דבעת חלות הקניין כבר כלתה משיכתו ואפילו עומדת ביום השלשים בחצר הלוקח משום דאז הוי הקניין מטעם חצר ולא מטעם משיכה דמשיכה הוא כשמושך מרשות מוכר לרשותו והמוכר א"ל לקנות במשיכה ולא שחצירו תקנה לו [נס"מ] וי"א דבכה"ג קנה [ראב"ד סס פ"ג] דגם כוונת המוכר בע"כ כן הוא עתה תמשוך לרשותך ולאחר שלשים יום תקנה לך חצירך שהרי יודע שאז לא ימשוך ואם א"ל קנה מעכשיו ולאחר שלשים יום קנה אפילו עומדת באגם ביום שלשים שזהו כמו שהקנה אותה מעתה על תנאי וכשנעשה התנאי נתקיים הקניין למפרע וכן במעכשיו דכל האומר ע"מ כאומר מעכשיו דמי ולא גרע מעכשיו בלבד מתנאי בלבד והפירוש הוא דמעכשיו מקנה לו הגוף והפירות לאחר שלשים כההיא דסימן רנ"ז ע"ש ואפילו עומדת ביום שלשים ברה"ר הוי קניין מטעם זה [ס"ך ונס"מ ומתורץ קושית סמ"ע]

סימן קצח [דין קניית מטלטלין במשיכה ומסירה ומה דינו במעות שבידו ובו ט"ז סעיפים]:

א דבר תורה מעות קונות גם במטלטלים דרוב הקניינים נעשים בכסף ובהקדש כתיב מפורש דנקנה בכסף דבפודה שדהו מן ההקדש כתיב ויסף חמישית כסף ערכך עליו וקם לו ולא מצינו חילוק בזה בין הדיוט להקדש אבל חכמים תקנו מפני תקנת הלוקחים כמו שיתבאר שלא יקנו המטלטלים במעות אלא במשיכה ומסירה והגבהה כל חד וחד כדיניה שנתבאר בסימן קצ"ז ובזה קנה גם בלא נתינת המעות ואין זה כעקירת דבר מן התורה דהרי בקניינים יכולים הסוחרים להנהיג ביניהם איזה קניין שירצו כמו שיתבאר בסימן ר"א דאין זה מהמצות שחובה לעשות כך ועיקר הקניין הוא סמיכת דעת הלוקח והמוכר לגמור הקניין ולכן אסמכתא לא קניא אף שהיה קניין גמור מפני שלא גמרו בלב שלם לקנות ובכל מה שהורגלו לעשות קניין סמכה דעתם בזה ולכן מפני תקון העולם אמרו רבותינו ז"ל דמשיכה בלבד קונה או הגבהה או מסירה ולא מעות ואם הקנה לו קרקע ומטלטלים במעות יתבאר בס"ד בס"ס ר"ג ובמטלטלין כשנתן מעות היום ואחר כמה ימים משך מתחיל הקניין משעת המשיכה ולא קודם:

ב ולמה תקנו כן מפני שחששו שמא יתן הלוקח דמי החפץ וקודם שיקחנו מהמוכר יאבד החפץ ע"פ איזה אונס כגון שתפול דליקה או יבואו ליסטים ואם החפץ

יהיה

יהיה ברשות הלוקח יתמהמה המוכר קצת ולא יציל לפיכך העמידוהו ברשות המוכר כדי שישתדל ויציל החפץ שעדיין שלו הוא וכשיאבד יתחייב להחזיר המעות ואין לומר הלא גם לפי תקנה זו יש זה החשש עצמו בהמעות דכשנתן המעות ולא משך החפץ ועדיין המעות ברשות הלוקח הם כמו שיתבאר וכשיהיה איזה אונס בהמעות לא יטרח המוכר ולא יציל האמנם הדבר מובן שמעות בקל להציל ולא יתעצל אבל סחורה ופירות צריך טירחא להצילם ולכן חששו חז"ל בזה ואם תשאל למה עקרו קניין מעות לגמרי ליתקנו שדוקא משיכה ומעות יקנו ולא אחד בלא חבירו אמנם חששו לתקנת המסחור שלא יצטרכו בכל קניין לשני דברים ועוד דאם נאמר דמשיכה בלבד אינו קונה לפעמים כשימשוך הלוקח ולא יתן מעות עדיין ותתהוה אצלו איזה סיבה לא יטרח להציל ויאמר להמוכר נשרפה סחורתך וגם אין להקשות דלפ"ז איך נקנה בק"ס בלבד או בסיטומתא דסימן ר"א או בקניין אגב ניחוש שמא לא יטרח המוכר להציל הסחורה די"ל דכל זמן שלא קבל המוכר המעות בהכרח לו להטריח ולהציל דיהיה קשה לו להוציא המעות מהקונה שיאמר לו אתה פשעת בזה [סמ"ע] ואם קבל בק"ס ונתן מעות ולא משך ואירע הפסד אין לנו לחשוש דמי הכריחו ליתן המעות קודם המשיכה כיון שהמעות לא היו לשם קניין:

ג וכיון שהטעם הוא מפני הפסד הלוקח לפיכך אם היה ביתו של לוקח מושכר להמוכר והמקח מונח שם העמידו על דין תורה דמעות קונות דהרי אם תארע אונס הוא יטרח ויציל ואפילו אינו דר שם דהרי יטריח להציל ביתו ויציל גם מקחו וכן אם המוכר השכיר ללוקח מקום בביתו והלוקח דר שם אף שהמקח מונח בחדר אחר מעות קונות דכיון שהוא אצלו יטריח ויציל [טור] וכ"ש אם הלוקח שכר המקום שהמקח מונח שם קונה החפץ ואין יכולין לחזור בו ואפילו לא נתן מעות [ש"ך] דחצירו קונה לו ודוקא שהמקום משתמר לדעת הלוקח או שעומד בצד המקום ההוא וכן כששאל את המקום שהחפץ מונח בו קנה המקום את החפץ [שם] ודוקא שהשאילו להשתמש בו אבל אם השאילו רק לדריסת הרגל ללכת דרך שם אינו כחצירו לקניין דאין לו רק רשות ליכך ולא להשתמש בו [ריטב"א] וגם צריך שיהא משומר לדעתו או שעומד בצדו ובסימן ר' יתבאר די"א דאפילו כשהוא משומר לדעת המוכר ג"כ קנה הלוקח וי"א דדוקא כשמקודם השאילו או השכירו המקום ואח"כ מכר לו החפץ אבל אם באו שניהם כאחד לא קנה וכמ"ש בסימן ר"ב [ש"ך שם סק"ג] ושם יתבאר דיש חולקין בזה:

ד יראה לי דאם המקח אינו ת"י המוכר ולא ת"י אנשי ביתו או שכירו ולקיטו אף שגם אינו ת"י הלוקח כגון שמכר לו עצים על שפת הנהר או ביער או סחורה המונחת במקום אחר ת"י רשות אחר ג"כ מעות קונות דבזה ג"כ לא שייך שהמוכר לא יטריח להציל כיון שאינו תחת רשותו כלל ולא תחת רשות המושכר לו ולא ת"י ב"ב ושכירו:

ה כתב רבינו הרמ"א די"א דאם היו המטלטלין במקום דליכא למיחש לדליקה נקנו במעות עכ"ל וכן שארי אונסין אם לא שכיחא בשם [סמ"ע] והאחרונים חולקים ע"ז דלא פלוג רבנן בתקנתא וזה שנתבאר מקודם דיש שהעמידו על דין תורה זהו ברשות אחר ממש דחז"ל לא חששו רק כשהוא ברשות המוכר ולא כשהוא ברשות הלוקח אבל מקום שת"י המוכר אלא שמקום זה רחוק מסיבה לא פלוג רבנן ולכן אף אם הסחורה בטוחה מאש וממים בבתי הבטוחות שקורין סאראנץ מ"מ לא פלוג רבנן וכן הכריעו הגדולים לדינא עוד כתב רבינו הרמ"א דאם התנו בהדיא דמעות יקנו קנה במעות עכ"ל ובין שהתנה הלוקח ובין שהתנה המוכר בתחלת המקח ושתק הלוקח כמ"ש בסימן ר"ז [סמ"ע] ויש חולקין בזה דהתנאי לא מהני לעשות קניין מדבר שאינו קניין דזהו כתנאי שיקנה בדברים בעלמא דודאי אינו קונה ואין התנאי מועיל רק במקום שהקניין טוב רק שאין סמיכת דעת כמו בקניין כסף בקרקע במקום שנהגו לכתוב שטר כמ"ש בסימן ק"ץ סעיף כ"ה ולא לעשות מדבר שאינו קניין שיהא קניין [ש"ך בשם ריטב"א] ואינו דומה לקניין שנהגו הסוחרים דמועיל דזהו מנהג קבוע אבל לא מה שאיזה יחיד יעשה קניין לעצמו וי"א דבזה יש לפסוק כרבינו הרמ"א כיון דמן התורה הוי כסף קניין גמור ורק חז"ל תקנו משיכה לטובת הלוקח יכול לומר לא ניחא לי בהאי תקנתא וכמ"ש באה"ע סי' צ"ב [ב"ח] וכן עיקר לדינא [קצה"ח]:

ו י"א דאם ראובן השכיר מטלטלין לשמעון ושמעון נתן לו דמי השכירות ועדיין לא משכן מ"מ קונה שמעון דבשכירות אוקמוה אדין תורה דנקנה בכסף דבזה אין חשש שמא יאמר לו נשרפו מטלטלך דכיון דהגוף שלו טרח ומציל וכן עיקר לדינא:

ז י"א דאע"ג דעקרו רבנן לקניין כסף מ"מ אם קידש המוכר בכסף זה אשה חוששין לקדושין כיון דמן התורה הוי קניין והמעות שלו [סמ"ע] ויש חולקין בזה דבענייני קניינים כל מה דתקנו רבנן הוי כדין תורה וכ"כ רבינו הב"י באהע"ז סימן כ"ח לעניין מעמד שלשתן [ע"ש בב"ש סק"ג] וכן משמע להדיא בירושלמי דמע"ש פ"ד הל' ג' [וכ"מ מרש"י ב"מ מ"ו: ד"ה נתעלו] אמנם כשהמוכר מותר לו להשתמש בהמעות כפי מה שיתבאר וודאי קדושיו קדושין ולאחר שקבל אחד מהם מי שפרע פשיטא דאין קדושיו קדושין [נה"מ] ועמ"ש באה"ע סימן כ"ח סעי' ס"ג וס"ד:

ח כבר נתבאר בסימן הקודם דהגבהה קונה בכ"מ ומשיכה צריך שימשוך לרשותו או לרשות שניהם או לסימטא ומסירה הוי להיפך דוקא ברשות שאינו שלו וכשמוסר לו ברשות של אחרים לא יתן לו אותו בעלים

רשות

רשות לקנות בו דא"כ הוי כשלו והגבהה עדיפא ממשיכה ומשיכה ממסירה ודבר הראוי להגבהה אינו נקנה במשיכה וכ"ש במסירה ודבר הראוי למשיכה אינו נקנה במסירה אבל הגבהה קונה אף בדבר שאין דרכו בהגבהה מפני שהוא קניין חשוב ושיעור הגבהה י"א דצריך ג"ט דפחות מג' כלבוד דמי וי"א דדי בטפח כיון שהוא בידו ה"ז כברשותו והגבהה מכחו הוי הגבהה כבידו [ס"ך] ובזה צריך וודאי ג"ט [נ"ל] ומשיכה צריך שימשוך החפץ כולו ויוציאנו מכל המקום שהיה מונח בו ואע"ג דבבע"ח די בעקירת יד ורגל זהו מפני שבע"ח זז מאליו אח"כ ולכן כשהיה החפץ מונח בסימטא צריך למושכה מלא אורכה וסופו יגיע למקום שהיה ראשו אבל כשהיתה ברה"ר ומשכה משם לסימטא או לרשותו אע"ג דלא משכה ברשותו ובהסימטא מלא ארכה די כיון שעקרה מכל המקום שהיתה שם בתחלה ומיהו יראה לי דמשיכה מרשות המוכר אף שמשכה כולה ממקומה מ"מ אם נשארה עדיין מקצת ברשות המוכר אינו קונה [וא"ש בזה מה שהקשו שם בל"ע מסכת ל"א: ודו"ק] ומסירה צריך למסור מיד ליד או ע"פ ציווי ויאחזנו בידו אף שלא זזו ממקומו ודיני הגבהה יתבאר עוד בסימן רס"ט:

ט אם המוכר א"ל לקנות בקניין זה אינו מועיל קניין אחר אפילו קניין חשוב מזה שצוה לו אך המוכר אינו יכול לצוות לו לקנות בדבר שאינו קניין בזה החפץ או לקנות במסירה או במשיכה במקום שאין קונין בהם כמו משיכה ברה"ר ומסירה ברשותו:

י דברים שראוים להגביהן אין נקנין אלא בהגבהה ואפילו קיבץ דברים קטנים הרבה ועשאן אגודה אחת שאינה ראויה להגבהה יתירנה ויגביה כל אחד לבדו או שתים ושלש כאחת כיצד כגון המקבץ עצים דקים או פשתן וכיוצא בהן ועשה מהן טעינה גדולה אין נקנים במשיכה שהרי אפשר להתירן ולהגביהן אבל אם היה טעון שק של אגוזים ושקדים ופלפלין ותבואה וכיוצא בזה שאין דרכן לטלטל כל אחד לבדו ה"ז נקנה גם במשיכה ויש חולקין גם בעצים ופשתן וס"ל דגם בהם נקנים במשיכה לפי שיש טורח להתירן ולהגביה כל אחד לבדו ודבר זה תלוי לפי עניין הסחורה ובוודאי הקונה סחורות המונחים רבים בכלי אחד ואת הכלי הזה צריך להוליך עוד בוודאי קונה כשימשוך את הכלי המליאה כמות שהיא:

יא דברים כבדים שא"א לאדם אחד שימשכנה כמו ספינה שאינה נמשכת אלא ע"י אנשים רבים וכן קורות ועצים כשנמכרים חבילות או סחורה הנמכרת חבילה ודרכה בכך לא הצריכום משיכה אלא נקנו במסירה כשעומדים ברה"ר או ברשות שאינו של שניהם אמנם אם המוכר א"ל לך משוך וקני אינו קונה אלא במשיכה וישכור אנשים וימשוך עמהם ולפיכך אם הספינה עומדת ברה"ר ולא הקפיד המוכר במה יקנה וסתמא א"ל לך חזק וקני יאחז בידו ראש הספינה ויקנה בזה וכן בקורות ועצים וחבילת סחורה וכשא"ל משוך וקני צריך למשכה כולה ולהכניסה לרשות שהמשיכה קונה בה ואם עומדת בסימטא או בחצר שניהם בהכרח לקנותה במשיכה דמסירה אינו מועיל שם ואמצע הנהר דינו כרה"ר וסמוך לשפתו דינו כסימטא וצריך למושכה לשפת הנהר [כתובות פ"ס]:

יב וכמו דקפידת המוכר מעכבת כמו כן התחלת מעשה הלוקח מעכבת אף אם המוכר אינו מקפיד כיצד כגון שהספינה עמדה ברה"ר וא"ל המוכר לך וקני והלך הלוקח והתחיל למשוך אותה לא קנה עד שימשכנה לסימטא דכיון שהתחיל במשיכה הרי גילה בדעתו שאינו רוצה לקנות במה שמחזיק בה דהוא קניין מסירה אלא במשיכה לכן צריך לגמור הקניין שהתחיל בו וי"א עוד דספינה אם צריך לקנותה במשיכה אינה נקנית אלא כדרך משיכתה כגון שמונחת במים או ברקק מים שהוא בסימטא או ברשות של שניהם אבל ביבשה אינו קונה עד שיגביהנה וי"א דגם מסירה אינו מועיל בספינה ברה"ר ביבשה אא"כ מונחת על המים ולכן הטוב שבקניין ספינה כשהיא על המים יאמר המוכר להלוקח אחוז בה וקנה ויאחזנה הלוקח בראשה או בצדה ויכוין לקנות בזה והוי קניין מסירה:

יג לפי מה שנתבאר דמסירה אינו מועיל במקום שיש להם רשות לפיכך במקומות הגדולים שהסחורות מונחות על שפת הנהר תחת הבניינים העומדים שם או הקורות והעצים המונחים על שפת הנהר אינו מועיל שם מסירה כיון שהסחורות מונחים שם ברשות והוי כרשותו וכן בהתחנות שעל מסילות הברזל אינו מועיל שם קניין מסירה כיון שיש רשות להסוחרים להניח שם סחורתם וצריכים לעשות שם הגבהה או ק"ס והלוקחים עגלה גדולה סחורה שקורין וואגאן א"א לעשות בו זולת ק"ס אמנם אם יש שם איזה מנהג בין הסוחרים בדרכי הקנייה יעשו כמנהגם כמ"ש בסימן ר"א ואפשר דא"צ במקומות ההם לשום קניין דנקנה שם מטעם חצר כיון דלפי חוק המלכות מייחדים להסוחרים מקום להניח שם סחורתם על שפת הנהר או בבתי התחנות ואין ביכולת איש אחר להדיחו ממקום זה כל זמן שסחורתו מונחת שם אינו דומה לסימטא דהוא ממש כחצירו וכשמוכר הסחורה לאחר נעשה המקום חצירו של הלוקח ומקחו וחצירו באין כאחד ואף שלדעת הש"ך בסימן ר"ב סק"ג לא מהני כשבאין כאחד וכמ"ש בסעיף ג' אבל גדולי אחרונים חולקים עליו כמו שיתבאר שם אמנם הלוקח צריך לעמוד שם כי היכי דליהוי חצר המשתמרת לדעתו דאלו המקומות הם חצר שאינה משתמרת ועמ"ש בסי' ר' סעיף ח' וקניינו של כותי במטלטלין נתבאר בסימן קצ"ד [ול"ק מב"מ כ"ג: ברקתא דנהרא שפירש"י ומניחו על שפת הנהר וכו' ופעמים שהנה פכ"ל ואם דינו כחצר מה מועיל הנחה די"ל דאלה לא היה החוק הזה ודו"ק]:

יד אע"פ שמעות אינן קונות מ"מ כשנתן מעות ועדיין לא

לא משך מותר לו להמוכר להשתמש בהמעות דהא קיבלם כדי להשלים להלוקח מקחו וקיבלן להוציאן לעשות בהם צרכיו ולכן חייב המוכר באחריותן אפילו כשנאנסו דהוי כהלואה ואפילו חזר בו המוכר וא"ל ללוקח בא וטול מעותיך מ"מ כל זמן שלא קבל מי שפרע חייב באחריותן דמי יימר שיקבל מי שפרע אבל אחר שקבל המי שפרע וא"ל אח"כ בא וטול מעותיך פטור מאונסים ודוקא שא"ל אח"כ אבל א"ל קודם טול מעותיך והלכו לב"ד וקבל מי שפרע ולא א"ל אח"כ טול מעותיך חייב באונסים [ב"י] וי"א דאפילו קיבל מי שפרע וא"ל אח"כ טול מעותיך אינו נפטר מאונסים אא"כ אלו המעות שנתן לו הלוקח המה בעין אבל אם היציאם וייחד אחרים תחתיהן חזרו מעות אלו להיות כהלואה וחייב באונסים עד שיבואו לרשות הלוקח ויש מי שאומר שאפילו הוציאם כיון שקבל עליו מי שפרע וא"ל טול מעותיך אף שלא רצה הלוקח לקבלם פטור:

טו וכ"ז כשחזר בו המוכר אבל אם הלוקח חזר בו וא"ל המוכר בא וטול מעותיך כיון שאין על המוכר מי שפרע הרי המעות אצלו כפקדון ואם נגנבו או נאבדו פטור ואין דינו רק כש"ח ובכל מקום שהמוכר כשור מאונסין בסעי' הקודם אין דינו רק כש"ח [ובב"מ מ"ט: דאין דינו אף כש"ח וזהו לרבא דפסק כר"ל אבל לדידן דקיי"ל כר"י דינו כש"ח כמ"ש הגר"א ס"ק כ"א] ויש מי שאומר שאין דינו אפילו כש"ח [מרדכי פ"ה דגיטין וכ"כ הרא"ש בב"מ שם וכ"כ רי"ו ותמיהני שלא כתבו דיעה זו והיה נ"ל דהרמב"ם והש"ע לאו בדוקא נקטי גניבה ואבידה וה"ה מפשיעה אבל הסמ"ע והגר"א לא כתבו כן] וכל זמן שלא א"ל טול מעותיך אף שהלוקח חזר בו מ"מ חייב אפילו באונסים [נה"מ] ואם כשאמר טול את שלך א"ל הלוקח יהיה פקדון בידך דינו כש"ח [שם] ובזה אין חילוק בין חזרת מוכר לחזרת לוקח ובין קבל מי שפרע ללא קיבל כיון שנתרצו שניהם להיות המעות פקדון בידו דינו כש"ח [נ"ל]:

טז כשהמקח נגמר בעניין שאין יכולים לחזור בהם והסחורה ברשות המוכר יש מן הגדולים שכתבו שהוא על הסחורה כש"ח ויש שכתבו דאפילו ש"ח לא הוי דה"ל כמו הא ביתא קמך וכ"כ רבינו הב"י בשם רבינו ירוחם וכן נראה עיקר אמנם אם בעת הקנייה דברו מפורש שיונח אצל המוכר עד זמן פלוני דינו כש"ש עד הזמן שהתנו [נ"ל] וכן אם הלוקח נשאר חייב מעות להמוכר אם המקח אינו זבינא חריפא והמכירה היא טובת המוכר דינו כש"ש ואם היא זבינא חריפא פטור [נה"מ]:

סימן קצט [יש דרכים שמעות קונות ויש זמן שמעות קונות ובו י' סעיפים]:

א כבר נתבאר דרבנן בטלו לקניין כסף מפני טובת הלוקח ולא פלוג רבנן בתקנתם דכל מקום שהסחורה היא ת"י המוכר אע"פ שמקום זה בטוח מסיבות מ"מ אין מעות קונות והסברא נותנת כן דאל"כ נחלק ג"כ בין כשהמוכר איש צדיק ובודאי יטריח להציל של אחרים ויקנה במעות בלבד אלא וודאי דתקנה קבועה התקינו לטובת המסחור אמנם לא תקנו זה אלא בדרך המסחור הקבוע אבל במסחור אקראי דלא שכיח לא תקנו על זה ולמה יתקנו במילתא דלא שכיחא כיון שאין דרך המסחור בכה"ג:

ב לפיכך אמרו חכמים דלפעמים מעות קונות כיצד אם היה להלוקח מעות בידו בלא מניין ובלא משקל ואמר לחבירו מכור לי חפץ שלך במעות אלו שבידי וקחם המוכר ולא דקדק לידע מניינם נקנה החפץ להלוקח ואין יכולים לחזור בו שזהו דבר שאינו מצוי ולא תקנו בו רבנן ואפילו הלוקח ידע כמה מעות יש אצלו רק שאמר להמוכר מכור לי באלו והמוכר לא ידע י"א דקנה והסכימו לזה גדולי הפוסקים כיון דאין דרך המסחור בכך וה"ה אם המעות היו ידועים לשניהם כמה הם והמקח לא היה ידועה אפילו להלוקח לבר כגון שהיה מונח צבור פירות וא"ל קנה לך פירות אלו בכך וכך דגם זה הוי מילתא דלא שכיחא ודוקא בפירות שאין המידה ידועה להלוקח או הרבה מטלטלין צבורים ולא ידע הלוקח מה בהם אבל חפץ אחד או הרבה חפצים שרואה אותן מה הן רק שאין השומא נקצבת כמה הן שוין אינו נקנה במעות דמסחור כזה שכיח הרבה והלוקח שם אותם בלבבו כאשר ראם [נה"מ] וע' בר"ס ר"ט ובסימן קכ"ז:

ג וכן ראובן שמכר מטלטלין לשמעון במנה וקנה שמעון המטלטלים ונתחייב המעות לשלם לראובן ואח"כ היה לשמעון מטלטלים אחרים למכור וא"ל ראובן מכור לי אותם בדמים שיש לי בידך מדמי המכר וא"ל הן נקנין אותן המטלטלים לראובן בכל מקום שהן וכ"ש אם מכר לו אותן המטלטלין עצמן ואע"פ שלא משך ולא הגביה שגם זהו דבר שאינו מצוי אבל אם היה עליו חוב שלא מחמת מכר וא"ל מכור לי מטלטלין אלו בחוב שיש לי בידך ונתרצו שניהם לא קנה דאין קונין במלוה כמ"ש בסעיף ק"ץ דמלוה להוצאה ניתנה ואי קשיא דא"כ גם בחוב מחמת מכר למה קונה די"ל כיון דהוי מחמת מכר הו"ל כאלו לא נתחייב לו מעות מעולם אלא כאלו מתחלה החליפו מטלטלין במטלטלין כמו מחליף פרה בחמור דכיון שמשך האחד נקנה השני בכ"מ שהוא כמ"ש בסימן רכ"ג [מע"מ ולבוש] אבל באמת יש חולקים בזה וס"ל דזהו ג"כ כמו מלוה ולא קנה ולכן כשא"ל מכור

מכור לי בדמים שיש לי בידך לא קנה רק אם א"ל מכור לי בהנאת מחילת הדמים שיש לי אצלך קנה דגם בקדושין מקודשת בהנאת מחילת מלוה כמ"ש באהע"ז סימן כ"ח משום דההנאה שוה פרוטה וה"ל כאלו נותן לו פרוטה מזומנת וכיון דדבר זה לא שכיח קונה קניין גמור אבל בהנאת מחילת מלוה של חוב ולא של סחורה לא עדיפא ממעות מזומן ואינו קונה רק למי שפרע :

ד וכן אם המטלטלין שמכר מונח ת"י אחר ואמר המוכר להנפקד תנם אותם לפלוני שמכרתים לו והלוקח נתן המעות קנה בלא משיכה דאמ־ינן בזה תן כזכי כמו גבי חוב ואין לדמותו למתנה דלא אמרינן בו תן כזכי כמ"ש בסימן קכ"ה דכיון שהמוכר אין לו לחזור בו בלא מי שפרע דמיא יותר לחוב מלמתנה ואין המוכר יכול לחזור בו כמ"ש בסימן רל"ה ואם היה בפני הלוקח גם הלוקח אינו יכול לחזור בו [כס"מ סימן קל"ח בשם גאון] וי"א דלא אמרינן בזה תן כזכי וצריך לומר לו זכי [ש"ך סימן ר' סק"ו וע"ש סעיף ד'] אבל אם לא אמר להנפקד תן לפלוני לכ"ע אינו קונה במעות ואע"ג דאינם ברשותו של מוכר מ"מ הרי הם ברשותו של הנפקד הבא מכחו וכמונח אצלו דמי וכמ"ש בסימן הקודם סעיף ד' לעניין בני ביתו של המוכר :

ה עוד אמרו חז"ל דיש זמן שמעות קונות שהעמידו דבריהם על דין תורה במכירת בשר בארבעה פרקים בשנה עיו"ט האחרון של סוכות ועיו"ט הראשון של פסח וערב שבועות וערב ר"ה דבאלו הזמנים מרבים בסעודה והלוקחין בשר סומכין על המוכרים ולכן אם היה להטבח שור שוה מאה דינרין ולקח מהלוקח דינר ליתן לו בשר כשישחוט את השור ולא נתקבצו לו כל דמי השור משחיטין את הטבח בע"כ וצריך לקיים מכירתו דעיקר שמחת יו"ט היה להלוקח על זה הבשר ולפיכך אם מת השור מת ללוקח ומפסיד הדינר כיון דברשותו הוא ויש מי שכתב דה"ה לכל דבר מצוה כגון שנתן מעות של יין לקידוש אבל יש שפקפקו בזה [סגר"א] דאין לדמות דבר לדבר ועוד דבבשר לא היה אפשר לו להלוקח לעשות משיכה דהרי לא ישחוט אותו הטבח עד שיקבץ כל מעותיו ודעת הטבח לשוחטו ביו"ט ולכן החמירו חז"ל בזה אבל ביין לקידוש היה לו למשוך מע"ש ואולי דלכן לא תקנו חז"ל דיקנה מעות בבשר גם על שבת דהרי גם בשבת מצוה לאכול בשר אלא משום דבשבת בע"כ יהיה השחיטה בע"ש והיה לו למשוך משא"כ ביו"ט יכול לשחוט ביו"ט [ואין זה ראיה כל כך דביו"ט יותר חובה לאכול בשר דאין שמחה אלא בבשר ומ"מ לדינא העיקר כמ"ש בשם סגר"א] :

ו יתומים ג"כ העמידו להם חכמים על דין תורה שאין קונים מהם אלא בכסף לפיכך אם האפטרופס מכר פירות של יתומים ומשכן הלוקח ועדיין לא נתן המעות ונתייקרו חוזרין בהן היתומים מפני שאין נכסיהם נקנין אלא בכסף כדין תורה ואם הוזלו הפירות אין הלוקח יכול לחזור בו שלא אמרו זה רק לטובת היתומים אבל לרעתן למה יגרעו משארי בני אדם וגם רק בזה הפרט כשמשכו מהם ונתייקרה העמידום על דין תורה אבל בשארי עניינים שוים לכל אדם אף שהוא לטובתן מפני הטעמים שיתבארו :

ז כיצד קבלו היתומים הדמים ולא משך הלוקח את הפירות ונתייקרו חוזרין בהם כשאר כל אדם ואין עליהם מי שפרע [תוס' גיטין נ"ב] דלא תקנו קבלת מי שפרע ליתומים ואם הוזלו ורוצה הלוקח לחזור בו חוזר בו ומקבל מי שפרע ולא אמרינן שלטובתם נעמידם על דין תורה שיקנה הלוקח בהמעות מפני שיוכל להגיע להם רעה אם נאמר כן שאם יצטרכו מעות לא יתנו להם עד שיתנו הפירות ויהיה להם עיכוב במסחרם ואם לקחו היתומים פירות ומשכום ולא נתנו הדמים והוקרו קנאו כשאר כל אדם ואם הוזלו ג"כ לא נעמידם על דין תורה שיחזרו בהם שא"כ כשיצטרכו לקנות פירות לא ימכרו להם עד שיתנו מעות קודם ולפעמים אין להם המזומן קודם ואם נתנו מעות ולא משכו הפירות והוזלו חוזרים בהם כמ"ש ואם הוקרו המוכר חוזר בו ומקבל מי שפרע שאם נעמידם על דין תורה לאמר שקנו להם המעות יאמר להם המוכר נשרפו פירותיהם שברשותכם הן משעה שנתתם המעות [טור] ואין לומר דכשישרפו יחזרו בהם כמו בהוזלו דאין זה סברא לומר כן שהפירות ביקרותן יהיו ברשותם וכשישרפו יחזרו לרשות המוכר [סמ"ע] ואין להקשות דא"כ גם בסעיף הקודם כשמכרו ומשכן הלוקח שאמרנו דכשנתייקרו חוזרין בהם הלא יאמר להם הלוקח נשרפו פירותיכם די"ל דבשם לא ירויח הלוקח דמיד כשמשכן הותר לו לאכול מהם ולא גרע משומר שכר דהנאה זו הוא שכרו [תוס' שם] וחייב אם נשרפו שלא באונס גמור ולאונס גמור לא חששו חכמים דלא שכיח כל כך [לבוש] :

ח כתב הרמב"ם בפ"ז מערכין הפודה מיד ההקדש משך במנה ולא הספיק ליתן הדמים עד שעמד במאתים נותן מאתים שנא' ונתן את הכסף וקם לו בנתינת הכסף הוא שלו משכו במאתים ולא הספיק ליתן את הדמים עד שעמד במנה נותן מאתים לא יהא כח הדיוט חמור מכח הקדש והרי קנה במשיכה ונתחייב בדמים פדה במאתים ונתן הדמים ולא הספיק למשכו עד שעמד במנה כבר קנה בנתינת הכסף ומושך את שלו וזכה הקדש במאתים פדהו במנה ונתן הדמים ולא הספיק למשכו עד שעמד במאתים מה שפדה פדוי ואינו נותן אלא המנה שכבר נתן ואין אומרים כאן לא יהא כח הדיוט חמור מהקדש שאפילו הדיוט אינו יכול לחזור בו עד שיקבל מי שפרע ואין הקדש ראוי לקבל מי שפרע עכ"ל וכתב עוד בפ"ט ממכירה הגיזבר שקנה להקדש או שמכר ידו על העליונה כיצד נתן דמים של הקדש אע"פ שלא משך הפירות אם הוקרו קנה כדין תורה ואם

הוזלו

הוזלו הפירות חוזר שהרי לא משך ולא יהא כח ההדיוט חמור מכח ההקדש עכ"ל ויש חולקים בזה כיון דבהדיוט ג"כ יש מי שפרע גם ההקדש אינו חוזר כמ"ש הרמב"ם עצמו סברא זו [ר"ן פ"ק דקדושין] וצ"ל שהרמב"ם סובר דדוקא הדיוט מהקדש קונה בכסף אבל הקדש מהדיוט הוי כהדיוט מהדיוט [כ"מ] עוד כתב הרמב"ם שם וכן אם מכר חפץ של הקדש ומשכו הלוקח ולא נתן דמים והוזל החפץ קנה שלא יהא כח הדיוט חמור מכח הקדש ואם הוקר החפץ חוזר בו שהרי לא לקח הגיזבר דמים ההקדש אינו נקנה אלא בכסף שנאמר ונתן הכסף וקם לו ואין הגיזבר חייב לקבל מי שפרע עכ"ל ובירושלמי פ"ג דמעשרות איתא דמקח שקיבע למעשר ה"ה במעות בלחור דאל"כ שמא יטול בפיו לטעום ויחזור בו ונמצא אוכל טבל למפרע [ועש"ך יו"ד סי' של"א ס"ק קי"ח וצ"ע]:

ט כתב רבינו הרמ"א דהקדש וצדקה קונה במעות ולכן אם נתן אחד דמים להקדש על המקח ונתייקר אין ההקדש יכול לחזור בו עכ"ל וה"ה איפכא אם הגבאי לקח מאחד ונתן דמים אין הגבאי יכול לחזור אף כשהוזלה כיון דגם בהדיוט יש מי שפרע ולדעת הרמב"ם שהבאנו יכול הגבאי לחזור ואין כוונת רבינו הרמ"א דהקדשות וצדקות שלנו יש להם דין הקדש דכבר נתבאר בסימן צ"ה דדינם כהדיוט אלא דכוונתו דכיון דמן התורה מעות קונות ותקנת חז"ל היתה לטובת המסחור כמ"ש והקדש וצדקות אינם בעלי מסחור לא היתה עליהם התקנה וכן עיקר לדינא מדלא השיגו מפרשי השו"ע עליו דלא כיש מי שחולק בזה:

י יש מרבותינו שכתבו דאע"ג דמן התורה הקניין הוא בכסף ולא במשיכה מ"מ במקום דליכא קניין כסף כגון במתנה או שמכרה לו בעד חוב קדום נקנה במשיכה מן התורה [תוס' עכו"ם ד' ע"א] ויש מי שחולק בזה וס"ל דגם במתנה צריך מן התורה קניין אחר [ש"מ בשם רמב"ן]:

סימן ר [דין קניית חצר במטלטלין וקניית כליו ובו כ"ה סעיפים]:

א רשותו של אדם כמו ביתו וחצרו ושדהו קונה לו מטלטלין המונחים שם כמו שקונה בידו דרשות האדם נקרא יד כדכתיב וכל טוב אדוניו בידו וכן ויקח את כל ארצו מידו ולכן כשהמטלטלין מונחין בחצר הלוקח והמוכר יודע מזה ומכר לו ופסק עמו המקח מיד נקנה לו המקח להלוקח ואין זה קניין משיכה לרשותו דבמשיכה צריך המוכר לומר לו משוך וקני ובכל הקניינים צריך לומר כן כאשר נתבאר אבל כשהמקח ברשותו של לוקח כיון שהושוו ביניהם בהמקח קנה הלוקח מיד וכן משמע מרמב"ם רפ"ד ממכירה וכ"מ בגמ' [ב"ב פ"ו: תוס' ד"ה זיל קני אבל ברשות לוקח א"צ לומר וכ"מ מרשב"ם שם ס"ס ד"ה קנה לוקח מיד] ולדעת הרמב"ם פ"י משכירות אפילו כשרשותו מושכר לאחרים קנה לו וכן פסק אחד מגדולי האחרונים [ש"ך סימן ר"ג]:

ב אין חצירו של אדם קונה לו אא"כ משתמר לדעתו כגון שהוא מוקף מחיצות אף שאינו נעול ואינו מקורה [נה"מ] או אפילו כשאינו משומר אם הלוקח עומד בשעת הקניין בצד אותו רשות ועיין בסימן רס"ח סעיף ו' והטעם דכשאינו עומד שם ואינו משתמר לדעתו אינו דומה לא לידו ולא לשלוחו דידו ושלוחו משומרים הם וזה אינו משתמר כלל אבל בשעומד שם הרי שומרו בשעת מעשה הקניין דקניין חצר ילפינן מיד ומשליחות כמו שיתבאר וי"א דבחצר שאינה משתמרת לא מהני אלא דוקא כשעומד בתוכו אבל חוצה לה לא מהני וגם לדיעה ראשונה דמהני זהו כשעומד בצדו ממש דומיא דיד אבל ברחוק קצת אף שיכול לשומרו לא מהני ואפילו בעומד בתוכו בעינן ג"כ שיכול לשומרו לפיכך שדה גדולה והמטלטלין מונחין ברחוק ממנו שאינו יכול לשמרן

לא קנה וכן במציאה לא זכתה לו [נה"מ] וכן כששלוחו או אחר מבני ביתו עומדים שם הוי כעצמו דשלוחו של אדם כמותו ולכן לא מהני אם קטן או כותי עומדים שם דאינן בני שליחות ואפשר דכותי מהני דלא בעינן שליחות בזה אלא שימור מדעת הלוקח ולא גרע ממנעול וכיון שהוא בר דעת מהני וכן נראה עיקר:

ג וי"א דאפילו כשהחצר משתמר לדעת המוכר שהוא עומד בתוכו אף שאינו משתמר לדעת הלוקח קנה הלוקח דדוקא במציאה שאין שם דעת אחרת מקנה בעינן שיהא משתמר לדעת הזוכה כמ"ש בסימן רס"ח אבל במכר ומתנה שהמוכר והנותן מקניהו זוכה ע"פ החצר המשומר לדעת המקנה ורבינו הרמ"א הכריע כדיעה זו ויש מי שכתב דהוה ספיקא דדינא [ש"ך]:

ד ואם היו המטלטלין ברשות המוכר או ברשות אדם אחר שהם מופקדים אצלו לא קנה הלוקח עד שיעשה אחד מן הקניינים שנתבארו מיהו אם שכר הלוקח את המקום שמונחים בו המטלטלים דהשתא הוי המקום כרשותו וקונה לו חפיציו דגם שכירות כמכר לעניין זה וכן אם השאיל לו המקום ויעשה חזקה על השאלה והשכירות כדין חזקת קרקע [עש"ך סי' ר"ב סק"ג] וברשות אדם אחר מהני אף בלא הקנאת רשות כגון שהמוכר יאמר לבעל החצר זכה בחפץ זה לפלוני ואמר שזוכה בעדו נקנה מיד לפי שזוכין לאדם שלא בפניו דכשם שידו זוכה לו כמו כן חצירו זוכה לו ואפילו לא אמר זכה לפלוני אלא תנהו לפלוני וקבל עליו לתתם לו קנה הלוקח דתן כזכי [ב"י] וי"א דכיון שאינו מוסרם עתה לידו אלא מופקדים מכבר אצלו לא אמרינן תן כזכי [ש"ך] אמנם כשגם הלוקח היה במעמד זה וודאי דתן מהני

דקנה

דקנה מדין מעמד שלשתן וא"צ לזכיית חצירו [נס"מ] וגם הלוקח לא יכול לחזור בו אבל שלא בפני הלוקח אלא שאמר זכי לפלוני או תן לדיעה ראשונה וודאי דזכה לו אבל מ"מ הלוקח יכול לחזור בו דידו על העליונה כמ"ש בסימן רל"ה [סס] ואם הלוקח עשאו שליח לבעל החצר שיזכה בו בעדו אינו יכול לחזור בו [סס] וכ"ז דוקא בציוי המוכר אבל שלא בציווי כגון שראובן קנה משמעון מטלטלין שמונחים ברשות לוי ובקש ראובן מלוי שיזכה לו חצירו לא זכה שלא מדעת שמעון המוכר ולא מהני מה שיאמר לוי תקנה חצירי לראובן עד שיאמר כן מדעת שמעון ואפילו קנה הלוקח אחר קנייתו משמעון את המקום מלוי לא אמרינן שזכה לו חצירו כיון שהמוכר לא ידע מזה בעת שמכר לו דכל קניין צריך להיות בידיעת המקנה [נ"ל]:

ה ואם המטלטלין מונחים ברשות המוכר אינו מועיל שיזכה בעד הלוקח שיאמר הנני זוכה בעד הלוקח מטלטלין אלו שקנה ממני או שיאמר חצירי יזכה לו עד שישכיר לו המקום ולהקנותו באחד מדרכי הקנייה המועלת בקרקע והטעם מפני שאין אדם יכול להקנות לחבירו בשל עצמו שלא ע"י אחר דלעולם לא תצא הדבר מרשותו ע"י עצמו וכן אינו יכול לזכות ע"י בנו ובתו הקטנים אפילו אינם סמוכים ע"ש ובגדולים הסמוכים על שולחנו וע"י אשתו יש מחלוקת כמ"ש בא"ח סימן שס"ו ועמ"ש בסי' ע"ר [נ"ל]:

ו כשאחר מזכה לו ע"י חצירו צריך שהחצר יהיה משומר לדעת האחר אבל כששאל או שכר הלוקח את המקום ממנו צריך שיהא משומר לדעת הלוקח דהבעלים של הרשות צריך שהרשות יהיה משומר לדעתו ולכן אם יש גם להמשכיר חפיצים באותו חצר ואין הפסק מחיצה בין הדבר הנמכר לחפציו לא מקרי חצר המשתמר לגבי הלוקח השוכר [ב"י] אא"כ עומד בצד החצר אבל כשהחצר הוא של הלוקח עצמו ומונחים בו החפצים שקנה מהמוכר אע"פ שנשארו שם עוד חפצים של המוכר או של אחרים ואין הפסק בינם לבין החפצים הנמכרים מ"מ מקרי חצר המשתמר לדעת הלוקח דכיון שאין גוף החצר שלהם דינם כאכסניא שאינו יכול לבטל שמירת בעל החצר עצמו [נס"מ] אבל כשהמוכר השכיר לו חצירו שהקניה מונחת שם צריך שיהיה הפסק מחיצה בין מטלטלי המוכר עצמו לבין הנמכרים דאל"כ אינו משומר לדעת הלוקח אא"כ עומד בצדו אמנם לדיעה שבסעיף ג' דמהני שיהא משומר לדעת המוכר קנה אף כשהם מעורבין יחד [ס"ך וע"ז] ואם להמוכר עצמו אין שם מטלטלין רק של אחרים שנתן להם המוכר רשות להניחם שם והם מעורבים עם הקנייה אפשר שאין מבטלין שמירת הלוקח דכיון שהמוכר השכיר לו החצר הוה כבעה"ב לגבי אחרים וכן נראה עיקר וה"ה כששכר מאחרים ג"כ הדין כן [נ"ל]:

ז מדברי הגמ' [ב"מ י':] מבואר דחצר דאיש ילפינן משליחות וחצר דאשה ילפינן מיד וזהו דעת הרי"ף אבל הרא"ש ס"ל דכשעומד בצדו גם באיש קנה מטעם יד כיון דהוא סמוך לו כלידו ובמשתמרת לדעתו הוי מטעם שליחות ולדעת הר"ן בכל גווני הוי חצר מטעם יד אפי' באיש דכל דבר זכות קונה לו חצירו וכיד אריכתא דמי וכבר בארנו בסימן קצ"ד סעיף י"ב דיש חצר לכותי ולהקדש י"א דאין לה יד [תוס' ב"ב ע"ט:] ולכן אם מצא דבר בבהכ"נ זכה בו ולא אמרינן דהחצר יזכה להקדש משום דאין יד להקדש [מג"א סימן קנ"ד] וי"א דיש זכייה להקדש דנהי דאין לה יד מ"מ תקנה מטעם שליחות דבע"כ יש שליחות להקדש דכהני שלוחי דרחמנא נינהו [תוי"ט פ"ג דמעילה] והעיקר לדינא דלמתנה וזכייה מהפקר קנה ההקדש ע"י רשותם וכ"ש ע"י הגיזבר מטעמא דשליחות אבל במציאה לא מהני שליחות מפני שחב לאחרים ולא עשאם התורה שליח לחוב לזה ולזכות להקדש ובממון צריך שיהא שלוחו של בעל הממון [נמק"י פ"ק דב"מ] ואף הגיזבר אינו זוכה במציאה בעד הקדש [נס"מ] ואע"ג דלהרי"ף בע"כ מהני שליחות במציאה בחצר כדמוכח בגמ' שם זהו מתקנתא דרבנן [ס"מ] ובהקדש לא תקנו וחצר המושכר והמושאל הוי כידו של השוכר והשואל ורק לעניין מציאה שבחצר והשוכר אינו יודע ממנה אינה נקנית להשוכר רק להמשכיר דלאו אדעתא דהכי אגרה [סס]:

ח אמרו חז"ל [סס] דד' אמות של אדם קונה לו מציאה דכשהגיעה המציאה לתוך ד"א שלו קונה לו ודבר זה הוא תקנת חכמים כדי שלא יתקוטטו כמ"ש בסימן רס"ח ודוקא בסימטא או בצידי רה"ר שאין הרבים דוחקים שם או בשדה שאין לה בעלים בשם תקנו קניין ד' אמות אבל ברה"ר שרבים הולכים שם וד' אמות של זה נכנסין בשל זה אין תועלת בהתקנה ואין שם קניין זה וכן ברשות אחרים א"א לתקן שתהא הד' אמות כשלו וכן יש מרבותינו דס"ל דגם במכר ומתנה יש קניין זה וי"א דרק במציאה תקנו כדי שלא יתקוטטו במצאם מציאה [ריטב"א והביאו הש"ך בסי' רמ"ג] ולא במכר ומתנה ורבותינו בעלי הש"ע סתמו כדיעה ראשונה וכן עיקר דבירושלמי מפורש כן ואפילו קדמו המטלטלין להקונה [סמ"ע] ואין לשאול דא"כ למה תקנו משיכה דיש לומר דמשיכה הוי קניין דאורייתא ועוד דמשיכה מועלת גם כשעומד חוץ לד"א ומושך [נס"מ] ועוד דבמשיכה מועיל כשיעשה שליח למשוך בעדו אבל בד"א לא שייך שליחות דתקנת חכמים לא היתה אלא להעומד שם [נ"ל] ועוד דכשהמוכר קדם לתוך הד"א של החפץ שוב לא קנה הקונה באותן הד"א [סס] ולכן במה שבארנו בסימן קצ"ח סעיף י"ג יש להם קניין הד' אמות כשיקדים הקונה לד' אמות של הסחורה לפי שכל המקומות שבשם דינם כסימטא [ער"ן נדרים ל"ד: ד"ס אמר רבא דמסמע קנה שם שליחות בד"א אבל מרא"ם שם מבואר כמ"ש]:

מכל

ט מכל מה שנתבאר למדנו דחצר שאינה משתמרת ואינו עומד בצדו אין החצר קונה דלא כיש מי שרוצה לומר כיון דבמכר ומתנה דעת אחרת מקנה אותו לא בעי שימור כלל מפני שאין שום אדם יכול ליטלו כי אם מדעת המקנה והרי הקנה אותה לאיש זה ונמצא שהיא משתמרת מצד המקנה להמקבל ואף שאינה משתמרת משארי בני אדם מ"מ הלא אין יכולין לזכות בו [קצה"ח בשם ש"מ] דמכל הראשונים מבואר ההיפך דכיון שהחצר אינו משומר ואינו עומד בצדו אין זה קניין חצר וכ"כ רבינו הב"י וכן עיקר לדינא [ומ"ש מב"מ ק"ב' שלא כהרי"ף והרמב"ם והש"ע בסימן רס"ח השמיטו זה וגם להרא"ש והטור שפסקו כן יש לחלק בפשיטות ודו"ק]:

י כשם שחצירו של אדם קינה לו כמו כן כליו של אדם כל מקום שיש לו רשות להניחם כגון בסימטא ובצידי רה"ר ובחצר של שניהם קנה לו וכיון שנכנסו המטלטלים בתוך הכלי בידיעת המוכר אף שלא דרך מדידה אין אחד מהם יכול לחזור בו והרי זה כמי שהונחו בתוך ביתו דכלים יש להם דין חצר ואפילו אם הכלי עומד ברשות שאינו משתמר קנה [נה"מ] דהרי סימטא רשות שאינו משתמר הוא וקטן שאין חצירו קונה לו כמ"ש בסימן רמ"ג גם כליו אינם קונים לו לפיכך אין כליו של אדם קונים לו ברה"ר ולא ברשות המוכר אא"כ א"ל המקנה לך וקנה בכלי זה וה"ה אם נתן לו המוכר רשות להניח ברשותו את כליו קנה אף כשלא א"ל לך וקנה [ש"ך] וי"א דבלא לך וקני לא מהני [נה"מ] וברה"ר אף כשא"ל לך וקני לא מהני דמה מועיל אמירתו במקום שגם לו אין רשות [סמ"ע]:

יא וכן אם קנה הכלי מהמוכר והגביהה ואח"כ הניחו שם ברשות המוכר וחזר וקנה ממנו הפירות כיון שנכנסו בתוך כלי זה קנה אותם שמפני הנאת המוכר במכירת הכלי אינו מקפיד על מקומו וא"צ לומר לו לך קנה אפילו לדיעה אחרונה שבסעי' הקודם דנתינת רשות לא מהני וכשם שאין כליו של לוקח קונה ברשות מוכר בלא לך וקני או בלא רשות לדיעה ראשונה כמו כן כליו של מוכר אינו קונה ללוקח אע"פ שהיא ברשות לוקח אא"כ א"ל לך וקנה דהרשות והכלי מעכבים זא"ז ומ"מ לא דמו להדדי דכליו של מוכר ברשות לוקח מהני מדידה כשמדד להכלי דהוה כאלו משאיל לו את הכלי וכלי של לוקח ברשות מוכר לא מהני מדידה אא"כ א"ל לך וקנה [נה"מ]:

יב כל מה שנתבאר זהו דעת הרמב"ם ז"ל בפ"ד ממכירה אבל דעת הרא"ש והטור דכליו של לוקח בסימטא וכיוצא בזה כל שאינם ברשות לוקח אין כליו קונים לו אא"כ מדד לתוך כליו או שיאמר לו לך וקנה והטעם דודאי לא היתה דעת המוכר שיקנה לו כליו כיון שעדיין מחוסרין מדידה [טור] ולכן בדבר שא"צ מדידה או שהמדה ידוע קנו לו כליו אף בלא מדידה [נה"מ] ובכליו של מוכר ברשות לוקח לא מהני אפילו א"ל המוכר זיל קני וכ"ש דמדידה לא מהני אבל כליו של לוקח ברשות מוכר מהני כשא"ל זיל קני והטעם דכשהכלי היא של הלוקח אף שאין הרשות שלו מ"מ כשא"ל זיל קני גלי אדעתיה שאינו מקפיד על מקום הנחת הכלי משא"כ כליו של מוכר ברשות לוקח אין הכלי נקנה לו בדיבורו זיל קני [טור] אא"כ הקנה לו הכלי בקניין או בהגבהה:

יג ובעיקר הדין דס"ל להרמב"ם דכליו של לוקח ברשות מוכר או של מוכר ברשות לוקח לא קנה משום דס"ל דמעיקר דינא הוא דאין הכלי בטל לגבי הרשות ולא הרשות לגבי הכלי והרא"ש סובר דזהו ספיקא דדינא אם לא בטל הרשות להכלי או הכלי להרשות וגם זהו וודאי דחד מינייהו בטל לאידך רק דלא ידעינן הי מינייהו ולכן מה שלא קנה הוי משום ספיקא דדינא ויש בזה נ"מ לדינא אי מתרמי תרווייהו בחד לוקח ומוכר קנייה אחת בכליו של לוקח ברשות מוכר והשנית להיפך קנה חד מינייהו ממ"נ ויד המוכר על העליונה ליתן לו איזה קנייה שירצה וכן בשני לקוחות ומוכר אחד כשכתבו הראשונים ז"ל גובים קנייה אחת ממ"נ [שם] ולדעת הרמב"ם לא קנה כלל:

יד ואע"ג דכליו של מוכר מעכבת הקנייה מ"מ משיכה או שאר קניין מהני בכליו של מוכר שאם מדד המוכר ונתן לתוך כליו ומשכו הלוקח או הגביהו בפני המוכר קנה ואפילו לא א"ל משוך הכלי וקנה מה שבתוכה ואע"ג דמשיכה היא ג"כ בסימטא וכה"ג בלא משיכה לא היה קונה במדידה אבל במשיכה קנה [נ"ל דאל"כ מאי נ"מ להרמב"ם לפמ"ש בסעיף י"א ודו"ק] וכליו של מוכר בסימטא אם א"ל לך קני אפשר דקנה להרמב"ם בקניית הכלי דהוה כאלו משאילו והרי הוא ככליו של לוקח וצ"ע לדינא ודע דחצר השותפים בלא כליו של לוקח לא קנה [כ"מ מש"ס ב"ב פ"ד: לפי המסקנא ע"ש וכן משמע מהפוסקים שלא כתבו להא דר' ינאי סתמא ודו"ק]:

טו אין הרשות קונה ולא הכלי ולא משיכה והגבהה וק"ס אא"כ פסקו תחלה המקח מהמדה בכך וכך וכל זמן שלא פסקו את המקח אינו מועיל שום קניין ואיך יועיל הקניין והרי לא סמכה דעתם דשמא לא ישתוו בהמקח ולכן אם הסחורה מקחה קצוב בין הסוחרים הוי קניין גם קודם הפסיקה וכן אם א"ל הנני מוכר לך כפי המקח שישומו ג' בקיאים או כפי מה שישום פלוני וקנה באחד מדרכי הקנאה קנה אפילו אין דמיו קצובין דהרי סמכו דעתם על שומת השלשה או הפלוני ודוקא פסיקת המקח מעכבת אבל מדידת המקח אינה מעכבת דכמה מדות שיהיה כך ישלם וכך אמרו חז"ל [ב"ב פ"ו] פסק ולא מדד קנה:

טז בד"א שאין המדידה מעכבת כשלא הזכיר לו סכום כל המקח אלא א"ל כל מדה ומדה בכך וכך ולכן כל מדה היא כדבר בפ"ע אבל אם א"ל כור תבואה אני מוכר

מוכר לך בשלשים סלעים יכול לחזור בו אפילו במדה האחרונה ואפילו הוא ברשות הלוקח ובכליו ואפילו הגביה או משך כל הכור אינו קונה אא"כ מדדה כולה כיון שגילה דעתו שאינו רוצה למכור אלא הכור ביחד לא סמכה דעת שניהם עד שימדדו כל הכור וכך אמרו חז"ל [סס] כור בשלשים אני מוכר לך יכול לחזור בו אפילו בסאה אחרונה וזהו שיטת רוב הראשונים ז"ל:

יז אבל שיטת הרי"ף והרמב"ם ז"ל דזה שאמרו חז"ל שיכול לחזור בו אפילו בסאה אחרונה אינו במקום שהיה קניין גמור דבקניין גמור וכן בכליו של לוקח ברשות לוקח אין המדידה מעכבת אפילו בכה"ג ודין זה אינו אלא בסימטא אף שמדד לתוך כליו של לוקח כיון שלא נגמרה המדידה של כל הכור לא קנה כלום אבל אם כל הכור היה בתוך כליו של הלוקח קנה אע"פ שלא מדד דלא בעינן מדידה בזה כמ"ש בסעיף י' ולכן נגמר הקניין וקנה ולדיעה שבסעיף י"ב דמדידה מעכבת בזה לא קנה אבל כליו של לוקח ברשות לוקח הוי כמשיכה וכל סאה שמודד לו לכליו קנה וכשמודד לתוך כליו של מוכר אפילו ברשות לוקח לא קנה עד שימדוד כל הכור דהא בזה המדידה מעכבת כמ"ש בסעיף י"א ולדיעה שבסעיף י"ב אפילו מדד לו כל הכור לתוך כליו של מוכר לא קנה ואף זיל קני לא מהני כמ"ש שם וזה לשון הרמב"ם [סס] היו הפירות בסימטא או בחצר של שניהם ואפילו היו ברשות לוקח והיו בתוך כליו של מוכר קבל עליו המוכר למכור והתחיל המוכר למדוד בתוך כליו של מוכר אם א"ל כור בשלשים סלע אני מוכר לך יכול לחזור בו אפילו בסאה אחרונה הואיל ועדיין הפירות בכליו ולא גמר כל המדה וכליו של מוכר אינם קונים ללוקח אע"פ שהוא ברשות לוקח עכ"ל דס"ל להרמב"ם דאין דין זה רק במקום שהמדה מעכבת את הקניין לבד כליו של לוקח בסימטא אף דלדידיה אין המדה מעכבת כמ"ש בסעיף י' מ"מ כיון דעיקר הקניין בשם הוא כליו וכיון שגילה דעתו שיהיה הכל קניין אחד יכולין לחזור בהם כל שלא נגמרה המדידה לתוך כליו [סמ"ע]:

יח ואם א"ל כור בשלשים סלעין סאה בסלע אני מוכר לך או סאה בסלע כור בשלשים סלעין אני מוכר לך כיון שפסקו דמים על כל סאה ממילא כל סאה שיגביה המוכר ויערה אותה לרשות לוקח או כשהיה בסימטא ועירה לכליו של לוקח נגמרה מכירתה של אותה סאה הואיל דאין הפירות ברשות המוכר ולא ברה"ר ואלו לא היה הפירות בכליו של מוכר שהם ברשות לוקח או בסימטא בכליו של לוקח היה קונה משפסק אע"פ שלא מדד כמ"ש בסעיף י' ולכן כל סאה שעירה המוכר מכליו נגמרה מכירתה כיון שהזכיר גם כל סאה בפ"ע וכן הדין בכל הקניינים לרוב הפוסקים שבסעיף ט"ז [באורתי לפי פי' סמ"ע לסרי"ף וסכ"מ ביאר סס אף שמדד לכליו של מוכר ברשות סלוקח ולפמ"ש א"ש סכל ודו"ק]

וי"א דכשאמר שני הלשונות כור בשלשים סאה בסלע או להיפך הוי ספיקא דדינא אם תפוס לשון ראשון או לשון אחרון וזה שאמרו חז"ל דראשון ראשון קנה אינו אלא מטעם שהוא מוחזק במקחו במה שמדד לו ולכן גם הוא אינו יכול לחזור בו לפיכך אם עדיין לא נתן המעות להמוכר יכול הלוקח לחזור בו מפני שהוא מוחזק במעותיו והסמע"ה ודע דבמוכר דברים מפורדים הרבה כאחת אף שאמר דהמקח מכל אחת הוא כך וכך אם לפי עניין המסחור אין כדאי להמוכר כשלא נמכרם כולם יש לכולם דין מטלטל אחד:

יט י"א דכל מה שנתבאר בעניין מדידה זהו הכל כשהמוכר מדד אבל אם מדד הלוקח הוי כמשיכה ובכל מקום שמועיל משיכה מועיל מדידתו ויש חולקין וס"ל דמדידה אף שנוטלם בידיו מ"מ אינו כמשיכה מפני שגילה דעתו שקונה במדידה ולא במשיכה [סגר"א] ודיעה ראשונה דאין גילוי דעת בזה שאין רצונו לקנות במשיכה דלעולם כוונתו למשיכה אלא רצונו לידע באגב גם המדה [כ"ל וא"ס דברי סתוס' ב"ב פ"ד:]:

כ אין משיכה מועלת ע"י בני אדם שהסחורה עליהם שנושאים אותה במשא בכתף [רס"י ע"א ע"ב] לפיכך אם הכנים הלוקח את החמרין והפועלין שהסחורה על כתפיהן לתוך ביתו אפילו פסק המקח אין זה משיכה ואפילו מדרן המוכר כשהן על החמרין לא קנה אא"כ פרקן מעליהם והכנים הסחורה לביתו דאז קונה לו ביתו כשיפסוק המקח אם אינם בכליו של מוכר אע"פ שלא מדד [טור] ואף אם הפסיקה היא לאחר המשיכה אינה מעכבת כיון דבשעת הפסיקה מונחת ברשות הלוקח [סמ"ע] ואם הלוקח מדרן כשהן על החמרין יש מי שאומר דג"כ לא קנה דלמדידה בעלמא נתכוין ולא לקניין ויש חולקין וס"ל דאם מדד לוקח קנה כמ"ש דמדידת לוקח מועלת תמיד דודאי נתכוין לקנייה ואף דמשיכה גופה אינה מועלת כשהסחורה על החמרין מ"מ כשמדרן בע"כ פירק הסחורה ואף שהפריקה היתה על החמרין מ"מ עדיפא ממשיכה בחמרין והסחורה לא נתפרקה כלל ודעת הרמב"ם שם כהיש חולקין [ככ"ל לפרש דהל"כ סותר סרמ"א א"ע]:

כא ודע דבכל מ"ש מן סעיף י' שיש חילוקי דיעות בין הפוסקים ונ"מ לדינא כגון שמכר לו כור בשלשים סלע ומשך כל הכור ולא מדדו כולו דלהרמב"ם קנה ולשאר הפוסקים לא קנה או בכליו של מוכר ברשות לוקח אחר המדידה דלהרמב"ם מהני מדידה ולשאר פוסקים אינו מועיל אפילו זיל קני וכן כליו של לוקח בסימטא דלהרמב"ם לא בעינן מדידה ולשאר פוסקים בעינן וכן במדידת לוקח בכ"ז הוי ספיקא דדינא והיכי דקיימי זוזי מיקום [ב"ח] דהסמע"ה ומיהו אף במקום שהלוקח יכול לחזור בו או מדין גמור או מצד ספיקא דדינא וגרם בחזרתו הפסד להמוכר חייב להצילו מההפסד כגון שבא הלוקח ליקח ממנו חבית יין ופתח המוכר

בערו את החבית וכשמדד לו החצי רוצה הלוקח לחזור בו ולא ליטול יותר ואומר המוכר שהמותר יחמיץ צריך הלוקח ליקח כולו או לקבל אחריות על המותר והיינו שישומו מה שהוזל המותר אם היה רוצה למוכרה תיכף מחמת חשש החימוץ ואותו הפחת צריך לשלם לו אבל אם המוכר השהה אצלו היין קודם העמדה בדין עד שהחמיץ לגמרי א"צ לשלם לו כל ההפסד דהגורם היזק לחבירו א"צ לשלם לו רק ההיזק הברי ויכול הלוקח לומר לו היה לך למכור מיד [נס"מ] וכן אם ראובן קנה סחורה משמעון והסחורה מונחת במקום אחר ופסקו המקח וצוה לו לשמעון להביא את הסחורה ועשה שמעון כן ואח"כ חזר בו הלוקח צריך לשלם לו יציאותיו דאע"ג דלא קנה עדיין מדינא מ"מ הרי המוכר סמך עליו והוציא הוצאות וגרע יותר מגרמי וכה"ג בכל העניינים וכל שנקנה המקח בקניין גמור אין אחד מהם יכול לחזור בו אע"פ שנפלו איזה סכסוכים בהפרטים ביניהם כגון שהמוכר אומר כך זכך משקל אי מדות היה והלוקח אומר כך וכך והמוכר לא רצה ליתן מפני זה את הסחורה מ"מ המקח קיים ובדבר הסכסוכים יקוב הדין את ההר ביניהם:

כב כל מה שנתבאר הוא במדה של לוקח או של מוכר אבל אם המדה היתה של איש אחר שהשאיל להם למוד המקח או שהיתה של הסרסור והמכירה היתה בסימטא או בחצר של שניהם עד שלא נתמלאה המדה היא כשל מוכר ומשנתמלא המדה הרי היא כשל לוקח והטעם דהמשאיל והסרסור מסתמא כן היתה כוונתו דעד המילוי יהיה שייך להמוכר כיון דקודם המילוי לא יקח הלוקח והרי היא ככלי של מוכר ואחר המילוי יהיה שייך להלוקח עד שיערה לתוך כליו ולכן עד שתתמלא יכולים לחזור בהם ואחר שנתמלאה אין יכולים לחזור בהם ואפילו יש בהמדה רשמים עד היכן חציה ושלישיתה מ"מ קודם המילוי היא ברשות מוכר [טור] ודוקא שהמשאיל השאילה לשניהם אבל אם השאילה לאחד מהם הרי היא ברשות מי שהשאיל לו תמיד [ע"ז]:

כג כתב הרמב"ם [סס] היתה המדה של אחד מהם והיה בה רשמים לידע חציה ושלישיה ורביע וכיוצא בהן כיון שהגיע לרושם מהרשמים קנה ראשון ראשון ואע"פ שלא נתמלאת המדה שכל רושם מהן כמדה בפ"ע שהרי כל אחד מהם היא המדה והוא סומך על הרשמים שבה עכ"ל ולכן כל מקום שהמדה קונה הוי כל רושם כמדה וי"א דזהו רק במדה של לוקח אבל במדה של מוכר והמוכר מודד בה לא קנה עד שיערה אותה דמסתמא לא היתה דעת המוכר שהלוקח יקנה עד שתתמלא ויערה אותה ואם הלוקח מודד בה כבר נתבאר דינו דכשהגביה בשעת המדידה הוי קניין ואם מכר לו חצי מדה מיד כשמגיע לחציה הוי כנתמלא [סמ"ע] וי"א דגם כוונת הרמב"ם כן הוא דאל"כ עדיף מדה של מוכר ממדה של סרסור דבשל סרסור לא מהני רושם ובשל מוכר מהני [ע"ז] אבל לשון הרמב"ם לא משמע כן ונראה דטעם הרמב"ם ז"ל דברוב מכירות טובת המוכר הוא למכור סחורתו ולכן גם הוא גומר בדעתו דכשתגיע עד הרושם תיהוי כמדה שלימה אבל הסרסור והמשאיל אינו חושב טובת העניין:

כד הנוטל כלי מבית האומן ע"מ לבקרה אם היה דמיה קצובין וידועין בעיר ונאנס בידו חייב שהואיל דדמיו קצובין מעת שהגביהה נעשה ברשותו ואין המוכר יכול לחזור בו והוא שיגביהנה או עשה איזה קניין אחר כדי לקנותה אם ייטב בעיניו אבל הלוקח יכול לומר לא הוטבה בעיני ויכול לחזור בו ומ"מ חייב באונסין קודם שגילה דעתו שאינו חפץ בה [סמ"ע] וי"א דאפילו לא הגביה כדי לקנותה מ"מ היא ברשות הלוקח להתחייב באונסין כל שלא גילה דעתו שאינו חפץ בה כיון שהוא דבר שנמכר בקל [סס] אבל חפץ שהמוכר קץ ורודף למכרו הוא ברשותו עד פסיקת הדמים ויגביהנה הלוקח אחר דפסיקה או שיעשה קניין אחר ואם גילה דעתו שאינו חפץ בו ונגנב או נאבד קודם שהחזירו י"א דחייב כש"ש דזהו שכרו מה שהברירה בידו או ליקחו או להחזירו כמו נוטל כלי מבית האומן שבסימן קפ"ו וי"א שאינו רק כש"ח דלא דמי לשם שהיה לו הנאה שרצה לשולחה במתנה כמ"ש שם וי"א דחייב אף כשואל דשמירתו עליו עד שיחזירנו [עסמ"ע]:

כה אחד המושך ואחד המגביה או החזיק בקניין רשות או שאמר לאחר להגביה או למשוך בעדו או להחזיק בעדו וזה האחר עשה כן ע"פ שליחותו ה"ז זכה לו דשלוחו של אדם כמותו ויש מי שרצה לומר דגם את המוכר יכול לעשות לשליח לזכות בעדו ונדחו דבריו דע"פ המוכר עצמו א"א לצאת מרשותו לרשות הלוקח וכן בשארי דרכי הקנייה וכל הדינים של קניין כסף שנתבארו בסימן ק"ץ לעניין קרקע קונה במטלטלים לעניין מי שפרע אבל לכותי ולחרש שוטה וקטן אינו יכול לצוות לזכות בעדו דאינם בני שליחות וכבר נתבאר בסימן קפ"ט דבכל הקניינים צריך הקונה לכוין לקנות והמקנה להקנות ויש מי שאומר דהיכא דאיכא דעת אחרת א"צ כוונת הקונה רק כוונת המקנה אמנם זה אינו רק במתנה שזכות גמור הוא לו ולא במכר דשמא אינו רוצה לקנות דלא כיש מי שחולק בזה [ענס"מ מ"ש בסס סרסב"ח ותירוצו ססני עיקר דכן מוכח מספוסקים ודו"ק]:

סימן רא [דיני קניינים ממנהג הסחורים ובלשון הגמ' סיטומתא ובו ג' סעיפים]:

א הקניינים שנהגו הסוחרים לקנות בהם ,והוא מנהג קבוע בעיר קונים בקניינים אלו קניין גמור אם עשו הקניין אחר פסיקת המקח ואין אחד מהם יכול לחזור בו דהמנהג עיקר גדול בדיני ממונות וגם בזמן חז"ל היה

כן

כן וזהו שאמרו [ב"מ ע"ד] סיטומתא קונה למי שפרע ובמקום שנהגו לקנות בזה קניין גמור קונה קניין גמור ופירושו שהיה מנהג בימיהם שהלוקח רשם רושם על החבית יין שקנה כדי שיהיה לו סימן ידוע שהוא שלו ואע"פ שלא נתן מעות כלל מ"מ כל החוזר בו אחר שרשם מקבל מי שפרע ואם מנהג המדינה לקנות בהרושם קניין גמור נקנה המקח ואין אחד מהם יכול לחזור בו והלוקח מחוייב ליתן הדמים ודוקא שרשם בפני המוכר או שא"ל רשום מקחך או זיל קני ומסתמא היתה כוונתו שיקנה בזה כפי המנהג ועמ"ש בסי' ר"ד סעי' ד':

ב וכן כל דבר שנהגו התגרים לקנות בו כגון במקום שנוהגין שהלוקח נותן ערבון שקורין האנט געלד או במקום שנוהגים שמוסרין להקונה את המפתח לקנות בו הסחורה המונחת שם וכן כל כיוצא בזה ואין בזה חילוק בין קרקע למטלטלין אם הוא מנהג קבוע [ס"ך] ויש מהאחרונים דס"ל דקניין שע"פ המנהג הוא רק קניין דרבנן אבל הרמב"ן כתב דהוי קניין מן התורה [ח"ס] ומועיל גם לעניין בכור וקדושי אשה ולבד זה העיקר לדינא דקניין דרבנן מועיל גם בדבר שהוא מן התורה שכן מבואר בירושלמי כמ"ש בסימן קצ"ח סעיף ז':

ג י"א דקניין שנהגו התגרים אינו מועיל רק בקניין המועיל ע"פ הדין אבל מה שע"פ הדין אינו מועיל כגון בדבר שלא בא לעולם או שאין בו ממש או שאינו ברשותו אין מועיל שום מנהג ויש חולקים בזה דאם מנהג קבוע הוא מהני בכל מה שנהגו והרי אנו רואים שנהגו להקנות כל מיני חבירות וארענדעס דאינם ברשותו ויש בהם דברים שלא באו לעולם כלל ועכ"ז המנהג פשוט דמועיל בהם הקניין או השטר [סס] והראשונים נחלקו ג"כ בזה דהרא"ש בתשו' ומהר"ם מר"ב בסוף הגהת מרדכי דשבת כתבו דמועיל והר"י מפקפק בדבר [ומ"ש סח"ס בכוונתו לא משמע כן למעיין שם ודו"ק] ומהרשב"א שהביא המגיד משנה פ"ז ממכירה משמע ג"כ דמועיל בכל עניין כיון דהמנהג כן והוי דין גמור וכן עיקר לדינא ואפילו באסמכתות יש קניין אם נהגו כן וכ"ש אם המנהג הוא מצד דינא דמלכותא דפשיטא דמועיל בכל עניין דדינא דמלכותא דינא [סגרע"א] וכל זה אחר פסיקת המקח אבל קניין שקודם הפסיקה אינו מועיל כלל וצריך לעשות הקניין הנהוג עוד פעם אחר הפסיקה [ע' במרדכי פ"ג דגיטין גבי מכירי כהונה ובמסרי"ק טורס ע"ו וביס"ש פ"ח דב"ק סימן ס']:

סימן רב [דין קניית מטלטלין אגב קרקע ועבדים וקרקע ועבד ומטלטלין ובו י"ג סעיפים]:

א יש עוד קניין אחד במטלטלין והוא שנקנים אגב קרקע שאם מכר או נתן קרקע ומטלטלין לחבירו כיון שקנה חבירו את הקרקע באחד מן הדרכים שהקרקע נקנית בהם נקנו לו גם המטלטלין אגבן בכל מקום שהן אפילו אם אינם צבורים בתוך הקרקע ודבר זה למדו חז"ל מהא דכתיב בבני יהושפט ויתן להם אביהם מתנות רבות וכסף וזהב ומגדנות עם ערים בצורות ביהודה [דה"י ב' כ"א] ומדכתיב עם משמע שנתן להם המטלטלין הנזכרים אגב קרקעות דערים בצורות לפיכך אמרו דנקנין המטלטלין אג"ק בין שהיו שניהם במכר בין ששניהם במתנה בין שהקרקע במכר והמטלטלין במתנה בין שהמטלטלין במכר והקרקע במתנה או שהקרקע בשכירות או בשאלה והמטלטלין במכר או במתנה [ס"ך] כיון שקנה הקרקע קנה המטלטלין וכן כשהמטלטלין בשכירות או בשאלה נקנין באג"ק דאין שום חילוק בין מכר לשכירות [כ"ל וכל"ל בסרמ"א ועס"ך] וגם לעניין שיעבוד מהני [ב"ב מ"ד:] וכמ"ש בסי' קי"ג:

ב בד"א שנקנים אג"ק בלא שום דיבור מהמוכר על המטלטלין כשהמטלטלין צבורים באותה קרקע שמקנה לו דכיון שמכר לו שניהם והם מונחים שם והחזיק בהקרקע במצות המוכר ה"ל כאלו הן מגוף הקרקע אבל אם המטלטלין במקום אחר צריך שיאמר לו קנה מטלטלין פלונית ופלונית אגב קרקע זו ואפילו היו המטלטלין במדינה אחרת מהני ואם לא א"ל כן לא קנה את המטלטלין וי"א דאפילו כשצבורין בתוכה צריך שיאמר קני אג"ק וכן הכריע רבינו הרמ"א וזהו כשאין הקרקע משומר לדעת הלוקח אבל כשמשומרת לדעתו קנה המטלטלין מתורת חצר [סמ"ע] בלא קניין אג"ק וחצירו וקניין המטלטלין ע"י החצר באין כאחד וי"א דדוקא כשמחזיק בפני המוכר את הקרקע קנה גם המטלטלין מתורת חצר אבל שלא בפני המוכר אינו שא"ל לך חזק וקני ולא א"ל שיקנה גם המטלטלין לא היתה כוונתו שיקנה בזה גם המטלטלין ונהי דקניין חצר הוי בקניין משיכה או הגבהה הא גם בהם צריך המוכר לומר לך קני והוא לא א"ל רק על הקרקע ויש מי שאומר דכשנתן לו דמי כולן א"צ לומר אגב וכשלא נתן צ"ל אגב [ב"י בשם רי"ו] דכשנתן דמי כולן מסתמא היתה כוונת המוכר שיחזיק גם בהמטלטלין אבל כשא"ל קני אג"ק וודאי דלא בעינן נתינת מעות אא"כ עייל ונפיק אזוזי כמ"ש בסימן ק"ץ:

ג י"א דדוקא לשון אגב אבל לשון עם שיאמר לו קנה לך הקרקע וקנה לך המטלטלין עמה לא מהני דלשון עם משמע דבשניהם הקניין שוה ובאמת הקניין הוא רק על הקרקע והמטלטלין נקנין באגב ומ"ש בבני יהושפט

עם

עם ערים בצורות לא שהקנה להם בלשון זה אלא הכתוב מספר שנתן להם בקניין אחד אבל הקניין היה באגב [סמ"ע] ויש חולקין וס"ל דהכל אחד וגם לשון עם משמע דנקנין אגבה דעם הוא לשון טפל דטפילין להקרקע ולעניין דינא קשה להכריע עם שכל הראשונים לא דקדקו דקדוק זה [ומדברי יש"ש קדושין פ"ק סימן מ"ו משמע שמסכים לדיעה הראשונה וכ"מ מסמ"ע]:

ד כל מיני מטלטלין נקנין אג"ק אפילו מטבעות ובעלי חיים ושטרות אבל קרקע אינה נקנית אג"ק ואפילו כשצבורה קרקע ע"ג קרקע כגון שא"ל קנה הקרקע שתחת המרתף והחזק בה ואגבה תקנה הקרקע שעל המרתף דקניין אגב לא מצינו רק במטלטלין וקרקעות נקנין כולם בלא אגב כשנתן דמי כולן כמ"ש בסי' קצ"ב:

ה ועבדים קיי"ל דמדאורייתא דינם כקרקע דהכתוב הקישן לאחוזה ומדרבנן כיון דאין קבועין במקום אחד כקרקעות דינם כמטלטלין ובקניין חזקה נתבאר בסימן קצ"ב ג"כ דעבדים אינם דומים לקרקעות דבקרקעות אף כשהם בעשר מקומות והחזיק באחת מהן קנה כולן כשנתן דמי כולן וקרקעות ועבדים אינו קונה את העבדים בחזקת הקרקעות אא"כ עומדין בתוכה ונתן דמי כולם והטעם מפני דניידי אין דומין לקרקע ממש וה"נ בקניין אגב קנה את העבדים ע"פ הקרקע אף כשלא נתן מעות אם עומדים בתוכה דלעניין אגב נדונים כמטלטלין ואע"ג דבמטלטלין לא בעינן שיהיו בתוך הקרקע כמ"ש מ"מ מפני דניידי אין דומים למטלטלי ממש ואע"ג דבהמות ג"כ נוידי ונקנין באגב אף כשאין עומדין בתוכה זהו מפני שאין להן דעת דומין לשארי מטלטלין משא"כ עבדים ואין לשאול למה לחזקה עיקר דינם כקרקע ולקניין אגב דינם כמטלטלין דהטעם דחזקה הוא קניין המבואר בתורה ובדאורייתא דינם כקרקע אבל קניין אגב הוא מדרבנן מדברי קבלה לפיכך דינם כמטלטלי ואף על גב דלחזקה דינם כקרקע מ"מ אם החזיק בעבדים לא קנה קרקע אף שהעבדים בתוך הקרקע ואף אם נתן דמי כולן דלא אלימא חזקתן שהקרקע תקנה ע"י חזקתן וכ"ש דבאגב אין לקנות הקרקע בקניין העבדים דקרקע אינה נקנית באגב ואם מכר לו עבדים ומטלטלין אין חזקת העבדים קונים המטלטלין ולא משיכת המטלטלין קונים העבדים באגב דאין מטלטלין נקנין אגב מטלטלין אבל אם המטלטלין הן על העבד והעבד הוא של הלוקח או שמקניהו לו עתה את העבד נקנין מדין חצר דעבדו כחצירו דמי דכשם שבחצר יש לו רשות להניח שם חפציו כמו כן על עבדו ואף אם רק מקניהו לו עתה את העבד קניין המטלטלין וחצרו באין כאחד אמנם צריך שיהא משומר לדעת הלוקח ולא לדעת עצמו כגון שהוא ישן ועומד בצדו דאל"כ כיון שהעבד הוא בר דעת שומר א"ע ואינו משומר לדעת בעליו וגם צריך שיהא כפות דאל"כ הוי חצר מהלכת וחצר מהלכת לא קנה והרמב"ם ז"ל ס"ל דלא בעינן ישן דגם כשהוא ניעור הוא משתמר לדעת בעליו ולא בעינן ישן רק בגט משום דחוב הוא לה כמ"ש באהע"ז סימן קל"ט:

ו יש שזורעין בכלים מיני זרעים שמשימין קרקע בכלי ונוקבין את הכלי בשוליו כדי שינק מן הקרקע וזהו שנקרא בגמ' עציץ נקוב ודינם כקרקע לכל הדברים והכלי יש לה דין מטלטלין לפיכך אם היה לאחר עציץ נקוב והזרעים שבו שייכים לאחר אם בעל העציץ הקנה עציצו לבעל הזרעים כיון שמשך קנה ואם בעל הזרעים הקנה את הזרעים לבעל העציץ לא קנה עד שיחזיק בהזרעים עצמם כחזקת קרקע ואם העציץ והזרעים שייך לאחד ומכרה כולה לאחר אם החזיק בהזרעים בחזקת קרקע קנה גם העציץ בקניין אגב ואם עשה משיכה או הגבהה בהעציץ קנה העציץ ולא הזרעים ואם החזיק בהעציץ שעשה בה מלאכה כבחזקת קרקע לקנות העציץ והזרעים לא קנה לא העציץ דמטלטלין לא מקנו בחזקת קרקע ולא קנה הזרעים כיון שבהם לא עשה חזקה ודוקא עציץ נקוב אבל שאינו נקוב גם הזרעים דינם כמטלטלין ואף בנקוב אינה כקרקע רק כשעומדת על הקרקע אבל אם עומדת על יתידות וכ"ש על השולחן או על החלון או על הריצפה אין הזרעים שבה כקרקע דכן מבואר מדברי הרמב"ם פ"א מתרומות דין כ"ג ע"ש [ספסק כר"י דחלה פ"ב ועתוס' גיטין ז': ד"ה אמר ר"י] ואם העלים נוטים חוץ לעציץ על האויר מהקרקע אף אם העציץ אינו נקוב חשובין הזרעים כקרקע [מל"מ פ"ב דבכורות וכ"מ מרש"י חולין קכ"ח. אך להרמב"ם פ"ב מעמ"א דין ט' אין הוכחה ודו"ק] וכ"ז בזרעים אבל אילנות הנטועים בכלים אף שאינו נקוב כנקוב דמי דכן מתבאר מרמב"ם פ"י ממעשר שני דין ח' אבל מהרא"ש בה' ערלה ומטור יו"ד ס"ס רצ"ד נראה דגם לאילן בעי נקיבה:

ז כתב רבינו הרמ"א די"א דדוקא בשל עץ בעינן נקוב אבל של חרס אינו נקוב כנקוב דמי משום דמתלחלח והולכת דרך החרס [רש"י גיטין ז':] וי"א להיפך דשל חרס בעי נקיבה ושל עץ אינו נקוב כנקוב דמי דהעץ מושך לחלוחית הרבה [תוס' שם] ודע דהרמב"ם והטור לא חלקו כלל בין עץ לחרס ואף דבש"ס מנחות פ"ג: מבואר שיש חילוק ביניהם ס"ל דאינו אליבא דהלכתא [דזהו לר"ל ולא לר"י ע"ש וא"ש קושית התוס' על רש"י והטור ביו"ד שם הוא באילן ע"פ הירושלמי ולא בזרעים ולע"נ על הרמ"א ודו"ק]:

ח קרקע כל שהוא מקנין על גביו מטלטלין הרבה וא"צ לסיים הקרקע שמקנה על ידה אלא כשמקנה לו ע"י כסף או שטר כותב לו סתם קרקע אבל אם עושה חזקה בהקרקע ממילא יודע איזה קרקע היא ודוקא כשאינו ידוע שאין לו קרקע דאז סגי בכך אע"פ שאינו מסיים הקרקע אבל כשידוע שאין לו צריך לסיים הקרקע שמקנה על ידה ויכול הלוקח להקנות לו קרקע כל שהוא משלו כדי שיקניהו המטלטלין אגבן כמ"ש בסי' קי"ג לעניין

לעניין שיעבוד ואם כתב דלא כטופסא דשטרא וכ"ש אם כתב בפירוש שהודה שיש לו קרקע או שכתב ד' אמות בחצירי דהוה כהודאה מהני אפילו כשרגילין אצלו ואין יודעין לו קרקע דאדם נאמן על עצמו [תוס' ב"ב מ"ד: וב"י בשם רשב"א] וגם יכול להקנות אגב מקומות של בהכ"נ אף שהמקום הוא רק מושאל או מושכר אצלו מאחר ולא עוד אלא אפילו המקומות שייך לרבים רק כל אחד יושב על מקום שייחדו לו הוי כשאול לו המקום ומקנה על ידו מטלטלין דשאלה ושכירות ממכר הוא לזמנו לעניין זה וכ"ש אם הקרקע שלו ומושכר לאחר דמקנה על ידה כיון שהגוף שלו [כ"ג]:

ט קניין מטלטלין אג"ק הוא כשמקנה הקרקע והמטלטלין לאחד אבל כשהקנה הקרקע לאחד והמטלטלין לאחר וא"ל קנה המטלטלין שלך אגב הקרקע שאני מזכה לפלוני ולהשני אמר קנה הקרקע לעצמך ואגבה יקנו מטלטלין אלו לפלוני לא קנה בעל המטלטלין את המטלטלין אף כשצבורים בתוכה דזהו בעיא בגמ' ולא איפשיטא ונ"ל דאם בעל המטלטלין קידש בהמטלטלין אשה צריכה גט מספק כיון דהוה ספיקא דדינא וכן אם זה המקנה קידש אשה במטלטלין אלו ובא אחר וקידשה ג"כ צריכה גט משניהם ולא מיבעי להרמב"ם ז"ל שכתב דאם תפשן הלוקח אחר שחזר בו המוכר אין מוציאין מידו מפני שהוא מוחזק דשיטתו הוא דבספיקא דדינא מהני תפיסה אלא אפילו להחולקים עליו דס"ל דרק בשארי ספיקות שיכול התובע לומר קים לי מהני תפיסה ולא בספק דגמ' כיון דלחכמי הש"ס נשאר בספק אין אדם בעולם שיכול לומר קים לי מ"מ לעניין קרושין צריכה גט מספק:

י אבל אפטרופס ויתומים כאיש אחד הם לפיכך אם הקנה הקרקע להאפטרופס והמטלטלין ליתומים או איפכא קנו דאפטרופס הוא יד יתומים וכן באיש גדול שיש לו אפטרופס בביתו חשיבי כאחד וכן אפטרופס שמכר קרקע שלו ומטלטלין של יתומים לאחד וכן שליח שמכר קרקע שלו ומטלטלין של המשלח לאחד או איפכא דכאחד חשיבי [נס"מ] וכ"ש בגבאי צדקה עם העניים דחשיבי כאחד וי"א דרק בגבאי צדקה ועניים הדין כן משום דמוטלים עליהם לפרנסם ולא באפטרופס ויתומים ורבינו הרמ"א סתם כדיעה ראשונה וכן עיקר [דהא בקדושין כ"ז אמר בגבאי צדקה משום דיד עניים הוא וכ"ש דשליח הוא יד המשלח והאפטרופס הוא יד יתומים דאפילו ב"ד נחשבים כיד יתומים כדמוכח בב"ק ל"ו: שמעמידים לזה וכ"ש לאפטרופס]:

יא המקנה בהמה וכלים שע"ג כאחד אע"פ שמשך הבהמה וקנאה לא קנה הכלים שעליה במשיכת הבהמה מפני שיש ספק בדבר דשמא מפני שאין משיכותיהן שוות דמשיכת בהמה עיקרה בהליכתה כמ"ש בסי' קצ"ז ומשיכת כלי הוא בגרירה ואע"ג דבשניהם שם משיכה עליהן מ"מ שמא מפני דאינן שוות אינו קונה הכלים במשיכת הבהמה ומטעם חצר נמי לא קנה שתהא הבהמה נחשבת כחצירו דחצר מהלכת לא קנה ולכן אם הבהמה כפותה ומשכה וקנאה קנה גם הכלים שעליה ולא מטעם משיכה אלא מקניין חצר דכשהיא כפותה היא כחצירו ובבהמה לא בעינן ישן כבעבד דהרי משתמרת לדעתו אף כשנעורה ובאינה כפותה י"א דלא מהני תפיסה כיון דהוא ספיקא דדינא כמ"ש בסעיף ט' להחולקים על הרמב"ם וי"א דבזה מהני תפיסה גם להחולקים עליו כיון דתפס ברשות דהא המוכר צוה לו לעשות משיכה ובציוויו תפס משא"כ שם דבעל המטלטלין לא עשה מעשה כלל וכשתפס כבר חזר בו המוכר [ס"ך]:

יב אבל אם א"ל המוכר משוך בהמה זו וקני כלים שעליה ואת הבהמה לא הקנה לו אע"פ שמשכה והיא כפותה לא קנה כלים שעליה דמטעם משיכה לא קנה שאינן שוות כמ"ש ומטעם חצר נמי לא קנה דהא חצר דמוכר הוא ואע"ג דכשהיא כפותה משיכתה שוה למשיכה דכלים דהא צריך לגוררה וליקנו במשיכתה דמ"מ כיון דבסתם בהמות אין המשיכה שוה למשיכה דכלים יש ספק דשמא אין הכלים נקנו ע"פ משיכת הבהמה בכל עניין [סמ"ע] ולכן אם א"ל משוך קופה זו ובמשיכתה תקנה מה שבתוכה קנה מה שבתוכה אע"פ שלא הקנה לו את הקופה כיון דמשיכתן שוות וכבר נתבאר בסי' ר' סעי' י"ד דמשיכה בכליו של מוכר מהני [וע' בתוס' ב"מ ט': ד"ה מסוך]:

יג כיון שנתבאר דמה דלא מהני משיכת הבהמה להכלים הוא מפני ספיקא דדינא ולכן יש מי שאומר דדוקא במקח ומתנה לא קנה דאוקמה אחזקת מרא קמא אבל בהפקר ומציאה אם אומר אני מושך בהמה זו לקנותה ואת הכלים שעליה קנאם אפילו אינה כפיתה דהא קני להו מטעם משיכה ואף שהוא ספיקא דדינא מ"מ אחר שנעשה מוחזק אין מוציאין מידו וה"ה אפילו אמר רק לקנות הכלים ולא הבהמה ג"כ קנה [ב"ח] ויש חולקין בזה דדוקא כשקנה שניהם הוא מוחזק בהכלים מפני שהם ברשותו דהיינו על בהמתו שהיא כחצירו ואע"ג דחצר מהלכת היא מ"מ רשותו מיהא הוי ונקרא מוחזק אבל כשלא כיון לקנות הבהמה אין כאן תפיסה דבמאי הוי מוחזק בהכלים הלא אינם ברשותו [קצה"ח] דהא בע"כ הכלים עדיין הם על הבהמה ולא משכן לרשותו דאם משכן לרשותו בלא"ה קנה מטעם משיכת עצמן או בקניין חצירו:

כל

סימן ר״ג [כל מיני חליפין ודיניהם ובו ט״ז סעיפים]:

א דין חליפין כבר נתבאר בסימן קצ״ה ובקניין הזה נהגו בישראל גם קודם בניין הבית כמ״ש ברות וזאת לפנים בישראל וגו׳ לקיים כל דבר שלף וגו׳ דמפני שקניין זה הוא בין בקרקע בין במטלטלין ובין שהמקח לפנינו ובין שאינו לפנינו וקניין זה אין בו טורח כלל לפיכך נהגו בו וגם עד עתה רוב קניינים הם בק״ס והיא מקנית הכל אף שהקניין צריך להיות רק בכלי מ״מ מקנית הכל קרקע ומטלטלין ובעלי חיים ופירות חוץ ממטבע שאינה נקנית בחליפין וכן שטרות כמ״ש בסימן ס״ו משום דק״ס אינו חל אלא על דבר שגופו ממון ושטרות אותיות בעלמא הן ואין גופן ממון וגם מטבע עיקר חשיבותה היא הצורה והוה כאותיות שאין גופן כמון [סמ״ע] וכן דבר שאין בו ממש אין קניין מועיל בו כגון שקנו ממנו שילך עמו למקום פלוני וההליכה אין בה ממש או שקבלו בק״ס לחלוק חצר שביניהם וחלוקה אין בה ממש ואין להקניין על מה לחול וכל כיוצא בזה כמ״ש בסימן רי״ב וכן המקנה דבר שאינו מסויים או דבר שלב״ל שיתבאר בסי׳ ר״ט וכן מי שקנו ממנו בק״ס שימחול לחבירו את חובו או שיעשה לו שטר מחילה הוי קניין דברים דאינו מקנה לו כלום אלא מסתלק עצמו ממה שמגיע לו מפלוני אבל אם קנו ממנו בק״ס להחזיר לו זכיותיו שיש לו עליו לא הוי קניין דברים והקניין חל על הזכיות שיש לו מפלוני חפיצים או שטרות ואע״ג דשטרות לא מקני בחליפין זהו מפני שעיקר סמיכתו על הנכתב בהשטר לגבות מה שכתוב שמה ולא על הנייר והכתיבה הם אותיות בעלמא אבל להחזיר לו שטרותיו הלא עיקר כוונתו להחזיר לו הניירות ולשורפם וממילא דמה שכתוב שמה בטל והנייר הלא יש בו ממש כמו כל מטלטלין [כ״ל] ובסימן רמ״ה יתבאר באומר אתן דבר זה לפלוני וקבל ע״ז בק״ס די״א דאין זה רק קניין דברים דאין זה רק הבטחה על זמן הבא ואפילו לדיעה זו מ״מ בהחזרת זכיות קנה דכיון דיש להמקבל שייכות בהשטרות גם עד עתה אין זה הבטחה אלא ביטול מעכשיו [וא״ס מ״ס סט״ז וסגר״א על הרמ״א] ודבר שאין בו רק טובת הנאה כגון ישראל שצריך להפריש תרומה וקנה בק״ס ליתנם לפלוני הכהן דאין זה ממונו של הישראל רק בידו ליתן לכל כהן שירצה אינה ממון להקנות בחליפין ובאג״ק וי״א דלעניין חליפין ואג״ק הוה ממון [ס״ך] ובסימן ש״ן בארנו עוד בזה בס״ד וכבר בארנו בסימן ס״ו דשטרות המלוכה היוצאים במטבע דינם כמטבע ע״ש וכן יכול אדם לשעבד נכסיו בק״ס דחל הקניין על נכסיו:

ב ד׳ מיני חליפין הם האחת החליפין הנהוג בק״ס שעושין מקח על הסחורה ומזינה אותה לו בק״ס ובזה נגמר הקניין והמעות ישלם אח״כ בזמן שגבלו וזהו דכתיב שלף איש נעלו וגו׳ והשנית שאינו קוצב לו דמים כלל על הסחורה אלא שמחליף חפץ זה בחפץ זה ואין מקפידין לשום שווי הדמים בתכלית השומא אלא שכל אחד יודע ערך חפצו ואף שאין המקח שוה בשוה מ״מ כיון שזה משך החפץ נקנה חפצו של זה להשני בכל מקום שהוא [וזהו שאמרו בב״מ מ״ז אטו חליפין בשופטני עסקינן וזהו כוונת ר״ח ז״ל שהביא בעל המאור ולהגס השיגו עליו ודו״ק] והשלישית שמקפידין לידע שווי החפץ ומדקדקין שיהא שוה בשוה ואע״פ שהוא כעין דמים ממש מ״מ כיון שעושין חליפין כיון שמשך זה קנה זה בכ״מ שהוא [וזהו בב״מ שם פרקך בכמה וכו׳ תמורך בכמה] וגם מיני חליפין אלו נזכרו בפסוק דרות כמו שכתוב שם ועל התמורה היינו שממיר זה בזה או שמקפיד בשיויו או שאינו מקפיד [וזהו שפירש״י שם חליפין דקרא וע״ס בתוס׳ ודו״ק] וההפרש בין תורת דמים לחליפין השלישית דחליפין הוא כששני הדברים הם בעין ומחליפין זה בזה ותורת דמים כשקוצב דמים או חפיצים על המקח הלזה ואינו בעין תמורת המקח [רי״ף שם ודו״ק] והרביעית כשיש לאחד מין סחורה מונחת באוצר וכן להשני ומין הסחורה ידוע אך כמותה ושיויה אין ידוע לשניהם ומחליפין זה בזה וכיון שקנה האחד סחורתו של זה בקניין גמור נקנה להשני סחורתו של זה בכ״מ שהוא [ירושלמי פ״ד דב״מ]:

ג וזהו שכתבו הטור והש״ע כל המטלטלין קונים זא״ז בחליפין ואין צ״ל אם אין המקנה מקפיד לידע שווי החפץ שנוטל בחליפין כעין שקונין בסודר [זהו מין השני שכתבנו ומ״ש הסמ״ע סק״ב עט ז ודו״ק] שזהו קניין גמור שמועיל לכל הדברים בין קרקע בין מטלטלין בין בע״ח וכו׳ אלא אפילו מקפיד לידע שווי החפץ שנוטל דהשתא דומה לדמים אפ״ה נקנה כיצד היה לזה פרה ולזה חמור והעריכו אותם כמה שוה כל אחד מהם והסכימו להחליפם זה בזה כיון שמשך בעל הפרה את החמור נקנה פרתו לבעל החמור בכ״מ שהוא ואין שום אחד מהם יכול לחזור בו עכ״ל ואם מתה הפרה או נתייקרה או הוזלה אחר שמשך זה החמור הכל הוא ברשות בעל החמור וי״א עוד דבחליפין שמחליפין זה בזה קונין אף בפירות ויכולין להחליף פירות בפירות בכה״ג אף דאין קונין בפירות בק״ס והטעם דכיון דזהו כדמים אלא שנעשה כעין חליפין קונים גם בהם ויש חולקין בזה דסוף סוף שם חליפין על זה אמנם לדינא העיקר כדיעה ראשונה [סגר״א] ונראה דאינו אלא כשמקפידים על השווי דהוי ממש כדמים [וכ״מ מתוס׳ שם ד״ס גאולס] אמנם מלשון הרמב״ם ז״ל בפ״ה ממכירה שכתב אע״פ שמקפידים על שיויו משמע דגם בשאין מקפידין על שיויו קנה ומלשון רבינו הרמ״א בסעיף א׳ משמע במ״ש ובחליפין כזה אף

אם לא משך הסחורה האחת אלא קנה אותה באחד משארי קניינים כמו בק"ס או באג"ק נקנה הסחורה האחרת להשני [נה"מ]:

ד החליף חמור בפרה וטלה ומשך את הפרה ולא משך את הטלה לא קנה מפני שאין כאן משיכה גמירה ויש מרבותינו שאומרים שזה שלא קנה את הפרה מפני שאין החמור שכנגדם ראוי לחלוק אבל אם אמר פרה וטלה בכור חטים ומשך את הפרה לבדה קנה זה הפרה וזה קנה החטים שכנגד דמי הפרה [רשב"א ור"ן ונמק"י שם] דכמו שנתבאר בסי' קצ"ב במכר לו עשר שדות בעשר מדינות והחזיק באחת מהם קנה כולם כשנתן דמי כולן וכשנתן דמי מקצתן קונה כנגד הדמים וה"נ דכוותיה דס"ל לדיעה זו דקניין משיכה אינו עד שימשוך כל הסחורה אלא כל מה שמשך קנה דמעיקר הדין גם קניין במקצת הוי כקניין בכולה כמו בקניין כסף בסי' ק"ץ ואם היה באמת מכווין לקניין היה קונה במשיכת המקצת את הכל רק דכאן בפרה וטלה מיירי שמשכה לפרעון ולא לשם קניין ולכן מה שמשך קנה ועל השאר לא סמכה דעתייהו כמו בעשר שדות [לח"מ פ"ה ממכירה] ואע"ג דבמכר לו כור בשלשים יכול לחזור בו אף בסאה אחרונה כמ"ש בסי' ר' סעי' ט"ז זהו מפני שהקפיד שלא לקנות באופן אחר כמ"ש שם ויש מרבותינו שחולקים על כל זה וס"ל דכל זמן שלא משך הפרה והטלה אין זה משיכה כלל [טור בשם הרא"ש] וכ"מ מרמב"ם שם דס"ל דקניין משיכה עד שימשוך את כל הסחורה אין על זה שם משיכה ואינו דומה לקניין כסף דהכסף המקצת היא ראויה נגד כל חלק וחלק מהקנייה וקניין חזקה שקונה במקצת המעשה את כל השדה דסדנא דארעא חד הוא אבל במטלטלין המפורדין במה ,יועיל משיכת זה המקצת להמקצת שלא נמשך [כ"ל] וגם אינו דומה לעשר שדות בעשר מדינות דהתם הקניין נגמר מחזקה ולכן על כנגד הכסף קנה ומה שלא קנה כולם משום דלא סמכה דעתו וזה שנתבאר שם דמדידה אינה מעכבת היינו כשלא פירש הסכום אבל כשפירש כך וכך אני מוכר לך כל שלא משך את כולם אינו קניין כלל:

ה לפי מ"ש לדיעה ראשונה אם מכר הרבה מטלטלין או בע"ח כיון שמשך לשם קניין אחד מהם קונה כולם ואין להקשות דהרי זה הדין לא אמרו חז"ל רק בקרקעות כשמכר לו עשר שדות והחזיק באחת דקנה כולם ולא במטלטלין די"ל דבקרקעות אפילו כשהם מפוזרים מועיל מטעמא דסדנא דארעא חד הוא ובמטלטלין כה"ג פשיטא דאינו מועיל אבל כשכל המטלטלים הם ברשות אחד מהני קניין אחד לכולם וזה שנתבאר בסי' קצ"ז סעי' ה' דמשיכת בהמה אחת אינו עולה לחבירתה זהו כשעומדים במקומות מפורדים [כנ"ל לדברי הלח"מ בפי' הרשב"א]:

ו אבל יש חולקים בזה וס"ל דגם לדיעה ראשונה אין משיכת האחת עולה להאחרת אף כשכיון לשם קניין אלא דדיעה ראשונה ס"ל דהעדר משיכת האחרת אינה מעכבת אותה שמשך וכיון שהמוכר והלוקח יודעים שאותה שמשך קנה אין יכולים לחזור בהם על מה שמשך כיון שלא גילו דעתם שלא לקנות זה בלא זה דאז אף שמכר לו במכירה אחת אותה שמשך קנה אא"כ יש אומדנא דמוכח שהכוונה היתה דווקא על כולם ביחד דאז אינו קונה זה בלא זה וכן אם הלוקח שלח שליח לקנות לו כור תבואה ומשך מהמוכר חצי כור ועל השאר חזר בו המוכר יכול הלוקח לומר איני חפץ רק בכור שלם והמוכר אינו יכול לחזור בו כיון שהיתה בפניו וכן כשהמוכר שלח שליח למכור כור מסחורתו ומשך הלוקח חצי כור וחזר בו המוכר יכול לחזור בו ולא הלוקח וכן אם מכר שני דברים והיה פיסוק דמים על כל אחד בפ"ע ואחד מן הדברים לא היה ברשותו ולא נתפס הקניין רק על האחר אף שהלוקח לא ידע מזה אינו יכול לומר במקח שלם אני רוצה ואם כלל שני הדברים בסכום אחד והם שני מינים כמו קרקע ואילנות שיתבאר בסי' רט"ז לדעת הרמב"ם אם אין משלים לו האילנות יכול לומר במקח שלם אני רוצה כשלא ידע הלוקח שאין לו אילנות ולדעת הרשב"ם אין האחד מעכב לחבירו כיון שהם שני מינים ושם יתבאר בס"ד אבל במין אחד כשנכללו במכירה אחת ואין להמוכר כל המכר והלוקח לא ידע מזה וודאי דיכול הלוקח לומר במקח שלם אני רוצה ואם המוכר רוצה להשלים לו מה שמכר אף שעתה אינו ברשותו מ"מ כיון שרוצה להשלים לו אין הלוקח יכול לבטל הקניין של המקצת שיש להמוכר וכ"ז במקום שאין אומדנא ולא היה גילוי דעת שהכוונה בהמכירה היתה דווקא למכור או לקנות אבל אומדנא או גילוי דעת בכל גווני אין הקניין כלום עד שיגמור הקניין בכולה וכל זמן שלא נגמר הקניין יכול כל אחד מהם לחזור בו כמו בכור בשלשים סלע שנתבאר אמנם גם בזה אם קבל מקצת דמים כנגד מה שמשך הלוקח דעת הרשב"א דאין המוכר יכול לחזור בו ואינו יכול לומר אני צריך לדמי כולה ואם מכר לו קרקע ונמצאת מקצתה גזולה דעתו ז"ל דהמקח קיים בהמקצת שאינה גזולה ודעת הר"ן ז"ל דהלוקח יכול לחזור בו מכל השדה ואחד מגדולי האחרונים הכריע כדעת הר"ן ז"ל אמנם אם נשתמש בהמקח אינו יכול לחזור בו דכשנשתמש בה ונמצאת גזולה הרי אינו חוזר על המוכר מטעם ביטול מקח אלא מפני אחריות שעל המוכר וממילא דבהמקצת המקח קיים ובמטלטלין לא שייך דין זה דכשנשתמש בהם אין דין אחריות במטלטלין אא"כ התנו כן בשעת המכירה אבל כשעדיין לא נשתמש בהם אף שעשה קניין על הכל ונמצאו מקצת גזולים איגלאי מילתא שהקניין היה בטעות וחוזר על הכל [כנלע"ד בכ"ז וכ"כ הנה"מ בסי' קל"ב וכ"כ עיקר בדיעה הראשונה דסעי' ד' ודלא כמ"ש בסעי' ה' ומה דמדמי הרשב"א למכר עשר שדות הכוונה הוא לענין סמיכת דעת ודו"ק]:

ז המחליף קרקע בקרקע או מטלטלין במטלטלין או מטלטלין

מטלטלין בקרקע או קרקע במטלטלין כיון שזכה זה נתחייב זה בחליפיו ויש מי שרוצה לומר דכשקרקע הוא הקניין אינו מועיל רק בחליפי שוה בשוה שזהו כדמים אבל באינו שוה בשוה דזהו כק"ס אינו מועיל משום דקרקע אינה כלי [קל"ח] ולא משמע כן מכל הפוסקים ובוודאי אין לך כלי גדולה מקרקע שעושין בה כל דבר:

ח החליף ביחד דבר שנקנה בחליפין עם דבר שאינו נקנה כגון שהחליף מטלטלין ומעות או קרקע ומעות וא"ל הקונה קח סודר שלי והקנם לי י"א דהואיל דמעות אינם נקנות נתבטל גם בדבר השני ואע"ג דבסי' ר"ט נתבאר בקנו אתה והבהמה קנה מחצה אף שבהמה אינה בת קניין מ"מ בזה שכלל המעות והדבר השני כאחד בטל כולו להרמב"ם באה"ע סי' מ"א לעניין קדושין [סגר"א ול"ע מגיטין ח': ויש לייסב] ולפ"ז אם אמר הקנה לי המעות והמטלטלין קנה המטלטלין כיון דאמרן בשני דיבורים [ומתורץ קושית סמ"ע בסקי"ע] וי"א דבכל גווני הקניין קיים גם להמעות דמיגו דהוי קנין לגבי המטלטלין הוי נמי קניין לגבי המעות וזה עדיף מקני אתה והבהמה דבהמה אינה בת קניין כלל אבל מעות נקנית בשארי קניינים [סמ"ע] ולפ"ז אם הקנה דבר שיש בו ממש עם דבר שאין בו ממש או דבר שבא לעולם עם דשלב"ל אינו קונה הכל ודינו כקני אתה והבהמה [שם] וי"א דבכל עניין בין שכלל בהקניין מעות או דבר שאין בו ממש או דשלב"ל הדין כן הוא דלדבר המועיל מהני הקניין ולשאינו מועיל לא מהני ולא קנה אותה ואין דין סעיף זה נוגע לסעיף ד' בפרה וטלה דבשם הקנין ראוי לחול על שניהם אבל בזה אין הקניין ראוי כלל על הדבר השני:

ט שנים שקנו זה מזה להחליף על כל אשר להם י"א דלא מהני קניין בזה דזהו כמקנה דבר שאינו מסויים שיתבאר בסי' ר"ט דהוה כאסמכתא ולכן אם היה ידוע לשניהם כל מה שיש להם בפרטית החילוף קיים ואע"פ שהכמות נעלם מהם מ"מ כיון שהאיכות ידוע להם כגון שיש להם בתים או שדות או פירות החילוף קיים דמסויימים הם מה שחלפו כמ"ש שם ואם יש להם דברים הידוע להם ודברים שאינו ידוע להם תלוי בדיעות שבסעי' הקודם ואם קנו בב"ד חשוב ומעכשיו דמועיל באסמכתא כמ"ש בסי' ר"ז מועיל גם בזה והחילוף קיים דכל עיקר דין זה הוא משום אסמכתא וכתב רבינו הרמ"א די"א דמהני בזה קניין אך כל אחד יעמוד בשלו וחבירו יתן לו המותר בנכסיו דעיקר כוונתו היתה להרויח ולא להחליף ממש עכ"ל ויש חולקים בזה וס"ל דאין שום דיעה שיסבור שיועיל בלא קניין בב"ד חשוב מה שמועיל באסמכתא ואפשר דרבינו הרמ"א סובר דלפי כללי אסמכתא שיתבאר שם אין זה אסמכתא [וכ"מ מסגר"א ע"ס]:

י כתב רבינו הרמ"א בסעי' ב' די"א דאם ראובן החליף עם שמעון ולוי ונתבטל אצל אחד בטל ג"כ נגד השני עכ"ל דהוי כמחליף חמור בפרה וטלה שנתבאר בסעי' ד' דאם לא משך את הטלה לא קנה [סגר"א] וכן בזה כיון דבטל לגבי האחד בטל גם לגבי השני ואף לדיעה אחרונה שבסעי' ח' דהקניין קיים לדבר שמועיל בו קניין מ"מ בכאן בטל אצל שניהם דבשם מתחלה לא היה ראוי לחול הקניין על הדבר השני אבל בזה שהקניין ראוי לחול ונתבטל בטל בכולו [כ"ל] ויש מי שחולק בזה וס"ל דאף כשנתבטל אצל האחד לא נתבטל אצל השני ואין זה רק לעניין קנס כגון אם אמר ראובן שאם לא יקיים דברו יתן קנס לצדקה כך וכך ואחד מחל לו נתבטל הקנס גם נגד השני [נס"מ]:

יא לשונות של זהב ושל כסף ושל שאר מיני מתכות הרי הם כשארי הטלטלים ונקנים בק"ס וקונים זא"ז בהחלפה של שוה בשוה ודינם כפירות דאין שם כלי עליהן וכבר נתבאר בסעי' ג' דפירות אף שאין קונים בחליפין נקנין בחליפין ובשוה בשוה קונים זא"ז וכן מבואר מלשון הרמב"ם פ"ו מכירה [וכ"מ מהמ"מ וכ"כ סלח"מ מקודס ע"ס] אבל המטבעות של כסף או של זהב או של נחשת הרי כולם דמים כנגד שאר מטלטלין והנותן אחד מהם בדמי מטלטלין לא קנה דמעות אינן קונות כמ"ש בסי' קצ"ח ובק"ס אין אחד מהם נקנה בקניין ולא נעשה קניין דמטבע אינה קונה ולא נקנית בחליפין לפיכך המייחד מעות והקנה אותם לאחר בחליפי מטלטלין כיון שזה לא קנה המעות לא קנה זה המטלטלין אע"פ שמשכן דהרי ייחד לו המעות בתורת חליפין כגון שהיו המעות מונחים באיזה מקום וא"ל מעות אלו שמונחים במקום פלוני תקנה אבל בתורת דמים שלא ייחד המעות אלא שאמר תמשוך המטלטלין ואחייב לך כך וכך מעות משמשך החפץ נתחייב מיד בדמיו דאין על זה שם חליפין אלא שם דמים:

יב זה שנתבאר דמעות אינם קונות ולא נקנית בחליפין בד"א נגד שארי מטלטלין כגון שמכר מטלטלין באחד ממיני מטבעות אלו דכולם שם מטבע עליהן אבל המוכר מטבע במטבע כגון שמכר דינרי זהב במטבעות כסף הזהב הם כפירות לגבי הכסף מפני שכסף חריף יותר ללכת בהוצאה מזהב וזהב שאינו חריף ככסף נחשב כפירי לגבי הכסף החריפה ויש לזה הדין כמו המוכר פירות בכסף ובעל הכסף כשמשך את הזהב קנה וחייב ליתן לו הכסף אבל בעל הזהב שמשך את הכסף לא קנה רק למי שפרע וכן מעות של נחשת דינם כפירות לגבי מטבעות כסף דכסף חריף יותר מנחשת וזהב ונחשת י"א דנחשת הוי המטבע והזהב הוא הפירי מפני שיוצאים יותר בהוצאה משל זהב וי"א להיפך דהזהב הוא המטבע והנחשת הפירי דהן אמת דשל נחשת חריפים יותר בהוצאה מ"מ בטלה חשיבות חריפותן לגבי חשיבות היוקר מזהב ולא דמי לכסף וכולם יש להם דין מטבע לגבי שארי מטלטלין וכן זה כנגד זה כגון שמכר דינר זהב בדינר זהב או דינר כסף בדינר כסף או מטבע נחשת במטבע נחשת וזה שאמרנו דבמשיכת הזהב קונה

את

את הכסף היינו דווקא כשייחד לו את הכסף בתורת דמים כגון שלא ייחד לו מעות אלו דווקא שיקנם בתורת קניין אלא הקנם בתורת חיוב דמים דאז משמשך הזהב נתחייב לו בסכום הכסף כפי מה שפסק עמו וגם אם פסק שיתן לו חדשים יתן חדשים ואם פסק ליתן לו ישנים יתן לו ישנים והכל בתורת חיוב תשלומין וכתב רבינו הרמ"א דמעות שלנו שכסף ונחשת מעורב ביחד הוי טיבעא לגבי כסף עכ"ל ור"ל נגד מטבע כסף נקי דאינו יוצא בהוצאה כל כך ודברים אלו תלוי במנהג המדינה ושטרות מהמלוכה דינם כמטבע כמ"ש בסי' ס"ו :

יג מעות הרעות שפסלתן המלכות או המדינה או דינרים שאין יוצאין באותה מדינה ואין נושאין ונותנין בהן עד שמשנים אותם למטבע אחרת הרי הן כפירות וככלי [ס"כ] לכל דבר ונקנין בק"ס וע"י משיכתן מתחייבים לתת מעות שפסקו ואם נטלו כנגדן מעות לא נקנו וי"א דאפילו מעות הרעות שלא נפסלו לגמרי רק שאינם יוצאין בהוצאה להדיא נקראים וכן הכריע רבינו הרמ"א [עיין בסגר"א סקל"ד] :

יד לפי מ"ש דאין מטבע נקנה בחליפין אין דרך כלל לזכות במטבע במתנה כשאין המטבע ברשות הנותן דבדרך מקח יש דרך לקנותה שהלוקח ימשוך המטלטלים ויתחייב להמוכר הדמים אבל במתנה כשאין המעות ברשות הנותן וא"א שהמקבל ימשוך אותם אין דרך לקנותם אלא אגב קרקע ויקניהו קרקע כל שהוא ואגבן כך וכך מעות או להשכיר לו קרקע כל שהוא או להשאילו ואגבן המעות וכיון שזכה המקבל בהקרקע באחד מדרכי הקנייה זכה במעות המתנה ודוקא אם המעות קיימים אף שאינם ברשותו ומופקדים במקום אחר ולא כפר המפקיד דאם חבירו כופר לו מה יקניהו ואף דהרשאה כותבין גם בדכפריה כמ"ש בסי' קכ"ג זהו מפני התקנה כמ"ש שם מ"מ להקניהו לגמרי אין ביכולת וראובן שהיה לו חוב על שמעון והקנה ללוי קרקע ואגבו החוב לא קנה החוב דמלוה להוצאה ניתנה ורק במעמד שלשתן יכול להקנות לו ובסי' קכ"ו נתבאר בזה פרטי דינים ע"ש וכן יכול להקנותו ע"י מכירת השט"ח כמ"ש בסי' ס"ו ויש מי שאומר דחוב יכול להקנות בקניין אגב וצ"ע [ס"ך] וי"א עוד דדרך לזכות במטבע ע"י הודאה שיודה שיש לפלוני אצלו מעות כך וכך אע"פ שידוע שאינו כן וי"א דהודאה אינו מועיל רק בשכ"מ ולא בבריא [עס"ך סי' ס' סקל"ב] :

טו הקנה לו קרקע ומטלטלים במעות אע"ג דמטלטלין אין נקנין במעות מ"מ כיון דמן התורה מעות קונות וכללן עם הקרקעות מיגו דחייל הקניין על הקרקע חייל נמי על המטלטלין [עב"ס סי' ל"א סקי"ז] ואינו דומה לקני אתה והבהמה שבסי' ר"ט ולדין שבסעי' ח' מפני הטעם שכתבנו ויש מי שמסתפק בזה [מל"מ פ"ו ממכירה] ולדינא נראה כדיעה ראשונה ודווקא שהקנם בשני פרוטות לא פחות אבל בפחות מזה הוה ספיקא דדינא אף לקניית הקרקע כמ"ש באהע"ז שם לעניין קידש שתי נשים בפרוטה ע"ש [כ"ל] וכן אם מכר לו מטלטלין ופסק עמו ליתן לו דבר שלב"ל ג"כ ומשך הלוקח את המטלטלין חייב ליתן לו לאחר זמן גם את הדבר שלב"ל שהתחייב עצמו דחיוב חל גם על דשלב"ל [נס"מ] ואם הבטיח לפועל חפץ בשכרו וא"ל חפץ זה יהיה שלך בשכר פעולתך כיון דאין לו בחפועל קניין הגוף לא חשיבא פעולתו רק כנתינת דמים על החפץ ולכן אם הבעה"ב חוזר בו מקבל מי שפרע וישלם לו מעות אבל אם א"ל אתן לך חפץ זה בשכרך לא הוי קניין כלל על החפץ דקניין אתן אינו קנין כמ"ש בסי' רמ"ה ויכול לסלקו במעות [סס] וכן לעניין מה שנתבאר דדמים אינם נקנים בחליפין כשהן בעין וייחדם אם אמר בלשון חיוב שמחייב א"ע ליפרע בדמים אלו או שא"ל לא יהא לך פרעון אלא מדמים אלו קנה במשיכת המטלטלין כיון דהתחייב עצמו לשלם יש לזה תורת דמים ולא תורת חליפין [סס] :

טז אין להקשות על כל מה שנתבאר בסי' זה דכשמשך אחד מהם קנה השני בחליפין את הדבר השנית ולמה לא חששו לשמא יאמר לו נשרף חפצך כמו שחששו בקניין מעות די"ל דכיון דברוב חליפין שע"י ק"ס ליכא חשש זה לא חששו בכל מיני חליפין [סס סק"נ] וגם במה שנתבאר בסעי' הקודם בהקנה לו קרקע ומטלטלין ביחד דקונה בכסף אין לחשוש חששא זו כיון דבקניית מטלטלין עצמן חששו לזה והיא רובא דרובא לכן לא חששו במיעוט כזה בהקנאת קרקע ומטלטלין וכן בכל מה שתמצא שלפעמים לא חששו לזה הוא מטעם זה [סס סי' ר"ד] :

סימן רד [דין מי שפרע בקניין מעות ומתי נקרא מחוסר אמנה ובו ט' סעיפים]:

א מי שנתן דמים ולא משך המטלטלין אע"פ שלא נקנו לו המטלטלין כמ"ש בסי' קצ"ח מ"מ כל החוזר בו בין לוקח בין מוכר לא עשה מעשה ישראל וחייב לקבל מי שפרע ואפילו לא נתן אלא מקצת הדמים ורוצה לחזור על מה שלא קיבל דמים ט"מ חייב לקבל מי שפרע דכמו דבקרקע קנה כולה במקצת כסף בדלא עייל ונפיק אזוזי כמ"ש בסי' ק"ץ כמו כן במטלטלין קונה במקצת כסף את המטלטלין לעניין ההתחייבות מי שפרע ויש מהגדולים שכתבו דגם בקרקע במקום שכותבין את השטר דלא קנה במעות בלבד כמ"ש שם מי שחוזר בו מקבל מי שפרע ויש חולקים בזה וס"ל דמי שפרע אינו רק במטלטלין מפני שמן התורה הוי קניין גמור ועקרוה לקניין זה לכך תקנו מי שפרע אבל בקרקעות לא תקנו [עב"י ובתוס' כתובות ל"ג: ד"ס עד מבוהר דיש בקרקע מס"פ] :

ב כיצד מקבל מי שפרע אוררין בב"ד ואומרים מי שפרע מאנשי דור המבול ומאנשי דור הפלגה ומאנשי סדום ועמורה וממצרים שטבעו בים הוא יפרע ממי שאינו עומד בדיבורו וי"א שאומרים לו בלשון נוכח הוא יפרע ממך אם אינך עומד בדיבורך וי"א שהש"ץ אומר לו כן ברבים בבהכ"נ ואין המנהג כן וגם אין מקללין לנוכח אלא בבית הב"ד מקללין אותו בין שיש שם רבים או לא [ב"ח] ולמה בחרו בקללה זו מפני שבאלו נראה ונתפרסם השגחת הש"י על המעשים הרעים [סמ"ע] ועוד דפיו דיבר שוא כמו אלו אשר פיהם וגו' [מהרש"א] ועוד דשכר מצוה ועונש עבירה בהאי עלמא ליכא והרבה מבני אדם שאין חוששין לעונשי עוה"ב וכל מעיינם רק בהבלי העוה"ז לכך אומרים לו מי שפרע מאלו בעוה"ז כן יפרע ממך בעוה"ז ומזה אולי יתחרט ויקיים דברו [כ"ל] :

ג מי שאינה לחבירו בשיעור שתות דהדין הוא דקנה ומחזיר אונאה כמ"ש בסימן רכ"ז והלוקח נתן דמים ולא משך עדיין את החפץ אם המאנה אינו רוצה להחזיר את האונאה ואומר כיון שלא היתה משיכה רצוני לחזור חייב לקבל מש"פ וכן אם המאנה רוצה להחזיר האונאה והמתאנה חוזר בו חייב לקבל מש"פ [ס"ך] וכ"ש בפחות משתות דהוי מחילה חייב החוזר לקבל מש"פ וכן אם הלוקח לא נתן מזומן רק שט"ח על עצמו והמוכר נתרצה בזה ואח"כ חזר בו אחד מהם חייב לקבל מש"פ [כס"מ] וכן אם אמר המוכר תן מנה לפלוני ותקנה לך המטלטלין שלי ונתן המנה להפלוני ואח"כ חזר בו אחד מהם חייב לקבל מש"פ [סס] דזהו ג"כ בקניין מעות כמ"ש בסימן ק"ץ ויש מי שרצה לומר דבכה"ג הוי קניין גמור מטעם דלא שייך שיאמר לו נשרף סחורתך ואינו כן דלא פלוג רבנן בתקנתא ואין בזה רק מש"פ [סס] :

ד הפוסק על שער שבשוק וקבל דמים ולא היה לו אתו המין שפסק עליו יתבאר בסי' ר"ט שאם פסק בהיתר צריך לקבל מש"פ ואם באיסור א"צ ודינים אלו נתבארו ביו"ד סימן קע"ה וכן אם מכר לו בדברים בלבד ופסקו הדמים ורשם הלוקח רושמו על המקח כדי שיהיה לו סימן ששלו הוא אע"פ שלא נתן מהדמים כלום מקבל החוזר בו מש"פ דחז"ל תקנו דרושם ליהוי כנתינת מעות [ב"מ ע"ד] ואם המנהג הוא שע"פ הרושם קונים קניין גמור נקנה לגמרי ואין אחד מהם יכול לחזור בו וזהו כשרשם בפני המוכר או שא"ל רשום מקחך כמ"ש בסי' ר"א ע"ש :

ה מי שהיה לו חוב אצל חבירו וא"ל מכור לי מטלטלין אלו בחוב שיש לי אצלך והושווביניהם י"א שזהו כנת.. דמים וכל החוזר בו מקבל מש"פ ויש חולקים דמלוה להוצאה ואינה קניין כלל ואינו קונה אלא בהנאת מחילת מלוה אפילו לא מחל לו לגמרי רק שהרויח לו זמן הפרעון דבכה"ג גם לעניין קדושין הוי ממון כמ"ש באהע"ז סימן כ"ח ואם עדיין לא הגיע זמן הפרעון אף שהרויח לו זמן הפרעון על יותר ממה שקבעו הזמן בשעת ההלואה מ"מ לא מקרי הנאה [סמ"ע] דאין ההנאה עתה אלא לאחר זמן ובהנאת מחילת מלוה או בהרווחת זמן כשא"ל יקנה לי חפץ שלך בהנאה זו הוי כממון והחוזר מקבל מש"פ ובחוב הבא מחמת מכר נתבאר בסי' קצ"ט סעיף ג' דלכ"ע מהני ע"ש ויש חולקין בהרווחת זמן משום דהוי כריבית ובמקח של איסור אין בו מש"פ כמ"ש בסימן ר"ח [קלס"ה] :

ו ראובן שהיה חייב לשמעון מנה ואמר שמעון לראובן מטלטל זה אמכור לך במנה ונתן לראובן המנה יכול שמעון לומר מנה זו אני גובה בחובי והחפץ לא אתן לך ואיני במי שפרע ואם א"ל ראובן הא לך עוד מנה ותן לי החפץ צריך ליתן או לקבל מש"פ כמ"ש בסימן ק"ץ לעניין קרקע ע"ש וכן הלוקח מחבירו קרקע או מטלטלין ופסקו הדמים והניח משכון על הדמים לא קנה ואין על החוזר מש"פ דמנה אין כאן משכון אין כאן כמ"ש שם וכל מקום שיכול לחזור בו אפילו אם כופר בעיקר הדבר א"צ לישבע על זה כיון שאפילו אם יודה יכול לחזור בו [ש"ך] וכמ"ש בסימן פ"ז :

ז נתן דמי המקח ונאנס המקח קודם שלקחו הלוקח וא"ל תן לי מקחי או החזר לי מעותי אע"פ שיש עדים בדבר שנאנס המקח והמוכר לא נתרשל להציל ולא היה בכחו להצילו מ"מ מחזיר הדמים ואין כאן מש"פ דכיון דעדיין לא קנה לגמרי הוה ההפסד על המוכר וי"א דה"ה למי שחוזר בו מפני שהוא מתירא שיופסד המקח ואף שעדיין לא נפסד רק שיש חששא שיפסד א"צ לקבל מש"פ כי זה לא נתקן אלא במקום שאין הפסד רק שחוזר בו מפני יוקרא וזולא בזה תקנו חז"ל מש"פ אבל במקום חשש הפסד לגמרי לא תקנו ואין המוכר יכול לומר כשיופסד אחזיר לך המעות דיכול הלוקח לומר לו לא ניחא לי למיקם עליך בדינא ודיינא וי"א דזהו דוקא כשיכול להיות ההפסד בכל המקח אבל במקצת הפסד אין לו לחזור בשביל חששא אבל כשהיה ההפסד אף במקצת וההפסד קטן יכול לחזור בו ואין כאן מש"פ כיון שעדיין לא קנה לגמרי ודלא כיש מי שחולק בזה [כנ"ל וכ"מ מהרמ"א ומ"ש הסמ"ע מרי"ו אין ראיה כלל דדבריו כהרמ"א עב"י ודו"ק] :

ח הנושא ונותן בדברים בלבד אע"פ שיכול לחזור בו ואינו חייב במי שפרע מ"מ ראוי לו לאדם לעמוד בדיבורו אף שלא עשה שום קניין רק דברים בעלמא וכל החוזר בו בין לוקח בין מוכר אין רוח חכמים נוחה הימנו והרי זה ממחוסרי אמנה וזהו דוקא כשלא נשתנה המקח מהזמן שגמר עמו בדברים עד עתה אבל אם נשתנה ה.קח אין זה ממחוסרי אמנה ולא דמי למעות דצריך החוזר לקבל מש"פ אף בהוזל או הוקר זהו מפני שמעות הויין מדאורייתא קניין גמור אבל דברים בעלמא אין צריך לקיים במקום שיש לו הפסד משינוי המקח ואין זה מחוסר אמנה דהא לא הבטיח לו בעת שהיה מקח

מקח כזה וי״א דאפילו בכה״ג יש בו משום מחוסרי אמנה דכיון דבאיש אמונים הוי דברים גמר עניין מה לו לשינוי מקח ורבינו הרמ״א הכריע כדיעה זו והאחרונים נסתפקו בזה ומירושלמי משמע כדיעה ראשונה [סגר״א] ונראה דמדינא וודאי אין בזה משום מחוסרי אמנה רק ממידת הסידות [ות״ס הכל ודו״ק]:

ט וכן מי שאומר לחבירו ליתן לו מתנה ולא נתן ה״ז ממחוסרי אמנה בד״א במתנה מועטת שהרי סמכה דעתו של המקבל בשעה שהבטיחו אבל במתנה מרובה אין בזה חסרון אמנה שהרי בודאי לא סמך המקבל על דברו עד שיעשה איזה קניין ואם המקבל הוא עני והבטיח לו בתורת צדקה אפילו במתנה מרובה אינו יכול לחזור בו כמו שיתבאר כעין זה בסימן רמ״ג ועי׳ יו״ד סימן רנ״ה [כמ״ס״ג] וכן אם רבים אמרו ליחיד ליתן לו מתנה יש מי שאומר דנקראים מחוסרי אמנה כשחוזרים בהם אפילו אם היא מתנה מרובה ואפילו אינו עני דברבים מקרי מחוסרי אמנה אף בדבר גדול מפני שהמקבל סמך על דבריהם שבודאי יקיימו ועוד דעל כל יחיד לא יגיע מתנה מרובה [סמ״ע] ויש מי שמשמע מדבריו שאין יכולים לחזור בהם כלל דברבים הוי דברים כקניין גמור [סגר״א סקי״א] וצ״ע לדינא:

סימן רה [דיני מסירות מודעות ומכירה ומתנה באונס ובו כ״ו סעיפים]:

א דבר ידוע ומוסכם שכל פעולה שאדם עושה באונס אין עשייתו כלום והרי גם עבירה כשעשה באונס אינו נענש על זה כדכתיב ולנערה לא תעשה דבר באונס רחמנא פטריה וכ״ש בדבר הרשות לפיכך אם אנסו לאדם שיתן קרקעו ומטלטלו אע״פ שעשה קניין וחתם בשטר אינו כלום ואפילו האנס מגזם לו שיכיהו ויהרגיהו מ״מ אינו מקנה לו בלב שלם דאומר בלבו אתבע ממנו אחר זמן בדין או בערכאות ואף שהאנס הוא אלם הלא מצויין בעלי זרוע ליפול וזה שאמרו חז״ל שבעת החורבן אגב אונסייהו גמרו והקנו שדותיהם [גיטין כ״ה:] בלא דמים שאני התם שהיתה שעת מלחמה והיו מופקרים להריגה והקנו בלב שלם כדי להנצל מגזירת ההריגה אבל בכל הזמנים לא שייך דין זה [נ״י]:

ב ודוקא כשאונסים אותו שיתן בלא מעות אבל אם אנסוהו למכור בדמי שויה ונתנו לו המעות וקבלם מרצונו או אפילו נתנו לו המעות בע״כ ואמר רוצה אני מכירתו מכירה [הגר״א] וכך אמרו חז״ל [ב״ב מ״ח] תלוהו וזבין זביניה זבינא דסברא הוא כיון שאונסין אותו ונותנין לו דמים באופן שאינו מפסיד כלום [רשב״ם] גמר ומקנה בלב שלם אבל אם אינסין אותו שיתן בפחות משויו הוי כאנסוהו ליתן מתנה [טור] דמה לי הפסד גדול או קטן ואף שבפרטי מודעא יש חילוק ביניהם כמ״ש בסעיף ט״ו ואין חילוק בזה בין קרקע למטלטלין בעיקר הדבר רק לעניין פחות משויה בקרקע יתבאר שם דאין דינה שוה למטלטלין:

ג ודעת הרמב״ם ז״ל בפ״י ממכירה שאע״פ שלא לקח הדמים בפני העדים אלא שהודה בפני עדים שקבל המעות ועכשיו טוען המוכר שלא קבל כלל רק אנסוהו להודות אין שומעין לו דאם היה האמת כן היה לו למסור מודעא [סמ״ע] ויש חולקין וס״ל דבעינן שיראו נתינת המעות והודאה לאו כלום הוא דכשם שאנסו על המכירה כמו כן אנסו על ההודאה וכן נראה דעת רבינו הרמ״א וע׳ מ״ש בסעיף כ״א וי״א עוד דבעינן דוקא נתינת מעות אבל אם נתן לו האנס שטר על המעות אינו קונה אף שבטוח הוא במעותיו דכיון דלא נתן מזומן לא גמר והקנה [סס] ויש חולקין בזה דכיון דבטוח הוא במעותיו גמר והקנה ויש מי שאומר דבנתן האנס שט״ח על המעות גם דיעה ראשונה מודה דהוי כמזומן וגמר והקנה ולא נחלקו בזה רק שנחלקו כשנתן לו המוכר שטר מכירה ואז לא נתן לו האנס מעות ועתה רוצה האנס ליתן לו המעות דס״ל לדיעה ראשונה דלא גמר והקנה בשטר לחוד והיש חולקין ס״ל כיון דכתב שטר מכירה גמר והקנה כיון שלא מסר מודעא ויקבל עתה מעותיו [ס״ך] וכשכתב שטר עם אחריות אפשר דלכ״ע מהני וצ״ע לדינא:

ד וכל זה כשהמוכר לא מסר מודעא אבל אם מסר מודעא קודם המכירה ואמר לשני עדים דעו שזה שאני מוכר חפץ פלוני או בית פלוני או שדה פלונית לפלוני אנוס אני הרי המכר בטל בכל ענין ואפילו החזיק בה האנס כמה שנים מוציאין אותה מידו ומחזיר הדמים להאנס וא״צ גם לעשות מחאה בכל הג׳ שנים דכיון דמתחלה ירד בה בחמסנות וידוע זה לעדים למה לו לעשות מחאה ואף אם העדים לא כתבו המודעא הוי מודעא דכיון שמעידים שבפניהם מסר המודעא אין הכתיבה מעכבת ואם האנס עשה בה איזה תקון דיינינן ליה כיורד שלא ברשות שיתבאר בסימן שע״ה [כ״ל] ומודעא צריך להיות בפני שני עדים כשירים [כ״ל] ובפני עד אחד אינו כלום ואע״ג דהוא רק גילויי מילתא בעלמא מ״מ כיון דבלא המודעא אמרינן דגמר והקנה לכן כשמוסר המודעא ועל פיה אנו מבטלין המכר צריך להיות בפני שנים וכשירים ודוקא כשמסר מודעא קודם כתיבת השטר מכירה אבל אח״כ אין המודעא כלום דא״כ בכל השטרות שבעולם כשיתחרט אח״כ יבא לפוסלן [רשב״ם] וכן במטלטלין אחר המשיכה אינו מועיל מודעא וכן בקרקע אחר שהחזיק באיזה חזקה אינו מועיל מודעא [כ״ל] ואע״ג דהעדים צריכים לידע האונס וא״כ נקבל המודעא גם אח״כ

אח"כ כיון שיודעים האונס מ"מ כיון שלא מסר המודעא מקודם אמרינן שנתרצה מקודם ועתה רוצה לחזור בו:

ה כשמודיע מודעאתו להעדים צריכים העדים לידע בעצמם שהוא מוכר מפני האונס ושהוא אנוס ודאי ויודעים מהו אונסו ולא שיסמכו על פיו מפני שיש כמה אונסים שמדינא לא נחשבים לאונס כאשר יתבאר ולכן כל מודעא שאין כתוב בה אנו העדים ידענו שפלוני זה אנוס הוא אינה מודעא וכשכתוב כן אמרינן דודאי ידעו שהיה אנוס באונס כזה שמבטל המכירה ע"פ הדין וכשהעדים מגידים לפני ב"ד על המודעא ידרשו ב"ד מהם אופן האונס דכל מה דאיכא לברורי מבררינן ושמא לא היה אונס כלל ע"פ הדין [כ"ל] בד"א במכירה אבל במתנה או מחילת חוב אין צריכין העדים להכיר באונסו ולפנינו יתבאר הטעם בזה ובמכר אם אין מכירים אונסו לא יכתבו לו מודעא ויש מי שאומר שאפילו אומר להעדים כתבו לי סתם שמסרתי מודעא בפניכם וכשיודע האונס שלי יצורף עדותכם לבטל המקח אין שומעין לו משום דחיישינן לב"ד טועין כשיראו בידו זה הכתב מהעדים לא יחקרו עוד לברר האונס מיהו אם כבר נכתבה מודעא כזו והביא אח"כ ראיה בעדים שאנוס היה בטלה המכירה דאין זה רק חששא בעלמא:

ו מה נקרא אונס אחד אונס הגוף ואחד אונס ממון בין בידי כותים בין בידי ישראל ולא אמרינן הרי אין זה אנוס כלל דיכול לתובעו לדין דפעמים אין ב"ד מוכן לפניו [רסב"ס] או מסיבה אחרת אינו יכול לתובעו לב"ד וכ"ש אם הוא אלם דלא ציית דינא וכן האונס את חבירו בהכאות או תלאו עד שמכר לו או הפחידו בדבר שאפשר לו להאנס לעשות מיהו י"א דהפחדה לא מיחשב אונס דעביד אינש דגזים ולא עביד ולכן תלוי דבר זה לפי הענין וכפי ראות עיני הב"ד או העדים ולפעמים יש מין אונס מממון שאין העדים ביכולתם להכיר האונס קודם המודעא אלא אח"כ יתבוננו ויראו ויכתבו המודעא כמעשה שהובא בגמ' באחד ששכר פרדס מחבירו לעשר שנים וביד המשכיר לא היה שטר מהשוכר שהפרדס הוא אצלו רק בשכירות ואחר שאכלו השוכר ג' שנים דזהו שיעור חזקה ויכול לטעון לקוח הוא בידי כמ"ש בסימן ק"מ אמר להמשכיר בינו לבינו אם לא תמכרנו לי זה הפרדס אכבוש שטר השכירות שבידי ממך ואטעון שלקוח הוא בידי וכן אמר לפני ב"ד כשתבעו מה עשה המשכיר סיפר הדברים לפני עדים וייחד אותם במקום מוסתר שהשוכר לא יראה אותם והם ישמעו מה שידברו ושמעו שא"ל להשוכר הנני מוכרח למכור לך אחרי שאין רצונך להודות לפני עדים ששכורה היא בידך וכתב לו שטר מכירה ואח"כ תבעו לב"ד והראה השטר מכירה והעמיד המשכיר את העדים ששמעו שהוא אנוס להמכירה ועתה אינו יכול לטעון שמכורה היא לו מכבר כיון שבעצמו הראה שטר המכירה שכתב לו עתה ועל זה יש עדים שאנוס היה ואמרו חכמים כיון שמסר מודעא ונתגלה אונסו אין המכירה כלום שהרי יש לו עדים שהוא אנוס ויש עדים שכפר בב"ד והם הם עידי המודעא וכן כל כיוצא בזה [עט"ז]:

ז באיזה אונס אמרו באונס דאתי ליה מהלוקח עצמו או מגיריה דיליה אבל באונס דאתי ליה מנפשיה כגון שמוכר מפני דוחקו למעות וכה"ג אין זה אונס דעצם המכירה היא ברצון דאל"כ רוב מוכרים אנוסים הם ואפילו באונס דאתי ליה מאחריני דוקא שאנסוהו למכור אבל אם האונס הוא על ענין אחר כגון שאנסוהו ליתן מעות ומחמת זה הוכרח למכור לאחר נכסיו ולפדות א"ע מיד האנס אין זה אונס ומכירתו מכירה כיון שמצד הלוקח לא היה לו אונס ולכן אם הלוקח עצמו הוא האנס אף שלא אנסו על מכירה זה ה"ז אנוס ואין מכירתו כלום [ס"ק] וכן אם האונס לא היה כלל עליו אלא על איש אחר שאנסו להאחר ביסורים עד שזה ימכור לו נכסיו אין זה אונס כיון שלא היה האונס על עצמו ואם אנסו את האב שהבן ימכור הנכסים או אנסו את הבן שהאב ימכור הנכסים יש בזה מחלוקת הפוסקים אי מקרי אונס דנפשיה או לא כמבואר באהע"ז סימן קל"ד ואם אנסו את אשתו וודאי דהוה כאונס עצמו דכגופו דמי [כ"ל]:

ח ולפיכך הצריכו חכמים שיתוודע האונס להעדים מפני שחששו שמא היה אונס דאתי לו מנפשיה כגון שצריך למעות ומוסר עתה מודעא ולכשירוח לו יבטל המכירה ע"י מודעא זו או שמא היתה אונס שלא על גופו אבל כשיודעים באונסו לא יקבלו מודעאתו עד שידעו שע"פ הדין הוי אנוס וגם אפילו במתנה יש לפעמים שאנוס הוא ומדינא אינו אנוס כגון שמצבו דחוקה והוא רואה שכשיתן מתנה לזה ירווח לו מצבו ע"פ סיבת זה האיש ולכן אף שנותן המתנה מפני הכרח הענין שיש לו אבל עכ"פ המתנה היא ברצון וכן בעניני גיטין דאל"כ הרי הרבה מתנות כאנוסים הן והרבה גיטין כגון מי שאשתו שונאתו והוא אוהבה ומוכרח לגרשה מפני שנאתה אותו האם נאמר שהגט הוא באונס אלא וודאי כיון שעצם הגט נותן ברצון אף שבסיבתו הוא אנוס מ"מ אין לנו לדון רק על מעשה הגט בעצמו וכן במתנות:

ט כתבו הרמב"ם והש"ע בד"א שצריך שידעו שהוא אנוס במוכר או בעושה פשרה אבל במתנה או במחילה אם מסר מודעא קודם אע"פ שאינו אנוס הרי המתנה בטילה שאין הולכין במתנה אלא אחר גילוי דעת הנותן שאם אינו רוצה להקנות בכל לבו לא קנה המקבל מתנה והמחילה מתנה היא עכ"ל ולמדנו מזה שאע"פ שיודעים שאינו אנוס מ"מ כיון שאינו רוצה ליתן בלב שלם אין זה קונה המתנה והמחילה אינה מחילה וכן הסכימו הרבה מהפוסקים ויש מרבותינו שאומרים דודאי כתבינן מודעא במתנה ומחילה אף שאין יודעים אונסו אבל הטעם הוא דאמרינן דמסתמא הוא אנוס דאל"כ

למה

למה מוסר המודעא אבל אם ידוע לנו שאינו אנוס אין מודעאתו כלום [רשב"ם ורמב"ן הובא בב"י] ואין להקשות דא"כ ניחוש שמא הוא אנוס במה שע"פ הדין אינו אונס די"ל דבמתנה וגט כל מין אונס הוי אונס כשמוסר מודעא אבל כשאינו מוסר מודעא אין זה אונס בכה"ג ובש"ע לא הובא דיעה זו :

י לפי מה שנתבאר במכר אף שידעינן בבירור שהוא אנוס אם לא מסר מודעא מכירתו מכירה דמפני קבלת המעות מקנה בלב שלם וכשמוסר מודעא צריכין להכיר אונסו מה שע"פ הדין הוי אונס ואם לא ידעו אונסו לא יקבלו מודעאתו וכ"ש שלא יכתבו לו את המודעא אבל בגט ובמתנה ומחילה כשמוסר מודעא כותבין לו תמיד אף שלא ידענו אונסו ואף אם ידוע שאינו אנוס לרוב הפוסקים כמ"ש בסעיף הקודם ואם ידענו שהוא אנוס אף אם לא מסר מודעא כלל בטלה הגט והמתנה והמחילה דתליוהו ויהיב לא הוי מתנה ודווקא כשאנסו אותו על המתנה עצמה אבל אם אנסהו לדבר אחר ונתן המתנה להפטר מהאונס האחר ולא מסר מודעא מתנתו קיימת אבל כשמסר מודעא המתנה בטילה וכן במחילה וגם במכר כה"ג כשמסר מודעא המכירה בטילה ואם אנסו אותו ליתן שט"ח אין בו ממש אפילו בשלא מסר מודעא דלא שייך בזה לומר גמר והקנה כיון דעדיין לא נתן מעות [שם וכל מ"ש בסעיף זה כ"כ גם הנה"מ ומ"ש הקצה"ח ל"ע ודו"ק] :

יא כשבא מסירת מודעא לפני ב"ד צריכים ב"ד לחקור ולדרוש בזה איזה אונס היה כי רוב בני אדם אינם בקיאים מה הוא האונס המועיל ע"פ הדין ואף שכותבים והכרנו באונסו יכול להיות שאינו אונס ע"פ הדין וכשהעדים מגידים האונס ונמצא שאינו אונס מן הדין אין נקראים חוזרים ומגידים דעבידי דטעי בכה"ג [אלשיך] :

יב כשמסר מודעא והעדים ידעו באונסו אף אם המכירה היתה אח"כ ואינם יודעים שלא נסתלק האונס הוי מודעא אם לפי השערתם לא היתה סיבה שיסתלק האונס בעת המכירה אבל אם לפי השערתם נסתלק האונס בשעת המכירה אינה מודעא עד שיתברר הדבר אם נסתלק האונס אם לאו [ענה"מ] :

יג ראובן היה חייב מעות לשמעון ולא היה יכול לגבותם ומכר לראובן קרקע וקודם המכירה מסר שמעון מודעא בפני עדים ואמר להם אמכור לו הקרקע שלי מפני שראובן רוצה להבריח נכסיו לכן אמכור לו הקרקע כדי שאוכל למשכנו בחובי והעדים יודעים שכן הוא הוי מודעא [כתובות ק"י] ויש להסתפק אם המכר בטל אם לאו [ש"ך ונה"מ] ולי נראה מירושלמי שם שהמכר בטל דאיתא שם שיכול לגבות דוקא מקרקע זו אע"פ שיש לו לראובן אחרת כמותה ואם המכר קיים למה יכול לכופו בזה [ומ"ש שם הנה עצמך דהוה לי' קרקע טב יכול מימר דידי אנא בעי וכו' ר"ל דזהו השאלה אם המכר קיים ומגביהו מה שירצה או המכר בטל וגובה שלו ובזה א"ש דהרא"ש אינו סותר הירושלמי ותירוץ הרא"ש מוכרח והמפרשים נדחקו שם ודו"ק] :

יד ישראל שהיה חייב לעכו"ם מעות בלא ריבית ולא היה לו מה לשלם ואנסו העכו"ם עד שהוכרח ליתן לו ריבית כדי שימתין לו ואח"כ מכר החוב לישראל אין יכול הישראל לגבות הריבית ממנו והטעם דהריבית הוא כמתנה כיון שלא פסק לו הריבית בשעת הלואה ואנוס הוא על הריבית ובמתנה סגי באונס בלא מודעא כמ"ש אם לא שבשעה שנתן הישראל שטר להעכו"ם על הריבית היה ברצון טוב כגון שהעכו"ם עשה לו איזה טובה או שבשעת הלואה התחייב עצמו בהריבית ואז כשמכר את החוב לישראל צריך לשלם לו גם את הריבית שהיה חייב להעכו"ם [נה"מ] :

טו יש מי שאומר דהא דאמרינן דכשלא מסר מודעא ממכרו ממכר אם הוא בקרקעות אפילו לא נתן לו כל שויו לפי שאין אונאה לקרקעות אבל במטלטלין כיון שיש בה כדי אונאה או כדי ביטול מקח אין כאן תורת מקח וה"מ בשאינו כופהו אלא על המכירה ונבסכום המעות לא היה כפיה אבל אם כפה אותו ליתן לו בפחות משויו אף בקרקע אין כאן תורת מקח והוי כמי שאנסוהו ליתן שאינה מתנה ולכן אם רק ידוע שהיה אנוס על סכום המעות מכרו בטל אף כשלא מסר מודעא כבמתנה מיהו לעניין זה הוי כמכר דאם מסר מודעא צריכים העדים לידע באונסו דכיון דקצת דמים קבל י"ל שמא גמר והקנה אז בלב שלם וזה שאמרנו במטלטלין כשיש כדי אונאה הוי כמתנה אפילו ידע בעת המכירה מהאונאה וגם שהה כדי שיראה לתגר מ"מ אין מכירתו מכירה כבמתנה דלא גמר והקנה ואפילו לא מסר מודעא [נה"מ] ואם מסר מודעא צריכים לידע אונסו כמ"ש :

טז כתבו הרמב"ם והש"ע דזה שנתבאר דהמוכר כשלא מסר מודעא מכירתו קיימת בר"א באונס שאנסו עתה והוא חמסן שכופה את המוכר למכור שלא ברצונו דבזה אמרינן כיון שמכר לו עתה וקבל מעות ומסר לו השדה ולא מסר מודעא קרוב הדבר שנתרצה אבל מי שגזל שדה מחבירו והוחזק בגזלן ואח"כ כפה את הנגזל ולקח ממנו שדה זו בטלה המכירה אף בלא מודעא כיון שהוחזק כבר בגזלנות על שדה ולא עשה המוכר עתה מעשה להוציא עתה השדה מת"י נשאר הגזלנות כמו שהיתה וכבר נתבאר בסימן קנ"א שיש חולקין בזה וי"א דבזה גם החולקים מודים דשם מיירי שמקודם יצאה השדה מת"י הגזלן וכשבאה עתה ליד הגזלן באה באונס כבכל אונסי מכירה ולא בגזלות [סמ"ע] ויש חולקין בזה ואין חילוק בזה [ט"ז] ויש מי שחולק בעיקר דין זה וס"ל דאפילו כשלא יצאה מת"י הגזלן אך אח"כ כשאנסו לא אנסו על מכירת שדה זו אלא אונס אחר ונתרצה לו במכירת אותה שדה מכירתו מכירה כשלא מסר מודעא [רמב"ן] ולדיעה ראשונה אין חילוק בין שהיה האונס על

על השדה עצמה בין אונס אחר כיון שהאונס היה מהגזלן עצמו ואין דינה כמכר [כ"ל]:

יז פשרה דינה כמכר דכל פשרה היא ע"י טענות התובע שאומר שהנתבע חייב לו כך וכך והנתבע אומר שאינו חייב לו כלל נמצא שהפשרה היא שכל אחד מוותר מקצת טענותיו כמו מכירה שזה מוותר מקחו וזה מוותר מעותיו [סמ"ע] וי"א דדוקא כשהפשרה היא מפני ספיקא דדינא אז דמי למכר וצריך אונס ומודעא לבטלה אבל כשהדין ברור כאחד מהם רק השני אונסו לפשר עמו דמי למתנה שבטל מחמת אונס לחוד אבל מודעא בלא אונס אינו מבטל כיון שאינה ממש מתנה וכשהפשרה נעשית מחמת שהיה הכחשה ביניהם אם נתברר אח"כ בעדים שהאמת כדברי האחר נתבטלה הפשרה גם בלא אונס ובלא מודעא דהוי פשרה בטעות כמ"ש בסימן י"ב וכן כשאחד מהם הודה אח"כ מעצמו שהאמת עם השני נתבטלה הפשרה [כס"מ] וכשהודה על הסכום שנתפשר עמו כגון שתבעו מנה וכפר בכל ונתפשר עמו בנ' ואח"כ הודה על אלו הנ' אינו יכול להשביעו על החמשים שכפר כיון דלדבריו עכ"פ היתה הפשרה כדין לא נתבטלה וזה שאמרנו דפשרה דינה כמכר דצריך אונס ומודעא זהו דוקא כשאנסו סתם לפשר עמו אבל אם אנסו על הסכום שיתפשר עמו בכך וכך זה האונס בעצמו מבטל הפשרה אף בלא מסירת מודעא [סס] ויש מי שאומר דזה שפשרה דינה כמכר זהו רק לענין שצריכין לידע שהוא אנוס אבל אי ידעינן באונסיה אפילו לא מסר מודעא נתבטלה הפשרה דהוי כאנסוהו ליתן [רשב"א] מיהו באחד שיש לו דין על חבירו והוא עצמו אינו יודע אם יזכה בדין פשרה כזו ודאי דינה כמכר לענין אונס [ב"ח]:

יח מתנה שכתוב בה אחריות נכסים דינה כמכר שבודאי היתה מכירה דאל"כ לא היה מתחייב א"ע באחריות ולכן מודעא בלא אונס אינה מבטלת אבל אונס בלא מודעא מבטלת אף שבמכר אינו כן משום דאמרינן דגם האחריות היה באונס ולא היה כאן מכר כלל [ט"ז] אם לא שידוע שכתיבת האחריות היתה בלי אונס ואז אפילו מודעא לא מהני שהרי אנו רואין שנתרצה ובזה גרע ממכר [סס]:

יט כתב רבינו הרמ"א דכל זה באנסוה למכור דאמרינן אגב אונסיה גמר ומקני אבל אנסוהו לקנות אינו קנין עכ"ל ויש חולקים בזה כמ"ש באהע"ז סימן מ"ב ואדרבא דיותר קונה אדם ברצון משמוכר וגם לדעת הרמ"א אם הנאנס רוצה לקיים המקח אין המאנס יכול לבטלו [נס"מ] ואם אנסוהו למכור בעד שוה כסף הרי זה ככסף והמקח קיים וכשאנסוהו להחליף אם החליפין שוה בשוה המקח קיים להיש חולקים ואם אינו שוה בשוה דינו כבסעיף ט"ו ובאנסוהו למכור ונתן לו האנס משכון על הדמים י"א שקונה [סס] דהוה כמעות ושט"ח אינו במעות ובסעיף ג' נתבאר ע"ש ועסק שותפות ושכירות נ"ל דדינם כמכירה:

כ עידי המודעא יכולים בעצמם לחתום גם על שטר המכירה שעליה נמסרה להם המודעא מהמוכר ולא אמרינן דמיחזי כשיקרא שחותמים על השטר מכירה והם בעצמם יודעים שאינה מכירה דאדרבא מצוה קעבדי להציל עשוק מיד עושקו וזה שכתבנו בסימן מ"ו די"א דעדים החתומים על השטר שאומרים מודעה היה דברינו אין נאמנים זהו כשאינם חתומים על שטר מודעא הנכתבת קודם המכירה אבל כשהם חתומים על המודעא שקודם המכירה פשיטא שמבטלת את המכירה וכ"ש אם אחרים חתומים על המודעא:

כא אפילו אם המוכר אומר לפני העדים בפני האנס ברצוני אני מוכר בלא אונס מ"מ המודעא קיימת דכשם שאנסו על המכירה כמו כן אנסו עד שיאמר שברצונו מוכר וכן אם הודה בפניהם אחר שמסר המודעא שלקח הדמים אין הודעה זו כלום שיתחייב ע"י הודאה זו להחזיר הדמים להאנס דאמרינן דהאנס אנסו גם על ההודאה והרי העדים יודעים בשעת הודאתו שהוא אנוס ולכן אפילו לדעת הרמב"ם שנתבאר בסעיף ג' דהודאה על נתינת המעות הוי הודאה זהו כשלא מסר מקודם מודעא אבל כשמסר אין הודאתו כלום אבל אם ראו העדים נתינת המעות בודאי חייב להחזירם כשנתבטל המכר:

כב שטר מודעא היוצא לפנינו ואין בו זמן והעדים אינם בכאן ולא ידעינן אם נעשית קודם המכר או אח"כ המודעא כשרה ומבטלת המקח דכיון דידענו ע"פ עדים החתומים בהמודעא שאנוס היה מסתמא מסר המודעא קודם לכן דאל"כ לא היו העדים חותמים א"ע על המודעא וחזקה שכדין עשו ועוד כיון שלפנינו יש מודעא אין חזקת הלוקח חזקה ומוקמינן את החפץ בחזקת בעלים הראשונים עד שיתברר הדבר ולטעם זה בפשרה אם התובע הוציא לפנינו מודעא כזו אוקי ממונא בחזקת הנתבע [קלס"ח] אבל להטעם הראשון גם בפשרה הדין כבמכר והעיקר כטעם הראשון דחזקת העדים שעשו כדין הוי חזקה גמורה ובש"ס מצינו כמה פעמים לחזקה זו [כ"ל]:

כג העידו עליו עדי המכר שביטל המודעא הרי המודעא בטילה ואע"ג דגם בזה אולי אנוס הוא מ"מ אמרינן דאגב אונסיה ונוטל מעות גמר והקנה כמו בלא מסר מודעא אגב דידעינן באונסיה גמר והקנה כמו שנתבאר כמו כן במסר מודעא וביטלה ואינו דומה לאומר ברצוני אני מוכר דאין אמירתו כלום כמ"ש בסעיף כ"א דלא הזכיר ביטול מודעא אבל כשהזכיר ביטול מודעא הוי כלא מסר מודעא ויש מרבותינו שחולקים בזה וס"ל דכיון דודאי אנוס על ביטול המודעא אין הביטול כלום ודוקא כשלא מסר מודעא כלל אמרינן דמשום דקבל מעות גמר והקנה אגב אונסיה אבל כשמסר מודעא שאינו רוצה להקנות מה מועיל ביטולו דכשם שהוא אנוס על המכירה כמו כן הוא אנוס על הביטול מודעא

ואין

ואין תקנה לזה אלא כשיכתבו העדים שיודעים שבעת המכירה נסתלק האונס ורבותינו בעלי הש"ע סתמו כדיעה ראשונה ואפילו לדיעה ראשונה אם אמר לעדי המודעא הוו יודעין שכל קנין שאני לוקח לבטל המודעא הכל בטל ואיני אומר כך אלא מפני האונס שאתם יודעים הרי המכר בטל אף שקנו מידו לבטל המודעא מיהו גם בזה י"א דאם חזר וביטל כל המודעות על הביטולין שעשה בתחלה אע"פ שכל זה נעשה באונס מ"מ מועיל לקיים המקח דסוף סוף אמרינן לדעתיה דכיון שמקבל מעות אגב אונסיה גמר ומקנה עתה בלב שלם אחר ביטולו אף שאמר מקודם מפורש שלא יועיל ביטולו ולכן נהגו לכתוב בשטרות כל מודעא דנפקא מגו מודעא עד עולם דאם לא כתב דנפקא מגו מודעא אף שכתוב עד עולם אינו מועיל דאין בכלל זה ביטול מסירת מודעא שמסר תחלה על ביטול המודעא דאח"כ [סמ"ע]:

כד יש מי שאומר דיש עוד עצה לכל הדיעות לבטל טענת אונס אף כשמסר מודעא ואף על הביטולים שיעשה כגון שיאמר הריני פוסל כל עדים שיאמרו שמסרתי מודעא על מכר זה והרי עשה אותם לגביה כעדים פסולים ואין אמירתם ועדותם כלום ואדם נאמן על עצמו יותר ממאה עדים מיהו אם על זה עצמו מסר מודעא מקודם ואמר דעו שמה שאפסול עדים הכל הוא מצד האונס ואין כוונתי לפוסלם אלא אהיה מוכרח כן לומר בפי מפני האונס שוב אין תיעלת גם בתקנה זו [ב"י בשם הרשב"א] ונראה דאם על הפרט הזה לא מסר מודעא ואח"כ פסל העדים אף שידענו שבכלל הענין אנוס היה ומסתמא היה אנוס גם על זה מ"מ הודאת בע"ד כמאה עדים דמי וכיון שעל זה לא מסר מודעא המכר קיים ויש להתיישב בזה:

כה וכ"ז במכר אבל במתנה כל זמן דידעינן באונסיה אע"ג דביטול מודעות אינו כלום ולא הוי מתנה דהא מתנה כשידעינן באונסו אף בלא מסירת מודעא מתנתו בטלה כמו שנתבאר וא"כ מה מועיל ביטולו כיון דידעינן באונסו ואינו מועיל רק אם יכתבו העדים שיודעים שנסתלק האונס והוא יבטל המודעות דבלא ביטול גם הסתלקות האונס אינו מועיל לרוב הפוסקים שנתבאר בסעיף ט' [כ"ל] אמנם גם במתנה כל זה הוא כשידעינן באונסו אבל אי לא ידעינן אונסו כלל מועיל ביטול מודעא גם במתנה ולכן נהגו לבטל מודעות בגט דכיון דלא ידעינן אונסיה לא יועיל אף אם מסר מודעא כיון שביטלה ובאה"ע סימן קל"ד נתבאר באורך כי גם בזה יש פרטי דינים הרבה וכתב רבינו הרמ"א דה"ה אם הודה באיזה דבר שאינו חייב הוי כמתנה לכל דבר ואף שאמר לפני עדים הוו עלי עדים אני חייב לפלוני כך וכך מ"מ כשנתברר שלא היה חייב לו אלא שעתה מחייב א"ע כמ"ש בסימן מ' דינו כמתנה לכל ענין המודעות:

כו כמו שמועיל מסירת מודעא על מכר ומתנה כמו כן מועיל לענין שבועה שאם נשבע לתת מתנה לאחר וקודם השבועה מסר מודעא שאנוס הוא על השבועה אף דלא ידעינן באונסו מ"מ הרי היא כמתנה עצמה דמועיל מודעא אע"ג דלא ידעינן באונסו כמו שנתבאר ודין זה הוא כשבועת אונסים שנתבאר ביו"ד סימן רל"ב ולא מצרכינן להכיר אונסו כבמכר דכיון שהיא על מתנה דינה כמתנה [זהו כוונת הש"ך בסק"ה ובבד"ה ומ"ש הנה"מ צ"ע דאיך נתיר שאלה במה שלטובת חבירו וגם מ"ש אם שבועה מקרי אונס במתנה צ"ע אם נשבע ברצונו מה מועיל שמתחרט ואם באונס ודאי אינו כלום והעיקר כמ"ש ודו"ק]:

סימן רו [כשאמר כשאמכור אמכור לך או כשומת ב"ד ובו ד' סעיפים]:

א האומר לחבירו כשאמכור שדה זו הרי היא מכורה לך מעכשיו במנה וקנה מידו על כך ולאחר זמן מכרה לאחר במאה קנה הראשון אבל אם לא אמר מעכשיו ה"ז כקנין דברים וכאסמכתא ובמעכשיו ליכא אסמכתא כמ"ש בסימן ר"ז ולכן לא הוי כקנין דברים אבל אם מכרה ביותר ממנה או שהחליף עם אחר על איזה חפץ קנה האחרון דהרי לא א"ל אלא כשאמכור שימכור מדעתו במנה והרי לא רצה למכור במנה ולא מכר אלא מפני התוספת שהוסיף זה או מפני החליפין ונמצא כמו שנאנס בהמכירה ואפילו נתייקרה אח"כ [כס"מ] ואף אם גם הוא רוצה ליתן מקח זה אין מוציאין מהשני דמכירתו של השני נגמרה והוא עדיין לא קנה אבל אם לא הזכיר הסכום רק א"ל כשאמכרנה אמכור לך אפילו אמר מעכשיו לא קנה הראשון דכיון שלא הזכיר הסכום לא סמכה דעתו כלל ולשון אמכור תלוי במ"ש בסימן רמ"ה אי מהני מעכשיו בקנין אתן ע"ש:

ב וכ"ז מיירי כשאמר בלשון כשאמכור אמכור לך דאינו לשון בירור ולכן צריך להזכיר סכום המעות אבל אם אמר לא תמכור אלא לי או שהמוכר אמר לא אמכור אלא לך או אינה מכורה אלא לך או שהתנה בפירוש שאף אם יתנו לו יותר ממה שקצב מכורה לו תנאו קיים דכל תנאי שבממון קיים כיון דאמר מעכשיו וקנה ממנו הרי מכורה לו מעכשיו [ואף שבמהרי"ק שורש ב' משמע דא"ל מעכשיו אמנם הם מיירי בשותף]:

ג י"א דאם אמר בלשון חיוב הריני מתחייב למכור לך מהני גם בלא מעכשיו וכשכתב שטר בלשון חיוב או שקנה בק"ס על חיוב זה דהחיוב חל על גופו [כס"מ בשם ר"א ששון] ויש חולקים בזה דחיוב אינו כלום בענין מכירה ואף מעכשיו לא יועיל ואף כשימכור לאחר בסכום שקצב עמו דחיוב אינה מכירה כלל וממילא דהאחר

זכה

זכה [מל"מ פ"כ] ואף די"ל דכשכתב שטר בלשון חיוב שימכרנו לזה ה"ל דין שטר ממש וגובה ממשעבדי וממילא כשמכרה לאחר טורף ממנה מ"מ גם חיוב הגוף צריך להתחייב מעכשיו באחריות דכשתאבד יפרע לו ממקום אחר וכיון שאין בזה חיוב אחריות לפרוע ממקום אחר אלא חיוב על הדבר שרוצה ליתן לא הוי חיוב כלל וה"ל קנין דברים [קל"ח]:

ד וכן אם א"ל כשאמכרנה הרי היא קנויה לך מעכשיו כפי שישומו ג' אנשים הרי היא מכורה לו מעכשיו אף שלא הזכיר סכום מעות דבזה סמכה דעתייהו כפי שישומו השמאים ואפילו כששמו שנים מהשלשה די דביון דאמר לשון שומא הולכין אחר הרוב וכן כשהשלישי חלוק מהשנים הולכין אחר הרוב אבל אם אמר כמו שיאמרו השלשה צריכין כל השלשה להשות עצמן מפני שלשון שומא הוא כעין שומת ב"ד דהולכין אחר הרוב משא"כ כשאומר כפי שיאמרו השלשה ודאי היה דעתו שכל השלשה יגידו דעתם וישוו עצמן וכ"ש כשאמר כפי שישוו ב"ד של שלשה דדי אפילו בשנים מהשלשה והולכין אחר רוב דעות אבל אם אמר כמו שישומו ב"ד של ארבעה או כמו שישומו ארבעה אנשים אינו מועיל עד שישומו כל הארבעה ויסכימו לדעה אחת דכיון דירד ליותר משלשה שהם ב"ד בכ"מ מסתמא היתה כוונתו שלא לילך אחר הרוב ואע"ג שמלשון הרמב"ם בפ"ח משמע דלשון שומא אין הולכין אחר הרוב רק כשאמר בלשון ב"ד אבל בטור מפורש כן וכ"ז כשלא פירשו מפורש לילך אחר הרוב או שלא לילך אחר הרוב אבל אם פירשו בכל ענין עושים כתנאם דכל תנאי שבממון קיים ואם שמו השמאים כמו שנתבאר ואמר המוכר רצוני שיבואו ג' אחרים לשום אין שומעין לו שהרי קנו מידו תחלה שמכר מעכשיו ומיד כששמו נתקיים המקח למפרע ואפילו האחרים בקיאים יותר בשומא דכן משמע מלשון כל הפוסקים שלא חילקו בזה ואע"ג שבגמ' [ע"ז ע"ב] משמע דאם השנים בקיאים יותר בשומא צריכין הם לשום מחדש דהרי מטעם זה דחי הגמ' שם טענה זו דממאי דאלו בקיאים יותר שמא הראשונים בקיאים יותר ומזה משמע להדיא דאם השנים בקיאים יותר הולכין אחר שומתן נ"ל דרבותינו הפוסקים פירשו בלשון הש"ס דה"ק דאין להשגיח כלל על טענה כזו דמי הגיד לך שהשנים ישומו שומא זו יותר באמת מהראשונים שמא הראשונים בקיאים בשומא זו יותר מהשנים ואין הולכין אחר הידיעה היתירה בשארי שומות [עב"י וס"ך] וכ"ז כשלא נמצא מי שנותן יותר משומתם אבל אם אחד נותן יותר קנה האחר דאותו התוספת אנסוהו למוכרו וכמ"ש בסעיף א' וכבר נתבאר דבלא מעכשיו אע"פ שקנו מידו שכשימכור ימכור לו לא קנה דהוי קנין דברים ואסמכתא וזה שנתבאר בחילוק לשון שבין שומא ואמירה הוי ג"כ במוכר לחבירו מיד וא"ל תהא מכורה לך כמו שישומו ג' או ד' כמו שנתבאר וזה שבארנו דדוקא במעכשיו קנה זהו בכל הקנינים בין שהקנה לו בכסף בין בשטר וחזקה או ק"ס דאם לא אמר מעכשיו הרי יכול לחזור בו וכשמוכרו לאחר הרי חזר בו [קל"ה"ח]:

סימן רז [המוכר על תנאי ודיני אסמכתא והמחייב עצמו בדבר שאינו חייב ובו נ"ג סעיפים]:

א דיני התנאים ופרטיהם נתבארו באהע"ז סי' ל"ח ואלו הן תנאי כפול והן קודם ללאו ותנאי קודם למעשה ושיהיה התנאי דבר שאפשר לקיימו ושיהיה יכול להתקיים ע"י שליח וי"א עוד דבעינן שיהא התנאי בדבר אחר והמעשה בדבר אחר אבל כשהיה התנאי והמעשה בדבר אחד אינו תנאי והכריע רבינו הרמ"א שם דבזה חיישינן לחומרא ולא לקולא וממילא דבדיני ממונות דלא שייך חומרא וקולא לא חיישינן בזה הפרט ולא אזלינן בזה אחר המוחזק כיון דבלא"ה יש הרבה פוסקים דלא בעינן בד"מ כל דיני תנאים וגם יש שאומרים דבכל דבר לא בעינן כמו שיתבאר ולכן בפרט זה נראה דלא חיישינן לה [כ"ל]:

ב תנאי כפול כיצד שיאמר לו אם תעשה לי הדבר הזה המכירה קיימת ואם לא תעשה לי אין המכירה קיימת ולא אמרינן מכלל לאו אתה שומע הן או מכלל הן אתה שומע לאו דזהו גזירת התורה דכשלא כפליה לתנאיה התנאי כמי שאינו והמעשה קיימת והן קודם ללאו כיצד שלא יאמר אם לא תעשה דבר פלוני לא תהא המכירה קיימת ואם תעשה המכירה קיימת ואם הזכיר הלאו קודם להן וחזר והזכיר הלאו אחר ההן הוי תנאי כאלו הזכיר ההן קודם ללאו וי"א דה"ה להיפך אם הקדים הן קודם ללאו ואחר הלאו סיים עוד פעם בהן הוי כלאו קודם להן והתנאי בטל [ב"ש שם סק"ג] והן מקרי על הדבר שעושה עתה אף שהוא נגד רצונו כגון שכ"מ שנותן גט לאשתו כדי שלא תזקק ליבם צריך שיאמר אם מתי יהא גט ואם לא מתי לא יהא גט ואע"ג דרצונו הוא שלא ימות מ"מ לענין עשיית הגט מקרי הן בדבר שהגט נתקיים וכה"ג בכל הענינים [ול"ד לסוטה דגזה"כ הוא להסקותה ומתורץ קושית הט"ז בסק' ל"ד ודו"ק] ותנאי קודם למעשה כיצד שלא יאמר הנני מוכר לך אם תעשה לי הדבר הזה אלא יאמר אם תעשה לי הדבר הזה מכור לך ותנאי שאפשר לקיימו כיצד שלא יעשה תנאי בדבר שאין ביד האדם לקיימו כגון אם תעלה לרקיע וכיוצא בזה דאם התנה תנאי כזה התנאי בטל והמעשה

והמעשה קיים וכן אם התנאי בדבר שאסור לעשות אם התנה על אחר מקרי א"א לקיימו דהאחר לא ישמע לו לעבור על ד"ת ואפילו באיסור דרבנן [נ"ל] אבל על עצמו יכול להתנות ופרטי דין זה נתבאר שם סי' קמ"ג ושיהיה יכול לעשות ע"י שליח לא שייך לבאר כאן כי בדיני ממונות כל דבר ביכולת לעשות ע"י שליח וזה אינו אלא באיסורין כמו בחליצה ונתבאר שם :

ג כשהתנו עם כל פרטי התנאים ולא נתקיים התנאי בטלה המעשה אפילו כשהיה אנוס ולא היה ביכולתו לקיים לא אמרינן אונס רחמנא פטריה דאין זה רק כשמחייב א"ע באיזה דבר ונאנס יכול לומר אדעתא דהכי לא נתחייבתי ולכן במתנה כשהתנאי היה בעשיית הנותן ונאנס פטור מהמתנה אבל במקח וממכר שתלוי ברעת שניהם יכול השני לומר אמת שנאנסת אבל אני לא נרציתי רק באופן זה ומה לי ולאונסך וכן במתנה כשהתנאי היה בעשיית המקבל וכן בקרושין הדין כן כיון דתלוי בדעת שניהם [ר"ן פ"ג דקדושין] ואין חילוק בתנאי בין תנאי דלהבא אם תעשה או לא תעשה ובין תנאי דלשעבר אם עשית או לא עשית ואע"ג דבעבר הרי כבר הדבר מבורר מ"מ כיון שלהמתנה אין הדבר מבורר הוי תנאי ויש בזה כל דיני תנאים [מל"מ פ"ו מאישות ע"ש] ובדין תנאי קודם למעשה יתבאר בסימן רנ"ג סעיף כ"א דא"צ אלא כשהמעשה נעשית מיד ע"ש :

ד יש מרבותינו שאומרים דבדיני ממונות לא בעינן כלל דיני תנאים כמ"ש הטור שם וז"ל י"א דלא בעי תנאי כפול ולא שאר דיני תנאים אלא באיסור כגון בקרושין וגיטין אבל בממון הוי תנאי בלא זה עכ"ל וטעם גדול יש בדבר דאיך יתכן שזה מוכר קרקע או נותנה ואומר איני מוכרה או נותנה אא"כ יעשה לי כך וכך ונוציאה מידו אף כשלא נתקיים מה שהתנה בשביל שלא דיבר הפרטים שנתבאר [ראב"ד פ"ג מזכיה] והלא אומדן דעתא הוא שלא נתרצה באופן אחר ובדיני ממונות אזלינן בהרבה מקומות בתר אומדנא [תוס' קל"ז:] וכן הוא דעת הרי"ף שכ' בתו' דאלו התנאים בגלם א"צ אלא בגיטין וקדושין [ר"ן שם] ואע"ג דעיקרי דיני תנאי ילפינן מבני גד וב"ר שהיתה בדבר שבממון בחלוקת א"י אינו דומה זה לכל דיני ממונות שאדם מתנה בינו לבין חבירו דהתם הקב"ה נתן להם במתנה ולא נתן להם רק באופן זה [ראב"ד] ועוד דבאמת כמה מרבותינו ס"ל דגם בגיטין וקדושין א"צ מדינא לכל דיני התנאים דלא קיי"ל כרבי מאיר שמצריך תנאי כפול ושארי פרטים דיליף מבני גד וב"ר ורק בשם מפני חומר האיסור חששו לדיני תנאים לילך לחומרא אבל בממון אין לחוש [ר"ן שם וספ"ק דנדרים] ויש מי שאומר דרק תנאי כפול א"צ בדיני ממונות אבל יתר דיני תנאי צריך [רמב"ן שם וכ"כ דעת רש"י כמ"ש הר"ן פ"ז דגיטין] ואפילו לדיעות הקודמים ,ראה לי דבתנאי שא"א לקיימו ב"ע מודים שאינו תנאי דזה הוא מצד הסברא דכיון דמתנה עמו על דבר שאין ביכולת האדם לקיימו אין כוונתו לבטל המעשה אלא הרי הוא כמפליג בדברים ואין כוונתו כלל לקיום התנאי וכן משמע בגמ' ספ"ז דב"מ וראיה ממה שיתבאר בסעי' ח' [ויש ראיה לשיטת הראב"ד מירושלמי עירובין פ"ג הל' ס' ע"ש] :

ה אבל דעת הרמב"ם בפ"ו מאישות ודעת התוס' בקדושין [ס"ס:] והרא"ש והטור וכן הוא דעת בה"ג דצריך תנאי כפול וכל פרטי התנאים גם בדיני ממונות דכן הלכה דילפינן מתנאי ב"ג וב"ר דמדכתבה התורה הפרטים האלו בתנאי שלהם ש"מ שאין שום תנאי מתקיים אלא בדרכים אלו ולכן אע"ג שהיה שם עוד פרטים הרבה מ"מ לא למדנו מהם כיון שהתורה לא גילתה לדקדק בזה ולכן לא אמרינן שתנאי לא יועיל רק בקרקעות כמו שהיה שם וכיוצא בזה ותנאי כפול למדנו ממה שהוצרך משה רבינו לכפול הדברים ואם לא יעברו חלוצים אתכם ונאחזו בתוככם בארץ כנען ותנאי קודם למעשה ילפינן מדלא אמר לאלעזר וליהושע תנו להם ארץ הגלעד אם יעברו את הירדן דהרי המה בקשו ממנו ארץ הגלעד והיה לו למשה רבינו לומר כן תנו להם אם יעברו ומדהיפך הדברים והקדים את התנאי ש"מ דרוקא הוא [ער"ן שם] וכן למדנו דהן קודם ללאו מדלא אמר תחלה אם לא יעברו אל תתנו ואם יעברו תתנו דהרי ראינו שמשה רבינו כעס על בקשתם זאת כמפורש בפ' מטות ונגד רצונו היה כמ"ש חז"ל שהיתה נחלה מבוהלת ולא היה לו להקדים הדבר שאינו הגון מקודם אלא משום דרין תנאי תלוי בזה [נ"ל] ותנאי שא"א לקיימו ידענו מצד הסברא כמ"ש ואע"ג דבכמה דברים אזלינן בתר אומדנא ואיך נצריך דיני תנאים כשמתנה בפירוש ודאי דכן הוא במקום דאנן סהדי שלא כן היתה כוונתו כגון מי ששמע שמת בנו יחידו וכתב כל נכסיו לאחרים ואח"כ נודע שבנו חי דבטלה מתנתו [ב"ב קמ"ו:] דאנן סהדי דאלו ידע שבנו חי לא היה נותן נכסיו לאחרים וכן שב"מ שכתב כל נכסיו לאחרים ועמד מחליו חוזר במתנתו דאנן סהדי שלא כתב להם אלא ע"מ שימות דאיך יעשה אדם ליתן את הכל לאחרים והוא ישאר בחוסר כל וכן במוכר ביתו כדי לילך למקום פלוני שיתבאר די בגילוי דעתא בעלמא אבל במה שאחד מטיל איזה תנאי דאלמלי לא התנה לא היה לנו שום גילוי דעת בתנאי זה וודאי דאם לא התנה בכל דיני תנאי אמרינן דלאו לעיכובא אמר כן וזה לשון הרא"ש בפ"ח דב"ב [סי' מ"ח] שלשה חילוקים יש בענין ממון יש דברים שהדעת מכרעת כל כך דאזלינן בתר אומדנא דדעת ואפילו גילוי דעתא לא בעי וכו' ויש דברים דבעי גילוי דעתא וכו' וסגי בגילוי דעתא ואפילו תנאי לא בעי אבל בכל שאר מילי דבעינן תנאי בעי תנאי כפול ואם לאו התנאי בטל והמעשה קיים עכ"ל וכ"כ התוס' בכמה מקומות ועמ"ש באה"ע סי' פ"ה סעי' כ"ז :

וכן

ו וכן נראה דעת רבותינו בעלי הש"ע שכתבו בריש סי' זה וכבר נתבארו משפטי התנאים בטאהע"ז סימן ל"ח ש"מ דס"ל דצריך כל דיני תנאי וכ"כ בסימן רמ"א וזה שכתבו באהע"ז שם די"א דלא בעי שיהיה בתנאי ד' דברים אלו אלא במקום דאתי מינייהו חומרא ולא היכי דאתי מינייהו קולא עכ"ל זהו מפני חומר האיסור חששו להדיעות שנתבאר אבל להלכה ס"ל כדעת הרמב"ם והטור [כנ"ל וכ"מ מסמ"ע ומ"ש בתנאי בדבר אחד בארנו הנראה לנו בסעיף א' והכי הרמב"ם לא ס"ל גם בגו"ק ודו"ק] ויש מי שכתב דעכשיו נוהגין דבמטלטלין לא בעינן תנאי כפול רק בקרקעות כותבים כתנאי בני גד ובני ראובן ואנחנו לא שמענו מנהג זה ואף בקרקעות לא נהגו לדקדק בפרטי התנאים מפני שברוב מכירות אין כותבים תנאי כלל אלא כותבים מכירה חלוטה ואם יש איזה תנאי משלישים השטר מכירה עד שיתקיים התנאי ובזה פשיטא דלא בעינן פרטי התנאי ובגילוי דעתא סגי וי"א עוד דדוקא כשאמר בלשון אם צריך דיני תנאי אבל אם אמר לשון כשיהיה כגון שאמר כשיהיה לי דמים אחזיר לך או כשתהיה אתה במקום פלוני מכור לך או כשתתן לי חפץ פלוני מכור לך וכה"ג א"צ לכל דיני תנאי דזהו כמו שאמר לזמן פלוני מכור לך ואין זה ענין לתנאי [נה"מ] וע' מ"ש הרמב"ם ז"ל פ"ט מגירושין ויש גם תנאים שא"צ לכל דיני תנאי כגון ששייר בגוף המכר דהיינו שאמר ע"מ שדבר זה יהיה שלי ויתבאר בסימן רי"ב וכן אם כתוב בסוף השטר וקנינא מיניה כחומר כל תנאים וקניינים העשוים בתקחז"ל הוי כמפרש כל דיני תנאי ויתבאר בסימן רמ"א :

ז יש בתנאי עוד דבר אחד כשמתנה על מה שכתוב בתורה תנאו בטל ודוקא בדבר שאינו ממון כגון המקדש את האשה ע"מ שלא יתחייב בעונה אבל בדבר שבממון כגון ע"מ שלא יתחייב לה מזונות תנאו קיים דממון ביכולתה למחול וי"א דכל מה דתיקון רבנן הוי כמו שכתוב בתורה ואף דבתנאי יכול להתנות על עצמו אף לעבור על ד"ת כמ"ש בסעיף ב' שאני התם דבאמת לא יתקיים התנאי ותתבטל המעשה אבל כשגומר המעשה ומבטל דבר מה מדיני התורה כמו בקדושין בטל התנאי והמעשה קיים [רמב"ם שם] ואף בדבר שבממון אינו אלא דוקא כשאומר ע"מ שלא יהא לך עלי מזונות שמוחלת לו חיוב זה אבל כשאמר ע"מ שאין בקדושין אלו חיוב מזונות בטל התנאי דאיך אומר שלא יהיה חיוב זה והרי התורה חייבתו אלא שיאמר שלא תתבע ממנו שתמחול לו וכה"ג באונאה בסימן רכ"ז :

ח כתב הרמב"ם ז"ל [שם] כל האומר מעכשיו לא יצטרך לכפול תנאו ולא להקדים התנאי על המעשה אלא אע"פ שהקדים המעשה תנאו קיים אבל צריך להתנות בדבר שאפשר לקיימו ואם התנה בדבר שא"א לקיימו ה"ז כמפליג בדברים ואין שם תנאי וכל האומר ע"מ כאומר מעכשיו וא"צ לכפול התנאי ולא להקדימו למעשה עכ"ל וי"א דאפילו באומר מעכשיו או ע"מ צריך להיות כל דיני תנאי [טור שם] :

ט עוד כתב הרמב"ם בפי"א ממכירה המקנה בין קרקע בין מטלטלין והתנה תנאים שאפשר לקיימן בין שהתנה המקנה בין שהתנה הקונה אם נתקיימו התנאין נקנה הדבר שהקנה ואם לא נתקיים התנאי לא קנה וכבר בארנו משפטי התנאים בד"א כשקנה בדרך מן הדרכים שקונין בהן והרי יש עליו לקיים את התנאי אבל אם לא קנה עתה והתנה עמו שאם נתקיים זה התנאי יקנה ואם לא נתקיים לא יקנה אע"פ שנתקיים התנאי לא קנה שזו אסמכתא היא שהרי סמך קנייתו לעשות כך וכך וכל אסמכתא אינה קונה שהרי לא גמר בלבו להקנות כיצד המוכר בית לחבירו או נתנו לו במתנה ע"מ שילך לירושלים עמו ביום פלוני והחזיק זה בבית ה"ז קנה כשילך עמו לירושלים באותו היום ואם עבר אותו היום ולא הלך לא קנה אבל אם התנה וא"ל אם תלך עמי לירושלים ביום פלוני או אם תביא לי דבר פלוני אתן לך בית זה או אמכרנו לך בכך וכך והלך עמו באותו היום או שהביא לו אע"פ שהחזיק בבית אחר שקיים התנאי לא קנה שזו היא אסמכתא וכן כל כיוצא בזה עכ"ל דס"ל להרמב"ם ז"ל דלכן אין בתנאים משום אסמכתא דאסמכתא אינה אלא כשאין הקנין נגמר עתה אלא לאחר זמן כשיתקיים התנאי ולכן לא סמכה דעתו כלל אבל כשהקנין נגמר עתה וזה מחזיק בהחפץ אף שיש בה תנאי ואם לא יתקיים תתבטל הקנין מ"מ אין זה אסמכתא דודאי סמכה דעתו אלא שהתנה דבר מן הצד דכשלא יקויים זה הדבר תתבטל הקנין ממילא וכמו שיתבאר דליכא אסמכתא במעכשיו כמו כן בכה"ג [והעיקר כפי' רבינו הב"י ודברי מפרשי הש"ע דחוקים וא"ש קושית הראשונים למה אין בתנאי גיטין משום אסמכתא ומ"ש ע"מ לאו דוקא דבע"מ א"ל כמ"ש ודו"ק] :

י על מה שנתבאר דכל תנאי צריך להתקיים בין שהתנה המקנה בין שהתנה הקונה י"א דודאי בתחלת המקח מהני כל תנאי אף שהמתנה התנה טובת הקונה או להיפך דהא הקונה לא קנה רק אדעתא דהכי והוה תנאי גמור אבל אם בתחלה מכר לו סתם וקודם שנגמר המקח לגמרי התנה הקונה טובת המקנה והמקנה שתק או המקנה התנה טובת הקונה והקונה שתק אין זה רק פטומי מילי בעלמא והשותק בעצמו תפס שהמדבר דיבר רק להשקיט המית לבו דאם היה תופס דבריו לעיקר היה הוא חוזר אותם להודיע שעל תנאי כך וכך עשו אבל בתחלת המקח אפילו שתק מי שטובתו בתנאי זה הרי חבירו לא ירד רק על תנאי זה ונראה שכן הכריע רבינו הרמ"א ומה נקרא התחלת המקח ומה נקרא קודם גמר המקח תלוי בראיית עיני הדיין ואם התנו איזה תנאי אע"ג שבהשטר לא נכתב התנאי מ"מ התנאי קיים דודאי על תנאי הראשון כתבוהו אף שלא הזכירוהו וכל זמן שלא ביטלו את התנאי בפירוש אינו בטל :

מי

יא מי שמכר שדהו או ביתו ופירש בשעת המכירה שהוא מוכר כדי לילך למקום פלוני או שמוכר מפני עצירת גשמים כדי לקנות חטים ה"ז כמוכר על תנאי דהרי גילה בדעתו שמוכר מפני כך ולא בעינן דיני תנאי כמ"ש בסעיף ה' ולפיכך אם לא הלך לאותו המקום בין שהיתה המניעה מפני חירום הדרך ובין שהיתה המניעה מצד עצמו שלא נסתייע לו רצונו מפני ענין מצבו או בעצירת גשמים שירדו גשמים והוזלו חטים או שבאו הטים והוזלו או מניעה מצד עצמו הרי זה מחזיר לו הדמים ויוחזר לו הקרקע או הבית שהרי פירש שאינו מוכר אלא לעשות דבר פלוני והרי לא נעשה הדבר וכן כל כיוצא בזה ודוקא שנתחדשה לו איזה התחדשות כמ"ש אבל כשלא נתחדש לו שום דבר רק שנשתנה רצונו בלא שום סיבה מצד מצב העסק או מצד מצב עצמו המקח קיים [טור] וכל כה"ג אסור לו להלוקח לאכול פירות מהמקח עד שיתודע שהמקח קיים [סמ"ע] דשמא יתבטל המקח ונמצא שאכל הפירות בשביל מעותיו והוי רבית ואם התנה ע"מ לילך ולדור שם אפילו הלך לשם אם לא מיתדד לו מפני איזה סיבה ג"כ המקח בטל [ס"ג] וכן המוכר ביתו ואומר שמוכרה מפני שרוצה לעשות איזה עסק במקום פלויני והלך לשם ולא נתהוה העסק המקח בטל [ט"ז] וכן אם אחד קנה קרקע בעיר שאינו דר בה ופירש בשעת הקנייה מחמת שרוצה לקבוע דירתו בכאן לכן קונה כאן הקרקע ואח"כ לא נסתייע לו לדור בכאן בטל המקח דאין לך אומדנא גדולה מזו דארעתא דהכי לא קנה [נס"מ] :

יב וכל זה כשגילה דעתו בשעת המכר למה הוא מוכר או למה קונה אבל המוכר סתם או קונה סתם אע"פ שהיה בלבו שמפני כך הוא מוכר או קונה ואף שנראים הדברים שהאמת כן הוא שלא מכר או קנה אלא מטעם זה הדבר וזה הדבר לא נעשה מ"מ המקח קיים ודברים שבלב אינם דברים ולא עוד אלא אפילו קודם שעת המכר אמר שהוא מוכר או קונה מפני טעם זה כיון דבשעת המכר לא אמר כלום אינו חוזר והמקח קיים מיהו אם יש אומדנא דמוכח שמכירתו או קנייתו היתה רק מפני סיבה זו ונתבטלה הסיבה בטל המקח ואזלינן בתר אומדנא כמ"ש בסעי' ה' וי"א דכל זה הוא במכר או בקנייה אבל במתנה דברים שבלב הוי דברים דרק במוכר אמרינן כיון שקיבל מעות גמר ומקנה כשלא פירש וליכא אומדנא רבתא וכ"ש בהקונה אבל במתנה אומדנא כל דהו מבטלת המתנה דזהו בעצמו אומדנא גדולה דודאי לא גמר בדעתו ליתן בחנם אלא מפני איזה טובה שיגיע לו ע"פ האומדנא וכיון דנתבטלה בטלה מתנתו ודבר זה תלוי בראיית עיני ב"ד דיש לפעמים דאהבה או קורבה מביאה לידי מתנה ולא מפני טובת הנותן וכתב רבינו הרמ"א דכל זה הוא במוכר קרקע אבל במוכר מטלטלין לא מהני גם גילוי דעת בשעת המכירה עד שיתנה בדיני תנאי שנתבאר דאין בהם אומדנא כל כך אפילו כשגילה דעתו לפי שלפעמים אדם מוכר מטלטליו גם בלא סיבה נכונה משא"כ קרקע אין אדם מוכר בלא סיבה חזקה ובמתנה יראה לי דאין חילוק בין קרקע למטלטלין אם היתה מתנה מרובה :

יג כתב הטור בסי' ר"ל וז"ל כתב הר"י הלוקח יין מחבירו אע"פ שאמר דעתי להוליכה למקום פלוני והוזל קודם שהגיע לשם המקח קיים שהרי מקחו מקח גמור אע"פ שהמוכר ע"ד לעלות לא"י ולא יכול לעלות מכרו בטל במוכר בלבד אמרינן שהמוכר מתוך אונס הוא מוכר והרי נודע הדבר שלא מכר זה אלא מפני שעלה בדעתו דבר שיהא צריך למכור אבל רבינו חננאל כתב שאין חילוק בין מוכר ללוקח וכ"כ הרמ"ה ז"ל אלא שחילק דוקא שהתנה שלא יתן הדמים עד שיוליכנה למקום פלוני דכיון שקנה על דעת שלא ליתן הדמים עד שיוליכנו לאותו מקום שנמכר שם ביוקר וקודם שהגיע לשם הוזל יכול להחזירו דמסתמא דעתו היה על מנת שימצא שם השער ביוקר כמו שהורגל וכיון שהוזל קודם שהגיע שמה הוי כאלו התנה על שום תנאי ולא נתקיים התנאי עכ"ל הטור והר"י לא ס"ל החילוק שנתבאר בין קרקע למטלטלין:

יד מדברי רבותינו אלו למדנו בלוקח סחורה להוליכה למקום רחוק והוזלה שמה או נתהוה איזה סיבה שאין ביכולת להוליך הסחורה לשם מ"מ המקח קיים דאל"כ בטלה לה כל דרכי המסחור ומזה תשובה לקצת אחרונים שרצו לומר גם במטלטלין דדינם כקרקע ולדבריהם הלוקח ספינה סחורה להוליכה למקום רחוק ונעשה קטנות המים או שעת חירום שאין ביכולת להוליכם האם יתבטל המקח והרי כל דרכי המסחור כן הוא דהלוקח יורד על הספק והוא קרוב לשכר ולהפסד והרי אין תלוי בדעת הלוקח לבדו אלא גם בדעת המוכר [תוס' כתובות מ"ז:] דאל"כ הלוקח פרה ושחטה ונמצאת טריפה נאמר שלא על דעת כן לקחה אלא ודאי שבתורת ספק זה ירד [סס] ובקרקעות שאמרו חז"ל דהולכין אחר גילוי דעת ואומדנא זהו מפני שמכירת ולקיחת קרקע אינו מדרך המסחור אלא כשצריך להקרקע לוקחה והמוכר מוכר ג"כ מפני איזה סיבה אבל בקרקע שעושים בה מסחור כגון הלוקח יערות לחטוב מהן עצים להוליכן ברפסודות למקום רחוק ודאי ג"כ אף כשנתהוה איזה סיבה שאין ביכולת להוליכם או הוזלו שמה הסחורה המקח קיים וכל בעלי מסחור עושין כן ומימינו לא שמענו שיתבע הלוקח את המוכר בטענה כזו ואף הרמ"ה לא קאמר אלא כשהתנאי היה שיתן לו שמה המעות דאומדנא דמוכח הוא ואף דעת רבינו חננאל צ"ל כן דאל"כ קשה הא איהו גופה מחלק בין קרקע למטלטלין כמ"ש הטור בסי' זה משמו או אפשר כוונתו רק על קרקע ורק במקבל למחצית שכר הדין כן הוא שבשהוזלה היא ברשות המוכר כמ"ש שם [ומ"ש סב"י במחו' ל"ב ל"ל דזהו כוונתו כדמוכח מהר"ם ססביה ודו"ק] ורק בלוקח שקנה בשביל איש אחר וגילה להמוכר

להמוכר דעתו בשעת המקח שקוניהו בשביל פלוני ועדיין לא נתן מעות אף שלא התנה בפירוש שאם אותו פלוני לא ירצה לקבל החפץ שיחזירנו לו פסק אחד מהגדולים דהמקח חוזר [ס"ת] אבל כשסילק להמוכר גם בכה"ג לא מהני בלא תנאי מפורש וכן עיקר לדינא :

טו ראובן שמכר שדה לשמעון והתנה עמו ע"מ ששמעון ימכרנה ללוי אם מכרה ללוי חל הקנין למפרע ואם לא קיים התנאי ומכרה לאחר או שלא מכר ללוי בהזמן שקבע לו בטל קניינו של שמעון למפרע דכל תנאי שבממון קיים ובלבד שיתנה בדיני תנאי שנתבאר ואף שהתנאי שימכור ללוי לא היה בקביעת זמן אין יכול שמעון לומר כשמכרה לאחר עוד אקננה מהאחר ואמכרנה ללוי לקיים התנאי דמיד שמכרה להאחר נתבטל קניינו דכוונת ראובן היתה שלוי יהיה הלוקח הראשון [ר"ת ססון] אבל כל זמן שלא מכרה לאחר אין יכול ראובן להכריחו שימכור מיד ללוי כיון שלא קבע לו זמן ואם לוי אינו רוצה לקנותה אע"פ שהוא מבקש למכור לו מ"מ הרי התנאי לא נתקיים ובטלה קנייתו של שמעון [כ"ל] ולאכול הפירות נראה דמותר לו לשמעון לאכלם ולא דמי לסעי' י"א דבשם אין תלוי בו אלא בהמוכר ושמא יתבטל המכר אבל בתנאי שתלוי בו אין לנו לחוש שמא לא יקיים וגם אין לחוש שמא לוי לא יתרצה לקנותה דגם זה בידו הוא להוזיל לו המקח עד שיתרצה לקנותה [כ"ל] :

טז המוכר לחבירו והתנה המוכר או הלוקח התנה בתחלת המקח שיחזיר להמוכר את המקח לזמן פלוני במתנה או שימכור לו בחזרה כשיחזיר לו מעותיו הרי המכר קיים ויחזירנו לזמן פלוני כמו שהתנה ומותר לו להלוקח לאכול הפירות דעד אותו הזמן הוי כמכירה גמורה ולא גרע ממתנה ע"מ להחזיר דהוה מתנה ואפילו לאותה דיעה שביו"ד סי' קע"ב דמשכנתא באתרא דלא מסלקי אסור לאכול הפירות שאני התם דהוה בתורת הלואה אבל בתורת מקח שרי וכן כשהתנה ליתן לו במתנה לזמן פלוני הוה כמשכנתא דסורא שנתבאר שם דשרי לכ"ע [סמ"ע] אבל אם מכר לחבירו והתנה עמו סתם שיחזירנו לו כשיהיה לו מעות ולא קבע לו זמן דאז צריך להחזיר לו בכל עת שיביא לו מעותיו אסור לו ללוקח לאכול הפירות דמחזי הנך זוזי כהלואה גביה ואם אין ביד המוכר מעות מזומן ורוצה ליתן לו שוה כסף אין ביכלתו לכוף להלוקח שיקבלם ואין ביכלתו לומר דכל המכירה הוה כאסמכתא והמעות אינם רק כהלואה ויכול לשלם אף בשוה כסף דאינה אסמכתא רק מכירה גמורה בתנאי ויכול הלוקח לומר אקיים התנאי כמו שהתנית שתתן מזומן [ע"ז] ובתנאי לא שייך לומר שוה כסף ככסף דאין בתנאי אלא מה שהתנו מפורש :

יז בזה שבארנו דכשלא קבע לו זמן אסור ללוקח לאכול הפירות י"א דזהו דוקא כשלא אמר בלשון על מנת אלא אמר וכשיהיה לי מעות תחזיר לי דלאו מכירה היא כלל לזה אבל אם אמר הריני מוכר לך ע"מ שכשיהיה לי מעות תחזיר לי אפילו לא קבע זמן מותר להלוקח לאכול הפירות דזהו תנאי ככל התנאים והמכירה היא מכירה גמורה בתנאי [מח"ת] ועוד יש חילוק דכשאמר ע"מ צריך קנין מהלוקח להמוכר כשמחזיר לו המעות וכשלא אמר ע"מ א"צ קנין דנתבטלה מכירתו [נה"מ] :

יח כשהתנה המוכר להחזיר לו לזמן פלוני כשיתן מעותיו והחזיר לו בע"כ שלא מרצון הלוקח הוי נתינה ומחוייב למכור לו בחזרה ואם אינו מוכר לו הוי כביטול תנאי והמקח בטל למפרע דזה דמי לפרעון חוב שנתבאר בסי' ק"ך דנתינה בע"כ הוי נתינה אבל אם התנה עמו שיחזיר לו לזמן פלוני בחנם והחזיר לו הלוקח בע"כ והמוכר לא רצה לקבלה באותו זמן כדי לבטל המכירה הקודמת בביטול התנאי תלוי בפלוגתא שבאה"ע סי' קמ"ג אי נתינה בע"כ לענין קיום התנאי הוי נתינה וכן כל תנאי שעל הלוקח ליתן איזה דבר להמוכר ונותן לו בע"כ כדי לקיים התנאי תלוי בפלוגתא זו [סס] :

יט אם הלוקח אמר מעצמו אחזירנה לך מרצון נפש כשתרצה לחזור ולקנותה ממני או לאחר שהמוכר התנה כן השיב לו הלוקח כן אעשה אם לא תשתנה דעתי אבל אם תשתנה דעתי ולא ארצה להחזירה איני מתחייב להחזירה ושתק המוכר אין כאן תנאי כלל כיון דתלוי בלוקח לעשות כרצונו לפיכך יכול הלוקח לאכול הפירות שאף אם יחזירנו לו אח"כ הוי כמוכרו לו מעתה [טור] ולדעת הרמב"ם אף כשהתנאי קיים ומחוייב לקיים התנאי ולהחזירה מ"מ יש לפעמים שמותר לאכול הפירות כגון שאחר גמר המקח התנה הלוקח וקנו מידו על זה שכשיביא המוכר מעותיו ימכור לו אז בחזרה צריך לקיים התנאי מפני הקנין ומ"מ מותר לו לאכול הפירות משום דכבר נגמר המקח בלא תנאי [ב"י] וי"א עוד דאפילו קודם הגמר מ"מ כיון שהמוכר לא היה המתחיל בזה התנאי אלא הלוקח ואף שהמוכר החזיר התנאי וצריך הלוקח לקיים מ"מ כיון שהלוקח היה המתחיל בזה כדי שהמוכר לא יצטער אין שם הלואה בריבית ע"ז [סס] ולדינא העיקר כדיעה ראשונה [ע"ז] :

כ מעשה באשה אחת ששלחה שליח לקנות קרקע משמעון קרובה ואמר שמעון להשליח אם יהיה לי מעות תחזיר לי קרובתי קרקע זו והשיב לו השליח אתה ופלונית קרובים כמו אחים כלומר הדבר קרוב שתחזיר לך ולא אמר מפורש שעל דעת כן קונה ממנו ובא מעשה לפני חכמים ואמרו שהקניין אינו כלום ובטלה המכירה שהרי לא סמכה דעת המוכר על דברי השליח כיון שלא השיבו תשובה גמורה והמוכר לא רצה למכור רק על תנאי זה ולא גמר והקנה ואם השליח היה משיב לו אין רצוני לקנותה על תנאי זה בע"כ או שהמוכר היה מתרצה למכור בלי תנאי זה או שלא היה מוכרו לו כלל אבל כשהשליח השיבו כרצונו ואינם דברים ברורים שיסמוך עליהם

עליהם לקח ממנו המעות אבל בלא סמיכת דעת ובטל המקח ואסור לו להלוקח לאכול הפירות דהמעות הן כהלואה כמ"ש ביו"ד סי' קע"ד ודוקא כשהמוכר אמר להשליח בדעת חלוטה שרצונו שיוחזר לו המקח כשיתן המעות בחזרה אבל אם אמר בלשון שאלה התחזיר לי מקחי כשאחזיר לו מעותיה אין תשובת השליח מעכב [נ"ל] :

כא מעשה בראובן שהיה חייב מנה לשמעון ומכר לו קרקע באותו מנה וכתב לו שטר מכירה אבל שמעון לא החזיק בה וכתב לראובן שאם יפרע לו המנה תתבטל המכירה ואח"כ אמר ראובן שפרע לו ושמעון אמר שלא פרעו פסק הרשב"א ז"ל דנאמן ראובן בהיסת כבכל תביעות בע"פ כשטוען פרעתי ואין שמעון יכול לומר דלמה זה הנחת בידי את השטר מכירה דכיון שאינו ניתן אלא מחמת החוב אינו אלא כמלוה ע"פ וזה שלא קיבל השטר מידו מפני שסמך על הכתב שיש משמעון שבהפרעו יתבטל השטר והוא נאמן על הפרעון בהיסת כבכל התביעות [נ"ל] ודבר פשוט שאסור לו לשמעון לאכול הפירות כל זמן שלא החזיק בה כראוי ע"פ ראובן שא"ל לא אפרע לך המנה [נ"ל] :

כב אמרו חז"ל [ב"מ ס"ו:] כל דאי הוה אסמכתא ואסמכתא לא קנה וביאורו כגון שאמר אם תעשה כך או אם יהיה כך אתן לך מנה או אקנה לך בית זה ואם לא יהיה כך או אם לא תעשה כך לא אתן לך או לא אקנה לך אע"פ שעשה או שהיה הדבר לא קנה שכל האומר אם יהיה אם לא יהיה לא גמר והקנה שהרי דעתו עדיין סומכת שמא יהיה או שמא לא יהיה ואע"פ שאמר זה לפני עדים וכתב בשטר אינו מועיל כלום [רמב"ם פי"א] וכ"ש בקנסות שאדם קונס על עצמו כגון שכותב אם לא אשלם לזמן פלוני אשלם קנס כך וכך ולדעת הרמב"ם כשהקנין נגמר ומחזיק עתה בהחפץ ומתנה איזה תנאי דכשלא יקיים זה הדבר תתבטל העסק אין בזה אסמכתא כמ"ש בסעיף ט' והרמב"ם ז"ל אינו מחלק בין דבר שבידו לדבר שאינו בידו ותמה הטור עליו דבגמ' [שם ע"ד:] איתא להדיא חילוק זה ועוד חילקו בגמ' [שם ק"ד:] בין גזים ללא גזים דבלא גזים לא הוי אסמכתא ודין זה כתבו הרמב"ם בפ"ח משכירות המקבל שדה מחבירו ואחר שזכה בה הובירה שמין אותה כמה היא ראויה לעשות ונותן לו חלקו שכך כותב לבעל הקרקע אם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא ומפני מה נתחייב לשלם מפני שלא פסק על עצמו דבר קצוב כדי שנאמר הרי היא כאסמכתא אלא התנה שישלם במיטבא ולפיכך גמר ושיעבד עצמו אבל אם אמר אם אוביר ולא אעביד אתן לך מאה דינרים ה"ז אסמכתא ואינו חייב לשלם אלא נותן כפי מה שראוי לעשות בלבד עכ"ל ונראה דס"ל להרמב"ם ז"ל דכל דבר שלא נגמר העסק והעסק אינו עדיין תחת ידו כל תנאי שמתנה אף שהוא בהוגן ואינו בדרך קנס לקצוב עליו מילתא יתירתא הוה אסמכתא ודבר שנגמר והעסק ת"י אם לא קצב מילתא יתירתא לא הוי אסמכתא וכמ"ש בסעיף ט' דדרך המסחור כך הוא אבל כשקצב מילתא יתירתא אינו אלא אסמכתא דלמה יתן יותר מכפי היושר והרמב"ם מפרש החילוק שאמרו חז"ל בין בידו ולאו בידו דה"פ דכשהעסק הוא כבר בידו אין בזה אסמכתא בדלא גזים וכשאין העסק עדיין בידו יש בזה אסמכתא גם בדלא גזים ואין הפירוש מה שבידו לעשות [וא"ש קושית התוס' מסנהדרין כ"ה: ודו"ק] :

כג ומשחק בקוביא לא הזכיר הרמב"ם בדיני אסמכתא ולפי דבריו באסמכתא אין טעם לומר שאינה אסמכתא ויש מי שאומר דבאמת דעתו הוא שיש בזה אסמכתא [כ"מ פ"י מעדות] ובפ"ו מגזילה כתב המשחקים בקוביא ה"ז גזל מדבריהם אע"פ שברצון הבעלים לקח הואיל ולקח ממון חבירו בחנם דרך שחוק והתול ה"ז גוזל והמשחק בקוביא עם הכותי אין בו איסור גזל אבל יש בו איסור עוסק בדברים בטלים עכ"ל ובפ"י מעדות כתב וכן משחק בקוביא והוא שלא תהיה לו אומנות אלא היא הואיל ואינו עוסק בישובו של עולם ה"ז בחזקת שהוא אוכל מן הקוביא שהוא אבק גזל עכ"ל ומבואר מזה דס"ל דאין בקוביא אסמכתא דאל"כ למה קורא לזה אבק גזל ולמה לו לתלות מפני שחוק והיתול וגם איך התיר בכותי והלא פוסק בפ"א מגזלה דגזל כותי אסור מן התורה ונראה דס"ל דקוביא אין בה אסמכתא מטעם אחר דכל מעכשיו ליכא אסמכתא כמו שיתבאר וקוביא מיירי דאומר לו אם תזכה תקנה מעכשיו וגם סובר דאפילו מאן דס"ל בגמ' דאין בקוביא משום אסמכתא מטעם שבארנו ופסלו לעדות מפני שעוסק בישובו של עולם דמפני זה עשאום חכמים כגזל וגם מפני שהוא שחוק והיתול וכיון דגזל זה אינו אלא מדרבנן לכן מותר בכותי וכשר לעדות אא"כ אין לו אומנות אחרת דאז אינו מן הישוב ולמה עשאום חכמים כגזל דאל"כ לא היה מועיל האיסור ולפ"ז לדינא לדעת הרמב"ם יש איסור גמור לשחוק בקוביא והוי גזל [ומתורץ כל מה שהקשו הכ"מ והסמ"ע ע"ש וא"ש מה דאיתא בשבת קמ"ט: שהתוס' נתקשו בזה ע"ש] :

כד ויש מרבותינו שאומרים דאסמכתא אינו אלא כשאמרו דרך קנס כגון אם לא אתן עד יום פלוני אחזיר לך שטרך או אם אוביר ולא אעביד אשלם אלפא זוזי אבל כל שאר תנאים שאדם מתנה עם חבירו כגון אם תלך למקום פלוני או אם תעשה בשבילי דבר פלוני אתן לך כך וכך וכל מיני תנאים שבעסק ובגיטין וקדושין אין בזה אסמכתא כלל דענינים אלו אינם ע"ד קנס אלא בדוקא קאמרי ובלב שלם ואפילו אם אמר אם תלד אשתי זכר יטול פלוני מנה אין בזה אסמכתא כלל [הרשב"א והרא"ה הובא בב"י] :

כה ודעת רבותינו בעלי התוס' וכמה מגדולי הפוסקים וכן הכריע רבינו הרמ"א דג' חלוקים יש בדיני אסמכתא

אסמכתא

אסמכתא דכל מה שאין בידו של אדם לעשות ותלוי ביד אחרים כגון שא"ל קנה לי יין במקום פלוני שבאותו מקום נמכר בזול וזמן המכירה דשם אינו נמשך הרבה [תוס' ב"מ ע"ג] והתחייב זה לקנות דאם לא יקנה יתחייב לו כך וכך הוה אסמכתא כיון שאינו תלוי בו דשמא לא ירצו למכור לו כיון שאין זה מקח קבוע תמיד לא גמר ומקנה בלב שלם ואומר רק לאסמכתא בעלמא ואפילו רצו למכור לו ולא קנה פטור כיון שתחלת חיובו היה באסמכתא [נה"מ] וכן כשא"ל אקנה לך חפץ פלוני מבעה"ב פלוני אף שלא קצב לו מקח והתחייב עצמו שבאם לא יקנה ישלם לו כך וכך הוה אסמכתא דמי יימר שהבעה"ב יתרצה למכור חפצו אבל כשאמר לקנות סחורה מחנוני או מסוחר ולא קצב המקח או אפילו קצב המקח רק שמוכרים לכל תדיר על מקח זה והתחייב עצמו שבאם לא יקנה ישלם לו כך וכך לא הוי אסמכתא דודאי גמר להתחייב בלב שלם כיון שביכולתו לקנות זאת וכל דבר שבידו לעשות לגמרי כמו מה שנתבאר וכן כשלקח ממנו קרקע באריסות והתחייב א"ע שאם יוביר ולא יורענה ישלם כך וכך אם לא התחייב עצמו בדבר גוזמא אף שהתחייב לשלם בהרווחה כגון לשלם במיטבא אין בזה משום אסמכתא אבל כשהתחייב א"ע בדבר גוזמא כגון שאמר אם אוביר ולא אעביד או שלא אקנה הסחורה אשלם לך אלף זוז הוה אסמכתא ולא קנה דודאי לא גמר בלבו לקיים זה אלא משום דסבר שבודאי אעשה, כן כיון שבידי הוא ודבר זה תלוי לפי הענין ודבר שאין בידו כלל ולא ביד אחרים כגון המשחק בקוביא שאינו יודע אם ינצח אם ינוצח ואפ"ה התנה ודאי גמר ומקנה מספק דעל מה סמך בתנאו דבשלמא בחלוקה ראשונה אע"ג דגם שם אין בידו מ"מ כבידו היא קצת כיון שהוא ביד אחרים ומדמה שימכרו לו היין או החפץ וכן בדבר שבידו לגמרי מדמה שבודאי יעשה ולכן מתנה אף שאין בדעתו לקיים התנאי מפני שדומה בדעתו שלא יבא לזה אבל במה שלגמרי אין בידו כמו קוביא וכיוצא בזה או שאמר אם ירדו גשמים היום אתן לך ואם לאו לא אתן לך וכל כיוצא בזה על מה סמך בתנאו אלא ודאי דגמר והקנה בלב שלם ובקוביא יתבאר עוד בסעיף ל"ה:

כו ויש מרבותינו שנותנים כלל אחר באסמכתא דכל התולה בדעת עצמו הוה אסמכתא כגון אם אוביר ולא אעביד אף דלא גוזם ומה דמשלם במיטבא זהו מתקנת חכמים כיון דהאי גברא סמך עליו והפסיד שדהו וכן כשאמר אם לא באתי מכאן עד יום פלוני תהא השדה שלך הוה אסמכתא וכן אם אמר אם לא אתן לך עד שלשים יום כך וכך מעות יחזור לך שטרך וכל כיוצא בזה אבל בתולה בדעת אחרים כגון שאמר אם אתה תעשה כך יהיה כך ואם לא תעשה כך לא יהיה כך וכן קוביא וכיוצא בזה דאין התלייה רק בדעת עצמו אלא בדעת חבירו או במעשה חבירו לא הוה אסמכתא והטעם דכשתולה רק בדעת עצמו לא גמר כלל בלבו להתחייב אף אם לא יקיים אלא דמפני שסובר שודאי יקיים ואין חשש בתנאי שלי לכן מקבל עליו את התנאי הזה אבל כשתלה בדעת אחרים דנעלם גם ממנו אם האחר יקיים אם לאו ומ"מ קיבל עליו בודאי גמר והקנה וזהו כל דרכי התנאים שבגמ' דלית בהו משום אסמכתא שהתנאי הוא על האחר וזהו תנאי בני גד וב"ר שצוה משה רבינו לישראל אם יעברו ב"ג וב"ר תתנו להם ארץ הגלעד ואם לאו אל תתנו ומה שתלו חז"ל בדין ערבות משום אסמכתא אף שתלוי בדעת הלוה מ"מ כיון שדרך האדם לשלם חובו היה כתולה בדעת עצמו דסבור שודאי יפרע הלוה ולכן אלולי גזירת התורה שערב משתעבד היינו דנין בזה דין אסמכתא ולפ"ז במוכר ולוקח יש חילוק מי הוא המתנה ועל מי היה התנאי כגון אם המוכר התנה על עצמו אם אעשה כך יהיה כך או כשהלוקח התנה על עצמו יש בזה משום אסמכתא ואם הלוקח התנה על המוכר או המוכר על הלוקח אין בזה משום אסמכתא [רמב"ן ונמק"י פ"ג דסנהדרין ותלמידי רשב"א וכ"כ מרשב"ם קס"ח]:

כז רבינו הרמ"א אחר שכתב ג' כללי אסמכתא שנתבאר בסעיף כ"ה כתב וז"ל לפיכך כשמוכר מקנה ללוקח על תנאי אם תעשה לי כך תקנה הוי אסמכתא כיון שקיום התנאי אינו תלוי ביד המוכר אלא ביד הלוקח עכ"ל וכ"כ הטור והקשו עליהם דכיון דביד הלוקח לעשות מה לי אם המוכר מתנה או הלוקח [סמ"ע] ונראה דה"פ דלפי הכללים שבשם הוא דכל שבידו לגמרי ולא גוזם לא הוי אסמכתא וכל שאינו בידו לגמרי אף בגוזם לא הוי אסמכתא ועיקר האסמכתא הוא כשקצת בידו ולא לגמרי ולכן כשהמוכר מתנה על הלוקח ג"כ הוא כבידו ולאו בידו דאף דאינו ביד המוכר מ"מ מדמה כיון שהלוקח קיבל עליו תנאי זה מסתמא יקיים ומ"מ אין זה ביד המוכר לגמרי דשמא לא יקיים הלוקח אבל כשהלוקח בעצמו מתנה עליו הוי בידו לגמרי וכן להיפך [ומתורץ קושית הסמ"ע ע"ש] ואין להקשות דלפ"ז למה לא הוי אסמכתא בתנאי בני גד וב"ר דהוה ממש כעין זה שמשה רבינו צוה לראשי ישראל אם יעברו בני גד וגו' והוה כמוכר שמתנה על הלוקח די"ל דהא משה רבינו התנה עמהם בעצמם ג"כ והם חזרו הדברים כמבואר בקרא והוי כמוכר שמתנה על עצמו ולכן לא הוי אסמכתא ולדעת הרמב"ם פשיטא דאין שם דין אסמכתא דהעסק נגמר ע"פ הדיבור והוה התנאי מילתא באפי נפשיה כמ"ש בסעיף ט':

כח בזה שבארנו דבדבר שבידו ולא גוזם לא הוי אסמכתא ובארנו דאם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא לא נקרא גוזם דכיון שחבירו נפסד על ידו דין הוא שישלם לו מה שהפסידו יש מי שכתב דאף במקום שאין חבירו נפסד על ידו אם גם הוא אינו מפסיד בזה לא הוה אסמכתא ולכן כשמכר לו מטלטלין על תנאי

אף

אף אם מכרן מעט יותר משוויין לא מקרי גזים דהלוקח אינו נפסד בקנייתו זאת ודרך העולם כן הוא ולכן אף כשתבטל הקנייה לא יהיה להמוכר הפסד מ"מ כשתקיימה לא יהיה להלוקח הפסד לא הוה אסמכתא וזה מקרי לא גזים ודוקא במטלטלין אבל מכירת קרקע על תנאי מקרי גזים והוה אסמכתא דאין אדם עשוי למכור קרקעותיו וכן תבואות שמכרן קודם שהגיע זמנן למכור כפי דרך העולם מקרי גזים ואם הקרקע אינה שוה יותר תלוי במ"ש בסעיף הבא [גס'מ ע"פ תוס' ב"מ ס"ו:] :

כט הלוהו על שדהו או על ביתו מאה זהובים וא"ל אם לא תפרע לי עד ג' שנים תהיה השדה או הבית שלי בעד מעות אלו הוה אסמכתא ולא קנה דלדעת הרמב"ם כיון דלא נגמר המקח עתה ולדיעה שבסעיף כ"ד משום דזהו כעין קנס דהרי לא מכר לו אלא הלואה עשה עמו וקנס א"ע שאם לא יפרענו יוחלט לו ולדעת רבינו הרמ"א הוה כגזים כמ"ש בסעיף הקודם ולדיעה שבסעיף כ"ו אע"ג דתולה בדעת אחרים מ"מ זהו כאונס דהמלוה מכריחו לזה והוא מוכרח להסכים על ידו [ככ"ל כוונת הנמק"י פ"ס דב"מ ע"ס] וזהו פשיטא דדבר שלפי הראות הוא כאנוס בכל ענין הוה כאסמכתא לכל הדיעות וי"א דדוקא כששוה יותר ממאה זהובים אבל אם אינו שוה יותר אין בזה דין אסמכתא דגמר ומקנה וי"א דאפילו אינו שוה יותר כיון דקרקע היא הוה אסמכתא דזהו כגזים כמ"ש ולהרמב"ם בכל ענין הוי אסמכתא [כ"ל] :

ל וכ"ז בדלא אמר מעכשיו אבל אם א"ל אם לא תפרעיני עד ג' שנים תהא שלי מעכשיו קנה בכל ענין ואפילו לדיעה שיתבאר בסעיף מ"ג דבמעכשיו בלחוד אינה מסתלקת האסמכתא מ"מ בזה מודו דכיון דנתנו לידו בתורת משכון ושיעבוד על מעותיו הוי כעין מכירה וגם עשה לו טובה ובודאי דגמר בלבו להקנותה בקנין גמור מעכשיו כשלא יפרענו לג' שנים [סמ"ע] ומ"מ לא יאכל המלוה את הפירות בתוך הזמן דשמא יפדנה והמעות יהיו בהלואה למפרע ונמצא שאכל ריבית [סס] :

לא וי"א עוד דאם בתחלה כשמשכנה הקפיד שלא למשכן רק קרקע זו אף שהיה לו עוד קרקעות קנה גם בלא מעכשיו דהלא ראינו שגמר בדעתו להקנותה דאל"כ לא היה מקפיד איזה קרקע להשכין ואף במקום דהוה אסמכתא אם א"ל אם לא אפרע לך עד ג' שנים תהא שלך ואף בתוך ג' שנים לא יהא לך פרעון אלא מזו שתקח ממנה כפי חובך לא אמרינן כיון דתנאי ראשון בטל מפני אסמכתא בטל גם התנאי השני אלא השני קיים והוי אפותיקי ולא יוכל לסלקו בקרקע אחרת אלא בזו או במעות כמ"ש בר"ס קי"ז ע"ש :

לב כל היכא דלא קנה השדה מפני אסמכתא והלוקח לא ידע מזה הדין ואכל הפירות מנכה כל הפירות שאכל מפני שזהו ריבית גמור דמשכנתא בלא נכייתא ויכול לסלקו בכל עת שירצה הוי ריבית קצוצה [רי"ף פ"ס דב"מ] וזה אינו רק במשכנתא על מעותיו כיון דאינו קנין וגם לא יועיל אם עתה ינכה לו מעט דזה אינו מועיל רק בתחלת המשכונא ועוד דמי שסובר דבלא נכייתא הוי ריבית גמור ס"ל דגם בנכייתא הוי אבק ריבית ואסור לעשות כן אבל יש חולקין וס"ל דמשכנתא בלא נכייתא הוי אבק ריבית ולכן מה שאכל בתוך הג' שנים אינו מנכה לו דאבק ריבית כי אכיל לא מפקינן מיניה אמנם מה שיאכל אח"כ בתורת מכר והמכר הוא בטעות משום דהיא אסמכתא הוי מחילה בטעות ומחזיר הפירות [תוס' סס ס"ו: ד"ס הסס] וכן בכל דבר שלא קנה מפני אסמכתא אף שבא לידו צריך להחזיר כל הפירות שאכל משום דהוי בטעות דהמוכר הניחו לאכול שסבור שנחלטה לו ושוב נודע שלא נחלטה לו וה"ל כמחילה בטעות אבל מה שאכל בתוך הג' שנים הרי ידע המוכר שיש בידו לפדות לפי התנאי שביניהם ועכ"ז הניחו לאכול בתורת ריבית וכיון דאינה לדיעה זו רק אבק ריבית אינה יוצאה בדיינים כמ"ש ביו"ד סי' קס"א אא"כ בא לצאת ידי שמים וי"א דבשארי מכירות של אסמכהות לא אמרינן דהוה מחילה בטעות וכיון שבא ליד הקונה קנה ורק בהלוהו על שדהו דתחלת הענין היתה בהלואה ובתוך הג' שנים אכלה בתורת ריבית בזה שפיר אמרינן דמה שאכל אח"כ צריך להחזיר דהוי מחילה בטעות אבל בשארי דברים שבתחלה ירד בתורת מכר אף דמדינא לא קנה מפני אסמכתא מ"מ הרי זה מכר וזה קנה וכיון שבא ליד הלוקח אינו מחוייב לרוציאה מידו וזהו דומה למוכר דבר שלא בא לעולם כשקדם הלוקח ותפס לא מפקינן מיניה כמ"ש בסימן ר"ט :

לג ראובן שלקח שדה משמעון במאה זהובים ונתן לו ערבון עשרה זהובים ולא אמר ערבוני יקון כל השדה דקנה לגמרי כמ"ש בסימן ק"ץ סעיף ד' אלא שנתנם כעין קנס אם יחזור בו שאמר אם אני אחזיר בי ערבוני מהול לך והקבל העשרה זהובים לחלוטין וגם השדה תשאר לפניך והמוכר אמר אם אני אחזור בי אכפול לך ערבונך והיינו שתטול בהשדה בעד עשרים זהו' ונתבאר שם דבכה"ג לא קנה רק כנגד מעותיו וכשחזרו בהם דעת הרמב"ם ז"ל שאם הלוקח חזר בו קנה המוכר את הערבון שהרי הם בידו ואם המוכר חזר בו אין מחייבין אותו לכפול הערבון שזו אסמכתא היא ולא קנה אבל לגבי המוכר לא הוה אסמכתא כיון שהמעות ת"י דאצל המוכר נגמר הענין כמ"ש בסעיף ט' וכ"ב אבל הלוקח אין השדה מוחזקת בידו והוה אסמכתא ויש חולקין וס"ל דאף אם הלוקח חזר בו לא קנה המוכר את הערבון דלא ס"ל סברת הרמב"ם דבמה שת"י לא הוה אסמכתא כמו שבארנו ולכל שארי הדיעות הוי אסמכתא דהוה כגזים ודרך קנס וכל אחד תלה בדעת עצמו וכ"ש אם חשלישו את הערבון ביד שליש דאף להרמב"ם הוה אסמכתא כיון שאינם ת"י ודוקא כשהערבון הוא מעות אבל

אבל אם הוא חפץ בלא"ה אינו מועיל לשון מחילה אף כשהוא ת"י אלא לשון קי[illegible] כמ"ש בסי' רמ"א [ס"ז]:

לד וכן מי שפרע מקצת חובו והשליש את השטר וא"ל להמלוה בפני השליש אם לא נתתי לך עד יום פלוני כל החוב תן לו שטרו והגיע הזמן ולא נתן לא יתן השליש את השטר להמלוה שזו אסמכתא דאינו ת"י וגזים וכעין קנס ותולה בדעת עצמו וכן תנאים שמתנים בני אדם ביניהם אם תעשה כך אתן לך דבר פלוני אע"פ שהם בעדים ובשטר הוי אסמכתא ולדעת הרמב"ם אם השטר הוא ביד המלוה לא הוי אסמכתא ואע"ג דהוה שטר שנמחל שיעבודו כיון שנפרע קצת אמנם לעניין לגבות מבני חורין הוה שטר ועוד דמיירי שאמר שיהיו המעות שנתן מתנה [ס"ך] והשטר עומד בתקפו ולכן אם לא האסמכתא היה גובה בו גם ממשעבדי ולכן להרמב"ם כשהשטר ת"י גובה בו ממשעבדי:

לה בזה שנתבאר בסעיף כ"ה דקוביא לא הוי אסמכתא כתב רבינו הרמ"א דדוקא כששוחקים במעות מזומני' אבל אם שוחקים באמנה אין מוציאין ממנו מה שהפסיד וי"א אפילו נתן לו משכון על המעות לא מהני דמעות אין כאן משכון אין כאן כמ"ש בסי' ק"ץ אבל כשמעות מוכנין על הדף אין בו אסמכתא וכו' וי"א דאינו מותר רק כשהדף שהמעות מונח עליו קנוי לשניהם עכ"ל וטעם דיעה ראשונה דנהי דלית בה אסמכתא מ"מ כששוחקים באמנה אין כאן קניין דכשהמעות מוכנים על הדף אף שאין זה קניין מ"מ הם כשותפים מפני הנאה זו וכשהתערבו מעותיהם זהו קניינם כמ"ש בר"ס קע"ו ודיעה השנייה ס"ל דאין זה עניין לשותפות כלל ולכך אף במעות מוכנים אין כאן קניין כלל אא"כ הדף קנוי לשניהם דאז הדף זוכה מקניין חצר דנעשית להזוכה כרשותו דכן הוא דעתם שתהיה כשל הזוכה ואם עשו איזה קניין המועיל אף כששוחקין באמנה חייבים לשלם [סנר"ח ובתוספות סס סנסדרין עס"ד ול"ל כמו בתוס' עירובין ספ"ז ודו"ק] ויש מי שרוצה לומר דטעם שחוק אמנה הוא משום דאע"ג דאינו אסמכתא מ"מ אין זה חוב גמור שיוכלו להוציאם בדין אבל אין טעם לזה דאם היה קניין למה לא יכופו אותו שישלם והעיקר כמ"ש וכבר נתבאר בסעיף כ"ג דלהרמב"ם אסור לשחק בקוביא משום גזל ואף במעכשיו הוי גזל וגם המרדכי בהגהות פ"ו דסנהדרין פסק דקוביא הוי גזל ע"ש ומי גבר אשר לא יחוש לדברי רבותינו אלה ובפרט שיש בזה מושב לצים והרבה עבירות חמורות נמשך משחוק הקוביא ושומר נפשו ירחק מזה ותבא עליו ברכה:

לו יש מרבותינו דלא ס"ל מה שנתבאר דכל מה שאין בידו לגמרי לא הוה אסמכתא דאדרבא כל מה שאין בידו הוה טפי אסמכתא ולפ"ז היה צריך להיות בקוביא דין אסמכתא אלא דס"ל טעם אחר דמאחר דשניהם מתנים זה כנגד זה וכל אחד יכול להפסיד או להרויח אגב דבעי למקני גמר ומקנה דמפני רצונו להרויח אם השני יפסיד לכן גמר בלבו להקנות להשני אם הוא יפסיד ולכן שנים שהמרו זה עם זה אם קנו מידן אפילו בדבר שאין בידם לגמרי אין בזה אסמכתא מטעם זה ודוקא בדבר שבהכרח הוא שאחד מהם יפסיד ואחד ירויח כמו קוביא והמראה אבל כשיכול להיות ששניהם לא יפסידו כמו בערבון דסעיף ל"ג דאם שניהם לא יחזרו בהם לא יפסידו לא זה ולא זה הדר הו"ל אסמכתא דדוקא כשאחד מוכרח להרויח אמרינן דמתוך שרצונו להרויח מקנה ג"כ לחבירו כשחבירו ירויח אבל בשאפשר ששניהם לא ירויחו ולא יפסידו אינו גומר בלבו להקנות כשהוא יפסיד דמימר אמר בוודאי לא אשנה וחבירי ג"כ לא ישנה והוה אסמכתא וזהו שרבינו הרמ"א כתב לדיעה זו ודוקא שאין בידן ג"כ אבל מה שבידן לא כמ"ש גבי ערבון בסמוך עכ"ל כוונתו ג"כ כמ"ש דמה שבידן שלא יפסידו לא זה ולא זה הוי אסמכתא [זהו שיטת ר"ת בתוס' שם ומתורץ קושיתם מערבון וזהו כוונתם בב"מ ובעירובין שם ספ"ד וזהו כוונת הטור בסעיף כ"ה ומ"ש הסמ"ע בס"ק ל"ד לע"ג וכלפי לייא ובמרדכי פא"כ ובסגמ"י פי"א יש שם עס"ד ודו"ק]:

לז לכל הדיעות שנתבארו לבד הדיעה שבסעי' הקודם יש בהמראות שקורין גיוועט דין אסמכתא דהדבר לא נגמר והוא דרך קנס לבד לשיטת רבינו הרמ"א שבסעיף כ"ה אם היתה ההמראה בדבר שאין בידן כלל לא הוי אסמכתא וכן אם תלו בדבר שביד אחר לעשות ג"כ לא הוה אסמכתא כמ"ש שם וע' מ"ש בסעיף מ':

לח כתב רבינו הרמ"א ואפילו בזה יש חולקין ולכן הוצרכו לתת טעמים אחרים גבי משחק בקוביא וקנסות שדוכין עכ"ל וביאור דבריו דיש חולקין על כל זה דאף שכל אחד יכול להפסיד הוי אסמכתא ולפ"ז הוי בקוביא אסמכתא כמו לדעת הרמב"ם ובקנסות שדוכים שכותבים בהתנאים שאם אחד מהצדדים יעבור ישלם להשני כך וכך לכל הדיעות הוי אסמכתא דהעניין לא נגמר והוא דרך קנס וגזים ותולה בדעת עצמו ובידו ומ"מ פסקו ר' דאין בשידוכין אסמכתא מטעמים שיתב' בס"ע מח:

לט מי שמחייב עצמו לחבירו באיזה דבר ואומר אם יהיה בחיים יתן לו ואם לאו יתן ליורשיו אין זה אסמכתא אף שתלה בתנאי דאסמכתא לא הוה א"א כשעיקר ההתחייבות הוא בתנאי ובזה תלוי לפי הדיעות והכללים שנתבארו אבל בזה שמתחייב א"ע לגמרי בלא תנאי אלא דהתנאי הוא למי יתן אין בזה אסמכתא:

מ בכל מיני המראות שקורין גיוועט אף באופן דאין בה אסמכתא מ"מ צריך קניין וק"ס לא מהני דאין מטבע נקנית בחליפין ומנהג העולם להכות כף אל כף ונ"ל דהוי קניין דאין זה ת"כ אלא כהאנט שלאק שנהגו בזה הקניין במסחור והוה כדין סיטומתא שבסי' ר"א ואפילו אם נחשב זה כת"כ ואין זה קניין מ"מ הרי צריך לקיים שבועתו דת"כ הוי כשבועה ואדרבא דבזה חייב לקיים אפילו אי הוה אסמכתא:

מא ראובן תובע משמעון מנה ושמעון אומר שהחיוב הוא

הוא משחוק הקוביא באמנה ואינו חייב לשלם מפני אסמכתא אם ידוע זה בעדים או שראובן מודה לו פטור אבל אם אין עדים על זה וראובן טוען שהוא חוב גמור שלא מחמת קוביא ויש עדים ששמעון הודה לפניהם בסתם שחייב לראובן מנה אף שהם עדים פסולים כיון שלדבריהם לא היתה ההתחייבות משחוק אין הלה נאמן לומר שמפני שחוק הוי ההתחייבות ואף שיש לו מיגו שלא היה מודה כלל על החוב והעדים פסולים הם מ"מ כיון שהודה לפניהם לא אמרינן מיגו במקום עדים אף שהם פסולים אא"כ העדים עצמם אין יודעים אופן הודאת התחייבותו דאז נשבע שמעון היסת ונפטר ואף בעדים כשירים כן הוא וכן כשאין עדים כלל ויש ביניהם הכחשה נשבע הנתבע היסת ונפטר וי"א עוד דאע"ג שנתבאר בסעיף ל"ה דמשכון אינו מועיל זהו כשנתן את המשכון בשעת מעשה אבל אם נתן המשכון אח"כ מועיל ואף שהחזיר לו אח"כ את המשכון נזקף עליו במלוה וחייב לשלם [סמ"ע] ואף שיש מי שמפקפק בזה מ"מ כן עיקר לדינא :

מב כתב הרמב"ם ז"ל כל האומר קנה מעכשיו אין כאן אסמכתא כלל וקנה שאלו לא גמר להקנות לא הקנהו מעכשיו כיצד אם באתי מכאן ועד יום פלוני קנה בית זה מעכשיו וקנו מידו על כך ה"ז קנה אם בא בתוך הזמן וכן כל כיוצא בזה עכ"ל עוד כתב דאסמכתא שקנו עליה בב"ד ה"ז קנה והוא שיתפים וזכיותיו בב"ד והוא שלא יהיה אנוס כיצד הרי שהתפים שטרו או שוברו בב"ד וקנו מידו שאם לא יבא ביום פלוני יתנן שטר זה לבעל דינו והגיע היום ולא יבא הרי אלו נותנים והוא שיהיה ב"ד חשוב ואם עכבו נהר או חולי לא יתנו וכן כל כיוצא בזה עכ"ל הרמב"ם ולדבריו יש ע"פ שני דברים ביטול אסמכתא או שיקנה מעכשיו או בב"ד חשוב וישליש זכיותיו דאלו לא היה גומר בדעתו להקנותו לא היה עושה כן ואע"ג דכל קניין הוא מעכשיו כמ"ש בסימן קצ"ה דלאחר זמן הדרא סודרא למרא וכיון דמעכשיו מועיל תועיל ג"כ הקניין בלבד ולמה מצריך לומר מעכשיו והרי דברים בעלמא אינו כלום ובע"כ צריך קניין וכל קניין הוא מעכשיו אמנם דעת הרמב"ם הוא דאע"ג דלעניין קנייה הוי הקניין כמעכשיו מ"מ לסלק את האסמכתא אינו מועיל בקניין סתם אא"כ פירש מעכשיו או ב"ד חשוב וטעמו כיון דכל עיקר סילוק האסמכתא הוא הגמר בלבו אינו גומר בלבו כשאינו מפרש מעכשיו או שהוא בב"ד חשוב [ע' בכ"מ פי"א ממכירה סל' ז] וי"א דקניין בב"ד חשוב אינו מועיל לכל האסמכתות שבין אדם לחבירו אלא דוקא במתפים וזכיותיו בב"ד שב"ד אנסוהו להשליש זכיותיו והוי כעין הפקעת ממון ובעינן ע"ז ב"ד חשוב דאלימי לאפקועי ממונא ולכן א"צ מעכשיו אלא קניין לבד מהני אבל בשארי תנאים שבין אדם לחבירו אין עסק לב"ד חשוב בזה ולא מעלה ולא מוריד וצריך דוקא מעכשיו [רי"ף פ' ג"פ] וי"א דבכל דבר מועיל קניין בב"ד חשוב ובהתפסת זכיות וכן נראה דעת הרמב"ם אבל מעכשיו לחוד מהני בקניין אף במה שב"ד הכריחוהו ואפילו לדיעה הקודמת [ר"ן נדרים כ"ז] :

מג ורבינו הרמ"א כתב דיש חולקין על כ"ז וס"ל דמעכשיו לחוד או ב"ד חשוב לא מהני וצריך שני הדברים מעכשיו וב"ד חשוב אבל התפסת זכיות א"צ כלל דס"ל לדיעה זו דכיון דכל קניין הוא מעכשיו מה מועיל כשמפרש מעכשיו ולפ"ז די בקניין וב"ד חשוב אמנם אם התנה שלא יתחיל הקנין מעכשיו לא מהני נמי קניין דב"ד חשוב [סמ"ע] ואע"ג דבהלוהו על שדהו בארנו בסעיף ל' דדי במעכשיו ולא הצרכנו ב"ד חשוב שאני התם שעשה לו טובה בהלואתו וגם בא לידו מתחלה בתורת קניין אבל בשארי אסמכתות בעוין שני הדברים [סס] וכתב עוד דהכי נהיגי עלמא דמצרכינן קניין בב"ד חשוב ומהני גם בלא התפסת זכיות וי"א דדוקא מעכשיו בעינן עם ב"ד חשוב וקניין עם ב"ד חשוב אינו מועיל [ט"ז] וזהו רק בקנסים אבל בשארי תנאים די בקניין לחוד אף בלא ב"ד חשוב [כס"מ] :

מד ואיזהו ב"ד חשוב כל שלשה דבקיאי בדיני אסמכתא מקרי ב"ד חשוב לעניין זה וי"א דבעינן ב"ד חשוב שבעיר או מומחה לרבים כמו רב קבוע שבעיר ואפילו ביחידי די [כ"מ מסמ"ע והלבוש] ואם צוה לכתוב בהשטר שקנו ממנו בב"ד חשוב אע"ג שידענו שלא היה כן מ"מ מהני דהודאת בע"ד כמאה עדים דמי וכיון שהודה הרי גמר בלבו להקנות בלב שלם [סמ"ע] ואפילו לא אמר בפירוש אלא צוה לכתוב שט"ח מהני כאלו פירש דמסתמא היה דעתו שיהיה באופן המועיל וכ"ז הוא באסמכתא שעיקר הטעם הוא מפני שאינו מקנה בלב שלם לפיכך כשאמר או צוה לכתוב נגמר והקנה אבל בשארי דברים שאינו מועיל ע"פ הדין כגון שהקנה דשלב"ל או דבר שאינו ברשותו או שאין בו ממש או שאינו מסויים אע"פ שכתבו שנעשה באופן היותר מועיל אם העדים אומרים או המלוה מודה שלא היה רק ק"ס בטל השטר דסוף סוף אין לו במה לקנות ומה תועיל הודאתו והעדים כשמעידים כן אינם כחוזרים ומגידים שלא יהיו נאמנים דכיון דדרך לטעות בזה דלאו כ"ע גמירי בדינים אלו נאמנים ולכן אף אם הבע"ד עצמו חתם ע"ז נאמן לומר טעיתי כי סברתי שקניין סודר מועיל בזה ונאמן כשיש לו עדים או מיגו אבל בלא זה אינו נאמן [כס"מ] :

מה קיי"ל בב"מ בין בר"מ בין בגיטין וקדושין דכל האומר על מנת כאומר מעכשיו דמי ולכן י"א דגם לעניין אסמכתא כן הוא ויש חולקין אם האסמכתא היא בדרך קנס כגון אם אוביר ולא אעביד אשלם אלפא זוזי או אם אחזור בי ערבוני מחול לך וכיוצא בזה אפילו אמר בלשון ע"מ אינו מועיל דבזה לא אמרינן דהאומר ע"מ כאומר מעכשיו דמי והטעם דדוקא כשהתנאי היא על קיום הדבר כמו האומר הריני מוכר לך ע"מ שתלך למקום פלוני שהוא רוצה שע"י התנאי יתקיים הדבר

שפיר

שפיר אמרינן בזה דדמי כמעכשיו כבנימין וקדושין אבל אם התנאי הוא לקלקול העניין וקונס א"ע בעד קלקולו איך נאמר דכמעכשיו דמי דהא אדרבא רוצה בתקונו ולא בקלקולו [רשב"א]:

מו אין חילוק בתנאי בין שהוא בקום ועשה כגון אם אבא עד יום פלוני תטול מנה או אם לא אלך עד יום פלוני תטול שהוא בשב וא"ת די"א דדוקא כשהוא בשב וא"ת דאם יעשה לא יפסיד ואם לא יעשה יפסיד בזה שייך אסמכתא ובעינן מעכשיו להתחייב על העדר מעשה אבל כשהתנאי הוא בקום ועשה דאם לא יעשה לא יפסיד ואם יעשה יפסיד אין בזה אסמכתא כלל דלא היה לו לעשות וכיון שעשה התחייב א"ע אלא דאין חילוק בזה די"ל דנמלך היה מדעתו הראשונה ועשה וכשהבטיח לא הבטיח בלב שלם ולא גמר והקנה [סמ"ע סקל"ו]:

מז כתב הרמב"ם בפי"א ממכירה כשהיו חכמי ספרד רוצים להקנות באסמכתא כך היו עושים קונין מזה שהוא חייב לחבירו מאה דינרין ואחר שחייב עצמו קונים מבעל חובו שכל זמן שיהיה כך או שיעשה כך הרי חוב זה מחול לו מעכשיו ואם לא יהיה כך או לא יעשה כך הריני תובעו בממון שחייב עצמו בו וע"ד זה היו עושים בשידוכים ובכל הדברים הדומים להם וכן אנו נוהגים עכ"ל ולרווחא דמילתא עשו כן דכיון דמעכשיו לחוד מהני לדעת הרמב"ם והם הזכירו בהמחילה מעכשיו היה להם לתקן שיתחייב במעכשיו ולא היו צריכים לשני קניינים אלא שלא רצו שיתראה כאסמכתא כלל אפילו שלא יהא בו דין אסמכתא ובשעת החיוב יתחייב א"ע בלא שום תנאי דאם יפרש התנאי קודם הקנה אפילו הקנה אח"כ סתם אמרינן שעל תנאי הקודם הקנה ואפילו יאמרו לו העדים התחייב עצמך בלא תנאי והוא ימחול לך אח"כ על תנאי לא מהני דזהו ג"כ כקניין על תנאי דהא אם חבירו לא ימחול לו על תנאי הרי יכול לחזור בו מהקניין שיאמר שלא קנה רק אדעתא שחבירו ימחול לו על תנאי וכיון שחבירו חוזר חוזר בו גם הוא ולכן אין להזכיר שום צד תנאי אפילו על המוחל אלא יאמרו לו התחייב עצמך בלי שום תנאי כלל דאז אין לו טענת אסמכתא [כס"מ] ומה שהצריכו לקנות מהשני על המחילה אע"ג דמחילה א"צ קניין מ"מ בזה שהמחילה אינה ברורה כל כך והיא תלויה בספק ודומה למחילה ע"י פשרנים שבסי' י"ב דצריך קניין [ט"ז] ודרך זה של הרמב"ם מהני בכל דבר ובכל עניין אסמכתא ובשידוכין שיש שני צדדים צריכים לעשות בכל צד כן קניין ומחילה על תנאי מצד השני ויש מקומות שנהגו לכתוב שני שטרי חובות גמורים ונותנים שתיהן לשליש ואיזה צד שיעבור יתן השליש שני השטרות להצד השני וכשמוסר השטר להשליש ואינו מוסר דבר להשני שיזכה בהשטר צ"ל להשליש זכה בשטר זה לפלוני אבל לא יאמר תן לפלוני דבמתנה לא הוה תן כזכי כמ"ש בסי' קכ"ה ואם אין רק צד אחד המחייב א"ע באסמכתא יקחו ממנו שטר חיוב ומהשכנגדו שטר מחילה וישלישום ביד שליש ולא יעשו זאת לכתחלה בשטר אחר דכיון דהמחילה כתובה בצד החיוב מיחזי כאסמכתא [סמ"ע] וגם דוקא ביד שליש ואין למסור השטר חיוב להשכנגדו והשטר מחילה להמתחייב דכשיהיה בידו השטר מחילה יטעון אח"כ חיובו היתה באסמכתא והשטר מחילה יוכיח על זה ולכן מוסרין הכל להשליש וכשיתחייב ימסור השליש להשכנגדו שני השטרות ויוציא עליו שטר חיוב ברור ולא יהא לו מה לערער וכ"ז לכתחלה אבל בדיעבד אין עירעורו כלום כשעדים מעידים איך היה המעשה דלית בה מדין אסמכתא [כס"מ]:

מח והרבה מרבותינו כתבו שקנס שעושים בשידוכים לקנוס החוזר בו לא הוי אסמכתא אע"פ שגזם נפשו בקנס מרובה כי כדאי הוא שיתחייב החוזר בו בקנס לדמי הבושת שבייש את הצד השני ואם [illegible] דינו בושת בזמה"ז כמ"ש בסי' א' מ"מ כשהתחייב עצמו בדמי הבושת אין בזה דין אסמכתא וכן המנהג פשוט בכל מדינות אלו דאין עושין שטרי התחייבות ומ"מ מחייבין את החוזר בהקנס הכתוב בתנאים ומיהו קניין צריך דדברים בעלמא לאו כלום הוא ולכן צריך לקנוס על הקנס אך לא יקנו בק"ס על מעות דאין מטבע נקנה בחליפין אלא יקנו על שוה כסף בדבר מסויים ובמה שברשותו קרקע או מטלטלין [נ"נ] וכן נוהגין וי"א דבשדוכין לא בעי קניין כיון שהוא דמי בושת ודמי לאם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא וא"צ קניין [ס"ך] וכן אם המלמד קבל עליו בעת ששכרוהו קנס אם יחזור בו וחזר בו ולא נמצא מלמד אחר כערכו אינו אסמכתא דהוה פסידא דלא הדר וגם בזה י"א דא"צ קניין [סס] ונ"ל דבמדינותינו המנהג כדיעה זו דא"צ קניין דהקניין שקונין בעת התנאים אינו מועיל להקנס שקונסין א"ע בחצי נדן דמטבע אינה נקנית בחליפין אם לא שנאמר כיון שהקניין מועיל לשארי התחייבות כמלבושים ומזונות מועיל נמי על מטבע וכמ"ש בסי' ר"נ סעיף ט"ו ע"ש:

מט יש להסתפק לפי תקנת חכמי ספרד שנתבאר אם המתחייב נאנס ולא היה יכול לעשות מה שקבל עליו אם נאמר אונס רחמנא פטריה או שנדון כנגד המוחל דהוא לא התחייב א"ע למחול רק כשהלה יעשה מה שקבל עליו ומה שהלה היה אנוס אין זה טענה נגדו שיתחייב למחול כמ"ש בסי' כ"א דאונס רחמנא פטריה ולא רחמנא חייביה ונראה דאזלינן בתר המוחל והמתחייב חייב אפילו נאנס בקיום התנאי [מל"מ סס] דהוא הרי התחייב א"ע בלי שום תנאי ולפי חיובו לא שייך כלל טענת אונס והמוחל מחל על תנאי ולגביה אין טענת אונס של המתחייב מהייבו למחול:

נ שנים שהתנו ביניהם לקיים דבר אחד ונתנו ערבונות לקנס שמי שיחזור בו שיזכה חבירו בערבונו לי׳

יאמר

יאמר כל אחד אם אני חוזר בי אתן לך כך וכך וה"ז משכון על הממון שאתחייב לך אם אחזור בי דבכה"ג אינו כלום דכיון דאין כאן חיוב מפני האסמכתא אין המשכון מועיל דמנה אין כאן משכון אין כאן כמ"ש סברא זו כמה פעמים אלא בתחלה יעשו חיוב גמור לסלק האסמכתא שיקנה לו בסודר. בב"ד חשוב חיוב שוה כסף כך וכך אם יחזור בו כי היכי דלא ליהוי אסמכתא ואז יתן המשכון ויחול השיעבוד על המשכון כיון דהחיוב הוא בלעדי המשכון הוה כמשכון על כל חוב או שיאמר אם אחזור בי תזכה בכך וכך ממון בגוף חפץ זה מעכשיו [ט"ז] ויש מי שאומר דלא בעי בזה מעכשיו כיון שמוכה לו בגוף החפץ ול"ד לערבון דסעיף ל"ג דהמוכר לא זכה במה שת"י דכיון שהלוקח אין לו ת"י משל המוכר גם המוכר אינו זוכה משא"כ בזה ששניהם נתנו [סמ"ע] ערבונות כל אחד זוכה במה שת"י מ"של חבירו כשחבירו יחזור בו ואף שהערבונות ביד שליש מ"מ יד השליש כיד הזוכה וכשלוחו הוא דכן היה התנאי ביניהם:

נא שטר שכתוב בו אם לא יפרע לזמן פלוני שיתחייב כך וכך ממון וכתוב בסוף השטר דלא כאסמכתא ודלא כטופסי דשטרא אין זה מוציאו מידי אסמכתא ולא קנה דהא חזינן דאסמכתא היא ויש חולקין בזה דכמו קניין בב"ד חשוב מסלק אסמכתא משום דאמרינן דגמר והקנה בלב שלם והודאתו מהני אף שלא היה ב"ד חשוב כמ"ש בסעיף מ"ד וה"נ כן ודיעה ראשונה ס"ל דלא דמי דבשם עכ"פ הלשון מסלק האסמכתא מרינא אבל בזה שכתב דלא כאסמכתא במה מסלק האסמכתא [כ"ל] ויש מי שאומר דגם לדיעה ראשונה אם כתוב בו ושטר זה נעשה בעניין שאין בו אסמכתא מהני דהוה הודאת בע"ד ועדיף משם [ט"ז] וכתב רבינו הרמ"א דהעיקר כדיעה ראשונה והממע"ה עוד כתב די"א דאם השלישו משכנות זה כנגד זה במשפטי הערכאות קנו אפילו באסמכתא מטעם דינא דמלכותא ועמ"ש בסי' ס"ח:

נב המחייב עצמו לחבירו בלא תנאי אע"פ שלא חייב לו כלום חייב כמ"ש בסי' מ' ואין בזה משום אסמכתא דהרי התחייב א"ע בלא שום תנאי וגמר והקנה דבשלמא בתנאי סומך בלבו שיתקיים התנאי ולא יצטרך ליתן ולא גמר והקנה אבל בלא תנאי על מה סמך ואם חייב עצמו בדבר שאינו קצוב כגון שאמר הריני מתחייב לזון אותך חמש שנים ה"ז משתעבד לדעת רוב הפוסקים ונתבאר בסי' ס' ע"ש:

נג נדר ושבועה ות"כ מהני אפילו באסמכתא כמו שמצינו בתורה אם יהיה אלקים עמדי אם נתן תתן את העשר הזה בידי ובסי' ר"ט יתבאר בדשלב"ל דכשנשבע צריך לקיים שבועתו ואם שאל על שבועתו פטור וכן כשמת אין בניו צריכים לקיים דהחיוב הוא רק חיוב שבועה ועליו היה חל האיסור ולא על בניו וכן הדין באסמכתות ואם המקבל מת צריך ליתן לבניו לבד במתנה כעין צדקה א"צ לשלם כשמת המקבל [קלס"ח] וי"א דאסמכתא לא דמי לשם ורק אם לא היה קניין כלל וכל החיוב היא רק על השבועה מאסמכתא הלזו דאז דינו כבשם אבל כשהיה קניין עם השבועה לא מהני לא שאלה וגם כשמת חייבין בניו לקיים דהשבועה לא גרעה מב"ד חשוב שמסלקת האסמכתא וגמר והקנה וכ"ש דע"י שבועה ונדר ות"כ דגמר והקנה בלב שלם [סמ"ע] ואין כאן אסמכתא כלל דבדבר שלב"ל לא מהני קניין כלל אבל באסמכתא מהני קניין רק דלא גמר בלבו להקנות בלב שלם וע"י השבועה פשיטא דגמר והקנה וטעם דיעה ראשונה דשבועה אינה עניין להקניין והיא אינה מחזקת הקניין דהוי כדבר בפ"ע ועכ"פ החיוב הוא רק מצד השבועה כבדבר שלב"ל [ב"ח ומ"ז] וי"א דת"כ לא הוי כשבועה אא"כ נתן הת"כ למי שהתחייב א"ע דהוה ככריתת ברית אבל כשנתן הת"כ לאחר לא הוי כשבועה [מסרי"ו] ויש חולקים בזה וכן אם כתוב בשטר שקבל עליו בח"ח ובשר"א מהני אפילו באסמכתא וכמ"ש לענין ב"ד חשוב וכן הכריע רבינו הרמ"א אע"פ שיש חולקים בזה וי"א דאף אם ידוע שלא קבל עליו בח"ח ובשר"א מהני הודאתו כבב"ד חשוב שבסעיף מ"ד ולכן צריך שעכ"פ יאמר להעדים לכתוב שטר כבשם [סמ"ע] ולהיש חולקים לא מהני בזה הודאת בע"ד דהשבועה אינה מחזקת הקנין ולא דמי להודאה דב"ד חשוב [נס"מ] ואם נדר איזה דבר באסמכתא לצדקה או להקדש קונה כמ"ש ביו"ד סי' רנ"ח ואע"ג דקיי"ל דאמירה לגבוה כמסירה להדיוט ולא יותר ובאסמכתא הרי המסירה אינו מועיל בהדיוט דבאמת ה"פ אמירה לגבוה כמסירה להדיוט המועיל בכל עניין דאם רק נמצא עניין המועיל בהדיוט כמו ע"י ב"ד חשוב ובדבר שלב"ל יועיל המסירה כשתבא לעולם מועלת האמירה בהקדש תמיד [מרדכי פ"ד דנ"ק] ואם נשבע לקיים המקח וקבל עליו גם קנס כשלא יקיים ולא קיים ונתן הקנס י"א דהקנס פוטר את השבועה דכיון שנתן הקנס מסתלקת השבועה וי"א דאינה פוטרת את השבועה ושבועה שלא כתב בעצמו ולא צוה לכתוב ולא קראה בפיו אף שחתם עליה י"א שאין בה ממש ואפילו אי מועלת לעניין אסמכתא מפני שגמר והקנה אבל איסור שבועה אין כאן [קלס"ח] וצ"ע לדינא:

סימן רח [מקח שנעשה בצד איסור ובו ד' סעיפים]:

א מקח שנעשה באיסור כגון שהמקח מחטים היה סאה בסלע והוא שלם סלע ורביע בסאה בשביל שהמוכר

שהמוכר ימתין לו המעות וזהו אגר נטר והוי ריבית דרבנן ולא של תורה מפני שהוא דרך מקח וממכר ולא דרך הלואה וכן כשקנה בעוד שלא יצא השער וביו"ד סימן קע"ה נתבאר דאסור לקצוב אז מקח על הזמן הבא אם אין לו להמוכר המין שמוכר משום דחיישינן שמא יתייקר השער מכפי המקח שעשה עמו ויעלה להמוכר ביוקר ונמצא שקנה ממנו בזול בשביל המעות שהקדים לו והוה ג"כ ריבית דרבנן ומ"מ המקח קיים ודוקא כשנתקיים בקנין או באחד משארי דרכי הקנאות כמו בחלוקה ראשונה שמשך החטים לרשותו ובחלוקה השניה כשהקדים המעות ועשו קנין דבאם לאו אינו מקבל מי שפרע בשביל המעות כיון שנעשה באיסור ואיך נקללו בשביל ביטול המכירה אדרבא תבא עליו ברכה אבל אם נתקיים בקנין גמור המקח קיים [ולסמ"ך בסי' ר"ע סקי"ג נ"ל ססיה ע"י חיוב ודו"ק]:

ב ואע"ג דאין אחד מהם יכול לחזור מ"מ בלוקח ביוקר בעד המתנת המעות לא ישלם כפי השער שקבע עמו אלא כמקח שבשוק ואין אחד מהם יכול לבטל המקח כיון שהיה אז מקח קצוב וכן בהקדים לו מעות ולא יצא השער אם לא נתייקר מכפי המקח שקבעו המקח קיים ואינו בחזרה ואם נתייקר השער מהמקח שקבעו אם המוכר אין רצונו לפחות מהשער שבשוק יכול הלוקח לחזור בו שלא ליתן כשער היוקר דאיך נכוף את הלוקח לקבל ביוקר ממה שקצב עמו ואז לא היה מקח קבוע בשוק וגם את המוכר אין לכוף שיתן כפי המקח שקצב עמו דכיון שלא יצא השער אין זה מקח כלל וגם איך נכוף אותו לעשות איסור משא"כ בלוקח ביוקר בשביל המתנת המעות שפיר כפינן את המוכר כיון שהיה אז מקח קבוע וכשהלוקח רוצה לשלם כשער היוקר ודאי דהמקח קיים ואם נתן לו כפי המקח שקבע עמו אין מוציאין מהלוקח דכל שאינו ריבית דאורייתא אין מוציאין בדיינים כמ"ש שם סי' קס"א וכל דרך מקח וממכר אין כאן ריבית דאורייתא ואין חילוק בין מקח למתנה או מחילה דאף שנעשה באיסור כגון בשבת ויו"ט וכיוצא בזה מ"מ הענין קיים כמ"ש בס"ס קצ"ה:

ג כתב רבינו הרמ"א וכן אם נשבע או נדר שלא למכור ועבר ומכר המקח קיים עכ"ל וביו"ד סימן ר"ל כתב די"א כל מי שנשבע שלא לעשות איזה דבר כגון שנשבע שלא למכור חפץ פלוני ועבר ומכרו אין במכירתו כלום הועיל ועבר על שבועתו עכ"ל והאמת שיש בזה מחלוקת הראשונים ולענין דינא כתבו גדולי אחרונים דהמקח בטל מטעם כל מילתא דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד לא מהני וגם דעת הרמב"ם נראה כן [מל"ת פ"ט ממלוה] ואף באיסור דרבנן אמרינן כן [כתובות פ"א:] וזה שנתבאר דהמקח קיים אף באיסור זהו דוקא כשעצם המכירה אינו באיסור אלא שיש בה פרט מאיסור והיה יכול לעשותה בהיתר כמו שלקח חטים בזול מפני שהקדים מעות להמוכר וכן במוכר קודם שיצא השער וכן במוכר בשבת שהיה יכול ליקח קנייה זו בחול או כפי השער שבשוק או שיהיה השער בשוק אבל בנשבע שלא למכור חפץ זה הרי אין במכירה זו צד היתר כלל [סמ"ע] וי"א דהוה ספיקא דדינא [ס"ך וב"ח] ואף שיש ביכלתו לשאול על השבועה אין זה נקרא שביכלתו לעשות בהיתר דפנים חדשות באו לכאן ואין כאן שבועה כלל אבל כל זמן שהשבועה על מקומה אין בה צד היתר ויש מי שאומר דהעיקר לדינא דגם בזה המקח קיים דאין האיסור בהמכירה אלא בהשבועה ולא נקרא איסור בהמכירה עצמה אלא כשצוו חז"ל שלא למכור חפץ זה [כסך דכתובות סס] ולא במה שהאיסור הוא בהשבועה [ע"ז] ועוד די"א בכל הך כללא דאי עביד לא מהני אינו אלא באיסורים שהתורה או חז"ל גזרו באיסורו ולא באיסור שבדה האדם מעצמו ועשה זה לאיסור מפני שבועתו [תוס' תמורה ו': ד"ה וססתח] ויש שמקשים על מה שכתבנו דבמקום שיכול לעשות בהיתר לא אמרינן אי עביד לא מהני והרי בכל האיסורים שחשבה הש"ס [סס] בענין זה ביכולת לעשות בהיתר [קלס"ח וכס"מ] האמנם דבדבר שהתורה צותה מפורש לא תעשה דבר זה בפרטית ועבר ועשה ודאי דלא מהני כיון שעבר על ד"ת משא"כ במכירות כשעשה בצד איסור הרי לא צותה התורה בפרטית לא תמכור באופן זה אלא שהאיסור כלול בין האיסורים וכיון שהיה יכול למכור בלא האיסור לא אמרינן אי עביד לא מהני [כ"ל] ויש מחלקים בין דבר שאפשר בחזרה ולבטל האיסור דבזה אמרינן אי עביד לא מהני כדי לסלקו מהאיסור שעשה ובין דבר שא"א בחזרה ואיסורא דעבד עבד ואין תועלת אם נבטל הדבר כיון דהאיסור כבר נעשה ואין להשיב [מסרי"ט וכס"מ] ולכן בכל מכירת איסור מקיימים המכירה ומבטלין האיסור כמו במכירת אגר נטר ומכירת שבת אי מבטלין דאיסורא דעבד עבד ולפ"ז בהקדים מעות קודם שיצא השער ונתייקר היה לנו לכוף לשניהם לבלי לקיים המקח כפי מה שפסקו ולא משמע כן מהפוסקים ולדיעה זו יש להסתפק בשבועה שלא למכור אם לבטל המקח אם לקיימו ולשאול על שבועתו ואולי זהו כוונת רבינו הרמ"א שבכאן כתב שהמקח קיים וביו"ד דמיירי באיסור שבועה כתב שהמקח בטל כלומר עד שישאול על השבועה אבל מחוייב הוא לשאול על השבועה כדי לקיים המקח ועוד אפשר לומר דודאי הלוקח ביכלתו לקיים המקח בע"כ של המוכר דמה לו ולשבועתו של המוכר אבל אם הלוקח אינו חושש בביטולו כפינן את המוכר שיבטל המקח ולא יעבור על שבועתו [ולכן דקדק לומר המקח קיים ושם כתב אין במכירתו כלום] והעיקר לדינא כדבריו שבכאן [ורא"ה ברורים מתמה דשבועות כ ס' שבועה שלא אתן וחשיב לה בשבועת ביטוי ואי ס"ד דאין בנתינתו כלום היכי משכחת לה שיעבור על שבועתו והרי אף אם נתנה והמקבל לא החזירה כגזל הוא בידו]:

ד ביו"ד סי' קס"א נתבאר דריבית קצוצה יוצאה בדיינים ומ"מ

ומ"מ י"א דכל זמן שהריבית ת"י המלוה נחשבו המעות כשלו ויכול לקנות בהן ולקדש את האשה רק שצריך להחזיר סכום זה מפני גזירת התורה דוחי אחיך עמך וראיה לזה כיון דיורשין פטורין מלשלם כמ"ש שם בודאי המעות כשלו הם אלא שחייבתו התורה להחזיר להלוה סכום כזה [כס"מ בסס, סריטכ"ח] :

סימן רט [המקנה דבר שאינו מסויים או שלא בא לעולם ובו י"ח סעיפים] :

א המקנה לחבירו דבר שאינו מסויים אם היה מינו ידוע אע"פ שאין מדתו ומשקלו ידוע הרי זה קנה ואם אין מינו ידוע לא קנה כיצד ערימה זו של חטים אני מוכר לך בכך וכך מרתף זה של יין אני מוכר לך בכך וכך שק זה של תאנים אני מוכר לך בכך וכך אע"פ שאין מדת הערימה ידוע ולא מנין הקנקנים ולא משקל התאנים ה"ז ממכרו קיים אע"פ שנמצא חסר או יתר על האומד שהיה בדעתם ויש להם אונאה לפי שער שבשוק אפילו לא היה ידוע להם השעה של אותו דבר [ס"ך] דודאי לא היתה כוונתם שיתקיים המקח אף כשיתאנו אלא כל אחד שיער בדעתו שכך וכך יש בהערימה ולכן דנין בזה אונאה וזהו דומה לפסיקת מקח שנתבאר סימן ר' סעיף ט"ו דהאומד היא פסיקתם ואפילו למי שסובר בסי' רכ"ז דבמוכר אכסרה אין אונאה מודה בכאן דבשם רואה הלוקח שגם מהמוכר נעלם הסכום והמדה משא"כ בכאן מדמה הלוקח שהמוכר יודע המדה ולא גמר בלבו לקנותה בלא אונאה ולכן אף אם לא ידע המוכר מדתה כיון שהלוקח לא ידע מהעדר ידיעתו יש אונאה [ככ"ל לתרץ מ"ש הסמ"ע סס ס"ק ל"ד] ואף שיש מי שאומר שמי שסובר דאין אונאה באכסרה סובר ג"כ בזה דאין אונאה [ט"ז סס] מ"מ העיקר נראה כמו שבארנו דבכאן הכל מודים שיש אונאה וזה שנתבאר ביו"ד סימן קע"ה בהולך לחלוב את עיזיו וא"ל מה שעיזי חולבות מכור לך בכך וכך דלא הוי ריבית אף שהיה הרבה ולמה לא אמרינן שם שיהיה בזה אונאה כמו בכאן די"ל דבשם כיון שהכל רואין שהוא דבר הסמוי מן העין ודאי גמרו בדעתם לקנות איך שיהיה [כ"נ] ועוד דשם לא מיירי רק בדין ריבית כשרוצים לקיים הדבר ולא מיירי כלל בדין אונאה דבלא"ה הרי זה דבר שלא בא לעולם [כס"מ] ועוד דכיון שהקדים לו מעות ודאי סברו וקבלו כמה שיהיה [סס] ולענין דינא משמע מהפוסקים דאין בשם דין אונאה :

ב אבל האומר לחבירו כל מה שיש בבית זה אני מוכר לך בכך וכך וכל מה שיש בתיבה זו או בשק זה אני מוכר לך בכך וכך ורצה הלוקח ומשך אין כאן קנין שלא סמכה דעתו של לוקח שהרי אינו יודע מה שיש בו אם תבן או זהב ואין זה אלא כמשחק בקוביא שהוא דרך שחוק והיתול וכן כל כיוצא בזה ואפילו לפי מ"ש בסימן ר"ז סעיף כ"ה דמשחק בקוביא הוי קנין זהו משום דמשניהם נעלם הדבר וגמרו והקנו להדדי משא"כ בזה שהמוכר יודע והלוקח אינו יודע ולכן אם גלוי להלוקח שגם מהמוכר נעלם מה שיש בכאן קנה [כ"מ מסמ"ע] וי"א דבכאן בכל ענין לא הוי קנין דלא סמכה דעתם כלל ורק דרך שחוק והיתול עשו ואינו דומה לקוביא דדרך הקוביא בכן הוא ולא במקח וממכר [כ"מ מסט"ז וכס"ך] ולכן יראה לי דאם קנו בב"ד חשוב לכ"ע הוי קנין וכן אם א"ל כל מה שיש בבית זה אני מוכר לך כפי שישומו שמאין או שיהיה המקח כפי שמוכרין בעיר הוי קנין וקנה וי"א דה"ה בשנים שהחליפו על כל אשר להם דאין בזה קנין כמו מי שאמר כל מה שבבית זה אני מוכר לך כמ"ש בסימן ר"ג סעיף ט' ובסי' רמ"א יתבאר דבמתנה לא קנה ג"כ בדבר שאינו מסויים ע"ש :

ג המוכר לחבירו בעשרה דינרים חטים ולא פסק כמה מכר לו נותן לו כשער שבשוק שהיתה בשעת המכירה וכל החוזר בו אחר נתינת הדמים ולא רצה כשער שבשוק בשעת נתינת המעות מקבל מי שפרע ואם פסק עמו קודם שיצא השער אפילו יש לו חטים להמוכר אינו מקבל מי שפרע מפני שיכול לומר סמכתי עצמי שתקנה במקום אחר אם לא שא"ל הלוקח להמוכר הריני סומך עליך או שהראה עצמו לפניו בגורן דאז בודאי סמך עליו ולכן אם חוזר בו מקבל מי שפרע [ט"ז] :

ד שנים שהחליפו את אשר להם וחייבו עצמם בקנס לצדקה כשלא יקיימו ואח"כ מחלו זה לזה החליפין ונשאר כל אחד עומד בשלו פטורים מהקנס דאע"ג דבצדקה לא שייך אסמכתא כמ"ש ס"ס ר"ז מ"מ כיון שבידם לקיים החליפין ולפטור מהקנס משום הכי בידם ג"כ לומר הרי הוא כאלו החלפנו אבל אם אחד חירף את חבירו וקנסו ב"ד את המחרף שיתן לו כך וכך ואמר המתחרף הנני נותן זה לצדקה אין בידו למחול להמחרף דמיד שאמר שנותנם לצדקה נסתלקה ידו מזה כמ"ש ביו"ד סימן רנ"ח [סמ"ע] :

ה שלפעמים דבר שאינו מסויים אף בטין ידוע כגון ספינה מלאה חטים שנטבעת ושקועה עדיין במים ומכרה לאחר בכך וכך על הספק דיכול להיות שנשטפו ונגרפו כל החטים למים ויכול להיות שלא נשטפו כולם ויכול להיות שהתחתונים לא נתקלקלו כלל ואפשר דזה דמי לקוביא כיון שסמוי מעיני כל וגמרו בלבם לעשות הקנין בלב שלם וכה"ג בתל מלח שנשרף וכמה פעמים שהמלח התחתון נשאר בשלימות ומכרם על הספק בכך וכך

וכך וכיון שסמוי מעיני כל אפשר דדמי לקוביא וגמרי ומקני להדדי וצ"ע לדינא והמוכר חלק ביתו או חלק שדהו קודם חלוקה אף שעדיין אינו מבורר חלקו מ"מ לא מקרי דבר שאינו מכויים דהרי מסויימת היא הבית או השדה [בחה"ע בסס רסב"ח כ"י] :

ו אין אדם מקנה דבר שלא בא עדיין לעולם דאין להקנין על מה לחול בין במכר בין במתנה ואפילו במתנת שכ"מ שדבריו ככתובין וכמסורין דמי וא"צ קנין מ"מ אינו מועיל בדבר שלב"ל שלא תקנו חכמים בשכ"מ אלא במקום שבבריא מועיל קנין מקנה השכ"מ בדברים בלבד אבל בדבר שקניין אינו מועיל לא עדיף דברי השכ"מ מקנינו של הבריא כמ"ש בסי' ר"ן ולכן אם אמר מה שתוציא שדה זו מכור לך או מה שתוציא אילן זה מכור לך והקנה בקנין אינו כלום וכן אם אמר מה שתלד בהמה זו או שפחתי זו מכור לך והקנה בקנין אינו כלום ואפילו היתה הבהמה והשפחה מעוברת אין זה כלום דעובר הוי כמי שאינו בעולם ואפילו הוכר העובר הוי כלא בא לעולם [טור סי' ר"ין] וזה דקיי"ל בקדושין כשקידש העובר והוכר עוברה דמקודשת כמ"ש באה"ע סי' מ' זהו מפני חומר א"א חיישינן דאולי הוכר העובר הוי כבא לעולם דכן כתב הרמב"ם ז"ל בפי' המשנה פ"ג דקדושין אבל מעיקר הדין הוי כלא בא לעולם [ומתורץ קושית סהמ"ח פס] ובאמת אם בא אחר וקידשה אחר שתלד צריכה גט משניהם [כ"ל] ולכן גם לענין הקדש כשהקדיש את העובר לאחר שהוכר עוברה חל ההקדש מפני חומר האיסור אע"ג דאין אדם מקדיש קדושת ממון בדבר שלב"ל [ב"ב ע"ט:] דזהו כקדושי אשה ואם מעל בה אינו מביא קרבן מעילה דרק לחומרא חששו [כ"ל ומיושב סרבה קושיות עקה"ח ודו"ק] ונ"ל שאם מכר הבהמה לאחד והעובר לאחר כשהוכר עוברה המכירה לשניהם קיימת לכל הדיעות ואפילו לדיעה שבסי' ר"ג דלא מהני להקנות דבר שלב"ל עם דבר שבא לעולם מ"מ כיון דהם גוף אחד והוכר העובר מועיל לכל הדיעות [ומתורץ מסבת קל"ס:] ויש מי שאומר דדוקא כשמכר לו לכשתלד הוי דבר שלב"ל אבל אם מכר לו העובר מיד שאף כשתמות יהיה העובר שלו הוי דבר שבא לעולם דזהו כמו שהקנה לו אחת מאיברי הבהמה [נס"מ] :

ז ואע"ג דבעובר אמרנו שאף בהוכר עוברה הוה דבר שלב"ל אבל באילן ובתבואה כשחנטו יכול למכור הפירות והתבואה ומקרי בא לעולם ולא דמי לעובר שמתכסית בגוף הבהמה אבל החנטה גלויה לכל וכל הפירות גדילים מהחנטה ועוד דבחנטה פשיטא שהחנטה עצמה יכול למכור ובעובר אף מקצתו שהוא בעין אינו יכול למכור [קה"ח] :

ח כשמכר דבר שלב"ל יכול המוכר או הלוקח לחזור בו אפילו אחר שבא לעולם כגון שילדה הפרה או שגדלו הפירות כיון דהמכירה כמי שאינה ומ"מ אם קדם הלוקח ותפס את הפירות קודם שחזר בו המוכר אין מוציאין ממנו ואפילו כשהמוכר לא ידע מזה הדין דאין אדם מקנה דשלב"ל ויכול להיות שאלו היה יודע היה חוזר בו ונמצא דהתפיסה היא בטעות ולא גרע ממחילה בטעות דלא הוי מחילה מ"מ כיון דתפס תפס דבכה"ג הוי מחילה [רש"י ב"מ ס"ו:] דאנן סהדי דניחא ליה להמוכר להיות בעל נאמנות ואפילו היה יודע שיכול לחזור לא היה חוזר בו [תוס' שם] ודוקא כשידע המוכר שתפס [רא"ש] דאל"כ הוי מחילה שלא מדעת והוי כיאוש שלא מדעת דלא קנה [קצה"ח] דלא כיש מי שחולק בזה [יעמ"ש בסי" ס"ו סעיף מ' ובש"ע סעיף י"ז ובש"ך שם] וכ"ש כשהמוכר ידע מדין דבר שלב"ל וידע מתפיסתו ושתק ולא מיחה בו ודאי דכוונתו לקיים המכירה והגם שהקנין הראשון אינו קנין אבל התפיסה הוי קנין גמור וכשאומר אחר שתפס שחוזר בו אינו נאמן דאלמלי חזר בו לא היה מניחו לתפוס או מיד שנתוודע מתפיסתו היה מוחה בו [נ"ל] וה"ה בשארי דברים שלא באו לעולם כשמכר ואחר שבאו לעולם קודם חזרתו של המוכר תפסן הלוקח או החזיק בו ולא מיחה בו הקנה ואין מוציאין מידו ואפילו לא תפס אלא שהמוכר כתב לו שטר ומסר לו הוי כמאן דתפיס בהמקח ודוקא שמסר לו את השטר אחר שהדבר בא לעולם [סמ"ע] ואף שיש חולקין בזה מ"מ כן עיקר לדינא [נס"מ] ויראה לי דבמטלטלין אינו מועיל שטר אבל שטר חיוב שהתחייב א"ע למכור לו זה הדבר מהני וכן אם המוכר נתן לו משכון אחר שהמקח בא לעולם והמשכון הוא לקיום המקח הוי כתפס ואף דמשכון לא הוי קנין מ"מ תפיסה מיהו הוי ויש מי שחולק בזה וכ"כ רבותינו בעלי הש"ע בסי' ס' ע"ש ויש מי שרוצה לומר דתפיסה לא מהני כשהיה הקנין הקודם בק"ס משום דהדרא סודרא למרא ולא נ"ל דכיון דמטעם מחילה הוא כדי שישאר בעל נאמנות קונה עתה בתפיסתו או בחזקתו וכ"ש אם המוכר ידע דין דבר שלא בא לעולם דנעשה עתה קנין גמור :

ט י"א דכל זה הוא במקנה לו סתם אבל אם א"ל שיקנה אותה כשתהיה בעולם קנה אף שעכשיו איננה בעולם ויש חולקין וכן עיקר לדינא [ט"ז וסגר"ח] ויראה לי דכשהקנה לו בקנין כסף בקרקע ונתן לו הכסף להמוכר וא"ל להלוקח תקנה הקרקע כשתהיה ברשותי או הפירות כשיגדלו דקנה כשיגדלו וכשתבא לרשותו דחשבינן להמעות כפקדון עד זמן שבא לעולם ואח"כ קונה במעות אלו [ככ"ל מקדושין כ': ות"ס מס סבסי' ר"י דהו דיעס רה"וכס] :

י אם מכר האילן לפירותיו ושפחה ובהמה לעובריהם כגון שאמר קנה אילן זה לפירותיה שהפירות יהיה שלך או קנה פרה לעוברה אע"פ שהאילן והפרה עצמם לא מכר לו הוי כדבר שבא לעולם וקנה מיד ואין אחד מהם יכול לחזור בו דכשמכר הפירות או העובר אין להקנין

להקנין על מה לחול אבל באומר קנה האילן לפירותיו חל הקנין על האילן וקנה מיד את האילן ולכשתוציא הפירות הרי מאילנו גדלו ואף שאין האילן שלו מ"מ לענין הפירות היא כשלו וקנה הגוף לשעה בשביל הפירות וחל הקנין על הגוף בשביל הפירות אבל האומר לחבירו שיקנה ממנו דמי היין כשימכור היין ואפילו אמר קנה היין להדמים שיהיה ממנו אינו קונה ולא דמי לאילן לפירותיו ובהמה לעוברה דהפירות והעובר יוצאים מגוף האילן והבהמה אבל המעות אינו יוצא מגוף היין [קצה"ח סי' ז'] וי"א דקנה דכיון שמקנה גוף הדבר ויש להקנין על מה לחול אע"פ שאינו מקנה לו מה שתצא מגוף זה אלא מה שיהיה ע"י זה הוי קנין [מל"מ פכ"ג] וגם הראשונים נחלקו בזה [עתוס' גיטין ס"ו] ובית לדמי דירה ודאי קנה דהיא תמיד בעין ועומדת לדירה [ע"ס מ"ב: ד"ס עבד] :

יא אע"ג דאין אדם מקנה דשלב"ל מ"מ יכול להתחייב א"ע בדבר שלב"ל שהרי הוא מחייב את גופו לדבר פלוני וגופו הרי הוא בעולם כמ"ש בסי' ס' ואם יכול לשעבד לבע"ח דבר שלב"ל יש בזה מחלוקת ונתבאר שם דמתקנת חכמים כדי שלא לנעול דלת בפני לוין חל השיעבוד וגם נתבאר שם בסעיף י"ב דזה שיכול להתחייב עצמו בדבר שלב"ל זהו בדבר שבידו להשיג אבל במה שאין בידו כלל כגון שמתחייב א"ע בחפצו של אחר והאחר אינו חנוני ואינו עשוי למכור חפיציו אין החיוב חל ועמ"ש בסי' ר"א סעיף ח' ומי שמקנה לחבירו דבר שלב"ל עם דבר שבא לעולם בקנין אחד י"א דדמי לקני אתה והבהמה שיתבאר בסי' ר"ו וכבר בארנו זה בסימן ר"ג סעיף ח' ע"ש :

יב אם נדר או נשבע לקיים את המקח של דבר שלב"ל חייב לקיים שבועתו אף שאין הקנין חל מ"מ הלא הנדר והשבועה חל עליו ואין יורדין לנכסיו אלא כופין אותו לקיים נדרו ושבועתו [ט"ז] ואם מת אין יורשיו מחוייבים לקיים הקנין וכן אם שאל על נדרו או שבועתו ואע"ג שדבר הנוגע לטובת חבירו אין נשאלין שלא מדעת חבירו מ"מ בדיעבד מותר כמ"ש ביו"ד סי' רכ"ח ועמ"ש בס"ס ר"ז :

יג בתנאי יכול להתנות גם על דבר שלב"ל ועל דבר שאין בידו ועל דבר שאין בו ממש כגון שמוכר לחבירו קרקע ומתנה עמו ע"מ שתתן לי מפירותיה כך וכך בכל שנה או ע"מ שתתן לי חפצו של ראובן דתנאי אינו שייך לעצם המכירה אלא דקיום המקח תלוי בזה וכן יכול האדם לסלק עצמו וכחו מדבר שלב"ל כגון ששיעבד לו נכסים שיקנה ועדיין לא קנה יכול לסלק א"ע אף בלשון דין ודברים אין לי בנכסים שתקנה וכן מי שאירס את האשה ורוצה לסלק א"ע שלא יאכל מפירותיה אחר הנשואין יאמר לה דין ודברים אין לי בפירותיך כמ"ש באה"ע סי' צ"ב ומפני מה מועיל לשון זה הואיל ועדיין לא זכה בו אבל כשכבר זכה בו לא מהני לשון סילוק כמ"ש בסי' ל"ז וסי' קמ"ט ודוקא כשיש לו שייכות לנכסים אלו מועיל סילוק כמו מי שיש לו שיעבוד על הנכסים והאורס את האשה אבל אם אין לו עדיין שום שייכות כלל כגון שאין לו שום שיעבוד על חבירו לא מהני לשון סילוק כמו שאינו מועיל לשון סילוק מפירות קודם אירוסין כמ"ש שם דמאיזה דבר מסלק א"ע כיון שאין לו שום שייכות ואפילו לשון מחילה אינו מועיל בזה דמחילה אינו מועיל רק כשהדבר בא לעולם וברשותו כגון שלוה ממנו ונשתעבדו נכסיו ומוחל לו חובו או שמוחל לו שיעבודו משדה זו אבל דבר שאין ברשותו כלל והענין לא בא לעולם עדיין כגון שלא לוה עדיין ממנו או שיאמר ראובן לשמעון הנני מוחל לך כל מתנות שתתן לי עד שנה מהיום אינו מועיל ואם שמעון נתן לו מתנה אח"כ בקנין אינו מועיל מחילת ראובן הקודמת דכשם שאין אדם יכול להקנות דבר שלב"ל כמו כן אינו יכול למחול דבר שלב"ל [סמ"ע סקכ"א] וי"א דלשון סילוק מועיל אף כשלא נשתעבד עדיין רק לשון מחילה אינו מועיל [ט"ז] והעיקר כדיעה ראשונה [כס"מ] ולכן ראובן שסילק א"ע מחפיצי שמעון שלא יגבם כשילוה שמעון ממנו אינו מועיל הסילוק ואם אח"כ לוה ממנו יכול לגבותם דסילוק כשאין לו שייכות כלל אינו מועיל וגם לשון מחילה אינו מועיל בזה וכן פסק מהרי"ט באשה שהפקידה מטלטלין של בעלה והתנתה עם הנפקד שאם יהיה לו איזה משא ומתן עם בעלה שלא יתפוס אותם ואח"כ היה לו הלואה אצל בעלה ופסק דיכול לתופסם בחובו ובמקום שיכול לסלק א"ע אין חילוק בין מסתלק מדבר שהתורה זיכתה לו או דרבנן זכו לו [קצה"ח] ועמ"ש באה"ע שם סעיף ה' :

יד י"א דאע"ג דאין אדם מקנה דבר שלב"ל מ"מ אם רוצה לקנות מקנה ג"כ דאיידי דבעי למקני גמר ומקני ולכן שנים שהקנו זה מזה בדבר מתנה שאחד מהם יקבל מאחר שלכל מי שיתן יחלוק עם חבירו דקנה כמ"ש לענין אסמכתא בסי' ר"ז סעיף ל"ו ואפילו לדיעה שבריש סי' קע"ו דבשותפין כה"ג יכולין לחזור על להבא וזהו מפני שפועל יכול לחזור בו אבל בלא טעם זה ודאי דקנו [קצה"ח] ואף דשותף לא דמי לפועל מ"מ להא מילתא דמיין :

טו דבר שבא לעולם אלא שאינו ברשותו דינו כדבר שלב"ל שלא קנה ויכול כל אחד מהם לחזור בו ויתבאר עוד בסי' רי"א ובסי' רט"ז וכתב רבינו הרמ"א דמ"מ אם טרח המוכר וקנה הדבר שמכר צריך לקיים מקחו כי אדעתא דהכי טרח וקנה כי היכי דליקום בהימנותיה עכ"ל ודוקא כשהמוכר ידע שאינו ברשותו והלוקח לא ידע אבל כשהלוקח ג"כ ידע שאינו ברשותו לא שייך סברא זו אם לא שהבטיחו בבירור להמציא לו המקח אז שייך כי היכי דליקום בהימנותיה משום ההבטחה המיוחדת [ט"ז] וכן אם המוכר לא ידע שאינו ברשותו לא שייך ג"כ סברא זו והוי מקח טעות [כס"מ]

וי"א

וי"א עוד דסברא זו לא שייך רק בחפץ ידוע דאמרינן שטרח לקנות חפץ זה כי היכי דליקום בהמנותיה אבל בדבר שדרך מוכר זה לסחור בו תמיד לא שייך לומר דלמען זה טרח לקנותו כיון שדרך מסחרו בכך [נס] :

טז כתבו רבותינו בעלי הש"ע בסעי' ו' הפוסק על שער שבשוק וקבל דמים ולא היה אותו המין שפסק עליו ברשות מוכר חייב לקנות וליתן ללוקח מה שפסק ואם חזר בו מקבל מי שפרע אבל אם פסק עמו עד שלא יצא השער שהמקח נעשה באיסור חוזר בו וא"צ לקבל מש"פ עכ"ל דאף שאינו ברשותו מ"מ כיון שיצא השער ומצוי לקנות חשיב כדבר שברשותו [סמ"ע] ולכן אם היה קנין גמור מועיל לקנות לגמרי ובסעי' הקודם מיירי כשלא יצא השער וי"א דאף כשיצא השער אין מועיל שום קנין לקנין גמור רק למי שפרע [ס"ך] וי"א דכשפוסק על דבר מיוחד כגון יין זה לא מהני מה שיצא השער כיון דהוי דבר שאינו מצוי דמי יימר דבעל יין זה יתרצה למכור לו ואינו אף במי שפרע אבל ביין סתם כשיצא השער ומצוי לקנות הוי כברשותו וקנה לענין מש"פ אבל לקנין גמור אינו מועיל באיזה קנין שהוא כהי"א הקודם [נס"מ] והרבה מהגדולים הכריעו לדינא כדיעה ראשונה דבקנין גמור קונה לגמרי כשיצא השער ומצוי לקנות וכן המנהג פשוט אצל הסוחרים שמוכרים כל מיני סחורות שאינם תחת ידם רק שמצוי לקנות והשער ידוע במדינה ומעולם לא שמענו שיערערו בזה מטעם שאינו ברשותו ואף לדעת הי"א כיון שהמנהג כן לא גרע מסיטומתא שבסי' ר"א ועמ"ש שם סעי' ג' ופשיטא שאם כתבו בשטר התחייבות שמחוייב להעמיד לו כך וכך סחורה במקח כך וכך שמחויב להעמיד דהתחייבות מועיל אף לדבר שלב"ל כמ"ש בסעי' י' ובזה א"ש המנהג שנהגו הסוחרים לכתוב קאנטראקטין על מכירת סחורת אע"ג דמטלטלין לאו בני שטרא נינהו אלא משום דבהשטר הלזה מתחייב א"ע והוה חיוב על הגוף והאדם דינו כקרקע ועוד כיון דהמנהג כן הוו כסיטומתא וגם מטעם דינא דמלכותא ויצא השער מקרי במה שדרך הסוחרים למכור במקח הלזה ואין מדקדקים במעט פחות מהמקח או יתר מעט כיון שדרך המסחור כן הוא [כ"ל] :

יז כשם שאין אדם מקנה דבר שלב"ל כך אינו משייר דבר שלב"ל כיצד מכר שדה לראובן ושייר מפירותיה לשמעון דבר ידוע בכל שנה שאמר שדה לראובן וכך וכך פירות לשמעון לא קנה שמעון כלום מהפירות וראובן נוטל כל הפירות והמוכר יחזיר לשמעון מעותיו וסכום אותם הדמים מחוייב ראובן ליתנם להמוכר דלמה יפסיד המוכר ממונו ואם ראובן אין רצונו ליתן אותן המעות שנתן שמעון המקח בטל אך אם רוצה ליתן אין המוכר יכול לבטל המכירה דמיד שקנה ראובן השדה קנה גם כל פירותיה ומקח טעות אין כאן כיון שאין המוכר מפסיד כלום [ככ"ל ומ"ש הסמ"ע בס"ק כ"ד לע"ג] וכל זה הוא שמכר הפירות לאחר אבל אם שייר הפירות לעצמו כך וכך פירות לשנה שיורו שיור דאמרינן דבעין יפה שייר והיינו ששייר מקום הפירות והוי כדקל לפירותיו ואע"פ שלא פירש ולאחר לא אמרינן ששייר מקום הפירות אא"כ פירש להדיא כן ועמ"ש בסי' רי"ד סעיף ד' וכששייר לעצמו אפילו מכר לוקח זה את השדה לאחר חלקו של זה המוכר אינו יכול למכור וצריך גם השני ליתן להמוכר הראשון כל מה ששייר אבל אם אמר המוכר הראשון להלוקח הפירות שלי כל זמן ששדה זו בידך כשמכרה לאחר פקע כחו של המוכר הראשון ואף אם אח"כ חזר הלוקח הראשון וקנאה מהלוקח השני אבד זכותו דהרי הלוקח השני מכר לזה כל זכות שהיה לו וכן אפילו בעודה ביד הלוקח הראשון אם המוכר מת אין ליורשיו כלום אא"כ פירש לי וליורשיי והטעם דהרי אין יכול להוריש דבר שאין בו ממש [סגר"ה] ועוד דכיון דאין לו רק משום דבעין יפה שייר לא מהני רק לו ולא ליורשיו [טור] וי"א דזהו דווקא כשלא שייר דבר מסויים אלא פירות דאז לא הוי רק כתנאי בעלמא ולכן צריך לפרש לי וליורשיי אבל שייר דבר מסויים כגון שמכר בית ואמר הדיוטא העליונה שלי או ששייר בהאילן ענף פלונית יורשים יורשיו אחריו אף בסתמא דהשיור לא נכנס בכלל המכר כלל ובכל מה שנתבאר אין חילוק בין מכר למתנה או מתנת שכ"מ ויש חולקין במתנת שכ"מ וס"ל דאף כששייר לעצמו לא מהני בלא דבר מסויים דכיון דהוא אינו מצפה לחיים והשיור הוא ליורשיו לא אמרינן דמשייר בעין יפה ויש מי שאומר דכששייר לעצמו ממון קצוב כגון שאמר ע"מ שתתן לי מאה זוז צריך לתנם להיורשים אם לא נתנם לו אבל אם אמר על מנת שתתן לי בכל שנה מאה זוז אין כוונתו רק לו ולא ליורשיו אא"כ פירש לי וליורשיי וכן כשאמר ע"מ שתתן לי פירות משני שנים הוי כדבר קצוב ושייך גם ליורשים [עב"י] :

יח אע"פ שצריך לתן לו הפירות ששייר מ"מ אם לא נתנם לו אין המקח מתבטל בכך ויכול לתבוע ממנו הפירות בב"ד אבל קיום המקח אינו תלוי בכך כיון שלא אמר בלשון תנאי ולכן אם אמר ע"מ שתתן לי או לפלוני את הפירות כך וכך אזי קיום המקח תלוי בו ואם לא נתן בטל המקח דאף דאין אדם מקנה דשלב"ל אבל להתנות יכול כמ"ש בסעי' י"ג ובכל מה שנתבאר דלאחר לא מהני שיור ולעצמו מהני אין חילוק בין שיור מקצת פירות לשיור כל הפירות דלאחר לא הוי שיור וראשון קנה דקל ופירותיו והשני לא קנה כלו' ובששייר לעצמו שאמ' לאחר קנה הדקל חוץ מפירותיו דשייר כל הפירות הוי שיור דשייר כל מקום הפירות שהם הענפים ואין ללוקח אלא הגוע לכשיתייבש :

כשם

סימן רי [המקנה לעובר שלו או של אחר ובו ד' סעיפים] :

א כשם שאין אדם מקנה דבר שלב"ל כמו כן אינו מקנה למי שלא בא לעולם דאין הקנין על מי לחול לפיכך המזכה לבן ראובן שיוולד אפילו היתה אשת ראובן מעוברת וגם הוכר עוברה [טור] ואמר אני מקנה דבר זה לעובר של ראובן לא קנה העובר ואף כשאמר שיקנה כשיוולד ולא חזר בו ולא מת עד שנולד ואפילו הקנין קיים כגון שאחר זיכה בהחפץ בעד העובר ומשכו לרשותו וזיכה את הרשות להעובר וכשנולד עדיין החפץ ברשות הזוכה מ"מ אינו קונה ודלא כיש חולקין ואומרים דודאי אם המקנה חזר בו קודם שנולד העובר או שמת קודם לידתו או אפילו לא חזר בו ולא מת רק הקנין היתה בק"ס או בחזקה שהזוכה זכה בעד העובר וכשנולד כבר הסתלק הקנין פשיטא דלא קנה העובר אף אם אמר לכשיולד אבל כשאחר קנה בעדו במשיכה והחפץ עדיין ברשותו של הזוכה כשנולד והזוכה זיכה לו הרשות והמקנה לא חזר בו זכה זה הנולד אם אמר לכשיוולד מפני שהקנין חל עתה אחר הוולדו דלא קיי"ל כן ואפי' לדיעה שבסי' ר"ט סעי' ט' דבדבר שלב"ל קנה בכה"ג זהו מפני שהקונה בעולם וכיון שהמקנה א"ל קנה לכשהדבר יהיה בעולם והקנין היה אז בשלימותו קנה אחר שהיתה הדבר בעולם משא"כ כאן כל דבריו שדבר המקנה לריק המה מאחר שהקונה לא היה בעולם כלל ומ"מ י"א שאם תפס העובר אחר שנולד קודם חזרת המקנה אין מוציאין מידו כמו בדבר שלב"ל [נה"מ] :

ב אמרו חז"ל דאע"ג דהמזכה לעובר לא קנה מ"מ אם העובר היה בנו וזיכה לו מתנה ע"י אחר קנה העובר אף אם לא אמר לכשיולד משום דהדעתו של אדם קרובה אצל בנו וגמר בלבו להקנותו [ב"ב קמ"ב.] ודוקא שאשתו מעוברת בשעת המתנה ואפילו לא הוכר עוברה דעכ"פ יש קריבת הדעת אבל כשאינה מעוברת וזיכה להעובר שתתעבר אינו כלום ויש מי שמצריך שיעברו מ' יום לעיבורה [ש"ך] שנגמר בהם יצירת הולד וכן דוקא שנולד בן קיימא אבל אם לא היה בן קיימא אין דעתו קרובה אליו [סמ"ע] וזכייתו של הבן הוא כשנולד לפיכך אם חזר בו האב קודם שנולד או מת האב קודם שנולד אינו זוכה מפני מתנתו [נה"מ] וי"א דזה שאמרו חכמים דמזכה לעובר שלו קנה אינו אלא בשכ"מ ולא בבריא משום דעובר לאו בר קנין הוא כלל רק בשכ"מ תקנו כיון שדעת האדם קרובה ליוצאי חלציו אם לא יתקיימו דבריו תטרף דעתו עליו ודיעה ראשונה ס"ל דזה הוא מדינא דעובר בר קניין הוא ורק בעובר שאינו שלו לא סמכה דעתו להקנות לו בלב שלם אף לכשיולד אבל בבנו ובתו מקנה בקנין גמור וזוכה כשיוולד ולכל הדיעות דוקא בנו ובתו אבל בן בנו ובן בתו כאחר דמי דאין דעתו קרובה להם כל כך והאם המזכית לעוברה קנה כמו האב שזיכה [שבו"י] :

ג הקנה מקצת נכסיו לבהמה או למי שלא בא לעולם וחזר ואמר לחבירו קנה כבהמה זו או כעובר זה לא אמר כלום דכיון דתלאו במי שאין לו קניין אף הוא אינו קונה ואמרינן דזאת היתה כוונתו כמו שהבהמה לא קנאה גם אתה לא תקנה אבל אם אמר לחבירו קנה נכסיי אתה והבהמה או אתה והעובר קנה הוא מחצה אף שהקנם בקנין אחד מ"מ כיון שלא תלאן זה בזה פלגינן דיבוריה וכן אם אמר לבנו קנה אתה ועובר שלי שתתעבר אשתי ממני נוטל הבן הנולד מחצה בראש ואח"כ כשימות האב חולקין הוא והעובר בהמחצה השנייה בתורת ירושה דמתנתו לגבי העובר אינו כלום כיון שאינה מעוברת וכשם שאין זכייה למי שלא בא לעולם במתנה כמו כן אין לו זכייה בשיעבוד ומיהו יכול להקנות אף לעובר של אחר בקני ע"מ להקנות שיאמר לאחר קנה עתה ע"מ להקנות להעובר של פלוני כשיוולד דזהו כתנאי ותנאי יכול להתנות בכל ענין כמ"ש בסי' ר"ט [ב"י] ויש מי שאומר דגם בבנו אינו מזכה לעובר רק במטלטלין ולא בקרקעות [נמק"י פ"מ דב"ב] וכשם שאין זכייה לעובר כמו כן אין זכייה למת דאינו בר זכייה ומ"מ המקנה דבר למת שהוא לצורך קבורתו וכבודו צריכין לעשות לו כל מה שהתחייב בעדו ועמ"ש בסי' ר"ג סעי' ח' [מ"ש הקצה"ח בשם המרדכי פ' מ"ש כבר בארנו שם וא"צ לדוחקו ודו"ק] :

ד יראה לי דכמו דאמרינן בהקנאה לדבר שלב"ל דלבנו מקנה בכל לבו כמו כן בדבר שלא בא לעולם או שאינו ברשותו או שאין בה ממש דאמרינן כששייר לעצמו בעין יפה שייר כמ"ש בסי' ר"ט סעי' י"ז ובסי' רי"ב סעי' ד' כמו כן כששייר לבנו או לבתו אמרינן ג"כ דבעין יפה שייר וזה שכתבנו בסי' ר"ט דליורשים לא שייר בעין יפה זהו בשארי יורשים ולא בזרעו [וראי' לזה מב"ב ס"ג. אמנם לפמ"ש שם בסי' רי"ב אין ראי' ודו"ק] :

סימן ריא [דין מקנה דבר שאינו ברשותו והכותב נכסיו לבניו לאחר מותו ובו י' סעיפים] :

א כבר בארנו בסי' ר"ט סעי' ט"ו דדבר שאינו ברשותו של אדם הוי כדבר שלב"ל לפיכך שניהם יכולים לחזור בהם אם מכר לו דבר שאינו ברשותו כיצד אם אמר לחבירו מה שאירש מאבא מכור לך אפילו היה אביו גוסס אינו כלום [רש"י ב"מ ט"ז.] דלע"ע אין הנכסים ברשותו וכן כשאמר מה שתעלה מצודתי היום מהנהר מכור

מכור או נתון לך או שאמר שדה זו שאני לוקח לכשאקחנה תהא קנויה לך לא אמר כלום וכן כל כיוצא בזה ומ"מ המוכר סחורה לחבירו במקח כך וכך :אם רק המקח קבוע בערך זה אף שאין הסחורה ברשותו כיון שמצוי לקנותה הרי זה כברשותו וזהו דרך התגרים כמ"ש שם סעי' ט"ז ואפי' לא קבל ממנו כל המעות דרך התגרים לקיים המקח אם רק מכר לו בקנין הנהוג בין הסוחרים ואין בזה חשש ריבית כשלא נתן לו כל המעות כיון שהלוקח יכול לקנות כן בבמה מקומות כמו מזה המוכר לו [כ"ל] :

ב י"א דזה שנתבאר באמר מה שאירש מאבא מכור לך לא אמר כלום אינו אלא דוקא בסתם אבל אם פירש ואמר שדה זו שאירש מאבא מכור לך קנה כיון דבירר מקחו וירושה ממילא קאתי לא חשבינן לה כולי האי לדבר שלב"ל ואע"ג דבשדה זו לכשאקחנה קנויה לך לא קנה זהו מפני שמחוסר מעשה דלקיחתו אבל ירושה ממילא נפלה [ס"ך] ואף לדיעה זו אינו אלא כשהוא יורש יחידי אבל כשיש עוד יורשים אינו מועיל אף שנפלה שדה זו לחלקו דאחין שחלקו כלקוחות דמי [כס"מ] והוי כשדה זו לכשאקחנה ואף ביורש יחידי ובשדה זו אם בא המוכר לחזור בו קודם שמת אביו יכול לחזור בו אפילו א"ל מעכשיו ויש מי שסובר דאינו יכול לחזור בו לדיעה זו ולא נהירא דנהי דלדיעה זו אין זה ממש כדבר שלב"ל מ"מ א"א לומר שהמכירה חלה מעכשיו שהרי אינה ברשותו כלל ואין חילוק בכל זה בין קרקע למטלטלין [סס] :

ג מי שהיה מורישו גוסס ונטה למות ורצה למכור מנכסיו מעט כדי להוציא הדמים בצרכי קבורה והיורש עני ואם ימתין עד שימות וימכור אח"כ ישתהא המת ויתבזה תקנו חכמים שאם מכר ואמר מה שאירש מאבי היום מכור לך ממכרו קיים ואם היורש אינו עני אינו מועיל מכירתו דלא תקנו זה רק מפני בזיון המת ואין מדקדקין אם מכר מעט יותר מצרכי הקבורה אבל הרבה יותר כשמכר אין המכירה קיימת אם לא שאינו מוצא מי שיקנה מעט דאז יכול למכור בכדי השיעור שמוצא למכור וכן תקנו חכמים בצייד עני שאין לו מה לאכול ואמר לחבירו מה שתעלה מצודתי היום מן הנהר מכור לך ממכרו קיים משום כדי חייו שישיג מעות על חיותו וי"א דאין לו למכור רק כדי חיי אותו היום [טור] ולהרי"ף והרמב"ם יכול למכור אפילו כדי חיי הרבה ימים ומתקנות אלו יש ללמוד דבכל כה"ג לא יעכב המכירה מה שלא בא לעולם ואינו ברשותו [כ"ל] ואע"ג דאפשר לעשות בהתחייבות הגוף שחל מדינא אף על דבר שלב"ל כמ"ש בסי' ר"ט מ"מ לאו כ"ע דינא גמירי ומפני כבוד וצער הבריות הוכיחו חכמים לתקן שיועיל המכירה [כ"ל] :

ד היה אביו נוטה למות ולא היתה לו צרכי קבורה ומכר לאחר מירושתו כמ"ש ומת הבן בחיי האב ואח"כ מת האב בן הבן מוציא מיד הלקוחות מה שמכר אביו שהרי אביו כשמת לא באו עדיין הנכסים לרשותו וכשמת זקינו ירשו זה ואין מכירת אביו כלום והמעות שלקח אביו מהלקוחות אם הוציאם בצרכי הקבורה של הזקן חייב בנה בן לשלם להלוקח דהרי יורשו להזקן וצריך לשלם חובותיו ואם לא הוציאם בצרכי קבורה ומאביו לא ירש כלום א"צ לשלם חובו וכן יש מי שאומר שאם ראובן לוה מיעקב אביו ואח"כ מכר נכסיו ומתו ראובן ויעקב וירש חנוך בן ראובן השט"ח מיעקב מוציא חנוך מיד הלקוחות את הנכסים שמכר אביו בעד חוב זה דיכול לומר אני יורש מזקיני ולא מאבי ודווקא שראובן מת תחלה דאם יעקב מת תחלה הרי ירשו ראובן ונפטר מהחוב ונשארו הנכסים ביד הלוקחים :

ה הכותב נכסיו לבנו לאחר מותו שכתב לו מהיום ולאחר מיתה הרי הגוף של הבן מזמן השטר והפירות הם להאב עד שימות דזהו פירושו מהיום הגוף שלך ולאחר מיתה גם הפירות שלך וכן אם כתב לאחר פירושו כן [רסב"ס קל"ו.] ואין המקבל יכול למכור הפירות כל זמן שהנותן קיים אלא יכול למכור ג"כ מהיום ולאחר מיתת הנותן שהלוקח יזכה בהגוף מיד ובהפירות לאחר מיתת הנותן ואפילו אם המקבל מת בחיי הנותן זכה הלוקח שאין כאן מקנה דבר שלב"ל כיון שהגוף שלו ולהאב לא נשאר רק קנין פירות ולאו כקנין הגוף דמי והכל הוא של הבן ויכול למכור וזהו רק במהיום ולאחר מיתה אבל כשזה המקבל מכר לאחר את הקרקע רק לפירותיה ומת בחיי נותן אין הלוקח זוכה בהפירות שהרי המקבל עצמו עדיין לא זכה בהם [כס"מ] :

ו כשמקנה מטלטלין אג"ק צריך שיהיו המטלטלין ברשותו ואף דלא מצרכינן שיהיו מונחין בתוך הקרקע כמ"ש בסי' ר"ב מיהו ברשותו בעינן ולכן מי שנתן קרקע לחבירו והקנה לו על גבה מעות או מטלטלין לא קנה אא"כ היו המעות והמטלטלין ברשותו וצריך להביא ראיה שבאותו שעה שהקנה לו הקרקע היו ברשותו ואע"ג שנתבאר בסי' ס' דלהרבה מהפוסקים אין מדקדקין לידע היאך נתן ומסתמא כדין נתן זהו כשכתוב בהשטר לשון עבר שהוא לשון הודאה שכתוב נתתי ואמרינן דהודאת בע"ד כמאה עדים דמי אבל כשידוע שא"ל בלשון הוה אני נותן שאינו לשון הודאה רק לשון קנין שמקנה לו עכשיו לא מהני וצריך המקבל להביא ראיה [סמ"ע כמ"ש הכס"מ] וע"ש סעיף י"ד :

ז מי שהיה לו פקדון ביד אחר הרי מקניהו במכר ומתנה כמו שהוא בידו לפי שפקדון הוא כברשות בעליו דהרי לא ניתן להנפקד שיוציאנו והוא בחזקת שהוא קיים ואין חוששין שמא נאבד ויכול המפקיד להקנותו אף כשהפקדון הוא בעיר אחרת ואין הנפקד כאן אבל הלואה כיון שניתנה להוצאה אין המלוה יכול להקנותה לאחר ואף כשעדיין המעות הם בעין ביד הלוה לפי שאינם נחשבים כברשותו של מלוה ואין המלוה יכול להקנותם

רק

רק במעמד שלשתן כמ"ש בסי' קכ"ו ואם היתה מלוה בשטר מקנה את השטר בכתיבה ומסירה כמ"ש בסי' ס"ו וזה נקרא ברשותו שהרי יש כאן השטר הנמסר לקנות בו השיעבוד וזה שאמרנו שפקדון יכול להקנותו זהו דוקא כשהנפקד אינו כופר בהפקדון אבל כשכופר ואומר לא הפקדת אצלי אינו יכול להקנותו שזהו כאינו ברשותו אף שהאמת אתו ואע"ג דהרשאה יכול לכתוב גם בכפריה כמ"ש בסימן קכ"ג זהו מתקנת חכמים כמ"ש שם אבל להקנותו לגמרי יכול אף שיש לו עדים שהפקיד אצלו מ"מ מדכפריה עתה אינו נחשב כברשותו [ג"ל] ומי שהיה לו משכון ביד אחרים יכול למכור את היתר על חובו רק המלוה גובה תחלה חובו והמותר יקבל הלוקח וכן יכול להקדישו ואם חל ההקדש נגד חובו של המלוה נתבאר ביו"ד סי' רכ"א וכן המשכיר ביתו לאחר נקרא הבית ברשות המשכיר שיכול למוכרה ולהשכירה לאחר בתוך זמנו של השוכר הראשון שכשתכלה זמנו תהיה נמכרת או מושכרת להשני ולא אמרינן שאינה נקראת ברשותו ואין השכרתו עתה כלום אלא שהיא ממש כשלו ולכן אין המשכיר יכול לחזור בו אף קודם כלות הזמן של הראשון ואפילו השכירו בסתם לא אמרינן דאין הקנין חל רק לאחר זמנו של הראשון ויכול לחזור בו עד אותו זמן אלא השכירות מתחיל מעכשיו והוי כאומר מעכשיו ולאחר זמן פלוני אם לא שאמר מפורש שלא יתחיל הקנין אלא לאחר זמנו של ראשון דאז יכול לחזור בו קודם זה הזמן דזה שאמרו חז"ל שכירות ליומא ממכר הוא אינו אלא באיזה פרטים כמו באונאה וכה"ג אבל עיקר הבית נחשבת לגמרי של המשכיר דשכירות לא קניא [עכו"ס ע"ו] וכן עיקר לדינא דלא כיש מי שמגמגם בזה ולענין הקדש דינו כפקדון ונתבאר שם [גס"מ]:

ח בסי' ר"ט נתבאר דאע"ג דאין אדם מקנה דשלב"ל ודבר שאינו ברשותו מ"מ חיוב מועיל שמחייב את גופו לזה אך גם זה בדבר שביכולתו להשיג כגון שאמר כשאקח חפץ זה אמכרנו לך וזהו בידו למכור לזה כשיקחנו ומועיל חיובו אבל כשמתחייב עצמו לקנות חפץ פלוני ולמכור לו רואין אם חפץ זה הוא ביד חנוני אי ביד בעה"ב העשוי למכור חפציו חל חיובו אבל כשאינו עשוי למכור חפציו אינו מועיל חיובו ואין זה רק כאסמכתא בעלמא ואפילו חייב עצמו בקנס כשלא יעמיד לו דבר זה אינו מועיל וא"צ ליתן הקנס דזהו אסמכתא וי"א עוד דאפי' כשעשה באופן שאין בו אסמכתא כמו בב"ד חשוב ומעכשיו מ"מ אם א"א לו לקנות הדבר הזה בלתי אם ישלם הרבה יותר משויו הוי כאנוס ופטור [גס"מ]:

ט מעשה בראובן שלוה משמעון מנה באחד בניסן עד י"ב חדש ועשה לו שטר מכר משדהו מעכשיו בלא שום תנאי ושיור אלא שהשליש השטר ביד לוי וא"ל אם לא אפרע לשמעון מכאן עד זמן פלוני תן לו שטר מכירה זו וראובן אוכל הפירות תוך זה הזמן ובתוך זה הזמן מכר שמעון את השדה ליהודה קודם שזכה בשטר המכר שביד השליש וכשהגיע הזמן ולא פרע ראובן נתן השליש את השטר מכר לשמעון והחזיק יהודה בהשדה ואכל פירותיה ובא ראובן להוציא את יהודה מן השדה בטענה שלקחה קודם שזכה שמעון בהשטר והוי כמוכר דבר שאינו ברשותו ופסק הראב"ד ז"ל שאין שומעין לו לפי שכשהגיע השטר ליד שמעון זכה בהשדה למפרע משעה שנכתב השטר וכמ"ש בסי' ל"ט ואין בזה משום אסמכתא כדין משליש שטר שבסי' ר"ז דכיון שנעשה המכר מעכשיו בלי תנאי ובלי שיור ובקנין ואפילו היה נאבד שטר המכר לא נבטלה המכירה שכבר קנאה במעותיו משעת מתן מעות [כ"ז בס"ס כ"ד] והוי השדה ברשות שמעון ומכירתו קיימת ואין זה דבר שאינו ברשותו ודוקא כשאמר מעכשיו אבל בלא מעכשיו אף שאח"כ נשארה ביד שמעון אין מכירתו הקודמת קיימת דהוה כדבר שאינו ברשותו:

י נדר ושבועה חל אף על דבר שאינו ברשותו ושלא בא לעולם כמ"ש בסי' ר"ט סעי' י"ב ואם מפקיר דבר שאינו ברשותו או שלא בא לעולם דלכשיבואו לרשותו או כשיבא לעולם יהיה הפקר יש מי שרוצה לומר דהוי הפקר דהפקר הוא מדין נדר אבל העיקר לדינא דאינו כלל מדין נדר ואין ההפקר חל [קל"מ]:

סימן ריב [דין מקנה דבר שאין בו ממש כמו דירה ודין מקדיש דשלב"ל ובו י"א סעיפים]:

א אין אדם מקנה לאחר לא במכר ולא במתנה אלא דבר שיש בו ממש אבל דבר שאין בו ממש אע"פ שישנו בעולם, וברשותו הם כיון שאין בזה ממש אין להקנין על מה לחול כיצד אין אדם מקנה לחבירו ריח התפוח ולא טעם הדבש ולא עין הבדולח דריח וטעם ומראה אין ממשות בהם אלא יקנה לו התפוח לירח בו והדבש לטעום ממנו והבדולח ליהנות מראייתו לפיכך אם הקנה לחבירו דירת ביתו אינו נתפש בקנין דדירה אין בה ממש אלא יקנה לו ביתו לדור בו והרמב"ם ז"ל כתב בפכ"ב המקנה לחבירו אכילת פירות דקל זה או דירת בית זה לא קנה עד שיקנה גוף בית זה לדור בו וגוף אילן לאכול פירותיו עכ"ל דס"ל דאע"ג דהפירות בעולם מ"מ שם אכילה הוי דבר שאין בו ממש כדירה וריח וצריך להקנות לו את הדבר הנאכל כלחם ובשר ופירות ויש חולקין וס"ל דאכילה הוי דבר שיש בו ממש ואם רק באו הפירות לעולם יכול להקנות אכילתן [טור לדעת ב"י

נ"ין] וכן המוכר אויר חורבתו ואויר חצרו כגון שהיה לחבירו כותל סמוך לחצרו או להורבתו והקנה לו אוירו שיכנים חבירו זיזין בהאויר שלו לאו כלום הוא בין במכר בין במתנה דאויר אין בו ממש אא"כ יקנה לו חצרו וחורבתו להוציא בו זיזין וכן שנים שיש להם חצר בשותפות וקבלו בקנין לחלוק את החצר אינו כלום דחלוקה אין בה ממש אלא יברור החלקים ויקנו שלזה שייך חלק מזרחי ולזה חלק מערבי כמ"ש בסי' קנ"ז [עסמ"ע סק"א וט"ז ול"ע והעיקר כרבינו סב"י וכ"כ הגר"א סק"א ודו"ק]:

ב יש להסתפק אם מועיל התחייבות הגוף לדבר שאין בו ממש כלדבר שלב"ל שנתבאר בסי' ר"ט סעיף י' או אפשר דלא דמי דדוקא אם הקנין אינו חל מפני שהדבר לא בא לעולם לזה מועיל התחייבות הגוף דהגוף הוא בעולם ומועיל ההתחייבות לכשתבא הדבר לעולם אבל כשהדבר אין בו ממש אף שיתחייב בגופו שיש בו ממש אכתי לעולם לא יצא החיוב לאור דלעולם לא יהיה ממש הדבר שהתחייב א"ע בו וכן נ"ל עיקר לדינא [וכ"מ מתוס' ב"ב ג' ד"ס ק"ד ומהסוגיא גופה ראיה מדלא מסני כן ודו"ק]:

ג מדינא דמלכותא או ממנהג הקבוע במדינה מועיל גם קנין לדבר שאין בו ממש כמו שהמנהג פשוט במחזיקי חכירות בשר כשר שמשתוים עם אנשי הישוב שישלמו כך וכך בכל שנה ויכול לשחוט כרצונו בלי תשלום מכל ליטרא כפי החוק וזהו דבר שאין בו ממש ולא ראינו מי שיערער בזה וכן כל כיוצא בזה בשארי הענינים ועמ"ש בסי' ר"א סעיף ג' וכן מועיל לדבר שלא בא לעולם ולדבר שאינו ברשותו ועמ"ש בסי' ר"ט סעיף ט"ז:

ד וכ"ז כשמכר או נתן לאחר אבל אם מכר לאחד בית או חורבה או חצר או אילן ושייר לעצמו דירת הבית ואויר החורבה והחצר ואכילת הפירות מהני דבעין יפה שייר והוה כאלו פירש ששייר לעצמו מקום להאויר ולהדירה ומקום בגוף האילן לאכילת הפירות וכתב רבינו הב"י דאפילו לא הזכיר שיור בחצר כלל אלא מכר לו בית וא"ל על מנת שדיוטא העליונה והיא גג שיש לו מעקה י' טפחים תהא שלי אמרינן ששייר לעצמו מקום בחצר להוציא זיזין מהדיוטא להחצר אם גם החצר מכר לו דכיון דלא היה צריך לזה התנאי דבלא"ה אין הדיוטא העליונה נמכרת בכלל הבית כשלא פירש בהדיא כמ"ש בסי' רי"ד אמרינן דמועיל יתור לשון להוציא זיזין מהדיוטא להחצר [סס בטור] ואע"ג דתנאי בלא"ה יוכל להתנות על כל דבר כמ"ש בסי' ר"ט סעיף י"ג זהו אם התנאי היה מפורש על האויר אבל במה דדרשינן מיתור לשון לא היה מועיל התנאי אם לא אמרינן דשייר מקום לזה [עט"ז ולפמ"ס א"ס] וכתב רבינו הרמ"א דאם שייר לעצמו זכות וגם שייר לאיש אחר אמרינן דכמו ששייר לעצמו בעין יפה ובאופן המועיל כמו כן שייר לחבירו דודאי על ענין אחד נתכוין עכ"ל ואע"ג דבהקנה דבר שמועיל בו קנין עם דבר שאינו מועיל יש בזה מחלוקת כמ"ש בסי' ר"ט שאני התם דלזה מועיל הקנין ולזה אינו מועיל כלל אבל בכאן דלשניהם אינו מועיל בלא שיור וכיון שההקנאה היתה בפעם אחת אמרינן כמו ששייר לעצמו כמו כן שייר להאחר [סמ"ע] וכששייר לעצמו ולאחר צריך שיאמר שנותן זה לאחר במתנה דשיור אינה מתנה [עש"ך ול"ע דהרמ"א לא מיירי בזה ופשיטא סכן סוא]:

ה כתב רבינו הרמ"א האומר ידור פלוני בבית זה ולא קצב זמן הדירה אפילו רק שעה אחת במשמע עכ"ל ולא דמי למ"ש בסימן ס' סעיף ו' דלכל הפחות חייב בשנה אחת שאני התם דמלשונו מוכח כן שאמר או לזונו או ליתן לו מנה לשנה הרי לשנה ודאי התחייב עצמו ועוד טעמים בארנו שם ודע דאין כוונתו שאמר בלשון זה דזה הלשון אינו מועיל אף לשעה דאין בה ממש כמו שנתבאר אלא כוונתו שאמר יקנה הבית לדירה ומ"מ יכול לומר שלא כיון רק לשעה אחת [סמ"ע] ובסי' ס' הביא עוד דיעה דכשאמר סתם משמע כל זמן שיצטרך ושם בארנו בזה בס"ד ע"ש:

ו שטר שכתוב בו וקנו ממנו שנותן לפלוני לדור בביתו אינו כלום דאז עיקר הקנין הוא על הדירה ואין בדירה ממש ואם הדירה מפורשת מקודם בהשטר ואח"כ הקנין כגון שכתוב בו שראובן נתן לשמעון לדור בביתו וקנו ממנו ע"ז יש לנו לפרש לשון השטר שהקנין היה באופן המועיל שהקנה לו הבית לדור בו וכ"ש אם החזירו הקנין למטה בשטר שכתבו וקנינא מפלוני על כל הא דכתוב ומפורש לעיל דודאי ליפוי כח כתבו וקנו ממנו באופן המועיל ואע"ג דבכל הדברים יד בעל השטר על התחתונה מ"מ הקנין מילתא אלימתא היא וכיון שיכולין לפרש שלא יתבטל הקנין מפרשין אותו כך וכי הדין בקנין פירות כשיש לפרש הקנין בהשטר באופן המועיל מפרשין אותו וכן אם כתוב בהשטר שנתן לו כח ליקח הפירות או הדירה כתקון חז"ל אף שנכתב הקנין שלא באופן המועיל מ"מ הרי הודה שהקנה לו כתקון חכמים ויש לפרש שנתן לו באופן המועיל וכ"ש אם כתב שנתן לו בכל אופן היותר מועיל ע"פ הדין וכ"ז כשהבע"ד או העדים בקיאים בדינים אלו דאל"כ מה מועיל הכתיבה כיון שאינם יודעים איך מועיל [כ"ל] ולכן טוב לעשות שטר בב"ד דכל ב"ד מסתמא בקיאים בדינים:

ז כפי מ"ש בסי' ר"ט כשאדם רוצה למכור פירות אילנותיו כשעדיין לא גדלו לא ימכור הפירות מפני שהם דבר שלב"ל אלא ימכור האילנות לפירותיהן על זמן כך וכך ושמא תאמר דלפ"ז אין זה מכירת פירות אלא מכירת קרקע לזמן קצוב ואיזה הפרש יש בין ול"ז דבאמת יש הפרש גדול דהמוכר גוף הקרקע לזמן קצוב משתמש הלוקח בגוף הקרקע כחפצו לשטוח פירות ולעשות גורן ולהעמיד בהמות ובונה ועושה בכל זמנו הקצוב

הקצוב כמו שעושה הקונה קנין עולם לעולם ורק בכלות הזמן תחזור הקרקע להבעלים אבל המוכר אילן לפירותיו אינו יכול לשתמש בהאילן שום תשמיש וכן בקרקע וכ"ש שאינו יכול לשנות צורתה ולא יבנה וזה שאמרנו שהקונה שדה לפירות אין לו לעשות כלום בגופה של שדה זהו דוקא בקנין פירות לזמן אבל קנין פירות לכל ימי חייו כמו בעל בנכסי מלוג של אשתו יכול לעשות בהקרקע כל מה שירצה כמ"ש באה"ע סי' צ' :

ח ואיזה הפרש יש בין המוכר שדה זו לפירותיו ובין מוכר פירות שדה זו אחר שבאו לעולם שהמוכר פירות השדה אין ללוקח להשתמש בשדה זו כלל אפילו ליכנס בה אלא בשעת לקיטת הפירות ובעל השדה משתמש בשדה זו כחפצו אבל המוכר שדה לפירותיה אין בעל השדה יכול להכנס בה אלא מדעת הלוקח ויש ללוקח להשתמש בכניסה ויציאה כחפצו ואיזה הפרש יש בין הקונה שדה לפירותיה ובין שוכר שדה מחבירו שהקונה שדה לפירותיה יש לו לנטעה או לזרעה כל זמן שירצה כל משך זמן הקצוב והשוכר אינו כן כמ"ש בסי' ש"ך דהשוכר אינו רשאי לשנות ממנהגה ובשנה הנהוג להובירה אינו רשאי לזרוע ועוד יש הפרש דהשוכר אינו רשאי להשכיר לאחר והקונה מקנה לאחר מה שקנה ואע"ג דלדעת הרמב"ם בפ"ה משכירות יכול השוכר להשכיר בקרקע זהו בבית וכשמשכירו למנין בני בית שאינם מרובים משלו כמ"ש בסי' שט"ז ויחזיר לו בשלימותו כמו שמסרו לו ואם יקלקל יהיה הקלקול ניכר אבל בשדה חיישינן שהאחר יכחישנה בזריעתו התמידית והקלקול לא יהיה ניכר לשעתו [סמ"ע] וגם בבית יכול הקונה להקנות גם לאנשים מרובים משא"כ בשוכר ועוד יש הפרש דהמוכר שדה לפירות אין לו רשות להלוקח רק לזרוע ולנטוע ולהלך בה אבל להעמיד בהמות ולעשות גורן ודאי דאין לו לעשות דלא מכר לו רק לפירות ובשוכר שדה יכול לעשות בה כל מה שירצה במשך שכירותו לבד הפירות ובניינים [ג"ל] :

ט כתב הרמב"ם ז"ל בפכ"ב דין ההקדש ודין העניים ודין הנדרים אינו כדין הדיוט שאלו אמר אדם כל מה שתלד בהמתי יהיה הקדש לבדק הבית או יהיה אסור עלי או ינתן לצדקה אע"פ שאינו מתקדש לפי שאינו בעולם הרי זה חייב לקיים דברו שנאמר ככל היוצא מפיו יעשה והואיל והדבר כן אם צוה אדם כשהוא שכ"מ ואמר כל מה שיוציא אילן זה לעניים או שכר בית זה לעניים זכו בהם העניים עכ"ל דכיון דחל עליו הנדר ומצוה לקיים דבריו חל השיעבוד על נכסיו והיורשים לשלם [ב"ח] והוה כאלו הקנה הבית לעניים עד שיקבלו השכירות וכן האילן הקנה להם עד שיקבלו הפירות ואין בניו יורשים אותו עד שיקיימו תחלה את הנדר [סמ"ע] ויש מרבותינו שחולקים על הרמב"ם בשני דברים האחד דאין נדר חל עד שיקבלו על עצמו כגון שאמר כשתלד בהמתי או אילן זה יוציא פירות או שכר דירת בית זה אתתנו להקדש או לעניים הוי נדר מפני שקבל על עצמו שאמר אתננו אבל כשאמר יהיה הקדש או יהיו לעניים או ינתן או תתנו לא קנו לא ההקדש ולא הצדקה דאין אדם מקדיש דבר שלב"ל ועל עצמו לא קבל הנדר אלא אמר שיהיה כן או צוה לעשות כן ואין זה נדר ודבריו בטלים והשנית אפילו כשאמר אתננו דהוה נדר אין זה רק כשהנודר קיים אבל אם מת אינו כלום שהרי אין כאן בי שהנדר מוטל עליו ואין נכסיו משתעבדים לנדרו אלא כשקיום הנ־ר היה בחייו כגון שבחייו הוציא האי־ן את הפירות או שכבר היתה שכירות הבית שהשוכר חייב ליתן דמי דירה אבל כשמת קודם שבאו לעולם אין על מי לחול הנדר [שס] ורבינו הרמ"א כתב שסברא זו עיקר וכן ראוי להורות ולפ"ז שכיב מרע המצוה צוואתו ורוצה להניח לצדקה הריוח מבתים וחנויות ומעות יאמר הנני מקדיש לעניים או לצדקה פלונית את הבית או החנות או המעות לפירותיהם דהוי קנין גם בבריא וקנו העניים או ההקדש ומפני נדר אין מקום לחול לפי דיעה זו כשחלות הנדר היתה לאח־ מותו אא"כ חל בחייו דאז נתחייבו נכסיו ולכן כשאמר אתן מנה מנכסיי או חפץ פלוני או קרקע פלונית חל הנדר מיד כיון שהם בעולם וכ"ש כשאמר מנה מנכסיי יהיה לפלוני או חפץ פלוני או קרקע פלונית יהיה לפלוני דזכה אותו פלוני מיד כיון שהדבר בעין ואם נשבע לקיים המקח או המתנה נתבאר בסי' ר"ט ע"ש וכשהקדיש חוב שיש לו על אחר שכשיפרע יתננו להקדש הוה ג"כ דבר שלב"ל והוה כמו פירות מאילן ותלוי בלשונו אם אמר אתננו ונגבה בחייו חל הנדר ונשתעבדו נכסיו כמ"ש [ס"ך] ואם יש משכון על החוב או אחריות על נכסי הלוה שיכול לגבות מהם בערכאות נ"ל דחל הנדר מחיים דיש להנדר מקום לחול וכבר בארנו בסי' ר"ט דמעות לפירות הוי כדקל לפירותיו ועמ"ש בס"ס ס"ו :

י קנה קרקע על דעת שיעשנו הקדש ולא הוציא מפיו כלום י"א דכיון שגמר בלבו ליתן לצדקה חייב ליתן שנאמר בתרומת המשכן כל נדיב לב ובקרבן ג"כ כתיב וכל נדיב לב עולות הרי דצדקות והקדשות חיוב בלב הוי חיוב ויש מי שאומר דחולין מקדשים לא ילפינן דגם המשכן הוי כקדשים והאידנא כל ההקדשות יש להם דין חולין כמ"ש בסי' צ"ה הלכך כל שלא הוציא בשפתיו אינו כלום וכתב רבינו הרמ"א דיש להחמיר כסברא הראשונה וכ"כ ביו"ד סי' רנ"ח דאע"ג דשארי דברים לא ילפינן מקדשים מ"מ כל נדרי צדקות הוי בכלל נדיב לב ואין זה רק לענין נדרי צדקות אבל בנדר שלא מענין צדקות וכן בשבועית ובשארי איסורים קבלה בלב אינו כלום כמ"ש ביו"ד סי' ר"י וסי' רל"ט ובא"ח סי' תקנ"ג וסי' תר"ח דלענין קבלת תענית מבעוד יום בט"ב ויה"כ אינו כלום וזה שנתבאר שם בסי' תקס"ב דלקבלת **תענית** מועיל

מועיל קבלה בלב אינו לחיובא אלא דמועיל לענין שלא יהא כתענית שלא קבלו עליו מבע"י דאינו תענית כלל דכיון דמצינו בקרבנות דקבלה בלב הוי קבלה לחיובא לכן גם בתענית מועיל עכ"פ דליחשביה לתענית [כנלע"ד ומ"ש קושית סמ"ז על הטור והגר"א על הרמ"א בסותרים ה"ע וכ"מ מתוס' ע"ז ל"ד ודו"ק] :

יא ממה שכתבנו בסעיף ט' נתבאר דאם אמר קרקע זו לכשאקננה תהיה הקדש אינו כלום שאין אדם מקדיש דבר שלב"ל וגם נדר אין כאן כיון שלא אמר אקדישנה אבל אם אמר לכשאקננה אקדישנה או אתננה להקדש או לצדקה אע"ג דאין יכול להקדיש דבר שלב"ל מ"מ חייב מתורת נדר וכשיקחנה חייב לקיים נדרו ואם אמר קרקע זו אקננה ואקדישנה חייב לקנותה ולהקדישה ולהרמב"ם אפילו אמר תהיה הקדש הוי נדר כמ"ש :

סימן ריג [פירות כוורת ופירות שובך באיזה ענין קנה ובו ב' סעיפים] :

א אע"ג דבמוכר פירות שדה ואילן נתבאר דלא קנה מפני שלא באו לעולם אא"כ מכר שדה לפירותיו ולא אמרינן כשהקנה לו הפירות דמסתמא הקנה לו השדה להפירות מ"מ המוכר פירות שובך לחבירו היונים שיולדו וכן המוכר פירות כוורת לחבירו הדבש שיהיה בכוורת זה אע"ג שלא אמר שובך לפירותיו וכוורת לפירותיה מ"מ קנה אף שהיונים והדבש עדיין לא באו לעולם משום דאמרינן דמסתמא היתה כוונתו כן והקנה לו השובך והכוורת לפירותיהן והטעם דלא דמי לשדה ואילן שחשובין בפ"ע גם בלא הפירות ואין בטילין לגבי פירותיהן וכיון שלא הזכירן בפירוש אינו מקנהו לו בסתמא אבל השובך והכוורת אין להן שום חשיבות בפ"ע וטפלין הן להפירות ולכן אף שלא הזכיר רק הפירות מסתמא הקנה לו גם השובך והכוורת עצמן והוה סתמא דפירות שובך וכוורת כפירושא דשדה ואילן לפירותיהם [ב"י] וכן המוכר דגים של אמת המים אף שלא הקנה לו אלא הדגים קנה אף שהדגים עדיין לא באו לעולם הו"ל כמו שאמר הנני מוכר לך המים לדגיהם שהמים טפלים להדגים [לבוש] וכ"ש כשאמר אני מוכר לך שובך ליונים וכוורת לדבשו דקנה ואע"ג דאין היונים יוצאים מגוף השובך ולא הדבש מגוף הכוורת ואינו דומה לפירות קרקע ואילנות מ"מ קנה שזה דומה למוכר אמת המים לחבירו שהוא נהנה בכל מה שיצוד בה אף דהדגים אינם מגוף המים אלא נתגדלו בהמים וכן נמי ביונים ובדבש [סמ"ע] ועוד דשובך ויונים שם אחד להם ושובך בכלל יונים ויונים בכלל שובך והמוכר שובך מכר יונים והמוכר יונים מכר שובך כמ"ש בסי' ר"ך משום דבלשון בני אדם כלולים בלשון אחד משא"כ באילן ופירות משום דאין יונים בלא שובך ואין שובך בלא יונים דכל יונה צריכה לשובך ועדיפא בזה מאילן ופירות :

ב הבצים והאפרוחים שהם עתה בהשובך אע"פ שהם בשובכו והוי כבחצרו מ"מ אינו יכול להקנותם מפני שגם הוא בעצמו אינו קונה אותם כל זמן שלא פרחו ודבר זה תקנת חכמים הוא שאסרו לכל אדם לזכות בבצים ואפרוחים כשהם בשובך והאם רובצת עליהן דכיון דמן התורה אסור לזכות בהאם כשהיא רובצת עליהן וחייב לשלחה דזהו מצות שילוח הקן וחששו חז"ל שאם נתיר לו לזכות בהבצים והאפרוחים יטול גם האם ולכן תקנו שלא יזכה בהם ג"כ וכיון שבעצמו לא קנאם איך יקנה אותם לאחרים לפיכך הרוצה להקנות אפרוחים ובצים אלו לחבירו מטפח על השובך כדי שיפרחו ויוגבהו האמהות מעל הבנים ואח"כ יקנם לאחר בקנין אג"ק או באחת משארי דרכי הקנאות שמטלטלין נקנין בהן ואינו יכול להקנותם אלא כשידוע שאין האם רובצת עליהן דמסתמא רובצת האם על הבנים אבל כשהלכה האם אע"פ שחזרה עליהן שוב אינו חייב בשילוח כיון שהקן הוא ברשותו והוה ליה מזומן כמ"ש ביו"ד סי' רצ"ב ויכול להקנותם לאחר אבל בקן שבשדה שאינו שלו והוא הפקר אסור לו לזכות בהן כל זמן שהאם רובצת כמ"ש שם :

סימן ריד [המוכר בית סתם מה נמכר עמו ובו כ"א סעיפים] :

א בסימנים אלו עד סי' רכ"א יתבארו דברים שהמוכר מכרן בסתם ולא פירש הפרטים כגון שנכתב בשטר שמוכר לו בית פלוני או חצר פלוני או שדה פלונית ופרדס וכרם ומרחץ וספינה וכיוצא בהם ולא פירש פרטיהם מה מכר עמהם ומה לא מכר יתבאר מה נמכר עמהם ומה לא נמכר עמהם ובכולהו הוי טעמא משום דקים להו לחז"ל שזה הדבר דרך בני אדם לכלול אותו בלשון זה מפני שהוא עיקר תשמישו של אותו דבר הנמכר ובוודאי היה דעת המוכר להקנות לו אותו דבר הפרטי בהכללי ודע שהרמב"ם בפכ"ז כתב בזה כלל גדול דאין כל אלו הדברים אמורים אלא במקום שאין שם מנהג ולא שמות ידועים לכל דבר ודבר בפ"ע אבל במקום שנהגו שהמוכר כך מכר כך ה"ז מכור וסומכים על המנהג בין בקרקעות בין במטלטלין וזה עיקר גדול

בכל

בכל דברי משא ומתן הולכין אחר לשון בני אדם באותו מקום ואחר המנהג רק במקום שאין ידוע בו מנהג ולא שמות מיוחדין אלא יש קורין כך ויש קורין כך עושים כמו שפירשו חכמים עכ״ל ועוד כלל גדול יש בזה דכל זה לא מיירי אלא בשעת המכר או בשעת המתנה כשמכר או נתן סתם ולא פירש הפרטים בזה אמרו חז״ל לפי בקיאותם בלשונות בני אדם שדבר זה מכר וזה לא מכר אבל אם המכירה או המתנה לא היתה לפנינו וגם אין שטר אלא שהמוכר או הנותן הודה דרך הודאה גמורה שמכר או נתן ביתו או חצירו או כרמו ופרדיסו לפלוני כל התשמישים בכלל דבהודאה א״צ להודות רק על הכלל ולא על הפרטים משא״כ בשעת משא ומתן צריכים לפרוט כל הפרטים וכשלא פרטו אמדו חז״ל מה ששייך לזה בהכרח ולפי הלשון של בני אדם ויש מי שרוצה לומר דהודאה שהקונה קונה בהודאה זו ובלא זה לא היה הדבר ידוע כלל צריך לפרוט כל הפרטים ואם לא פרט ידונו כמו שיתבאר לפנינו ורק בהודאה דרך סיפור בעלמא א״צ לפרט [סמ״ע] והעיקר כדיעה ראשונה דבהודאה א״צ לפרט אף שקונה בהודאה זו [ט״ז] ונראה דבהודאה בשטר אף שמודה שכבר מכר או נתן מ״מ כיון שכותב עתה שטר הודאה צריך לפרוט ואם לא פרט צריכים לדון כמו שיתבאר וכלל הענין לפי הדינים שיתבארו שהמוכר דבר בכלל ולא פרט פרטיו ודבר זה יש לו תשמישים לא מכר את התשמישים רק הדברים שיתבארו אא״כ פרשם:

ב כיצד מכר את הבית לא מכר את היציע ומהו יציע י״א שהוא חדר שעושים סביבות כותלי הבית מבחוץ [רי״ף רפ״ד דב״ב] ואע״פ שהוא פתוח לתוכו שאין לה פתח אחר ומן הבית נכנסים לתוכו או שהוא בעוביו של כותל אבל מה שבבית בפנים כלול בלשון בית [כ״מ פכ״ס ממכירס] וי״א שהוא בניין נמוך אצל הבית מצדו או מאחוריו ועשוי בחלונות לנוי [רסב״ס סס] בד״א כשהיה רוחב היציע ד׳ אמות או יותר אבל פחות מזה הרי הוא בכלל הבית אפילו אינו פתוח לתוכו וכן העלייה שע״ג הבית הפתוחה לתוכו בחלון שבגג הבית ובלשון הגמ׳ נקראת ארובה וגג הבית היא קרקעית העלייה ונקראת מעזיבה ואין להעלייה פתח אחר רק עולין בסולם מהבית להעליה דרך הארובה ודרי היא בכלל הבית אפילו כשרחבה ד״א אבל כשיש להעליה דרך מבחוץ כמו מרפסת אינה בכלל הבית כשרחבה ד״א [נ״ל] וכיון דיציע אינה בכלל הבית כ״ש שלא מכר את החדר שלפנים מהבית שאינה עשויה לדירה אלא להצניע שם כלים ובגדים וממון ואין תשמישו כתשמיש הבית וי״א דגם בחדר בעינן ד״א אבל פחות מזה דינו כיציע וכן עיקר לדינא ואין להקשות למה לא נראה לפי המקח דיש להבין לפי הדמים שנתן הלוקח אם כלולים בהבית אם לאו כמו שיתבאר סברא זו בסי׳ ר״ך לענין צמד ובקר דקיי״ל שם דהדמים מודיעים די״ל דאין זה רק במטלטלים אבל בקרקעות אין הדמים ראיה דפעמים שאדם קונה קרקע בהרבה יותר משויה [תוס׳ סס] ודע דבזמניהם לא היה כמו בזמנינו במדינותינו שכל הבניינים כלולים בלשון בית וכשמוכרים בלעדי הבנינים והעליות מפרשים בפרטיות אבל בזמניהם שם בית לא כלל רק החדרים שדרים שם וגם לא עליות וכן שארי דברים שבזמנינו אינו כן לפי הלשון וכמ״ש בשם הרמב״ם ז״ל:

ג בכל אלו שאמרנו שאינם בכלל הבית אפילו מצר לו מצרים חצונים והיינו כשכתב לו מצרי הבית נתן סימני המצרים בהשטר מה שאחר כל הבנינים ובנינים אלו כלולים בתוך המצרים מ״מ אינם מכורים בכלל הבית דאמרינן דמפני שרצה לעשות סימנים הניכרים לכל הרחיב לו המצרים ולא מצר את היציע והחדר מפני שאינם ניכרים לכל אבל לעולם לא מכרן בכלל הבית דכיון דבלשין רוב בני אדם אינם כלולים בשם הבית לפי זמנם אין ביכולת הלוקח להוציאם ממנו בשביל המצרים כיון שלא פרטן ואם באמת מכרן לו הלוקח אפסיד אנפשיה מה שלא פרטן ואף שי״א דביציע כשמצר לו מצרים חצונים נכללת בהבית ויש שמסתפקים בזה אבל הרא״ש והטור הכריעו דדינו כחדר וכ״נ דעת רבינו הרמ״א:

ד וכן לא מכר לו את הגג בזמן שיש לו מעקה גבוה עשרה טפחים ויש לו רוחב ארבע אמות ואפילו הגג אינו מקורה ומגופף [נמק״י סס] דגגין שלהם היה ראוי לתשמיש שהיו חלקים ותשמישן הלוק מתשמיש חבית ויש לו כל דיני יציע וחדר שנתבאר ובכל דברים אלו כיון דרובה דאינשי קורין להבית בית ולהיציע ולהחדר ולעליה כשיש לה פתח מבחוץ ולגג קורין לכל אחד שם הפרטי שלו וכשמזכירין בית אינם כלולים בו אע״ג שיש מיעוט אנשים שכוללין כל אלו בשם בית וכשמזכירים הבית כוונתם גם על כל אלו מ״מ כיון דרובה דאינשי אינם כוללים אותם בשם בית לא מהני לא הרחבת מצרים ולא הודעות הדמים [כ״מ בגמ׳] ואם רוב אנשים כוללים אותם בלשון בית כמו במדינתינו ודאי דבכל ענין הם מכורים בכלל בית:

ה וכן המוכר את הבית לא מכר לו את הבור והדות שהמים מכונסים שם ושואבין מהם ובור הוא בחפירה בקרקע קשה בלא כותל של בנין ודות הוא חפירה בקרקע רכה וסביבו כותל בנין כמרתפים שלנו ואף שהם תחת הבית אין נמכרין עמו בסתם מפני שיש להם שם בפ״ע ואף כשאינם רחבים ד׳ אמות [סמ״ע] מפני שאינו שייך כלל להבית ומ״מ אם אינם גבוהים י״ט בטלים להבית דלא חשיבי כלל [נ״ל] ובזה ג״כ אף שמצר לו מצרים חצונים כמ״ש ביציע וחדר ואף גם אם כתב ולא שיירית בזבינא אלין כלום ואף גם כתב לו עומקא ורומא אינו מועיל כלום כיון שיש להם שם בפ״ע וכן הרומא אינו מועיל להגג [סס] אבל כשמצר לו מצרים וכתב לו קנה

יך כל מה שבתוכו קנה אף הבור והדות דלשון זה עדיף מלשון דלא שיירית בזביני כלום [סס] וי"א דאם כתב לו ולא שיירית וכו' דג"כ מועיל ונמכרין בכלל הבית ורבינו הרמ"א כתב שני הדיעות ודיעות *אלו חלוקין גם ביציע וחדר ועליה וגג ולי נראה דאין כאן מחלוקת דודאי אם יש אף מיעוט אנשים שכוללים דברים אלו בלשון בית מועיל לשון דולא שיירית וכו' ואם אין אפי' מיעוט לא מהני לשון זה כיון דאין אדם שיכללם בלשון בית ודיעות אלו לא נחלקו בעיקר הדין רק דנחלקו אם יש מיעוט שכוללין אותם בלשון בית או לא [וכ"מ מכמק"י וכן מוכח בסוגיא ודו"ק] :

ו אע"פ שלא מכר לו הבור והדות מ"מ יכול לעכב את המוכר שלא ילך דרך ביתו וחצירו להבור והדות וצריך המוכר ליקח לו דרך מהלוקח ולא אמרינן ששייר לו דרך לילך לבורו ודותו ואם א"ל בשעת המכר אני מוכר לך הבית חוץ מהבור והדות א"צ לקנות לו דרך כיון שהזכיר מה שלא היה צריך אמרינן דכוונתו היה לשייר הדרך להם אבל בלא זה לא אמרינן דשייר לו דרך דכללא הוא דמוכר בעין יפה מוכר וכ"ש נותן ובכל מה שמכר או נתן לא שייר לעצמו כלום אף שצריך לה בשביל הדבר האחר שלא נמכר בכלל הבית אם לא הזכיר הדבר האחר מפורש [ות"ס סוף פירות דסי' ר"ע] והמוכר בור או דות לחבירו אין הלוקח צריך ליקח ממנו דרך אלא נכנס לתוך ביתו של מוכר עד הבור והדות דמסתמא מכר לו בעין יפה שיהא לו דרך לבורו ודותו שקנה בד"א שאין ללוקח דרך אחר חוץ מזה שיתן לו אבל אם יש לו דרך אחר אין לו דרך בביתו של מוכר דאין כאן אומדן דעת שגם דרך מכר לו כשלא פירש :

ז המוכר לחבירו בית בבירה גדולה והבירה הוא בית גדול ובתים קטנים פתוחים לתוכה והרבה בע"ב דרים בהקטנים והבירה עצמה אינה לתשמיש אלא לדירה והילוך לכל הבע"ב ועמד המוכר באחד מהבתים ואמר לחבירו בית זה אני מוכר לך או נותן לך ורוב בני אדם קורין להבירה בירה ולכל אחת מהבתים קורין בית לא קנה אלא הבית הקטן שעומד בה ואף שמצר לו מצרים החצונים וגם יש מיעוט שקורין גם לבירה בית מ"מ יד הלוקח או המקבל על התחתונה כיון דרובא קרו לבירה בירה ולא בית והמצרים הרחיב לו לסימן מובהק כמ"ש בסעיף ג' ואם כתב לו בהשטר ולא הנחתי במכר זה כלום ודאי דמכר לו כל הבירה כולה כיון שמיעוט קורין לה בית אבל כשאין גם מיעוט שקורין לה בית לא קנה רק הבית שעומד בו אפי' כשכתב לו כן אמנם כשכתב לו קנה כל מה שבתוך המצרים ודאי דמכר לו הכל [כ"מ מסמ"ע סק"י] ואם רוב בני אדם קורין לבירה בית ולבית יחידי אין קורין בית עד שמפרשין אותה בפרטיות אז אפילו לא מצר לו מצרים חצונים מכור לו כל הבירה ואם קורין לבירה בית ולבית יחידי ג"כ בית אז אם לא מצר לו מצרים חצונים לא קנה רק הבית שעומד בה וכשמצר לו מצרים חצונים מכור לו כל הבירה וכן במתנה [סגר"ח] ובסעיף ב' בארנו למה אין אומרים הדמים מודיעים ע"ש ולכן אין מביטין על המקח כמה שנתן דבקרקע פעמים קונין אותה בהרבה יותר משויה כמ"ש שם ולפעמים כשהמוכר דחוק מוכרה בהרבה פחות משויה דאינו יכול להוליכה לעיר אחרת כמטלטלין :

ח המוכר בית לחבירו ולא כתב לו שמוכר לו העומק והרום של הבית אלא מכר לו סתם אין לו להלוקח לא באויר שעל הגג ולא למטה תחת הרצפה בין בבית בין בחצר כשמכר לו ולא פירש העומק והרום ולא קנה ברומו של חצר רק עד ראש הכתלים וי"א דבחצר קונה בהרום כל האויר העליון אף בסתם כיון שאין האויר מסויים מלמעלה כבבית שיש גג וכתב רבינו הרמ"א שכן ראוי להורות אבל בעומק דינו כבית :

ט לפיכך אם בא הלוקח להגביה ולבנות על אויר הבית או לחפור תחת הקרקע אינו רשאי דהעומק והרום משוייר הוא להמוכר והמוכר יכול לבנות בהאויר ויסמוך את הבנין על עמודים ולא על כותלי הלוקח שלא יכביד על ביתו וכן אם בא המוכר לחפור מבחוץ לבית הלוקח או חצירו והולך וחופר גם תחת קרקע של הלוקח יש לו רשות לעשות כן ובלבד שלא יזיק בחפירתו להלוקח שיניח קרקע עבה שלא תשתקע ביתו מעט מעט כפי ראות עיני הבקיאים וכן בחצר צריך להניח קרקע עבה כדי הילוך ותשמישים כבדים הרגילים אבל י"א שתחת הקרקע אינו יכול כלל לחפור דהשיעור קשה בזה ואולי יחפור מעט יותר ויהיה ההיזק קרוב ולדיעה זו יש לשאול דלאיזה דבר אמרו חז"ל [ב"ב ס"ג:] דהלוקח לא קנה העומק די"ל שאם הלוקח חפר שם בורות הרי הם של מוכר אך הלוקח יכול להכריח להמוכר שיכסה לו פי בורו בכיסוי יפה דהא השטח העליון שייך לו ואינו יכול לומר שמא יפול הכיסוי כיון שהוא בעצמו חפר [כ"ל] :

י כשכתב לו עומקא ורומא יכול הלוקח להגביה בניינו ולבנות באויר העליון או להעמיק ולחפור כרצונו אבל הבנינים שבהעומק ושבאויר כמו בור ודות וגג הגבוה י"ט ורחבו ד"א לא קנה אף שכתב לו עומקא ורומא ופחות מזה קנה אע"פ שלא כתב לו עומקא ורומא דבטל הוא להבית כמ"ש בסעיף ד' ובלשון עומק ורום אין נכללין הבנינים רק האויר העליון ועובי הקרקע ולכן כשמוכר לו גם הבנינים צריך לכתוב לו קני מארעית תהומא עד רום רקיעא ואף שלא כתב לו רק לשון זה ולא כתב לו גם עומקא ורומא נ"כ קנה גם הבנינים דכן. משמע הלשון שכל הנמצא מהתהום עד הרקיע שלך הוא משא"כ לשון עומקא ורומא לא משמע רק על האויר העליון ועובי הקרקע לבד דלא כיש מי שאומר שאין חילוק בהלשונות דדוקא אם כתב שני הלשונות קנה את הבנינים משום יתור לשון [רסב"ס] אלא דלשון זה

זה עצמו כולל גם הבנינים ואם כתב שני פעמים עומקא ורומא קנה ג"כ הבנינים משום יתור לשון [נמק'י שם]:

יא וכ"כ הרמב"ם פכ"ד ממכירה המוכר בית לחבירו אע"פ שכתב הקניתי לך עומקו ורומו צריך לכתוב לו קנה מקרקע התהום עד רום רקיע שהעומק והרום אינו נקנה בסתם וכיון שקנה העומק והרום קנה הרום שהוא האויר בלבד והעומק שהוא עובי הארץ אבל לא קנה הבנינים שבעמק ושבאויר וכיון שכתב לו מקרקע התהום עד רום הרקיע קנה הבור והדות שבעובי הקרקע ומעזיבות והמחילות שבין המעזיבות למעלה עכ"ל והעתיקו רבינו הב"י בסעיף ג' וכתב רבינו הרמ"א דגם הגג אע"פ שיש לו גובה עשרה ורוחב ד' אבל כל שאינו רוחב ד' וגובה עשרה בכלל בית הוא ואפילו לא כתב לו עומקא ורומא קנה גג כזה עכ"ל וכמו שבארנו:

יב אע"פ שכתב לו מתהום ארעא עד רום רקיע מ"מ הבנינים והחפירות שיש להמוכר שהולכים מרשותו שנשאר לפניו לרשות הלוקח תחת קרקעו כגון ראובן שמכר בית לשמעון והיה לו לראובן בית סמוך לזה ונכנס בית הכסא מבית הנשאר לראובן אל תחת הבית שמכר או שהולך בור או מרתף מרשות המוכר לרשות הלוקח תחת ביתו שקנה אין הלוקח יכ"ל לסתום החפירה שתחת רשותו דאנן סהדי שלא מכר לו שיפסיד ביתו או תשמישו הנשאר לפניו וכן כל כיוצא בזה ודין זה נוהג בכל מקום ובכל זמן אע"פ שדיני האויר ועובי הקרקע והבנינים שלמעלה ושלמטה תלוי במנהג המקומות כמ"ש בסעיף א' אבל דין כזה וכיוצא בזה נוהג תמיד [כ"ל]:

יג ואף במקום שאין הלוקח קונה את האויר העליון כגון שלא כתב לו עומקא ורומא ונשאר האויר להמוכר מ"מ אין המוכר יכול להקנות את האויר לאחרים מפני שאויר אין בו ממש שיתפס בקנין כמ"ש בסי' רי"ב אא"כ מקנה עם האויר גם איזה בנין שלמעלה מבנינו של לוקח כמו גג או עליה שלא נמכרה להלוקח דאז מקנה לו הבנון עם האויר שלמעלה עד הרקיע לפיכך אם מכר לראובן בית ולא כתב לו עומקא ורומא שאין האויר נקנה לראובן למעלה ומכר אח"כ כל הבתים שלו לשמעון והמוכר יצא מבית זה לגמרי לא קנה שמעון האויר שעל הבית שמכר לראובן אע"פ שכתב לשמעון מתהום ארעא עד רום רקיע מ"מ מאחר שכבר מכר בית זה לראובן ולא שייר לעצמו רק האויר שאין בו ממש אינו יכול להקנותו אא"כ יש גג על הבית שמכר לראובן והגג נשאר להמוכר ועתה מכרו לשמעון כיון שקונה הגג שיש בו ממש קונה גם האויר שעליו ואין לומר למה לא יקנה שמעון האויר של ראובן גם בלא הגג שיקנה אותו עם שאר הבתים די"ל מפני שאין אוירו שעל בית ראובן שייך לשארי הבתים כלל אא"כ בית ראובן עומד בחצר המוכר ומכר לשמעון החצר וכל אשר בו דאז נמכר האויר שעל בית ראובן ג"כ בכלל כל החצר דלהחצר שייך כל האויר [וזהו כוונת הרמ"א בסעיף ס' ובכוונה הנה ממ"ש בד"מ ודברי הסמ"ע בס"ק כ"ז ל"פ ולדינא הוא כמ"ש בס"ע והו"ק]:

יד יש מי שכתב דאע"ג דעומקא ורומא לא קני בסתמא מ"מ אם מכר לו חורבה ולא כתב לו עומקא ורומא כיון דסתם חורבות עשויות להבנות יש לו באויר כדי רומו של בית בינוני והוא כדי שיקח אדם חבילה בינונית על ראשו ויכנס ויוצא בריוח בפתח שיפתח בהבנין ולא יצטרך לכוף ראשו דזהו כאלו פירש להדיא וכן אם מכר לו שדה או כרם קונה הרום מן הסתם אע"פ שלא פירש שהרי אין עשוים לבנות על גביהן ואינו משיירו לעצמו אבל העומק לא קנה שהרי הן עשויין לחפור וי"א דגם העומק נקנה לו בסתם בשדה וכרם מפני שהקונה צריך ליניקת הזרעים והאילנות מן התהום [סמ"ע] והוה כאלו פירש להדיא:

טו כתב הטור בשם הרמב"ן המוכר לחבירו בית סתם שלא קנה עומקא ורומא פשיטא שאם נפל הבית שאין הלוקח יכול לבנות אלא כשיעור הראשון ואפי' אם כתב לו עומקא ורומא והיתה עליה בנויה ע"ג עמודים כיון שלא קנאה לוקח אם נפל חוזר ובונה אותה אבל אם מכרה המוכר לאחר ונפל אזדא ליה ואין הלוקח יכול לחזור ולבנותה שלא קנה קנין הגוף אלא אותם עצים ואבנים קנה אבל הקונה עליה בנויה ע"ג בית ונפלה חוזר ובונה אותה עכ"ל ותמה הטור למה אין הלוקח שקנה העליה מהמוכר יכול לחזור ולבנותה אם תפול כמו שהיה עושה המוכר שמכרה לו שהרי מכר לו כל הכח שהיה לו בה עכ"ל ורבינו הב"י העתיק דברי הרמב"ן בסעיף ו' ולא חש לקושית הטור [עכ"ין] ויש מי שכתב הטעם דכיון שאין יכול להקנות האויר לא חל הקנין מתחלה רק על העצים והאבנים כל זמן שהן בעין ולא כשנפלה אבל כששייר לעצמו שייר בעין יפה לעולם אבל הקונה עליה בנויה ע"ג בית הרי גם הקרקע משועבדת להעליה כמו להבית והמקום קיים ואין שם אויר עליה [סמ"ע] אמנם טעם זה לא א"ש לפמ"ש בסעיף י"ג דדוקא אויר לבדו אינו יכול להקנות אבל כשמקנה הגג מקנה גם האויר ובכאן הרי הקנה לו העליה עם האויר [ע' לבוש והינו מובן] ונ"ל דהרמב"ן ז"ל לא אמר דין זה רק במקום שכתב להראשון עומקא ורומא דהקנה לו כל האויר שלמעלה עד הרקיע רק הבנינים לא הקנה לו כמ"ש ולכן כיון שאותה עליה בנויה ע"ג עמודים ואינה מחוברת לגג הבית ויש הפסק ביניהם וממילא דכל האויר מגג הבית עד לרקיע שייך להראשון ולכן אף כשמכר להשני את העליה בע"כ לא מכר האויר דהוא שייך להראשון ואע"פ שכל זמן שהעליה עומדת אינו יכול להשתמש באויר של מקום העליה מ"מ כשנפלה כלול האויר של העליה בתוך האויר שלמעלה ושלמטה עד גג הבית אבל כשהעליה בנויה על גג הבית

שאין

שאין הפסק ביניהם לא היה האויר של העליה שייך כלל להראשון שאוירו התחיל מגג העליה ולמעלה וזה שהמוכר בעצמו יכול לחזור ולבנות לא מפני שהאויר שלו אלא דאמדינן דעת בני אדם שלעצמו ודאי שייר שהיה ביכלתו לחזור ולבנות בשתפול והוה כאלו התנו כן ולא כשימכרנה לאחר אבל אם לא כתב להראשון עומקא ורומא דאז לא שייך האויר להראשון פשיטא שכשמכר המוכר את עלייתו שעל גבי עמודים ונפלה חוזר הלוקח ובונה אותה:

טז המוכר בית לחבירו ופירש בהשטר מה שנשאר להמוכר שאין נכללים בהבית כמו בור ודות אמרו חז"ל דדרשינן את יתור הלשון לאיזה יפוי כח להמוכר אף גם מה שלא פירש כמו שיור דרך לבור ודות כמ"ש בסעיף ו' וכן המוכר בית לחבירו ופירש שדיוטא עליונה שלו ודיוטא היא גג שיש לה מעקה גבוה י' ורחב ד' דבלא"ה ג"כ נשארה להמוכר כמ"ש ולכן אמרינן דהיתור לשון הוא לענין שאם מכר לו גם החצר יכול המוכר להוציא זיזין מהדיוטא לחצר ופירוש השיור כן הוא שדיוטא העליונה יהיה שלו לכל מה שירצה לעשות בה גם להוציא ממנה זיזין לחצירו של לוקח וכן אם הדין הוא בהדיוטא שאם נפלה אין המוכר חוזר ובונה אותה ולא דמי לעליה שנתבאר שיכול לבנותה כשתפול מהני השיור שאם נפלה חוזר ובונה אותה ואחד מגדולי הראשונים כתב דהשיור מהני שיכול לבנות עליה בנין חדש שלא היה גם מקודם ונראה דס"ל דלענין לבנות כבתחלה אם נפלה גם בלא יתור הלשון רשאי [וזהו כוונת הרמב"ם בספרו פכ"ד וא"ש מה שהשיג עליו בכ"מ] וכן כל כה"ג מהני כל יתור לשון לאיזה יפוי כח כפי ראות עיני הב"ד אף שנכללו בדוחק בלשון היתור [וכ"מ מרשב"ם ס"ג:]:

יז קיי"ל דמוכר בעין יפה מוכר לפיכך המוכר בית הפנימי לחבירו ולא הזכיר שיהא להלוקח דרך לילך להבית דרך הבית החצונה של המוכר מ"מ יש לו דרך דבעין יפה מכור לו ולא היה כוונתו שיצטרך הלוקח לקנות ממנו דרך או לפרוח באויר בד"א כששייר המוכר את החצונה לפניו אבל שני בתים זה לפנים מזה ומכר בפעם אחד החצונה לראובן והפנימית לשמעון ולא הקדים מכירת הפנימית להחצונה בין שמכר לשניהם ובין שנתנם במתנה לשניהם אין להפנימי דרך על החצון דכמו שמכר להפנימי בעין יפה כמו כן מכר להחצון ולא שייר במכירתו דרך להפנימי ואין צ"ל אם מכר להפנימי ונתן להחצון שהנותן נותן בעין יפה יותר ממוכר ולכן אם מכר לחצון ונתן להפנימי יש לו דרך על החצון דנותן לו יותר בעין יפה ממה שמכר להחצון וכל זה כשהקנה לשניהם כאחד אבל אם מכר או נתן לפנימי ואח"כ מכר או נתן להחצון יש להפנימי דרך על החצון דמיד שזכה הפנימי יש לו דרך דלעצמו לא שייר כמו שנתבאר וכשנתן להחצון אין ביכלתו ליתן יותר ממה שיש לו וכן להיפך אם מכר לחצון תחלה אפילו נתן במתנה אח"כ להפנימי אין לו דרך על החצון דכשמכר להחצון תחלה לא שייר לעצמו דרך וכשנתן אח"כ להפנימי אין ביכלתו ליתן יותר ממה שיש לו ואל יפלא הדבר שבכל מקום אנו אומרים שכששייר לעצמו יש לו יפוי כח יותר מלאחר ובדרך אמרינן להיפך דטעם הדבר כן הוא דכשהזכיר מה ששייר ודאי שמשייר לעצמו בכל יפוי כח שיכול להיות ומדקדק לעצמו יותר מלאחר ולכן אף בשיור שאחר אינו קונה לעצמו הוי שיור וכמ"ש בסי' ר"ט אבל כשלא הזכיר מה ששייר אמרינן שודאי כל מה שמכר להלוקח מכר לו בעין יפה בלא שיור לעצמו כלום במקחו של לוקח כיון שלא הזכירו ולכן כשמכר בית החצון לא שייר לעצמו כלום במקחו של לוקח כיון שלא הזכירו ולכן כשמכר בית החצון לא שייר לעצמו כלום וממילא דאין לו דרך דאל"כ היה מזכיר שיור הדרך וכן כשמכר הפנימית ודאי מכר בעין יפה ואין מדרך העולם למכור בית ולא יהיה להלוקח דרך ליכנס בה ולכן יש לו דרך להלוקח [נ"ל] ועיין מ"ש בסעיף ו':

יח בסי' רי"ח יתבאר דכשהיה לראובן חצי שדה ואמר לחבירו חצי שיש לי בשדה זו מכור לך קנה החצי כולו וכשא"ל חצי השדה שיש לי מכור לך לא קנה אלא רביע דהחצי קאי על החלק שיש לו דמוה מכר מחציתה ולפ"ז היה צריך להיות בבית בכה"ג ג"כ כן כגון מי שנתן לחבירו שמינית בית פלונית שיש לו ואח"כ נודע שאין לו רק חצי בית או רביעית וצריכים לחשוב שמינית מהחלק שיש לו על כל זה אין אומרים כן ונותן לו שמינית מכל הבית והטעם דבשדה יש שם שדה אפי' על חצי שדה אבל על בית אין שם בית על חצי בית ואזלינן אחר לשון בני אדם ובודאי שמינית מכל הבית קאמר ואף כשאמר שמינית בית שיש לי וה"פ שמינית הבית שיש לי בבית פלוני אני נותן לך כולה וכן בשארי דברים הולכין אחר לשון בני אדם:

יט המוכר את הבית מכר כל הדברים הקבועים בהבית אף שאינם מעצם הבנין כגון דלת ונגר שהוא בריח הקבוע בכותל והאיצטרובל והוא העיגול שסביב אבן הרחים כשקבוע בקרקע הבית ומכתשת הקבוע בקרקע הבית והתנור והכירים והרחים אם הם קבועים בקרקע כתנורים שלנו ואת מלבנות הפתחים המחוברים בטיט שהיה דרכם לעשות סביבות מזוזות הבית כמו לבזבזים שהדלת שוקף עליהן ודוקא כשמחוברין בטיט אבל אם הם מחוברים ע"י יתדות לא מקרי חיבור דספיקא דדינא הוא ואינו קונה מפני הספק [כ"כ ס"ע] אבל לא מכר את המפתח אפילו הוא קבוע תמיד בדלת כמו במפתחות של עץ של בני כפרים שאין מזיזין אותו ממקומו מ"מ אינו מכור עם הבית בסתמא כשלא פירש מפני דתשמיש קל הוא ונוח לטלטלו ופעמים שהיא מטלטלת [לבוש] ולא מכתשת המטלטלת אף שמקומה וקביעותה תמיד בבית

ולא

ולא את הקלת והוא כלי שהקמח יורד לתוכו ולא את מלבנות כרעי המטה שהיה דרכם להניח חתיכות עצים תחת כרעי המטה שלא ירקבו הכרעים ואפי׳ הם מחוברים בקרקע בטיט שאין להם שייכות להבית רק להמטה [סמ״ע] ולא את מלבנות החלונות אע״פ שהם מחוברים בטיט מפני שהם רק לנוי ולא דמי למלבנות הפתחים ויש מרבותינו שסובר דדין מלבנות החלונות כמלבנות הפתחים [רשב״ם שם] אבל הפוסקים כתבו כדיעה ראשונה ואפי׳ א״ל אני מוכר לך הבית וכל מה שבתוכו הרי כל אלו הדברים מכורים אבל לא גג ויציע ובור ודות ומחילות דהריבוי אינו מרבה רק מה שבתוכו ולא חוצה לו ולא דמי למ״ש בסעיף ה׳ דלשון זה כולל גם אלו דזהו כיון שמצר לו מצרים חצונים וכתב לו לשון זה ממילא דהם נכללים בתוך המצרים אבל בהבית לבד אינם כלולים גם בלשון זה ולהיש חולקין דשם גם אם כתב לו ולא שיירית בזביני אלין כלום הוה כלשון כל מה שבתוכו [ובדברי הרמ״א סעיף י״א יש ט״ס וצ״ל לסיפך וזהו כוונת הגר״א ומ״ש הסמ״ע ל״ע והלבוש השמיטו ודו״ק]:

כ האומר לחבירו בית בביתי אני מוכר או נותן לך ולא פירש איזה בית נותן לו הקטן שבהם ואם נפל אחד מהם אחר מכירתו מראה לו זה שנפל דיד המקבל על התחתונה אבל אינו נותן לו עליה כיון שאמר בית בביתי משמע מהבתים ולא מהעליות דלשון זה משמע על המיוחד יותר בשם בית אבל אם אמר רק בית אני מוכר לך או נותן לך יכול ליתן לו גם עליה דהיא נמי בשם בית וה״ה לאומר שור משוורי אני מוכר או נותן לך יכול ליתן לו הקטן וכן בכל הדברים מפני שהמוכר הוא מוחזק ובכל ספק ידו על העליונה והבית צריך להחזיק ד׳ אמות על ד״א וא״צ ליתן לו רחב יותר [סמ״ע] וי״א דגם באומר בית בביתי יכול ליתן לו עליה [כ״מ מהרמב״ם וכ״מ במנחות ק״ח׳ כמ״ש הר״ן בנדרים כ״ו׳ ועסמ״ע]:

כא המוכר מקום לחבירו לעשות לו בית סתם או רפת בקר או בית חתנות לבנו או בית אלמנות לבתו שמדרכם היה שהבן היה ביחד עם האב תמיד והבת היתה תמיד אצל אבי בעלה וכשנתאלמנה היתה חוזרת לאביה בין שמכר המקום ושהלוקח יבנה עליו ובין שמקבל המוכר לבנות עושה לו ד׳ אמות על ששה אמות ומקום כזה יתן לו ואע״ג דבמוכר בית די בד׳ על ד׳ כמ״ש זהו במוכר בית הבנוי אבל הבא לבנות דרך לבנות ד׳ על שש ואם אמר בית גדול צריך שיהיה י׳ על ח׳ ואם אמר לטרקלין שעשוי למושב שרים צריך להיות י׳ על י׳ ואם הזכיר תרבץ של חצר והוא חצר גדול שעושים בצד אפדני צריך להיות י״ב על י״ב וכל השיעורים הללו הם לבד עובי המחיצות [טור] ורום כל בית ובית יהיה כחצי ארכו וחצי רחבו כגון בבית סתם שהאורך ו׳ והרוחב ד׳ והם ביחד עשר צריך להיות הגובה חמשה אמות וכן כולם וסימן לדבר מההיכל שהיה ארכו לבד הקדשי קדשים ארבעים אמות ורחבו עשרים שהם ששים וקומתו היתה שלשים אמות ויש מי שאומר דבית סתם הוא ששה על שמנה [רשב״ם ל״ח: וכ״כ הטור ברמזים שם ובטור כתב כדעת הרמב״ם] וכבר נתבאר בתחלת הסימן שדברים אלו תלוים לפי מנהג המדינות

סימן רטו [המוכר חצר ובית הבד ומרחץ ועיר ושדה מה נמכר בכללם ובו ח׳ סעיפים]:

א המוכר את החצר מכר כל הבתים שבה החצונים והפנימים אף שאין הפנימים פתוחים להחצר דעוברים דרך החצונים וגם בורות ודותין ושיחין ומערות נמכרין בסתם דאע״ג דלבית אין בטלין בסתם כמ״ש בסי׳ הקודם אבל לחצר בטלין הם וכן אם יש בה בתים שיש בהן חול שעושין מהן זכוכית נמכר ג״כ בסתמא וחנויות הפתוחות לחצר אם מיוחדים הם רק לבני החצר שמוכרים להם צרכיהן נמכרין עמה אבל הפתוחות לרה״ר או למבוי אין נמכרות עמה ואם היו פתוחות לכאן ולכאן אם רוב תשמישן עם החצר נמכרות עמה ואם לאו אין נמכרות עמה ואין הדבר תלוי במקום שפתוחות אלא בתשמיש שאם משמשים רק לבני החצר למכור רק להם צרכיהם אפי׳ אינן פתוחות להחצר נמכרות עמה ואם משמשות לבני רה״ר או בני המבוי אף בפתוחות להחצר אין נמכרות עמה דכן משמע בגמרא [ב״ב ס״ז׳] ובהפוסקים אלא דאורחא דמילתא כן הוא דהמשמשים רק להחצר פתוחים רק לחצר והמשמשים חוצה לה פתוחים חוצה לה [נ״ל] ולענין דברים המטלטלין שוה חצר לבית וכל מה שאינו נמכר בבית אינו נמכר בחצר ובזמן שא״ל היא וכל מה שבתוכה הרי כל תשמישי הבית והחצר אף שמטלטלין הן מכורים לבד מחטים ושעורים ושארי אוכלים אף שמונחין בבורות החצר אין שייכים לחצר דאינם בכלל תשמישי החצר וכן לא מכר את המרחץ ולא בית הבד כשהם בהחצר אף שכתב כל מה שבתוכה דהם שם בפ״ע ושם החצר לא נקרא עליהם והם כחטים ושעורים ומ״מ י״א דאם מצר לו מצרים חצונים וגם כתב לו לשון וכל מה שבתוכה או שכתב ולא שיירית בזביני אלין כלום להיש חולקין שבסי׳ רי״ד סעיף ה׳ הכל מכור גם המרחץ והבית הבד דהם לגבי חצר כבור ודות לגבי בית וזהו דבר פשוט שהקונה חצר קונה כל האויר עד לרקיע ואפי׳ להחולק שם סעיף ח׳ אינו אלא במוכר מדת קרקע ולא במוכר חצר שלם [סמ״ע]:

ב המוכר את בית הבד שעושין בו שמן מזיתים מכר את האבן הגדולה הבנויה בארץ שטוחנים עליה הזיתים ואת הכלונסאות של ארז שסומכים הקורה בהם בעת טחינת הזיתים ואת היקבים והוא הבור שהשמן יורד לתוכו כשנעצרים הזיתים ואת הכלים שנותנים בהם הזתים הכתושין ובגמ' נקראת מפרכסת ואת הלוחות שנותנים סביב להזתים שלא יתפזרו דכל אלו הן מחוברין וקבועין בהגת אבל לא מכר את הרחים העליונה שאינו מחובר להגת ובזמן שאמר הוא וכל מה שבתוכו הרי כולם מכורין ובין כך ובין כך לא מכר את הכובשות שמכבשין בהן הזתים ולא את הגלגל ולא את הקורה מפני שאלו מטלטלין גמורין הן וי"א דגם אלו מכורין כשאמר הוא וכל מה שבתוכו כיון שהן תשמישי הגת וכמו בחצר מכורים התשמישים כשאמר כל מה שבתוכה אף שמטלטלים גמורין הן וכן הכריע רבינו הרמ"א אבל לא מכר את השקים ולא את המרצופים והן שקים של עור שנותנים בהם הזתים ואינם נכללין במה שכתב וכל מה שבתוכו דאינם תשמישי בית הבד אלא תשמישי הזתים והרי הזתים עצמן אין מכורין במכירת בית הבד ומ"מ אם א"ל או כתב לו בית הבד וכל תשמישיו אני מוכר לך נכללים הן ג"כ מפני שמונחים תמיד בבית הבד ואם היה חוץ לבית הבד חנויות ששוטחים בהם זתים או שומשומים ומוכרין בהם ג"כ שארי דברים שאין להם שייכות כלל לבית הבד כמו לחם ויין וכה"ג אינם נמכרין במה שאמר כל תשמישיו דאינם מיוחדים לתשמישי הבד אא"כ גם מצר לו מצרים החצונים [סמ"ע] דאז קנה גם אותן כיון שמשתמשין גם להבד והמצרים המה חוצה להם ואם לאו לא קנה אלא מה שבתוכה :

ג המוכר את בית המרחץ מכר את בית הנסרים והוא החדר שמצניעין בו הנסרים ויושבין עליהן כשהם ערומים ואת בית היקמים והם ספלאות של עץ שנותנים בהם מים לפני כל אחד כבמרחץ שלנו ובימיהם היה חדר מיוחד להספלים שמונחים שם שלא בעת רחיצה ואת בית הספסלים שיושבים עליהם בחצר המרחץ כשהם לבושים ואת בית הוילאות שמסתפגים בהם ובימיהם היה לכל אלו חדרים מיוחדים אבל לא מכר את הנסרים עצמן ואת היקמים עצמן ולא את הספסלים עצמן ולא את הוילאות עצמן ואע"ג דהם תשמישים גמורים להמרחץ וקבועים תמיד במרחץ מ"מ כיון שהן מטלטלין אינם נמכרים בכלל המרחץ ובזמן שא"ל הוא וכל מה שבתוכו הרי כולם מכורים ולא דמי לשקים ומרצופים דבית הבד שאינם שייכים למלאכת הבד אלא שהם תשמישי הבד להביא בהם זתים משא"כ דברים אלו שייכים למלאכת המרחץ וכ"ש אם א"ל מרחץ וכל תשמישיו אני מוכר לך שהם מכורים ואף כשא"ל הוא וכל מה שבתוכו לא מכר את הבריכות המספקות מים למרחץ ואע"ג שמספיקות לכל השנה בימות החמה ובימות הגשמים ושייכים תמיד להמרחץ מ"מ כיון שאינם בבית המרחץ אינם מכורים עמו ולא בית כינום העצים וכ"ש שהמים והעצים עצמם אין מכורים ואם א"ל מרחץ וכל תשמישיו אני מוכר לך הרי כולם מכורים אף שהם חוצה לו כיון שהם התשמישים הגמורים להמרחץ ולכן אע"פ שלא מצר לו מצרים חצונים מכורים הם ולא דמי לחנויות של בית הבד שהם תשמישים גם לדברים אחרים ויש מי שכתב דדוקא כשהם בין המצרים וכתב לו אלין מצרנהא וכתב לו כל תשמישיו [טור] :

ד המוכר את העיר מכר בתים וחצירות בורות שיחין ומערות מרחצאות ושובכות ובית הבדים וכל השדות שבה וגם השדות הידועים שהם שייכים להעיר וכל הגינות ושדות בית הבעל שבה והסמוכים לה ואת החורשים המוקפים לה והם יערים וביברים של חיות ועופות ודגים שפניהם כנגד העיר אע"פ שרחוקים ממנה אבל לא מכר המטלטלין שבתוכה אפי' תורים וכירים המטלטלין ובזמן שא"ל היא וכל מה שבתוכה אני מוכר לך הרי כולם מכורין אפי' בהמות ועבדים ושארי מטלטלין דנהי דלחצר אינן בטילין מיהו לעיר לגודל כמותה בטלין אצלה ונכללין בה כשאמר מה שבתוכה דכן דרך לפעמים למכור עמה כל המטלטלין ובין כך ובין כך לא מכר את שיריה והם חתיכות בקעה הסמוכה לעיר אלא שמופלגת ממנה קצת שיש הפסק סלעים קשים בנתים ולא את בנותיה והם הכפרים הסמוכים לה ולא את החורשים המוקצים והם הרחוקים ממנה וכן לא מכר את שומר העיר [רי"ף] ואם עומדת אצל הים או נהר ויש להעיר חלק שמה אין החלק מכור לו וכן אם יש להעיר איזה חלק ביבשה במקום רחוק הרבה מן העיר אינו מכור לו ולא את ביברי חיה ועופות ודגים שאין פניהם כנגד העיר ואפי' א"ל כל מה שבתוכה אינם מכורים [נ"י] כיון שאינם בתוך העיר ואפי' אמר כל תשמישיו דאינם תשמישי העיר כלל [כ"ל] ויראה לי שאם מצר לו מצרים חצונים ואלו הם בתוך המצרים אפי' לא א"ל כל תשמישיו וכל מה שבתוכה הרי אלו מכורים דבעיר לא שייך לומר מצרים הרחיב לו וצ"ע :

ה המוכר את השדה מכר את האבנים הסדורות לגדר ואת האבנים המונחים על גבי העמרים ואם הונחו פעם אחת שייכים הם להשדה מפני שהן צורך השדה ואף שהם מטלטלים מ"מ כיון דקבועים ומיוחדים לשדה זו חשיבי כהשדה עצמה ועדיפי מכלי בית המרחץ וכן מכר את הקנים התלקים המונחים תחת הגפנים כדי להעמידם ומכר את התבואה והפירות המחוברים לקרקע ולהאילנות אע"פ שהגיעו להקצר ולהתלש וכן מכר את חיצת הקנים והם קנים הרבה הגדילים בקלח אחד ודוקא שהמקום פחותה מבית רובע קרקע דאז בטלים להשדה אף שהקנים עבים וארוכים ומכר את השומירה והיא בית דירה העשוי לשומר השדה ודוקא שעשויה בטיט על גבה וסביבות הכתלים אע"פ שאינה קבועה ומחוברת בקרקע

בקרקע אבל כשאינה עשויה בטיט נחשבת כמטלטל גמור אף שהיא קבועה ומחוברת בארץ דאינה נחשבת כקרקע כלל בכה"ג וי"א להיפך דכשעשויה בטיט אף שמחוברת לקרקע אינה נמכרת עמה דחשיבא כדבר בפ"ע וכשאינה עשויה בטיט נמכרת עמה אע"פ שאינה מחוברת דבטילה היא להשדה [טור] והעיקר כדיעה ראשונה [ס"ך] וכן מכר את החרוב שאינו מורכב והיינו קודם שהזקין החרוב וכן מכר את בתולת השקמה והוא אילן שעושה מין תאנים ובבחרותו שעדיין לא נכרתו ענפיו נקרא בתולת השקמה וכשיזקין ויכרתו ענפיו להחליפה נקרא סדן השקמה ולכן בתולת השקמה אף שהם עבים אינה נחשבת כשדה בפ"ע אבל סדן השקמה אפי' הם דקים חשיבי כשדה בפ"ע ואינם נמכרות עמה וכן מכר כל הדקלים שבה וכל האילנות אפילו העומדים על המצר וכ"ש שמכר את המצרים עצמם אבל לא מכר את האבנים שאינם סדורות לגדר ולא את האבנים שאינם מונחים על העמרים אע"פ שהם מוכנים לכך אם לא הונחו אף פעם אחת אבל כשהונחו פעם אחת לשם תשמיש שיהא מונחים כן תמיד מכורים הן [וכ"ל דכ"ע מודים בזה ודו"ק] וגם לא מכר את הקנים שבכרם שאינן מונחין תחת הגפנים אע"פ שהם משופין וחלקים ומוכנים לכך ולא את התבואה העקורה מהקרקע אף שעדיין צריכה לשדה לייבשה שם ובזמן שא"ל היא וכל מה שבתוכה הרי כולם מכורים ובין כך ובין כך לא מכר מחיצת הקנים שהיא ביה רובע אף שהקנים דקים וקטנים ולא מכר ערוגה קטנה של בשמים שיש לה שם בפ"ע כגון שקורין לה בי וורדא דפלניא ולא השומירה שנתבאר לפי הדיעות שבארנו ולא מכר החרוב המורכב ולא סדן השקמה ולא מכר את הבור שבה ולא את הגת ולא את השובך בין שלימים בין חרובים דכל אלו הם כדבר בפ"ע וצריך המוכר ליקח לו דרך מהלוקח כדי לילך להבור ולהדות ולהגת ולהשובך שנשארו לו בתוך השדה דמוכר בעין יפה מוכר ולא שייר לעצמו כלום במה שמכר כמ"ש בסימן רי"ד סעיף ו' ואם פירש ואמר חוץ מאלו א"צ ליקח לו דרך כמ"ש שם ובכל מה שנתבאר לא מהני מצרים כיון שבתוכה עומדים אלא שיש להם שם בפ"ע ומה יועילו המצרים [כ"ג]:

ו בד"א שאין כל אלו בכלל השדה במוכר ואף שמוכר בעין יפה מוכר אין זה אלא במה שמכר לא שייר לעצמו כלום אמנם במה שלא פירש בהמכר למה נאמר שמכרם ולמה לא פירשם הלוקח מפורש אבל הנותן מתנה קנה את כולן כל הנמצא מחובר לקרקע בין בבית בין בשדה בין בחצר בין בבית הבד וטעם הדבר דכל המחובר לקרקע בתוך מקום המכר אף שיש להם שם בפ"ע מ"מ יש פנים לומר דנכללו דאל"כ היה לו לפרש ששיירם כדי שלא לטעית אלא דבמכר אמרינן להיפוך דכיון דהלוקח אינו מתבייש מהמוכר למה לא צוה להמוכר להזכירם בפירוש ולכן הדעת יותר נוטה שלא מכרן לו אבל במתנה דנותן יותר בעין יפה ממכירה והמקבל יש לו בושה להזכיר להנותן שיזכירם בפירוש לכן כל מחובר שבתוכה שייך להמתנה כללו של דבר הנותן קרקע קנה המקבל כל המחובר לה עד שיפרש ודוקא מה שהוא בתוך הדבר הניתן אבל מה שהוא חוץ ממנו כמו יציע וחדר וכדומה אין חילוק בין מכר למתנה וכן במטלטלין אין חילוק כמ"ש בסימן ר"ך וכן דברים התלושים שבתוך הקרקע אין חילוק בין מכר למתנה:

ז וכן האחים שחלקו וזכה אחד מהם בשדה זכה בכולם כמו במתנה דכיון דבאו לחלוק וזה לקח שדה זו וזה האחרת נסתלקו זה מזה לגמרי בכל שהוא קבוע במחובר ועומד בתוך קרקע זו וכן בבית וחצר ובית הבד וכן המחזיק בנכסי הגר והחזיק בשדה אז זכה בכל הנמצא מחובר באותה קרקע והחזקה מהקרקע עולה לכל הנמצא שם במחובר דאפי' בשני שדות כשאין מצר ביניהם קונה בחזקה אחת כמ"ש בסי' ער"ה וכן המקדיש את השדה הקדיש את כל המחובר לקרקע כבמתנה דמקדיש בעין יפה לגמרי מקדיש ומדלא שיירם מפורש מסתמא הקדישם ועתה רוצה לחזור בו:

ח ואף במוכר ולוקח אין כל אלו הדברים אמורים אלא במקום שאין שם מנהג ולא שמות ידועים לכל דבר ודבר בפ"ע אבל במקום שנהגו שהמוכר שדה או בית או חצר מכר כך וכך ה"ז מכור וסומכין על המנהג בין בקרקעות בין במטלטלין שהמנהג עיקר גדול בכל משא ומתן והולכין אחר לשון בני אדם של אותו מקום כמ"ש בריש סי' רי"ד ע"ש:

סימן רטז [המוכר שדה חוץ מדקל פלוני וקרקע לזה ואילנות לזה וכתיבת השטר ובו ט"ז סעיפים]:

א אע"פ שהמוכר שדה בסתם מכר כל האילנות שבה מ"מ טוב לפרש בהשטר שמכרה עם כל האילנות שבה וכן המוכר פרדס לחבירו יכתוב לו קני לך דקלים ותמרים והוצין והן ענפי דקל ואף שקונה אותם גם אם לא פירש מ"מ יוי השטר הוא כדי להסתלק מן ערעורין ואף כשיבא השטר לפני ב"ד שאינם בקיאים בדין לא יטעו בזה כיון שהן מפורשין בהשטר וכן המוכר קרקע לחבירו יכתוב לו ולא הנחתי לפני במכר זה כלום כדי להסתלק מדינים וטענות והגם שיש לחוש להיפך שב"ד שאינם בקיאים יתנו להלוקח מה שא"צ ליתן לו כמו חרוב

חרוב המורכב וסדן השקמה האמנם בזה אין חשש דהב"ד שאינם בקיאים רגילים להחמיר נגד הלוקח מפני שכל ספק מעמידים ביד המוכר מפני שהוא מוחזק דבזה אין לך דיין שאינו בקי והחשש הוא שלא יתנו ללוקח מה שצריך ליתן לו [סמ"ע] וראיה לזה ממה שנתבאר בסי' רי"ד סעיף ו' ובסימן רט"ו סעיף ה' דכשהמוכר פירש מה ששייר לעצמו ולא היה צריך יש תועלת שא"צ ליקח לו דרך מהלוקח ואם נאמר דגם בזה שייך שופרא דשטרא אין ראיה בפרישתו ונאמר דמשום נוי השטר פירש כן אלא ודאי מה שאמרו חז"ל לפרש מפני נוי השטר אינו אלא רק לדבר שמגיע להלוקח ולא להמוכר [כ"ל] ודע דשופרא דשטרא אינו רק בשטר ולא באמירה בע"פ [תוס' ב"ב ס"ע:] וא"כ אין ראיה גמורה משם ומ"מ כן עיקר לדינא [כ"ל]:

ב המוכר שדה לחבירו והיו בה דקלים וא"ל חוץ מדקל פלוני רואים אם אותו הדקל הוא מהטובים או מהבינונים נשאר להמוכר דקל זה וכל השאר ללוקח ורצון המוכר היה ליהנות מעט ושייר לפניו דקל אחד [רסב"ס פס וכ"מ מכל סרלסוגים ומ"ס סלבוס ל"ע ודו"ק] אבל אם הדקל ששייר הוא רע כגון שאינו עושה קב פירות אין סברא לומר שרק דקל זה שייר לפניו דבמה נחשב הוא אלא מסתמא לא מכר הדקלים כלל וזה שהזכיר דקל זה כמי שאומר דאפילו דקל זו שהיא רעה לא מכרתי לו וכ"ש הטובים ממנה וממילא דגם הרעים ממנה לא קנה דעיקר כוונתו הוא שהדקלים לא מכר ותפס זה הדקל הרע לדמיון ויש חולקים וס"ל דרק הטובים ממנה לא קנה אבל כיוצא בה וכ"ש הפחותים ממנה קנה דכיון דמדינא נמכרים עם השדה אלא דיש לנו משמעות מהשיור אין זה הכרח רק על הטובים אבל השאר אין לנו להוציאם מכל השדות הנמכרות שגם האילנות נמכרות עמהם וי"א עוד דזהו רק במין האילן ששייר כגון ששייר דקל תמרים גרוע אינו קונה כל הדקלי תמרים או הטובים ממנה אבל שארי מיני אילנות הנמצאים שמה כמו זתים וחרובים וגפנים כיון שאינם מהמין ששייר קנה הלוקח הכל כבסתם שדות הנמכרות:

ג בזמן חכמינו ז"ל היו העולם קוראים לכל אילני פירות כמו זתים ורמונים ותאנים ותפוחים וכיוצא בהן אילנות סתם לבד אילנות גפנים ותמרים לא היו קורין אותן בשם אילן סתם אלא לגפנים היו קורין גופני או גפנים ולתמרים היו קורין דיקלי אך לפרקים היה מי שקרא אותן גם בשם אילן סתם לפיכך אם מכר לו שדה וא"ל חוץ מאילנות אם יש שם כל מיני אילני פירות וגם גפנים ודקלים לא מכר כל האילנות אבל הגפנים והדקלים מכורין הן דאינן בכלל סתם אילנות אבל אם אין שם אלא גפנים או דקלים בע"כ דהשיור הוא עליהם ואם היו בה גפנים ודקלים ולא מין אחר אמרו חז"ל דהגפנים שייר והדקלים מכר והטעם דאע"ג דשניהם אין נקראין אילן סתם אלא על צד המקרה מ"מ יותר נקראים גפנים אילן סתם מדקלים וזה לא אמרינן ששייר את הגפנים והדקלים דכבר נתבאר דמוכר בעין יפה מוכר וכל מה שנוכל לומר שלא שייר בהמכירה אמרינן שלא שייר וי"א הטעם ששייר הגפנים והדקלים מכור משום שגפנים הם יותר חשובים ודאי דשיירן לעצמו ובזה יד בעל השטר על התחתונה דכיון דבע"כ שייר מהן מין אחד הממע"ה וכן אם מכר אילנות שבשדהו שאמר לחבירו כל אילנות שבשדי מכור לך אם היו שם שארי אילנות וגופני ודיקלא שייר הגופני והדיקלא לעצמו דאינן בכלל אילנות אלא במקרה כשאין אחרים ואם לא היה שם אלא גופני או דיקלא מכורים הם ואם היו שם גופני ודיקלי מכר הגופני והדיקלי שייר לעצמו ולהי"א הוי להיפך דהממע"ה [כ"ל וי"א אלו מובא ברסב"ס ס"ע: וקושיתו יס לתרץ וזהו דעת סרמב"ס בפכ"ד כמ"ש ססמ"ע בסס ר"י מג"ס ע"ס ומ"ס סט"ז ל"ע ודו"ק]:

ד אמרו חז"ל [סס] דכששייר אילנות לא שייר אלא אילנות שאין העול כובשן וכל שהעול כובשן הרי הוא של לוקח ונחשב בכלל השדה וה"פ דדרכם היה לחרוש סביבות האילנות ואם העול של המהרישה כופף את האילן והשור עובר לדרכו שאינו מתעכב על ידו אין זה בכלל אילן וכקרקע היא מיהו אם כולן אילנות דקין שהעול כובשן בע"כ דאותם הוא ששייר ושייר כולן וכששייר דקלים אמרו חז"ל דלא שייר אלא כל דקל שעולין לו בחבל שהוא גבוה כל כך שאין ביכולת לעמוד על הארץ וללקט הפירות שבראשו דמפני שאין לדקל ענפים כלשארי אילנות לעמוד עליהם לכך עולין לו בחבל והשאר שאין עולים להם בחבל הרי הם של לוקח מיהו אם כולם כן בע"כ ששייר אותם וכבישת עול לא שייך בדקלי דאפי' אם כביש ליה העול חשוב הוא אם עולין לו בחבל [רסב"ס] ושיעורא דחבל לא שייך בשארי אילנות דעולין על הענפים [סס] ואע"ג דגבי שביעית נקראת אילן כל שיצאה מכלל נטיעה כמ"ש הרמב"ם בפ"ג משמיטה מ"מ במכירות אמרו חז"ל זה השיעור שכתבנו ואפשר ששיעור אחד הם וכשמכר אילנות הולכים ג"כ אחר זה השיעור שנתבאר וכשמכר אילנות והיו שם רובי אילני מאכל ומיעוט אילני סרק לא נתבאר אם גם הסרק נמכרים עמהם ונראה דנמכרין דהם ודאי בכלל סתם אילנות וכן לענין שיור וכבר נתבאר בסי' הקודם דחרוב המורכב וסדן השקמה לא נמכר בכלל השדה דחשובין הן ויש להם שם בפ"ע ואם היה שם הרבה חרובין מורכבים וסדני שקמות וא"ל חוץ מחרוב פלוני חוץ מסדן פלוני לא אמרינן שכל השאר מכורים הן דהרי אינם בכלל השדה ואינו דומה לשיור דקל שבסעיף ב' אלא צ"ל שמה שהזכיר לזה הוי יתור לשון ומועיל שיש לו דרך לאותו החרוב או הסדן אבל אם אמר על חרוב שאינו מורכב ועל בתולת השקמה חוץ מחרוב פלוני וחוץ

משקמה

משקמה פלונית אין כאן יתור לשון והשאר שכמוהם שייכים להלוקח כבכל אילנות [סמ"ע] :

ה האומר לחבירו קרקע של דקלים אני מוכר לך אפילו אין דקלים בהקרקע המקח קיים דפירושו הוא קרקע הראוי לטעת בה דקלים ומיהו אם יש דקלים שם קנאן אף כשאמר בלשון זה דהרי אפילו מכר קרקע סתם קונה הדקלים ולשון זה יש לפרש קרקע של דקלים שהדקלים שבה טובים הם וטוענין פירות הרבה [לבוש] ואם א"ל קרקע בדקלים אני מוכר לך אם היה שם לפחות שני דקלים קנה ואם לאו ה"ז מקח טעות דהא אמר שיש בה דקלים ואם א"ל קרקע ודקלים אני מוכר לך י"א ששני מכירות הן וקנה הקרקע עם הדקלים שבה וגם צריך ליתן לו עוד שני דקלים משדה אחרת שיש לו ואם אין לו דקלים במקום אחר יקח שני דקלים ויתן לו כדי לקיים דברו ומדינא א"צ לקנות שאין אדם מקנה דבר שאינו ברשותו ויכול להחזיר לו מעות כפי שיווי שני דקלים ומ"מ אין המכר בטל דס"ל לדיעה זו דכשמכר שני מכירות בפעם אחת רק שמכרן בשני דיבורים כמו זה שאמר קרקע ודקלים אף שדיבור אחד בטל מדינא אין השני שיכול להתקיים בטל ואין תלוים זה בזה וכן אם אין בהקרקע אף דקל אחד המכירה קיימת דהא לא א"ל קרקע בדקלי [רשב"ם ורא"ש סס] וי"א שאינו נותן לו אלא שני דקלים ולא יותר אפילו אם יש בהקרקע הרבה דקלים דפירושא דקרקע ודיקלי הוא הקרקע עם שני דקלים ממנה ואע"ג דאם לא היה מזכיר כלל הדקלים היה קונה כל הדקלים מ"מ השתא שהזכירם גרע טפי ואם אין שם כלל דקלים נותן לו דקלים שבמקום אחר כלדיעה הקודמת [תוס' סס] והרמב"ם ז"ל כתב בפכ"ד האומר לחבירו קרקע ודקלים אני מוכר לך אפילו לא היו בו דקלים אם רצה לקנות לו שני דקלים ה"ז נקנה המקח ואין הלוקח יכול לומר איני לוקח אלא קרקע שיש בו דקלים עכ"ל דס"ל דמכירה אחת היא ואם יש בשדה ז' דקלים א"צ לקנות אחרים [סמ"ע] אלא אף כשאין בה דקלים ויכול לקנות ממקום אחר וליתן לו ואין כופין אותו לזה דהא אינו ברשותו והמכר בטל ואם רצונו לקנות אין הלוקח יכול לבטל המכירה מפני טענת שמכר לו דבר שאינו ברשותו דכיון דמצוי לקנות אינו חשוב ממש כדבר שאינו ברשותו [כ"מ סס] ועוד דעכ"פ בקניית הקרקע יכול לכופו כשרוצה לקנות לו שני דקלים [סע"מ] וי"א שמחוייב לקנות שני דקלים כשאין לו ואין זה דבר שאינו ברשותו דכיון דמצוי לקנות הוי כבא לעולם כפוסק על שער שבשוק שנתבאר בסימן ר"ט סעיף ט"ז [ראב"ד סס] ודעת הרמב"ם דאין זה מקרי מצוי כמטלטלין שעומדין למכירה ורק לענין זה מקרי מצוי שאין הלוקח יכול לבטל המכר כשרצון המוכר לקנות כמ"ש ואם יש הרבה דקלים בהקרקע אם צריך ליתן לו כולם או רק שני דקלים אינו מבואר ברמב"ם ורבינו הרמ"א כתב כדיעה ראשונה :

ו לפי מה שנתבאר לדיעה ראשונה המוכר לחבירו שני דברים אחת בא לעולם והשנית לא בא אינו בטל מכירת האחת מפני השנית ואף לדעת הרמב"ם אינו מבואר שחולק בזה דלדידיה מכירה אחת היא כמ"ש וגדולי אחרונים תפסו בדעתו ז"ל דחולק בזה וס"ל שגם השני בטל בביטול האחד ולא ידעתי מאין להם דמה שבכאן מכרו בטל כשאינו נותן לו דקלים זהו מפני שהיא מכירה אחת לדעתו אלא שא"צ שהדקלים יהיה דווקא בקרקע זו וכבר בארנו פרטי דין זה בסי' ר"ג סעיף ו' וסעיף ח' ע"ש :

ז אמרו חז"ל דהמוכר אילן אחד או שני אילנות אין לו להלוקח קרקע עולמית אלא כל זמן שעומדים האילנות והמוכר שלשה אילנות כשנטועים כמו שיתבאר אפילו כשיוצאין משורש אחד תחת הקרקע ולמעלה מהקרקע נפרדין לג' יש לו קרקע [טור] ולפיכך המוכר ג' אילנות בתוך שדהו אפילו נטיעות קטנות או שלשה בדי אילן שיוצאין משורש אחד יש להלוקח קרקע הראוי להם כפי שיתבאר ואפי' יבשו או נקצצו נוטע אחרים תחתיהם וכן הוא קונה כל אילנות הקטנות שביניהם וי"א דאם האילנות דקין שהעול כובשן ובדקלים כשאין עולין להן בחבל לא קנה קרקע שביניהן דלא על אילנות כאלו אמרו חז"ל דקנה קרקע וכ"כ רבינו הרמ"א :

ח כמה הוא הקרקע הראוי להם תחתיהם וביניהם וחוצה להם כמלא אורה וסלו והוא שהמלקט הפירות יוכל לעמוד עם הסל שנותן בו הפירות בצד האילנות והקרקע שביניהם שייך להלוקח לגמרי ויכול אפילו לזרוע ביניהם אבל מה שחוצה להם כמלא האורה וסלו אינה שלו לגמרי אלא משועבדת לו ללקיטת הפירות אבל אינו יכול לזורעה וגם המוכר אינו יכול לזרוע שמה כדי שלא יטנפו הפירות שיפלו מהאילנות על העפר שנחרשה ונתרככה ולכן אין אחד מהם יכול לזרוע שמה בלא דעת חבירו ואף אם התנה המוכר בעת המכירה שהקרקע שביניהם שייך לעצמו מ"מ מקום האילנות עצמם שייך ללוקח לעולם ויכול לנטוע אחרים כשיתייבשו או יקצצם אא"כ פירש להדיא שלא יטע אחרים תחתיהם :

ט ואיך יהיה עמידתם של האילנות ומרחקן זה מזה שיהיו עומדים כמו פטפוטי כירה שהוא כסגול ∵ דכשעומדים בדרך זה אין המחרישה יכול לעבור ביניהם וכיון שאין הקרקע ראוי לזריעה מסתמא שייכין להאילנות אבל אם עומדים בשורה אחת מסתמא שיירה המוכר לעצמו ויזרענה עד כדי אורה וסלו מכל אחד כיון שיכול לעבור במחרישה ואין לו קרקע אפי' תחתיהן וכשיתייבשו או יקצצו אין לו ליטע אחרים [רמב"ם וטור] ולפ"ז זה שאמרו חז"ל דבשני אילנות אין לו קרקע משום דלא חשיבי שדה אילן ה"ה גם בג' כה"ג דהא בשנים א"א להיות כמו סגול אלא דהאמת הוא דבשנים גם בלא טעם זה אין להם חשיבות [כ"ל] וכמה יהיה המרחק בין אילן לאילן

לאילן מד' אמות ועד ט"ז אמה דפחות מד"א אין להם יניקה כפי הצורך וכעקורים דמי ויתר מט"ז אין הקרקע בטילה אצלם מפני גודל המרחק וגם בכלאי הכרם אין שם כרם על זה כשנוטעין במרחק יותר מט"ז אמה כמבואר במס' כלאים פ"ד וזהו דעת הראב"ד בפ"ז מה' כלאים ואף דהרמב"ם פסק שם כמי שאומר דיותר על שמנה אין שם כרם על זה ולמה פסק בכאן בפכ"ד ממכירה עד ט"ז והרי הש"ס [ב"ב פ"ג.] מדמה כלאים למכר נ"ל דס"ל להרמב"ם ז"ל דלמסקנא דסוגיא אינו כן דבלא"ה לא דמו לגמרי דבכלאים ט"ז כיותר מט"ז ובמכירה הוי כפחות [תוס' שם ד"ה כמה והרמב"ם מפרש מה דאמר רבא הלכתא מד"א ועד ט"ז דלא כהרשב"ם שם דכולה כרבנן אלא דס"ל רבא במכירה תופסין השיעור הגדול שבכלאים והקטן שבו]:

י מהיכן מודדין האמות מהעיקר הרחב של האילנות שהוא מקום יציאת האילן מן הארץ שהיא עבה ואם האילנות עומדים כסגול או שהיו מקורבים פחות מד"א או מרוחקים יותר מט"ז או שלקחן זה אחר זה או שמכר לו שנים בשדהו ואחד על המצר או שנים בתוך שלו ואחד בתוך של חבירו כגון שיש לו שני אילנות בקצה שדהו ויש לו עוד אילן אחד שקנה בשדה חבירו הסמוכה להן עם הקרקע ומכר אלו השלשה לאחר [רשב"ם] או שיש הפסק בור או אמת המים או רה"ר בין האילנות הרי זה אין לו קרקע וכן כשהפסיק ביניהם הרכבת דקלים הרבה [גמ'] לא קנה הקרקע ובכל אלו לבד כשאין עומדים כסגול בעיא היא בגמ' ולא איפשיטא וכל ספק מוקמינן בחזקת המוכר ותפיסה לא מהני בקרקע שתמיד עומדת בחזקת בעלים הראשונים [סמ"ע] ואפי' אם נטען הלוקח לאחר שיבשו ואכל הפירות מוציאין מידו אפי' לדעת הפוסקים דמהני תפיסא בספיקא דדינא דכיון דבאילנות אין לו תפיסה ממילא דהפירות ברשות המוכר הן [נ"ל] ובכל אלו לא קנה גם האילנות הקטנות שביניהן ואם יבשו האילנות או נקצצו ילך לו ובכל מקום שנתבאר שאם יבשו האילנות אין לו ליטע אחרים תחתיהן זהו דווקא כשנקצצו ואין גוען מחליף וצריך ליטע אחרים אבל אם גזעו מחליף אין זה אילן חדש אלא כעולה מן הגזע דמי ושייך לבעל האילן:

יא כל מי שקנה ג' אילנות ויש לו קרקע אם הגדילו הענפים ונתפשטו חוץ משיעור הקרקע שיש לו צריך לקוצצם ואפי' לא הגדילו אלא בתוך מלא אורה וסלו דאם לא יקצצן שמא יבא להחזיק כמלא אורה וסלו חוץ להענפים [טור] ואף אם ירצה ליתן בכתב שאין לו רק כך וכך קרקע מ"מ יכול לכופו מפני שממעט לו הדרך וגם אינו יכול לכופו שישמור הכתב [נ"ל] וכל השריגים והסעיפים, העליונים היוצאים מהם ואפי' היוצאים מהשרשים שתחת הקרקע הרי הם של בעל האילנות שהרי יש לו קרקע ומקרקעו גדילים משא"כ בשני אילנות כמו שיתבאר ואם המוכר אומר שהגדילו והלוקח ואמר שלא הגדילו על הלוקח להביא ראיה דהמוכר מוחזק [נ"ל]:

יב הקונה אילן אחד או שני אילנות בתוך שדה חבירו אין לו קרקע לפיכך אם יבש האילן או נקצץ ואין גזעו מחליף אין לו כלום ואם הגדילו האילנות והוציאו שריגים וסעיפים צריך לקוצצם מיד דשמא יצאו מהגזע הסמוך לארץ ויתכסו אח"כ בקרקע עד שיראו כשלשה ויטעון הלוקח לקחתי ג' אילנות ויש לי קרקע ואע"ג דכשהמוכר יכחישנו על הלוקח להביא ראיה מ"מ לא ניחא לו לירד בדינא ודיינא [סמ"ע] אבל אם נתפשטו הענפים אף למרחוק א"צ לקוץ ואף שהצל רע להמוכר להזרעים שזורע מ"מ אין יכול להכריחו לקוץ ובזה קילא שנים משלשה והטעם דבשלשה שיש לו קרקע כשיצאו ענפיו מקרקעו צריך לקוץ אבל באחד או שנים שאין לו קרקע אלא שהמוכר שעבד לו קרקע שלו כל זמן שיעמדו האילנות א"כ אין גבול כמה קרקע משועבדת לו וכן יש לו ללוקח כמלא אורה וסלו וכ"ש תחתיה ללקט הפירות ואין המוכר יכול לזרוע שם כדי שלא יטנפו פירותיו כמ"ש בג' אילנות וכן יש לו דרך לילך דרך שדה המוכר לצורך אילנותיו דמוכר בעין יפה מוכר ואין חילוק בין שנים לשלשה בזה וכמ"ש בסימן רי"ד בבור ודות ואע"ג דבאחד או בשנים אינה מכירה חלוטה מ"מ כל זמן שהאילנות עומדים מכירה גמורה היא ועוד דלא גרע ממשאיל מקום לחבירו להניח שם כליו דיש לו גם דרך לילך לכליו [טור]:

יג כל העצים שקוצץ בעל אילן אחד או שני אילנות דינם כך הוא דהעצים העולים מהגזע והוא מקום הגבוה בהאילן שרואה פני החמה הם של בעל האילנות אבל העולה מהשורש והוא מקום שאינו רואה פני חמה הם של בעל השדה מפני שיציאתם הוא מהקרקע רק שמסתעפים מהאילן והקרקע אינו של בעל האילן ובדקל אין לו לבעל הדקל מן העולה כלום שאין לדקל גזע דענפיו הם רק בראשו ולכן עולין לו בחבל ואין דרכו להוציא גזע ולא עלה על דעת הלוקח שיוציא גזע ויקצצו ולכן אפי' אם אירע שהוציא גזע הרי הוא של בעל הקרקע [רשב"ם] וכ"ז בדקל אחד או שנים אבל בשלשה כל היוצא מהם הם ללוקח כיון שקנה הם וכל סביבותיהם [סמ"ע]:

יד כבר נתבאר בסימן ר"ט דכששייר לעצמו שייר בעין יפה יותר מכשמוכר לאחר לפיכך המוכר קרקעו לאחר ושייר אילנות לפניו אף שלא שייר רק אילן אחד או שנים מ"מ יש לו קרקע תחתיהן שאם יתיבשו או יקוצו יטע אחרים וגם יש לו כמלא אורה וסלו ללקוט פירותיו ויכול ג"כ לזרוע סביב האילן דלעצמו שייר קרקע זו לעולם [תוס' ע"א:] ואע"ג דבארנו בסי' רי"ד בבור ודות דבכל מה שמכר לחבירו מוכר בעין יפה ולכן אין להמוכר דרך להבור והדות ששייר ולמה לא נאמר גם כאן כן דבאמת לא דמי דהתם לא שייר לעצמו בהקרקע אף שיור

שיור כל דהוא אבל בכאן בע"כ ששייר לעצמו כח בקרקע כל ימי עמידת האילנות דאל"כ יאמר לו הלוקח עקור אילנותיך ולך וכיון דנחית לשיורא וודאי שייר בעין יפה ולעולם וכל מה שצריך להם [שם] וזהו כהחלוק שכתבנו שם בסעיף י"ז בין דרך הבור לשיור פירות דסימן רי"ט ולכן כששייר שלשה אילנות לפניו יש לו חצי הקרקע דכיון דבע"כ דשייר לו תחתיהן וביניהן וחוצה להן כמלא אורה וסלו דפשיטא דלא גרע מאחר ממילא כיון שהוכרח לשייר אמרינן ששייר לעצמו יותר בעין יפה מלאחרים וזהו דעת הרמב"ם ז"ל שכתב דבשייר ג' אילנות לפניו יש לו חצי הקרקע וכן פסק במכר לזה קרקע ולזה אילנות [שם בפכ"ד] דיש לזה חצי קרקע ולזה חצי וס"ל דכמו דבשייר שני אילנות לפניו יפה כחו מאחר כמו כן בששייר ג' לפניו יפה כחו מאחר ואם נאמר דאין לו קרקע רק כפי הצריך לאילנות לא יפה כחו מאחר ועוד דכיון דבע"כ הוי כמו שמפורש התנה שמשייר קרקע לפניו ה"ל כמי שאומר לחבירו אני מוכר לך קרקעי וגם לי יהיה חלק דבוודאי זה נוטל מחצה וזה מחצה אבל במכר ג' אילנות לאחר לא מכר לו קרקע וא"צ ליתן לו רק מה שצריך לאילנות משא"כ בשייר לפניו אם נאמר דלא שייר קרקע כלל יאמר לו עקור אילנותיך ולך ובע"כ הוי כמו שאמר מפורש הנחתי קרקע לפני ובע"כ דיש לו חצי כמו שנתבאר וזהו הנראה לי בדעת הרמב"ם ז"ל ומ"מ הרבה מרבותינו חולקים עליו וס"ל דבג' אילנות אין לו יפוי כח יותר מלאחר ואין לו רק הצריך להם ובזה לא שייך עין יפה וכ"כ רבינו הרמ"א:

טו מכר לשנים כאחד לזה הקרקע ולזה האילנות והחזיק זה באילנות וזה בקרקע אמרו חז"ל [ב"ב ל"ז.] דזה קנה האילנות וחצי קרקע וזה קנה חצי קרקע והנה הרמב"ם ז"ל פסק כפשטא דלישנא דבעל האילנות קונה חצי הקרקע וצ"ל בטעמו כמ"ש בסעיף הקודם דכיון דבע"כ הוי כמו שהזכיר קרקע לבעל האילנות דאל"כ יאמר לו בעל הקרקע עקור אילנותיך ולך וכיון דהוי כמו שהזכיר לו קרקע הוי כמכר לזה ולזה קרקע דחולקין הקרקע ביניהם דכשמכר לאחר ג' אילנות אף דנחשב כמו שהזכיר לו קרקע הרי ידו של הלוקח על התחתונה וא"א לו ליטול החצי משא"כ כששניהם לוקחים כשם שזה נוטל חצי כך זה וכ"ש כששייר לפניו אמנם הרבה מרבותינו פירשו דלאו דווקא הוא אלא דבעל האילנות אינו קונה רק קרקע הצריך לאילנות ואפי' לא מכר לו רק שני אילנות [טור] דכיון שלשניהם מכר מכר להם בעין יפה לשניהם והקרקע שצריך להאילנות מכר לו לעולם ויש שאומרים להיפך דאף בג' אילנות אין לו ביניהן רק תחתיהן שאם ימותו יטע אחרים תחתיהן וכן בשני אילנות או אילן אחד דכיון דלשניהם מכר בעין יפה לא מכר לבעל הקרקע מקרקע שתחת האילן כלום ולא מכר לבעל האילן שום קרקע שאינה תחת האילן וכדיעה זו כתב רבינו הרמ"א ומ"מ נ"ל דגם לדיעה זו יש לו כמלא אורה וסלו ללקיטת הפירות דהא לא סגי בלאו הכי והיא כהאילן עצמו ודעת הרמב"ם כבר בארנו דס"ל דזה נוטל חצי הקרקע וזה החצי ונראה דזהו רק בג' אילנות דלא עדיף דין זה מששייר לפניו ובחזקה שלא ע"י מכירה כגון שזה החזיק באילנות וזה בהקרקע נתבאר בס"ם קמ"א דכשזה טוען כולה שלי וזה טוען כולה שלי קנה בעל הקרקע כל הקרקע ובעל האילנות לא קנה רק האילנות והקרקע שצריך להם וכן פסק הרמב"ם עצמו בפי"ב מטוען ויראה לי בדעתו ז"ל דס"ל דלא דמי למכר לזה אילנות ולזה קרקע דהתם אמרינן דעתו של המוכר כן מפני שזהו כמו שהזכיר מפורש קרקע לבעל האילנות כמו שבארנו אבל בחזקה בעלמא הרי לא קנו רק מפני חזקתם ולא שייך חזקת הקרקע לחזקת האילנות ורק הקרקע שצריך לאילנות הויין כאילנות עצמן [ומפרש מ"מ בב"ב שם דזה שהחזיק האילנות וזה בקרקע במכר ולא בחזקה ובחזקה מסברא כתב כן דכל אחד עומד בחזקתו וא"ש כל מה שנתקשו בדבריו וגם א"ש מה שהרמ"א לא הביא בס"ס קמ"א כבכאן ודו"ק]:

טז הקונה אילנות לקוצץ לשריפה לא מכרן לו להשחיתן לגמרי אם גזען מחליף ואמרו חז"ל [שם פ'.] דהלוקח זתים מחבירו לקוץ מניח מהאילן סמוך לארץ שני גרופיות והיינו שני ענפים הסמוכין לארץ וקוצץ לקח בתולת שקמה שלא נקצצה מעולם מניח ג' טפחים מן הארץ וקוצץ וסדן של שקמה שנקצצה פעם אחת מניח שני טפחים מן הארץ וקוצץ ובשארי אילנות מניח טפח וקוצץ ובקנים ובגפנים יניח להמוכר מן הפקק ולמטה שהוא מהקשר התחתון וגם הקשר עצמו יניח דקים להו לחז"ל דכשיניח שיעורים אלו יהיה גזען מחליף אבל בדקלים וארזים חופר ומשרש דקים להו לחז"ל שאין גזען מחליף ולכן וודאי מכרן שיקצצם ויעקרם מן השורש ובזה טובה גם להמוכר שתשאר לו הקרקע נקייה לזריעה ולנטיעה ויראה לי דזה שאמרו חז"ל חופר ומשרש אינו חובה על הלוקח אלא דיכול לשרש אבל אין המוכר יכול לכופו לשרשן וכן המנהג בזמנינו כשמוכריז עצי היער סתם אין החוב על הלוקח לעקרן ולשרשן [כ"ל]:

סימן ריז [המוכר אמת השלחים ודרך יחיד ודרך רבים ומקום לקבורה ובו ה' סעיפים]

א המוכר לחבירו מקום בתוך שדהו שהלוקח יעשה בה אמת המים להשקות ממנו בית השלחין והיא שדה שאינה מסתפקת במי גשמים לבד צריך ליתן לו משך ד' אמות על ד"א דמשך חפירת האמה הוי שני אמות ומכל

ומכל צד צריך אמה לאגפיה כדי לתקן מאותה קרקע של האגפים את האמה אם יפלו כותליה וי"א שדי בג' אמות דמשך האמה עצמה אינה אלא אמה על אמה [טור] ואם מכר לו אמת המים להשקות בו בקילון והוא להשקות בהמות ולרחוץ בגדים שאינו צריך משך כל כך נותן לו שתי אמות אמה לעיקר האמה וחצי אמה מכל רוח לאגפים לתקן ולהי"א א"צ רק אמה וחצי דהיא עצמה אינה רק חצי אמה [סס] ואלו האגפיים אינם לחלוטין של בעלי האמות אלא הם של בעל השדה רק שאינו רשאי לזרען מפני שהזרעים מחלחלין את הקרקע ויקלקלו האמות אבל לנטען רשאי דנטיעות אין מקלקלין לשעתן ואע"פ שייחדו את האגפיים לבעלי האמות לתקן מהם את האמות מ"מ אם כלו האגפיים יכול בעל האמה לתקן אותה בהעפר שלהלאה מן האגפים דחז"ל אמרו שעל מנת כן קבל עליו המוכר שזה יעשה אמת המים בשדהו שיתקן אותה מהעפר שבשדהו אלא דלכתחלה תקנו האגפים שהמוכר לא יזרעם ולא יעשה שם שום דבר שביכולת לקלקל את האמה מפני דע"פ רוב די בשיעור זה אבל כשאינו מספיק יכול לתקן מהעפר שבכל השדה וזה שמבואר בגמ' [ב"מ ק"ז:] דשפתי אנינרא הם ד' אמות והו יאור וגדול הרבה יותר מאמת המים [תוס' ב"ב נ"ט:] לפיכך גם אגפיה גדולים יותר:

ב יש להסתפק כשכלו המים מהאמה שאין ביכולת עוד לאסוף מים לתוכה אם מקום האמה שייך להלוקח או אפשר כיון שלא מכר לו רק לצורך המים אפשר כשכלו המים הדרא ארעא למרא וכן במדינותינו כשקונה אדם לחפור באר ברשותו של חבירו ובמשך זמן כלה המעין אם הדרא ארעא או לא ונראה דשייך להלוקח [וכ"מ מסמ"ע סקי"ב ע"ש]:

ג האומר לחבירו בור וכותליה אני מוכר לך נותן לו רוחב הכותל ג' טפחים דזהו שיעורו וכמ"ש בסי' קנ"ה:

ד המוכר לחבירו דרך בתוך שדהו ולא פירש כמה יהיה הרוחב אם מכר לו דרך היחיד כגון שילך בדרך זה לביתו או לשדהו נותן לו שתי אמות ומחצה רוחב כדי שיעמוד שם חמור במשאו ויעבור בדרך זה בלי עיכוב דזהו ערך רוחב החמור והמשא הבולט ממנו ואם קנה הדרך כדי ליסע בו בעגלה צריך ד' אמות רוחב ואם הוא רק לילך ברגל די באמה רוחב [כ"ל] וזה שדי לחמור במשאו שתי אמות ומחצה זהו כדלא סיימי מחיצתא כלומר שאין שם מחיצות גבוהות משני הצדדים דאז אף אם המשא תהיה בולטת מעט יותר לית לן בה אבל אם יש מחיצות מן הצדדין צריך ליתן יותר כפי ראות עיני הבקיאים ואם מכר לו דרך לנסוע מעיר לעיר נותן לו שמנה אמות שלא יפגעו שתי עגלות יחד [סמ"ע] ואם מכר לו דרך הרבים נותן לו רוחב ט"ז אמה שזהו דרך רה"ר לענין שבת כמבואר בא"ח סי' שמ"ה ואם מכר לו למעמד והוא מקום שעומדים שם בשובם מקבורת מת כפי מנהגם שהיה לזה מקום מיוחד נותן לו בית ארבעת קבין ואצלנו אין מקום מיוחד לזה:

ה המוכר מקום לחבירו לעשות לו מקום קברות או המקבל מחבירו לעשות לו מקום קברות עושה מערה ופותח לתוכה שמנה קברים שלשה מכאן ושלשה מכאן ושנים בכותל שכנגד כניסת המערה ומדת המערה ד"א על שש וכל קבר הוא ד"א אורך ורוחב ששה טפחים ורומו שבעה טפחים ונמצא שבין כל קבר וקבר שמן הצדדים אמה ומחצה ובין שנים האמצעים ב' אמות ועושה חצר על פתח המערה שש אמות על שש אמות וכן יעשה מערה כזו לצד השני של החצר כנגד המערה הראשונה [טור] וזהו הכל לפי מנהגם שכל משפחה היה לה מקום קברות מיוחד ששם קבורים כל בני המשפחה והיה להם גנאי שאחד מן המשפחה יקבר במקום אחר שלא בין קברי משפחתו ולכן אמרו חז"ל [ב"ב ק':] המוכר קברו ודרך קברו מקום מעמדו והספדו באים בני משפחתו וקוברים אותו בע"כ של הלוקח ונותנים לו דמי הקבר וע' ביו"ד סימן שס"ג ובזמנינו במדינתנו אין זה נוהג כלל:

סימן ריח [המוכר בית כור עפר ויש בו סלעים ובקעים ובו כ"ה סעיפים]:

א האומר לחבירו בית כור עפר אני מוכר לך והיה בתוך השדה גאיות קטנות עמוקות י' טפחים ורחבן ד' טפחים אף שאין בהן מים וראוין לזריעה או סלעין גבוהין י' ורחבן ד' אף שיש הרבה עפר עליו וראוי לזריעה מ"מ אינם נכללין בתוך הבית כור מפני שאין אדם רוצה ליתן מעותיו על מקום אחד ויתראה כשנים או שלשה מקומות דיש יותר טירחא בהעבודה מבמקום אחד וה"ה אם אמר בית כור סתם או בית כור קרקע ואף שיש מרבותינו שכתב דדוקא כשאמר עפר דגילה דעתו דצריך לזריעה אבל כשלא הזכיר עפר אפי' כולו סלעים הגיעו דיכול המוכר לומר שלא קנית לבנות או לשטוח פירות ויד הלוקח עה"ת [רסב"ס רפ"ז דב"ב] ולא קיי"ל כן מפני שרובא דרובא קונים לזריעה ושיעור בית כור הוא ל' סאין ובית סאה היא חמשים אמות. על חמשים אמות ובית כור הוא אלף ות"ק אמה אורך על חמשים רוחב וכשאתה מרבעו תהיה רע"ג אמות וחמשה טפחים ואצבע קטנה על רע"ג אמות וחמשה טפחים ואצבע קטנה ולא נשאר רק דבר מועט שאין ממש בחלוקתה כיצד אם הכפול אלף ות"ק על חמשים יצא ע"ה אלף וכשתכפול רע"ד על רע"ד יצא ע"ה אלף ושבעים וששה וכשתסיר

מזה טפח פחות אצבע יוסר המותר עם דבר מועט ודע דלפי המדה דמדינתינו רוסיא כל ד' אמות שבגמ' הם שלשה ארשין שלנו שהוא שבעה רגל שהוא סאזען אחד וכל טפח הוא שני ויערסקעס :

ב וכתב הרמב"ם ז"ל בפכ"ח ממכירה דהלוקח לוקח אלו הגאיות והסלעים שבתוך הבית כור בלא דמים והמוכר ישלים לו המדה מקרקע חלקה והגאיות והסלעים בטלים להבית כור ודוקא כשאין באחד מהם רובע הקב אבל כשיש רובע הקב באחד מהם אינו נוטלו בלא דמים וי"א דאף בפחותים מרובע אין הלוקח נוטלם ונשארו להמוכר והמוכר משלים לו מקרקע חלקה ואין הלוקח יכול לומר לא אקח קרקע מופסקת בגאיות וסלעים אלא צריך ליקח ובלבד שהמחרשה תוכל לעבור ביניהם שאינן מפסיקין בכל אורך השדה וכ"כ רבינו הרמ"א ודע דשיעור בית רובע הוא אחד מכ"ד לבית סאה דהסאה היא ששה קבין ודע דהטור הביא בשם הראב"ד שכופין את הלוקח ליקח הגאיות וסלעים מפני שביד המוכר הם כאבודין ויש מי שתמה עליו איך נכופו לקנותם [סמ"ע סס] ונ"ל שדעתו ז"ל שיקנם בזול ביכולת לכופו דכיון דבאמת אין להמוכר מה לעשות בהם דהרי אין לו דרך לשם הוי האי דינא כיתומים שאכלו פרה שאולה של מורישם בטעות שמשלמים בזול והוא שליש פחות מהמקח מפני שאנן סהדי דעל מקח כזה היה קונה אף מי שא"צ לזה כמ"ש בסי' שמ"א ולא ראיתי מפורש שהפוסקים יחלקו בזה :

ג היו הגאיות או הסלעים פחות משיעור זה אפי' אינם ראוים לזריעה שהגאיות מלאות מים והסלעים הם בלא עפר מ"מ נמדדין עמה דאין לך שדה בלא טרשין ובכל דבר יש מעט פסולת בר"א בזמן שלא היה בין כולם אלא בית ד' קבין לכל הכור וכשסכר רביעית כור יהיה הטרשין קב שזהו לא יותר מחלק מ"ה מן הקרקע דכזה אדם מוחל אבל יותר מזה אינו מוחל וינכה הכל [כ"ל] ואפילו כשלא היה רק ד' קבין לכור אינו אלא דוקא שמובלעין בתוך חמשה קבין ואלו החמשה קבין מובלעין ברובה של שדה כגון שהיא רצועה ארוכה וקצרה שמחזקת רובה של שדה וברצועה זו מובלעין אלו הד' קבין אבל אם ד' קבין אלו מובלעין בפחות מחמשת קבין או שהיו מפוזרים ביותר הרבה מחמשת קבין או שהחמשת קבין אינן מובלעין ברובה של שדה אלא בפחות מרוב השדה אזי אע"פ שאין בהם השיעור שנתבאר אינם נמדדים עמה דבכה"ג קפדי אינשי ליקח הטרשין וכתב רבינו הרמ"א דדוקא כשהטרשין גבוהין ג' טפחים אבל פחות מזה נמדדין בכל ענין דא"א לשדה שתהיה שוה ממש ופחות מג' ארעא סמיכתא היא אמנם זהו דוקא כשראוי לזריעה עכ"פ אבל כשאינו ראוי לזריעה אפי' אין גבוה ג' אין נמדדין עמה ביותר מהשיעור שנתבאר [טור] :

ד לפי מה שנתבאר מגיע לכל בית סאה מהרצועה רובע טרשין דרובה של שדה הוי ט"ז סאין אורך וד' קבין טרשין מגיע לבית סאה רובע קב טרשין ויש בעיא בגמ' [ב"ב ק"ג] כשנבלעים רובן במיעוטן ומיעוטן ברובן כגון שהרצועה של הט"ז סאין אינה הולכת בשוה אלא במקום אחד רחבה הרבה ובמקום אחד קצרה הרבה ויגיע רוב הטרשין במיעוטה של הרצועה ומיעוט הטרשין ברובה של הרצועה או שהיו הטרשין כחוט שוה ומחלקת את הקרקע שאין המחרשה נכנס ביניהם או שהיו הטרשין כמו עיגול או כמו משולש או שהיו בהם בליטות בהצדדים שהטרשין מכונסין במקום אחד אלא שיוצאין מהם בליטות הרבה ובתוך הבליטות נכנסת השדה אם זהו כמפוזר ועולה בחשבון או הוי כמכונס ואינו עולה או שהיה דרך עקלתון שהטרשין מדובקין זה לזה בעקלתון והשדה נכנסת בין העקמומית כל אלו נשארו בספק והממע"ה ולכן אם כבר נתן הלוקח המעות עליו לקבלה ואם עדיין לא נתן א"צ לקבלה [סס לדעת הרמב"ם] וכן אם היה עפר מלמעלה וסלע מלמטה או סלע מלמעלה ועפר מלמטה ה"ז ספק ואע"ג דבארנו דגם כשיש עפר על הסלע לא מהני זהו כשהסלע עצמו גבוה י' טפחים וכאן מיירי שהסלע עצמו אינו גבוה י"ט רק בצירוף העפר לפיכך הוא ספק ואם היה בו סלע יחידי אפי' בית רובע לכור אין נמדד עמה דדוקא טרשין כעין צרורות צריך לקבל אבל סלע ממש אפי' כרובע א"צ לקבל ופחות מרובע צריך לקבל [נ"ל] וכן אם היו הטרשין סמוך למצר אפי' כל שהוא אין נמדד עמה דא"צ לקבל רק כשהם באמצע השדה אבל כשהם במצר ימדוד לו מעבר השני של הטרשין והטרשין יניח לעצמו ואם יש הפסק עפר קצת בין סלע למצר ה"ז ספק :

ה כל מה שנתבאר בשני הסעי' זהו דעת הרמב"ם ז"ל וכתב רבינו הרמ"א שיש דעות אחרות בזה ולא ביאר מפורש ובאמת יש מרבותינו שחולקים על הרמב"ם במה שפסק דהארבעה קבין יהיו מובלעין בחמשה קבין והחמשה קבין יהיו כרצועה והם ס"ל דהארבעה קבין טרשין צריכין להיות דוקא מפוזרין ברוב כל השדה והיינו במשך ט"ז סאין ולא פחות אבל בפחות משיעור זה אין נמדדין עמה [כר"י סס] ומגיע לכל בית סאה רובע הקב והספק הוא כשרוב הד' קבין מפוזרין במיעוט הט"ז סאין כגון שמפוזרין בז' סאין ומיעוטן מפוזרין בתשעה סאין ועוד ס"ל דהפסק עפר בין המצר לטרשין הוי הפסק ונמדדין עמה [דמפרשי בבעיא דר"א באת"ל דסוי ספסק וכל את"ל סלכס סיא] והספק דעפר מלמעלה וסלע מלמטה ולהיפך מפרשי דזהו כשיש הפסק עפר בין מצר לטרשין אלא שזה העפר מלמעלה וסלע מלמטה או להיפך [רסב"ס וטור ור"י סלוי] :

ו א"ל כבית כור עפר אני מוכר לך אפילו היו בה גאיות עמוקים י"ט או יותר או סלעים גבוהים י"ט או יותר הרי אלו נמדדין עמה דכיון שאמר כבית כור משמע כערך בית כור ולא בית כור ממש וי"א דדוקא כשאין

בהן

בהן יותר על ד' קבין דלשון זה אינו מועיל רק שיהא דינו כפחות מעשרה טפחים :

ז וכל אלו הדינים שנתבארו זהו כשאין הלוקח עומד בתוך השדה אבל אם היא כהשדה ויודע שבית כור זה מוכר לו מקבל כמה טרשין שיהיו אע"פ שלא א"ל בית כור זה אני מוכר לך דכיון שידע שמוכר לו בית כור זה למה לנו אמירתו [סמ"ע] דהא אפי' אם חסר מהמדה לגמרי ד' קבין ומחצה קנה בכה"ג כמו שיתבאר וכ"ש שמקבל טרשין דזהו כמו שא"ל בית כור עפר אני מוכר לך הן חסר הן יתר שיתבאר :

ח א"ל בית כור עפר אני מוכר לך ואין הלוקח עומד בתוכה אם חסר מהמדה כל שהוא אם א"ל שמדתתה כך וכך אמות בטל המקח דכל דבר שבמדה אף בפחות כ"ש בטל מקח כמ"ש בסי' רל"ב ואם לא א"ל שמדתתה כך וכך אלא סתם בית כור כל שלא פיחת יותר מאחד מכ"ד מהכולל שהוא רובע הקב לבית סאה ולכור הוי ז' קבין ומחצה לא בטל המקח ואינו מנכה לו מהדמים דבפחת קטן כזה לא בטל שם בית כור ממנה ואם חסר יותר דינו כבהן חסר או יתר שיתבאר ואם א"ל בית כור עפר מדה בחבל אני מוכר לך אם פיחת אפי' כל שהוא ינכה לו מן הדמים ואם יתר כל שהוא יוסיף לו על הדמים דלשון זה משמע שיהא בצמצום כמו שמודדין בחבל ומ"מ אין דינו כמו אם א"ל שמדתתה כך וכך אמות שהמקח בטל אלא המקח קיים ויפחות או יוסיף דמים [שם] ואם א"ל בית כור עפר אני מוכר לך הן חסר הן יתר דינו ג"כ כסתם בית כור אם פיחת אחד מכ"ד או יותר אחד מכ"ד הגיעו יתר על כן יעשה עמו חשבון על כל הרבעים שחסרו או הותירו וכל שפיחת מבית כור ינכה מהדמים דכיון שבא לחשבון יחשוב על הכל דכל זמן שלא בא לחשבון הוי מחילה אבל כשבא לחשבון שאינו בכלל מחילה בעכה שיעשה חשבון על הכל כמו באונאה שיתבאר בסי' רכ"ט וי"א דבבית כור סתם כשאינו עומד בתוכה אין דינו כהן חסר או יתר אלא כשחסר אפי' קב צריך להשלים לו ואפי' ע"י ניכוי אינו חייב לקבלו בע"כ דיכול לומר בבית כור שלם אני חפץ [כ"ה ברא"ש ודברי הטור מדוקדקים ומ"ש הסמ"ע בסקכ"ז צ"ע ודברי התוס' ק"ד צריך לפרש כדברי הרא"ש] ודוקא כשאמר בית כור עפר זה הוה דינו כהן חסר או יתר אף כשאינו עומד בתוכה כיון דמראה לו מרחוק סביר וקביל ודעה ראשונה היא דעת הרי"ף והרמב"ם [וקושית התוס' תירץ הנמק"י שם והרמ"א שהגיה תיבת זה על דברי המחבר משום דס"ל כן לדינא ולא רצה להאריך ודו"ק] :

ט י"א דזה שנתבאר דאם חסר יתר מהשיעור יעשה חשבון והמקח קיים זהו דוקא כשעכ"פ נקרא בלשון בני אדם בית כור אבל אם החסרון גדול כל כך עד שבלשון בני אדם אינו נקרא כלל בית כור בטל המקח וכתב רבינו הרמ"א דכל זה שנתבאר הוא דוקא כשאין לו קרקע יותר אבל מכר לו בית כור בשדותיו נותן לו בית כור שלם אף כשאמר הן חסר הן יתר [וזהו תירוץ הנמק"י שכתבנו ולכן השמיטו הלבוש ולחנם תמה עליו הסמ"ע ולדינא יכול להיות כן גם לדעת התוס' והרא"ש ודו"ק] :

י כשיש יותר מאחד מכ"ד שצריך הלוקח להחזיר הכל להמוכר כמו שנתבאר מה מחזיר לו דמים או קרקע אמרו חז"ל [שם] דאם היתרון בכולל אינו מגיע לשיעור שדה שנתבאר בסי' קע"א שהוא תשעה קבין בשדה וחצי קב בגינה נתנו חז"ל יפוי כח להמוכר שביכלתו לכוף את הלוקח שיקנהו כיון שלעצמו אין כאן שיעור והמקח הוא כפי מה שקנה ממנו אם לא נשתנה המקח מיום הקנייה אבל כשנשתנה המקח בין מיוקר לזול ובין מזול ליוקר אינו יכול לכופו שיקבל רק כשער הזול דכיון דמיפינן כחו של מוכר שהברירה בידו או לקבלה לעצמו או לכוף את הלוקח שיקבלה דין הוא .שעל המקח יהיה יפוי כח להלוקח לקבלה כשער הזול אם נשתנה המקח ואם כל התוספת מגיע לשיעור שדה כגון תשעה קבין בשדה וחצי קב בגינה אין כופין את הלוקח לקנות ויכול להחזיר לו הקרקע וא"צ שומא כשנשתנה המקח כיון שמחזיר לו הקרקע והמוכר יכול לקבל קרקע גם כשאינו מגיע לשיעור כמ"ש דליפות כחו אמרו חז"ל שיכול לכוף להלוקח ולא להורע כחו ולדעה זו מחשבין לשיעור שדה את כל המותר בין הרובע לכל סאה ובין הנשאר דכשאין שיעור שדה מיפין כחו של מוכר בכפייה וכחו של לוקח במקח וכשיש שיעור שדה אין כאן כפיה כלל ואם הלוקח רוצה בהקרקע יכול המוכר לבקש כמה שירצה ועוד אמרו חז"ל דאף באין שיעור שדה או גינה אם היה להמוכר שדה או גינה אחרת סמוכה לתוספת זה אינו יכול לכוף את הלוקח שיקבל הקרקע כיון שביכלתו לחברם לשדהו ולגינתו וזהו דעת רוב רבותינו וכן פסק רבינו הרמ"א :

יא אבל דעת הרמב"ם אינו כן דס"ל דלשיעור שדה או גינה אין מחשבין הרבעים כלל ואע"ג דצריך להחזיר גם הרבעים כשיש יותר מ"מ כיון דבלא התוספת היו נשארים הרבעים אצל הלוקח לפיכך בחשבון השיעור שדה אין מחשבין רק התוספת על הרבעים אם יש בהם שיעור שדה וכשאין בהתוספת שיעור אף שבכולל יש שיעור מ"מ דינו כאין שיעור ועוד ס"ל להרמב"ם ז"ל דבאין שיעור כופה המוכר את הלוקח לקבל הקרקע כפי המקח של שעת המכירה וכשיש שיעור בהתוספת מיפינן כחו של מוכר בהמקח וכחו של לוקח בהחזרה שביכלתו להחזיר דמים או קרקע אבל בהמקח לעולם כח המוכר יפה כיצד אם הלוקח מחזיר דמים מחזיר לו כשעת היוקר כשנשתנה המקח בין מיוקר לזול ובין להיפך ואם מחזיר לו קרקע מחזיר לו כשעת הזול כשנשתנה המקח ואם יש להמוכר שדה סמוכה אז אף באין שיעור לא נכוף את הלוקח לקבל קרקע והברירה בידו מה שירצה כן נ"ל

נ"ל בדעת הרמב"ם שנעתיק דבריו והטעם בכל זה נ"ל דכיון דבאין שיעור כופין את הלוקח לקבל הקרקע ממילא הוי כנמכרה לו מכבר ולכן המקח הוא כשעת המכירה בין הוקרה מאז בין הוזלה אבל ביש שיעור דנתנו חז"ל בהחזרה יפוי כח להלוקח דאם רצונו להחזיר לו קרקע יחזיר לו ועכ"ז יש רשות בידו לקבל הקרקע בע"כ של המוכר ולא רצו חז"ל ליתן רשות להמוכר לקבל הקרקע בע"כ של הלוקח דאולי יגיע להלוקח הפסד בזה כשיטלו ממנו מקצת מהשדה דיצטרך לשמירה יתירה וכה"ג ולכן נתנו לו חז"ל את היפוי כח שיקבל הקרקע אם ירצה וכיון שלו נתנו היפוי כח בהחזרה ממילא דבהמקח נתנו היפוי כח להמוכר ואם הלוקח מקבל הקרקע ומחזיר לו מעות משלם כשעת היוקר כיון שבע"כ נוטלה ממנו וכשמחזיר לו הקרקע מחזיר לו כשעת הזול בכל ענין דאם נאמר שיחזיר לו כשעת היוקר הרי יבחר לו תמיד הטוב לו והרע להמוכר ואין זה מהצדק [ובזה א"ש מ"ש בב"ב ק"ד: ליפות כחו של מוכר ושל לוקח דיש יפוי להניחה לזה במקח ולזה בחזרה ומ"ש שם אי ארעא יהיבנא לי' פירושו הלוקח להמוכר ומפרשי הרמב"ם תפסו דגם לדידי' אם המוכר רצונו ליקח הקרקע הרשות בידו ותמהו עליו ולדברינו א"ש וזה שסיימו במשנה מהו מחזיר לו מעות ואם רצה מחזיר לו קרקע ולמה אמרו מחזיר לו מעות ליפות כחו של מוכר ור"ל דהחזרה היא ברשות הלוקח ויפוי כח דמוכר הוא על המקח כמבואר בגמרא וחזר בו מפירושו למשנה כידוע בכ"מ וא"ש מ"ש בגמ' כופין את המוכר למכור ואת הלוקח ליקח כפשטא דאת המוכר כופין למכור הקרקע כשהלוקח רוצה בה ואת הלוקח ליקח כשער היוקר]:

יב וזה לשון הרמב"ם שם ורבינו הב"י העתיק דבריו בסעיף ט' ומה הוא מחזיר לו אם היה התוספת פחות מט' קבין מחזיר לו דמים כשעת המכירה ליפות כח המוכר [שיוכל לכוף להלוקח] ואם היתה התוספת כמוכה לשדה אחרת של מוכר מחזיר לו אותה תוספת קרקע שהרי סומך אותה לשאר שדותיו ואינו מפסיד כלום היתה התוספת יתירה על ט' קבים נותנים [ר"ל השערים] רובע לכל סאה וסאה והנשאר יתר על הרבעים אם יש בו ט' קבין נותן כל הרבעים כולם עם היתר מהקרקע ונותנו לו כשעה שלקחו ממנו בד"א כשהיתה בזול בשעת ממכר והוקירה בשעת החזרת היתר [וכשמחזיר מעות פשיטא שנותן כשעת היוקר דהרי עתה היא הלקיחה] אבל אם היתה ביוקר והוזלה אומרים ללוקח אם רצית ליתן לו דמי התוספת כולה תן לו דמים כפי הממכר ואם רצית ליתן לו קרקע תן לו כמו ששוה עכשיו [ומפורש שביד הלוקח הברירה] ודין חצי קב בגינה כדין ט' קבין בשדה שאם הותיר בגינה פחות מחצי קב על הרבעים אינו מחזיר לו אלא דמים הותיר חצי קב מחזיר לו כל הרבעים עם היתר בדמים [כמ"ש בסדה] או קרקע כשעת הזול של עת החזרה עכ"ל:

יג היתה שדה בשעת מכירה והיה בהמותר מעט יותר מחצי קב ושני סאין מכר לו ובזה יד המוכר על העליונה כמו שנתבאר ונעשית גינה כגון שעלה בה מעין קודם שהחזיק הלוקח בהמותר וקם בדין תורת חזרה או להיפך שהיתה גינה בשעת מכירה והיה בדין חזרה ונתיבש המעין ונעשית שדה ה"ז ספק אם מחשב לו כדין שבשעת המכר או כמו שהיא עתה והלוקח נקרא בדין זה מוחזק ומחזיר להמוכר מה שירצה [סמ"ע]:

יד האומר לחבירו שני לשונות שסותרים זא"ז כגון שא"ל בית כור עפר אני מוכר לך מדה בחבל בין חסר בין יתר או בין חסר בין יתר מדה בחבל הוי ספיקא דדינא אם תפוס לשון ראשון או לשון אחרון והמוכר הוא מוחזק והולכין לטובתו אחר הפחות שבלשונות ואם הותיר אפי' כל שהוא יחזיר למוכר ואם פיחת עד רובע לסאה הגיעו ואפי' כשהלוקח לא נתן מעות עדיין והמוכר תובע ממנו המותר מ"מ נקרא המוכר מוחזק דקרקע בחזקת בעליה עומדת [טור] וי"א דאם לא נתן מעות עדיין נקרא הוא מוחזק [ראב"ד] אם המוכר רוצה שיקח המעט היתר ויתן מעות בעדה אבל אם רוצה לעכב הקרקע לעצמו ודאי דבחזקתו היא [ש"ך] ואפשר דגם דעה ראשונה מודה בזה ואין כאן מחלוקת:

טו א"ל בית כור עפר אני מוכר לך כמו שהוא בתוך סימניו ומצריו ועמד בתוכו או שא"ל בית כור זה [סמ"ע] דיש בזה יתור לשון דבלא סימניו ומצריו ה"ל כמו הן חסר הן יתר כמו שנתבאר לכן הוסיף במה שאמר בסימניו ובמצריו דאפי' פיחת שתות או הותיר שתות הגיעו דכשאמר לשונות אלו היתה כוונתו בית כור איך שיהיה מיהו ביותר משתות אין שם בית כור עליו וינכה לו כל הפחת מהדמים והמקח לא בטל וכן אם הוסיף לו יתר על שתות יתן לו דמים או קרקע הכל לפי השיור אם הנשאר בשדה הוא פחות מתשעה קבין ובגינה פחות מחצי קב ולא היתה סמוך לשדה או לגינה אחרת של המוכר מחזיר לו דמים כפי המקח שקנה:

טז המוכר שדה לחבירו וא"ל בסימניו ומצריו והלוקח מכיר אותה ואת המצרים וכבר הורגל בה אפילו א"ל יש במדתה מאתים אמות ולא נמצא אלא ק"נ או פחות מזה הרבה [שם] הגיעו ואין כאן אונאה שהרי ידעה וסבר וקביל ומה שא"ל מאתים יש לו לתרץ דבריו שכוונתו היתה שהיא שוה כמו אחרת שיש במדתה מאתים וי"א שצריך שתהיה עכ"פ שדה טובה משדה אחרת [רמ"ה] וי"א דא"צ לזה דלהשביח מקחו אמר כן [רשב"ם וטור] ואפי' לא היה מכיר איכותה הטובה היא אם לא דבהכיר איכותה גם דעה ראשונה לא תחלוק בזה [נ"ל]:

יז האומר לחבירו בית כור פלוני אני מוכר לך ושמו כן הוא שנקרא בית כור פלוני אע"פ שאין במדתו אלא לתך שהוא חצי כור הגיעו שלא מכר לו אלא מקום הנקרא בית כור והמוכר צריך להביא ראיה שנקרא כפי רוב בני אדם במקום זה בית כור ואפילו

יש

יש פחות מלתך הגיעו [נ"ל ורא"ס מכרס ופרדס]:

יח וכן האומר לחבירו כרם שלי שבמקום פלוני אני מוכר לך אע"פ שאין בו גפנים הגיעו ודוקא שרוב אנשים שבשם קורין אותו כרם וכן האומר לחבירו פרדס זה אני מוכר לך אפי' אין בו רמונים הגיעו כשרוב אנשים קורין אותו פרדס שלא מכר לו אלא השם כיון שקורין אותו כך וכן כל כיוצא בזה ויראה לי שדוקא כשידוע זה להלוקח אבל כשאינו ידוע לו אין לך אונאה גדולה מזו ועוד נ"ל דלדעת רבינו הרמ"א שיתבאר בסי' שכ"א אין זה אלא כשהמוכר אמר להלוקח לשון זה דלא מכר לו רק השם שקורין אותו אבל כשהלוקח אמר להמוכר הוי קפידא ואם אין הדבר בדקדוק כפי מה שאמר בטל המקח [וכ"מ מב"מ ק"ד לפי תירוץ סמוה"ל למי שפוסק כמותו ודו"ק]:

יט וכתב רבינו הב"י דכל אלו הדברים במקום שאין שם מנהג אבל במקום שיש מנהג הלך אחר המנהג ואחר לשון רוב אנשי המקום שהמנהג עיקר גדול במשא ומתן וכבר נתבאר זה בסי' רי"ד ורט"ו ורוב בלא מנהג יכול המוחזק לומר אני מן המיעוט [נ"ל]:

כ האומר לחבירו חצי שדה אני מוכר לך ולא פירש איזה חצי שמין כמה שוה כל השדה ונותן לו מהכחוש שבה מה ששוה חצי הדמים של כל השדה דשמא כוונתו היתה על חצי שויה ולא על חצי מדתה ויד המוכר על העליונה ויתן לו הרבה זיבורית ולעצמו יניח מעט עידית ואם ידוע לפי הלשון הנהוג דכוונתו היתה על חצי מדתה ימדוד לו חצי שדה שירצה ונותן לו [נ"ל] וכבר נתבאר בסי' רי"ד דבקרקע לא אמרינן הדמים מודיעים וכן אם א"ל חציה בדרום אני מוכר לך שמין לו דמי כולה ונותן לו בדרומה כחצי כל הדמים דאפשר היתה כוונתו למכור בצד דרום כפי שווי החצי דכל השדה וי"א דרואין כמה שוה חציה שבדרום ונותן לו מהגרוע שבשדה דשמא זה שאמר חציה שבדרום היא על השומא [רסב"ם ור"ח וטור] ובש"ע לא הובא רק דעה ראשונה ויראה לי דגם בזה הולכין לטובת המוכר שהוא מוחזק דאם חציה שבדרום שוה יותר מחצי השדה בכולל כגון שחציה שבצפון גרוע משבדרום נותן לו כדעה ראשונה ואם החציה שבדרום גרוע נותן לו כהי"א דודאי הלשון סובל שני הפירושים וצריכין לדון בזה לטובת המוחזק עוד נ"ל דבכל הדברים שבסעיף זה לא מקרי המוכר מוחזק כשעדיין לא קבל הדמים להי"א שבסעיף י"ד ואינו יכול לכוף להלוקח שיקבל הגרוע ויכול לבטל המקח:

כא כשמוכר לחבירו חלק בשדהו וצריכים לעשות גדר ביניהם מקבל עליו הלוקח לעשות בחלקו מקום הגדר ומאחורי הגדר סמוך לה חריץ קטן רחב ג"ט וחוצה לה חריץ אחד גדול רחב ששה טפחים ובין שני החריצין רחב טפח וכל זה הוא כדי שלא תקפוץ הנמייה והיא חיה קטנה שאוכלת ומפסדת התבואה והיה דרכם לעשות שני חריצין אחד גדול ואחד קטן דבהגדול לבד לא סגי מפני שהחיה תעמוד בתוך החריץ ותקפוץ ובהקטן לבד לא סגי דמפני שהוא קצר תעמיד על שפתו ותקפוץ [ספ"ז דב"ב] והטעם ששייך זה על הלוקח בארנו בסי' קנ"ח סעיף ד' לענין הגדר שצריך לעשות על הוצאותיו וכן משמע בירושלמי וי"א דהמוכר נותן מקום מחלקו לעשות בו כל אלה דסתם מוכר חצי שדה מוכר לו כל צרכיה [רסב"ס] אבל כשמכר לו את כל השדה מה יתן לו יותר [סס] ולכן אף כשיש להמוכר קרקע אחרת בצד זו א"צ ליתן לו מקום [סמ"ע] ולענין הגדר תלוי במנהג כמ"ש שם ובמקום שצריך לעשות גדר יעשנה הלוקח על הוצאותיו ובחצי שדה נ"ל דלדעה זו על שניהם לעשות הגדר במקום שנהגו לגדור:

כב ראובן שהיה לו שדה בשותפות עם שמעון ומכרה ללוי ולא פירש כמה מכר לו ממנה אלא כתב לו חצי שיש לי בשדה מכרתי לך קנה החצי כולו ואם כתב לו חצי השדה שיש לי לא קנה אלא רביע דהכי משמע חצי ממה שיש לי דשם שדה שייך אפי' על מקצת שדה משא"כ בבית כמ"ש בסי' רי"ד סעיף י"ח ואע"ג דבבית גם לשון זה משמע על חצי כל הבית כמבואר שם מ"מ בשדה דלא קנה אלא רביע אין הטעם משום דהמוכר מוחזק דא"כ כשהלוקח לא נתן מעות עדיין ואומר שחצי מכל השדה מכר לו לא נוכל לכופו ולא משמע כן מהש"ס והפוסקים אלא ודאי בשדה לא משמע לשון זה אלא רביע דא"כ היה לו לכתוב חצי שיש לי בשדה ובבית לא שייך לדקדק כן מפני שא"א לפרש בענין אחר [נ"ל]:

כג היה לו בקעה גדולה שבתוכה שדות רבות וכל אחת חלוקה במצר שלה והיה עומד באחת מן השדות ואמר לחבירו שדה אני מוכר לך אע"פ שמצר לו מצרי הבקעה מ"מ לא קנה רק שדה אחת שעומד בתוכה ואמרינן דמצרים הרחיב לו ודוקא כשרובא דאינשי אין קורין שדה לבקעה אלא בקעה ולשדה אחת קורין שדה ואע"ג דמיעוטא קורין גם לבקעה שדה אין חוששין למיעוטא אבל אם הרוב קורין גם לבקעה שדה וכן אם אפילו רק מיעוטא קורין לה שדה אך שכתב לו ולא שיירית בזביני אלין כלום ומצר לו מצרים חיצונים קנה כל הבקעה כמ"ש בסי' רי"ד סעיף ז' לענין בית בבירה ושם נתבארו עוד דינים השייכים לזה ע"ש וכל זה כשמצר מפסיק בין שדה לשדה אבל אם אין מצר מפסיק אף שלא מצר לו מצרים חיצונים קנה הכל דכל המוקף במצר אחד נקראת שדה אחת כמו שיתבאר והטעם שאין אומרים בזה נראה לפי הדמים נתבאר שם הטעם דבקרקע לא אמרינן הדמים מודיעים:

כד האומר לחבירו שדה ראובן אני מוכר לך וכוונתו הוא על שדה שקנה מראובן והיו לו שתי שדות שקנה מראובן או שא"ל שדה הנקראת בשם פלוני אני מוכר לך והיו לו שתי שדות הנקראים בשם כזה לא קנה אלא הפחות שבהם דשדה משמע אחת ולא שתים

ויד בעל השטר עה"ת ויד המוכר על העליונה והאומר לחבירו שדה ראובן אני מוכר לך וכשבא הלוקח להשתמש בה א"ל המוכר לא זו היא השדה שהיתה של ראובן אלא בשמה היא קרויה כך ומעולם לא היתה של ראובן ומראה לו שדה אחרת שמברר שהיתה של ראובן וקנה ממנו ואומר שאותה מכרתי לך על המוכר לברר שזו שנקראת בשם שדה ראובן לא היתה מעולם של ראובן ואם מביא ראיה שכן הוא אזי מסתמא מכר לו השנית שמברר שקנאה מראובן אף שאינה נקראת שדה ראובן אבל אם אינו מברר כן אינו נאמן ואע"פ שהיא טובה יותר מהשנית ותמיד יד הלוקח עה"ת מ"מ כיון דשניה אינה נקראת שדה ראובן והראשונה נקראת אמרינן דגם אותה קנה מראובן ואותה מכר לזה וזכה בה הלוקח ואף גם כשמברר מ"מ אם הלוקח מברר שלא ידע כלל מהשדה השניה שקנאה מראובן וברור שכוונתו היתה שדימה שמוכר לו אותה שנקראת בשם ראובן יכול לבטל המכירה [נ"ל] וכלל דבורים אלו תלוים בלשון המדברים לפי מנהג המדינה ולשונה :

כה האומר לחבירו שדות אני מוכר לך קנה שתי שדות דמיעוט שדות שתים ולא יותר דיד הלוקח עה"ת ואם א"ל כל שדות קנה כל השדות שיש לו אפי' הרבה חוץ מגנות ופרדסים שאינן בכלל שדות ואם א"ל נכסים אני מוכר לך אפי' גנות ופרדסים מכורים אבל לא בתים ועבדים ואם א"ל כל נכסים אפי' בתים ועבדים וכל המטלטלין הידועין לו ואפי' תפילין שבראשו בכלל המכר הם וזה שיתבאר בסי' רמ"ח דמטלטלין הן בכלל נכסי אף כשלא אמר כל נכסי זהו במתנה דנותנה יותר בעין יפה ממכר [ס"ך] ודוקא שאמר כל נכסי אבל כשאמר נכסי דבי פלניא ואפ' אמר כל נכסי דבי פלניא [טור] לא מכר לו המטלטלין שקנה מאותו פלוני אלא הקרקעות שקנה ממנו מפני שאין מטלטלין נקראין על שם המוכר ויש חולקין באומר כל נכסי [ס"ך] וכן אם לא קנה מאותו פלוני רק מטלטלין בהכרח שקונה המטלטלין ולשון קרקע כולל גם בתים ולכן כשאמר כל קרקעותי אני מוכר לך גם בתים בכלל וכשאמר קרקעות קונה שני קרקעות שירצה המוכר ליתן וכבר נתבאר שאין הדמים מודיעים בקרקע בין לזול בין ליוקר אבל במטלטלין הדמים מודיעים אמנם בקרקעות ומטלטלין יחד אין הדמים ראיה דיש לחשוב מיעוט הדמים או ריבוין על הקרקעות [נ"ל] ובעיקר דין זה אם הדמים ראיה במטלטלין יתבאר בסימן ר"ך סעיף ז' בס"ד :

סימן ריט [כיצד מסיימין המצרים ואם לא סיים מה דינו ובו ו' סעיפים] :

א האומר לחבירו שדה פלוני אני מוכר לך קנאה כולה אפי' היא גדולה הרבה אע"פ שלא סיים המצרים כל זמן שאין מצר מפסיק וכשמצר לו מצרים אפי' לא מצר לו רק מצר מזרחי ומערבי ולא הזכיר צפוני ודרומי קנה כל השדה ולא אמרינן שהשדה לא מכר לו כלל אלא תלם אחד במזרח ותלם אחד במערב כשיש בהם שיעור שדה המבואר בסי' קע"א דניכרים הדברים שכל השדה מכר לו וקיצר בהמצרים ומודדין משפתי מזרח ומערב וכל מה שבתוך המצרים קנה ועדיף מאם היה מצר לו ג' מצרים שיתבאר דהמצר הרביעי בעצמו לא קנה דבכאן ניכר שהיה דעתו לקצר [סמ"ע] :

ב מצר לו מצר ראשון ומצר שני ומצר שלישי ולא מצר מצר הרביעי קנה כל השדה עם המצרים בכל ענין אבל את המצר הרביעי בעצמו לא קנה דלהכי אהני מה שלא מצר אותו דאם לקצר נתכוין לא היה לו להזכיר שני מצרים אלא שני המצרים הנוכחים זל"ז בלבד בר"א דלא קנה מצר רביעי כשאינו מובלע בין המצרים שמכאן ומכאן אלא הולך על פני שניהם ויש עליו רכב דקלים שהוא הרכבת הרבה דקלים או שיש בו תשעה קבין שכשהוא כן הוי דבר חשוב בפ"ע ואינו נמכר בכלל השדה אבל אם היה מובלע בין המצרים ואין עליו רכב דקלים וגם אין בו תשעה קבין בטל הוא לגבי השדה וקנה גם אותו ואם יש בו חדא לטיבותא וחדא לגריעותא כגון שהיה מובלע ויש עליו רכב דקלים או שיש בו תשעה קבין או שלא היה מובלע ואין עליו רכב דקלים וגם אין בו תשעה קבין בזה אמרו חז"ל [ב"ב ס"ב:] דהוה שודא דדייני שהדבר מסור לב"ד כפי מה שיראו לאיזה דרך היה נוטה דעת המוכר והלוקח ולפי הדמים ולפי מנהג המדינה שיהא מכור או אינו מכור כן יעשו [לבוש] ואע"ג דבכ"מ אמרינן דיד הלוקח על התחתונה מ"מ בכאן היה נראה לחכמים לפסוק שודא דדייני [ת"ס' סס] מפני שהוא דבר רחוק שלא ימכור המצר הרביעי לפיכך מסרו הדבר לב"ד :

ג מצר לו מצר אחד ארוך ומצר אחד קצר כגון שמצר מזרחי ארוך מאה אמות ומצר מערבי נ' אמה אם היה הארוך של איש אחד לא קנה גם מן המזרח רק כנגד הקצר דיד הלוקח עה"ת ואמרינן דמצרים הרחיב לו אבל אם היה של שנים וכתב לו שדות של ראובן ושל שמעון הם מן המזרח ושל לוי הוא מצר מערב ושל ראובן הוא כנגד לוי ושל שמעון יוצא הלאה הוי כמפורש שבארוך קנה הכל דאל"כ למה הזכיר של שמעון כלל ולכן קנה כנגד ראש תור שהוא באלכסון במזרח עד הארוך וכמערב עד הקצר והולכין בחוט באלכסון ממצר

מזרח

מזרח עד מצר מערב וי"א דאפי' כשהיה מצר מזרחי של איש אחד קנה ג"כ באלכסון כראש תור דאל"כ היה לו לכתוב שחצי שדה של ראובן הוא המצר וראש תור הוא תכשיט העשוי בדמות משולש וכל זוית וזוית הוא מחודד מפני שהולך באלכסון כמש"כ תורי זהב וגו' :

ד לא מצר את המצרים של כל אורך הרוחות אלא שסיים לו את הזוית בלבד שכתב שדה ראובן הוא בזוית מזרחית צפונית ושל שמעון בזוית מערבית דרומית ושל לוי בזוית דרומית מזרחית ושל יהודה בזוית מערבית צפונית או שסיים לו שני מצרים כמי גא"ם והוא אות יונית והם זה כנגד זה כגון שמצר לו קרן דרומית מזרחית וקרן צפונית מערבית והמצרים נכנסים קצת גם בכל הרוחות כמובן או שסיים לו חלק מכל רוח ורוח כגון ששמנה שדות סובבים את השדה מכל הצדדים וכתב לו שדה אחד מכל צד ה"ז לא קנה את כולה אלא יקנה ממנה כפי מה שמצר לו כגון בסיים זוית לא קנה רק כנגד הזוית ומודדין לו שני חבלים מזוית לזוית באלכסון שתי וערב כפי רוחב מצרי הזוית ובגא"ם קנה ממנו רצועה כמדת הגא"ם ובחלק מכל רוח חולקין את השדה לשמנה חלקים וקנה ארבעה שמינות מהן כפי המצרים שמצר לו והרמב"ם ז"ל בפכ"א הוסיף בזה דיעשו כפי מה שיראו הדיינים ובגמ' לא נזכר זה ולכאורה משמע שדעתו לפסוק שודא דדייני [סס"מ] ויש מי שאומר דאין כוונתו לשודא אלא כוונתו שהדיינים יעשו החלוקה כפי מה שנתבאר [ס"ך] ויותר נראה שכוונתו שאם רואים הדיינים שהמנהג בהרבה בני אדם שאין מסיימין את המצרים לכל האורך קנה הכל ואין זה שודא דדייני ממש וכן ראוי להורות :

ה היה מצר ראובן מזרח ומערב ומצר שמעון צפון ודרום צריך שיכתוב לו מצר ראובן משתי רוחות ומצר שמעון משתי רוחות דאל"כ לא יקנה אלא שני רוחות כמין דלת ובטור כתוב עוד שאם מצר לו מצר מזרח ארוך ושל מערב קצר ושל צפון ארוך ושל דרום קצר פלגינן ליה בשני ראש תור והחלוקה מובנת ממה שבארנו בסעיף הקודם :

ו היה לו שדה ומכר מקצתו לשמעון לצד מערב ומצר מזרח עיכב לעצמו ומצר לו מצר מערבי ולא מצר לו מצר מזרחי שהיא שדה שלו בצמצום כמה אמות שלו לידע המקום המתחיל חלקו של שמעון אלא כשכתב המצרים כתב כל השלשה מצרים מהשלשה רוחות שהם שדות של אחרים ובמצר מזרחי כתב לשון זה מצר מזרח דמינה פליגא או דמינה פסיקא ורצה לומר דמצר מזרח הוא שדה שלי שמן שדה זו פליגא חלק לשמעון או פסיקא חלק לשמעון ויש ספק אם חצי שדה מכר לו או רק שיעור שדה שהוא ט' קבין יד בעה"ש על התחתונה ואין לו רק תשעה קבין אבל אם כתב איזה יתור לשון כגון שכתב ואלין מצרנהא קנה חצי השדה דלשון זה הוא ודאי ליפות כח בעל השטר שלא תהא ידו עה"ת ודע דבכל מ"ש בסעיף ד' שקנה רק מקצתה מפני הספק אבל עכ"פ שיעור שדה צריך ליתן לו וכל הספיקות הם כשלא כתב לו כמה אמות מרובעים מכר לו או כמה הוא האורך וכמה הרוחב דאל"כ הרי אין כאן ספק דנמדדם עוד נ"ל דבכל מקום שמפני הספק יד הלוקח עה"ת אם עדיין לא נתן מעות אין אנו כופין אותו ליתן המעות וליקח המקצת להי"א שבסימן רי"ח סעיף י"ד ע"ש וכשאין יכולים להשוות יחד בטלה המכירה :

סימן רכ [המוכר את הספינה וקרון וצמד בקר ופרה וחמור מה נמכר עמהם ובו י"ג סעיפים] :

א המוכר את הספינה ולא פירש מה מכר עמה מכר את התורן והוא העץ הגבוה שתולין עליו את והנס הוא הוילון התלוי בתורן נגד הרוח וכן בספינות שלנו ההולכים בקיטור מכור הוילון שפורשין על כל הספינה להגין מפני השמש ואת התנורים שמסיקין שם הגחלים להעלות את הקיטור וכל המוכנות עם הגלגלים [כ"ל] ואת העוגנין והוא ברזל כבד כעין מזלג המעכב את הספינה כשרוצים להעמידה ובלשוננו קורין אנקער ואת כל המשוטין המנהיגין אותה ובכלל זה החבלים שמושכים בהם הספינות להנמל ובזמנינו מכור גם הקאמפאס שמראה הילוכה לאיזה צד שיש בו חוט המאגנעט ואת הכבש והוא הגשר שעושים להספינה ואת האסכלא והוא הגשר שיורדין בה מעל הספינה לקרקע של ספינה ועולין משם אל הספינה ואת בית המים והוא הבנין שבספינה שמשתמרין בה מים מתוקים לשתות בין שנותנין המים בהמקום עצמו ובין שמעמידים שם חביות הרבה מלאות מים מתוקים וכהביות עצמן אין נמכרים בסתמא [כ"ל] אבל לא מכר את הספינה הקטנה שעשויה לילך בה עד היבשה מפני שהגדולה אין ביכלתה להתקרב ליבשה מפני קטנות המים ויורדין בהקטנה שדי לה מעט מים [רשב"ס] וכן אותה שעשויה לצוד בה דגים ואל היבשה א"צ לה כגון במקום ששפת הים עמוק והגדולה הולכת עד היבשה [ב"י] ולא מכר את העבדים המשמשין בה כמו המלחים ושומרי האיצרות והמלח המובהק המוליך אותה והממונה להשגיח על כל הספינה ולא אה הסחורה שבתוכה ולא את המרצופים והם השקים הגדולים שמשימים בהן פרקמטיא ומונחים תמיד בהספינה כמו השקים של בית הבד שבסי' רט"ו בזמן שא"ל היא וכל מה שבתוכה אני מוכר לך הרי כולם מכורים ואע"ג דבבית הבד לא מכר את המרצופים אף

בכה"ג

בכה"ג כמ"ש שם זהו מפני שבית הבד הוא קרקע ולא בטלו המטלטלים לקרקע בכי האי לישנא אבל גבי ספינה שהיא מטלטלין בטלו [כ"ל] וכשם שבמכר אינם מכורים כל מה שנתבאר כמו כן במקדיש ובמתנה דכיון שהן מטלטלין גמ רים אין חילוק בין הקדש ומתנה למכר [רסב"ס ע"ג] ויראה לי דזה שאמרו חז"ל [סס[דהסחורה נמכרת בזמן שא"ל היא וכל מה שבתוכה זהו רק הסחורה השייך לעסק הספינה כמו העצים והגחלים והשקים שמניחים בהם סחורה וכה"ג אבל סחורה דעלמא איזה שייכות הם להספינה אא"כ אמר ספינה זו וכל הנמצא בה כמו שהיא עתה מכור לך [ערסב"ס ס"ד: ד"ס ובזמן וכו' ודוקא וכו' להסמך]:

ב המוכר את הקרון לא מכר את הפרדות בזמן שאינן קשורות עמו מכר את הפרדות לא מכר את הקרון ואם היו קשורין זה בזה מכר הקרון מכר הפרדות שכשאדוקין יחד הרי הפרדות להקרון כתנור וכירים לבית [סס"מ פכ"ז] ועוד דהפרדות נגררין בשם הקרון כשמחוברים יחד [ב"י] אבל מכר הפרדות לא מכר הקרון אף בקשורים יחד דאין הקרון נגרר אחר הפרדות דעל הפרדות יכולין לרכוב בלא הקרון משא"כ בקרון בלא פרידות:

ג י"א דדוקא במוכר אבל במשכיר אינו כן שאם שכר את הקרון השכיר גם הפרדות עמו אף כשאין קשורים בהקרון דאין דרך לשכור עגלה מאחד ופרדות מאחר ומסתמא היתה כוונתם כפי המנהג ששניהם מושכרות לו [סמ"ע] אבל שכר את הפרדות לא השכיר את הקרון אף בקשורות דשמא שכרן לרכיבה ולכן אם שכרן מפורש לנסוע בקרון השכיר גם הקרון אף כשאינן קשורות מפני הטעם שנתבאר [כ"ל]:

ד מכר את הצמד והוא העול שנותנים על השוורים כשהולכין שניהם יחד לחרישה או למשא לא מכר את הבקר מכר את הבקר לא מכר את הצמד אפי' במקום שקצת אנשים קורין לצמד בקר ודוקא כשאינם קשורין ביחד אבל קשורים ביחד מכר את הצמד מכר את הבקר כמו בקרון ופרדית ובמשכיר הדין ג"כ כבשם [כ"ל] וי"א דהא דאמרינן מכר בקר לא מכר צמד היינו בסתם דאימור לשחיטה זבניה אבל אם פירש דלחרישה זבניה מכר הצמד עם הבקר:

ה כתב רבינו הב"י המוכר את העול מכר את הפרה מכר את הפרה לא מכר את העול עכ"ל וכתב רבינו הרמ"א דיש חולקין וס"ל דמכר העול לא מכר פרה וכן נ"ל עיקר עכ"ל עוד כתב רבינו הב"י מכר את העגלה מכר את הבקר מכר את הבקר לא מכר את העגלה וגם על זה כתב רבינו הרמ"א דיש חולקין כמו שנתבאר ואע"ג שבתוספתא פ"ד דב"ב מפורש כדעה ראשונה ס"ל דלא קיי"ל כן דמאי שנא מצמד ובקר ויש מחלקים דבצמד כיון ששני שוורים הן אינן בטלים להצמד משא"כ פרה אחת ואין זה סברא כלל וי"א דמיירי כשקשורים יחד [סמ"ע] ובכה"ג פשיטא שאין כאן מחלוקת כמו בצמד ובקר אמנם מהתוספתא אין ראיה כל כך דשמא בזמנם היה הלשון כן שהיה כלול בשם עול גם הפרה ובשם עגלה הבקר [כ"כ בכ"מ פכ"ז]:

ו המוכר את החמור מכר את המרדעת וזהו מה שעשוי שהחמור יתחמם בו ואת האוכף אע"פ שאינם עליו משום דסתם חמור הוא לרכיבה והם עצם כלי הרכיבה וה"ה כשמכר בהמה אחרת לרכיבה מכר את כלי הרכיבה אבל לא מכר את השק ולא מרכבת הנשים דעשויין למשא ולכן אם פירש שקונה גם למשא קנה גם השק והמרכבת [סמ"ע] וכשלא פירש לא קנאם אפי' היה השק והמרכבת על החמור בעת המכר וי"א דזהו מפני הספק דבעיא היא בגמ' [ב"ב ע"ח.] ונ"מ בזה אם הלוקח לא נתן מעות עדיין דלדעה ראשונה מוציאין ממנו ולהי"א כיון שהוא מוחזק אין מוציאין ממנו וכשאמר הוא וכל מה שעליו מכור לך הרי הם מכורים בכל ענין וכן אם אמר כל מה שראוי להיות עליו:

ז אמרו חז"ל [סס ע"ז:] דבכל אלו הדברים אין הדמים ראיה כגון שמכר לו הצמד או הקרון ונתן בעדו מאה זוז דפשיטא שלא נתן בעד צמד מאה זוז ומ"מ אין זה ראיה ורואין את העודף שנתן על שווי המקח דאם העודף הוא בכדי שהדעת טועה יש לזה אונאה וביטול מקח כדין כל מוכר ולוקח אבל אם העודף הוא בכדי שאין הדעת טועה כמו שנהן בעד הצמד מאה זוז לא בטל המקח ובודאי למתנה נתנם לו דכיון דרוב בני אדם אין קורין לבקר צמד ודאי דכונתו היתה על הצמד לבד והמעות היתרים, הם מתנה ולכן אם הרבה בני אדם כשמזכירין צמד כוונתם גם על הבקר אז הדמים מודיעין ואם כל בני אדם קורין לצמד בקר וכשמזכירין צמד בלא בקר אומרים מפורש צמד לבד אזי גם בלא הודעת דמים הכל מכור וכתב הטור דבכל זה שאמרנו שאין הלוקח קונה הבקר אפילו לא נתן הדמים עדיין ואפי' תפס הבקר מוציאין ממנו הדמים והבקר ונותנים למוכר דכל דבר שאינו מפני הספק לא מהני תפיסתו ובש"ע לא הובא זה דאפשר דחז"ל לא בודאי אמרו כן אלא מפני שהמוכר מוחזק ובאמת טעם דמתנה הוא סברא לא קרובה דרובא דאינשי אין נותנים מתנות אמנם זהו ודאי כשיש מיעוט שקורין לבקר צמד והלוקח מוחזק ודאי יכול לומר קים לי שאני מן המיעוט ונהי שאינו יכול לתופסן מ"מ יכול לבטל המקח והרי אין הולכין בממון אחר הרוב כשיש להמוחזק טענה וטענת קים לי שאני מן המיעוט הוי טענה יפה [תוס' ר"פ סמניח] ואולי בזה גם הטור מודה וכן נראה:

ח המוכר את השפחה מכר כלים שעליה והם הבגדים שלובשת תמיד וגם עליה אפי' הם מאה מנה אבל לא מכר התכשיטין שעליה כמו השירים והנזמים והטבעות וקטליאות שבצוארה דבגדים בהכרח שתהיה לבושה לכן נבללים בגופה אבל תכשיטין עיקרן הן רק לנוי ואם א"ל שפחה

שפחה וכל מה שעליה מכורים לך הרי כולם מכורים דבלשון זה גם המה כלולים :

ט האומר לחבירו שפחה מעוברת אני מוכר לך פרה מעוברת אני מוכר לך מכר לו גם את הולד וי"א דאפי' מכר לו סתם אם הן מעוברות הולד מכור כשאמר שפחה זו או פרה זו [סמ"ע] אבל אם א"ל שפחה מניקה אני מוכר לך פרה מניקה אני מוכר לך לא מכר לו את הולד דיכול המוכר לומר מה שאמרתי לך מניקה לא היה כוונתי על הולד אלא על החלב שיהיה לך מהפרה והשפחה תניק את הילדים ויד הלוקח על התחתונה אבל במעוברת אינו יכול לומר שכוונתו היתה על החלב שלא ילדה עדיין ואין החלב לפנינו ויותר תלינן על העובר שהוא כלפנינו אבל בחמור כשאמר אפי' חמור מניקה אני מוכר לך ג"כ הולד מכור שאין אדם קונה חמור לחלבה שטמא הוא :

י האומר לחבירו ראש עבד זה או ראש חמור זה אני מוכר לך כיון דלאכילה אינו שייך בע"כ דהכוונה הוא למכור לו בו חלק כפי שויו של הראש וכיון שהראש הוא אבר שהנשמה תלויה בו ה"ז מכר חציו וכן הדין בכל אבר שהנשמה תלויה בו דמן הסברא היה לו להיות מכור כולו כמו במקדיש בבהמה טהורה אבר שהנשמה תלויה בו שפשטה קדושה בכולה כמ"ש הרמב"ם ז"ל בפט"ו מקרבנות אלא דבמכר א"א לומר כן דשמא לא מכר לו כולו ובהקדש הוי גזירת התורה ובטמאה גם בהקדש אינו כן ולכן במכר מכור מחצה אבל א"ל יד עבד זה יד חמור זה אני מוכר לך ישומו אותו אבר לאיזה מלאכה הוא ראוי ולפי שויו יטול וכשא"ל ראש פרה אני מוכר לך או שאר בהמה טהורה לא מכר אלא הראש בלבד שהרי ראש הנמכרת תמיד בבית המטבחים וכוונתו פשוטה שכשישחטנה תהיה הראש של הלוקח וכ"ז הוא דעת הרמב"ם ז"ל בפכ"ז ויש שכתבו דלפי גירסתנו בגמ' [ערכין ד':] דגרסינן ראש עבד זה הקדש הוא והקדש שותפין בו ראש עבד זה מכור לך משמנין ביניהן אלמא דבמכירה צריך שומא גם בהראש ולי נראה דהרמב"ם פי' משמנין כמו מחלקין וכן מוכח מרש"י שם שהקשה למה שינה הלשון אלמא דרא ודא אחת היא ושינוי הלשון נ"ל דלשון משמנין הוא לדמי [ספ"ז דב"ב] וכשהמה שותפין בהעבד יוכל אחד לכוף את השני בגוד או איגוד ובהכרח או שאחד יקח דמים מהשני או למוכרו ויחלקו הדמים אבל בהקדש לא שייך גוד או איגוד ואף אם נאמר דצריך שומא כיון שהנשמה תלויה בו פשיטא שאינו שוה פחות ממחצה :

יא המוכר את הראש בבהמה גסה לא מכר את הרגלים מכר את הרגלים לא מכר את הראש מכר את הריאה לא מכר את הכבד מכר את הכבד לא מכר את הריאה אבל בבהמה דקה מכר את הראש מכר את הרגלים מכר את הרגלים לא מכר את הראש מכר את הריאה מכר את הכבד מכר את הכבד לא מכר את הריאה ואפילו מכר אחר שחיטה הראש והריאה מכורים הם הרגלים והכבד [סמ"ע] ואין דברים אלו אמורים אלא במקום שאין מנהג ידוע אבל במקום שיש מנהג ידוע הכל הולך אחר המנהג :

יב המוכר את הבור לא מכר מימיו דבבור שמאספין בו מים מכונסין אין המים נכללין במכירת הבור אבל בבאר מים חיים מכר הבאר מכר מימיו [סס] ומכר אשפה מכר זבלה ואשפה נקרא מקום העשוי להנחת הזבל ובטל הזבל להמקום וי"א דגם בבור כשמכרה מכר מימיו אבל מכר הזבל לא מכר האשפה ומכר המים לא מכר הבור או הבאר דהעיקר אינו נמשך אחר דבר שנחלף בכל פעם :

יג מכר שובך מכר יונים מכר כוורת מכר דבורים דהיונים נקראים על שם השובך והדבורים על שם הכוורת דעיקרו של שם שובך הוא על היונים ועיקרו של שם כוורת הוא על הדבורים וי"א דה"ה להיפך דכשמכר יונים מכר את השובך ומכר דבורים מכר את הכוורת דאין להשובך ולהכוורת שם כלל לעצמן וכ"ז הוא כשפירש שמוכר לו כל פירות השובך והכוורת אבל אם מכר סתם פירות הכוורת לא מיבעיא שלא מכר הכוורת אלא אף הדבורים לא מכר כולם וכך אמרו חז"ל שלא מכר לו אלא באופן שלא יחרב כוורתו והלוקח יקח ג' נחילים הראשונים והם החבורות הנולדות ראשונה שכן דרך הכוורת שבתחלת ימות הקיץ יוצא מן הכוורת נחיל של דבורים ילדות שילדו האמהות ויושבין על ענף האילן ומביא כוורת חדש ומכניסן לתוכו וכן לסוף ט' או י' ימים יוצא נחיל אחר ומביא כוורת אחרת ריקנית ומכניסן לתוכו וכן השלישי [רסב"ס פ"ו] ומכאן ואילך נוטל הלוקח נחיל ומניח להמוכר נחיל כדי שתתיישב הכוורת וכן בשובך אם מכר לו סתם פירות שובכו אינו יכול ליטול כל הגוזלות שיולדו בו מעתה מפני שהאמהות בורחות ונמצא שיחרב השובך אלא מניח מהם כדי ליישב השובך וכמה מניח אם היו בו אמהות ובנות בעת מכירתם מניח בריכה ראשונה שיולידו האמהות לאחר המכירה ודרך היונים לעשות שני ולדות בכל חדש זכר ונקבה וכל שני ולדות נקראו בריכה ומניח להמוכר את הראשונה כדי שיצטוותו האמהות עם הבריכה הראשונה ועם הבנות שעמהם שנולדו ממנה כבר בשעת המכירה ומה שיולדו מהאמהות משם והלאה יקחם הלוקח דקים להו לחז"ל דכל אם מוכרחת להיות לה צוותא עם שני זוגות היוצאות ממנה וכן מהבנות שהיו בעת המכירה מניח ממה שיולידו אחרי המכירה שתי בריכות כדי שיצטוותו הבנות עם שתי זוגות שהולידו וכל הנולד מאחרי שתי בריכות של הבנות ואחר בריכה ראשונה של האמהות שייך הכל ללוקח ושאלו בגמ' [סס] למה לנו להניח להבנות שתי בריכות ליהוי די בבריכה אחת ויהיה לה צוותא עם אמה ועם בתה והשיבו דהאם יש לה צוותא בבתה אבל הבת אין לה צוות על האם וכל זה הוא לפי' הרמב"ם בהסוגיא אבל רשב"ם

רשב"ם מפרש דדי בבריכה אחת לכל אם ודבר זה תלוי במנהג המקומות כמ"ש בסי' רי"ד ובכל דברים אלו אין חילוק בין מכר למתנה ואע"ג דלענין דברים המחוברים יש חילוק כמ"ש בסי' רט"ו אבל במטלטלין אין חילוק וכן בהקדש כמ"ש בסעיף א' וכבר בארנו דבכ"מ שאמרו חז"ל שאין הלוקח קונה זאת לא מהני תפיסה ואף אם לא נתן מעות עדיין מוציאין ממנו ונותנין להמוכר אבל לא בדבר שהוא ספק :

סימן רכא [מוכר אומר במאתים מכרתי ולוקח אומר במנה ובו ג' סעיפים] :

א המבקש לקנות מחבירו מקח מוכר אומר במאתים אני מוכר לך והלוקח אומר איני לוקח אלא במנה והלך זה לביתו וזה לביתו ואח"כ נתקבצו ומשך זה החפץ סתם אם המוכר הוא שתבע את הלוקח ונתן לו את החפץ אינו נותן אלא מנה דכיון שהוא היה התובע בקיום המקח ונתנו סתם ודאי נתרצה לדעת הלוקח מה שרצה כבר ליתן ואם הלוקח היה התובע כגון שבא ומשך החפץ סתם צריך ליתן מאתים דודאי הסכים לדעת המוכר וכמו דאמרינן בקדושי אשה כשרצה לקדש אשה ע"מ שיתן לה מנה והיא אומרת ע"מ שיתן לה מאתים והלכו ואח"כ נתקבצו וקדשה סתם אם הוא אמר לה בא ואקדשך נותן מאתים ואם היא אמרה בא וקרשיני נותן מאה כמ"ש באהע"ז סי' כ"ט וכן בכל הענינים כמו הרוצה לשכור פועל ואמר אתן לך דינר ליום והפועל מבקש שני דינרים ליום והלכו זה מזה ואח"כ נתקבצו ועשה סתם אם הבעה"ב בקש אותו לעשות משלם שני דינרים ליום ואם הפועל בקש את הבעה"ב או שבא ועשה סתם אינו נוטל אלא דינר וכן בקבלנות וכן בכל הדברים שבעולם כשתחלה היו מחולקים בפרטים ואח"כ נתחברו ולא דברו בהפרטים הדבר תלוי מי היה המעורר אח"כ לקיום הענין מסתמא הסכים להשני :

ב ואם בתחלה היתה קציצה ביניהם כגון שהושוו כך וכך בעד המקח וקודם הקנין חזר אחד מהם כגון שאמר המוכר אין רצוני ליתן במקח זה אא"כ תוסיף כך וכך ונתבטל המקח לשעתו ואח"כ באיזה משך חזרו ונתחברו ומשך המקח סתם ודאי על קציצה הראשונה קנה אף אם הלוקח היה המתחיל ולא דמי להדין הקודם שאמרנו דמסתמא הסכים לדעת המוכר דבשם לא היתה קציצה אבל כשהיתה קציצה אף שלא נגמר הקנין אז והמוכר חזר בו מ"מ אח"כ כשנתרצו סתם ודאי נתרצו שניהם אקציצה ראשונה [סמ"ע] וכה"ג אמרינן בדין פועלים דכששכר את הפועל ליתן לו ד' דינרים והוזלה המלאכה וחזר בו הבעה"ב והלך הפועל ופיים את הבעה"ב שיעשה אצלו ועשה סתם נותן לו ד' דינרים אף שמקודם לא רצה ליתן רק שני דינרים מ"מ כיון שהיתה קציצה מקודם אמרינן דעל דעת קציצה הראשונה נתרצו כמ"ש בסימן של"ב :

ג ויש חולקים בזה דבפועל לא אמרינן דין זה אלא במקום שיש תרעומות להפועל על חזרתו של בעה"ב כגון שהפסיד מלאכה ע"י זה אבל במקום שאין תרעומות אין להם דין זה ולכן במקח כשחזר המוכר קודם הקנין שאין שייך תרעומות בזה לא אזלינן אחרי הקציצה הראשונה ואם בא הלוקח אח"כ ומשכו סתם אמרינן דהסכים לדעת המוכר כמו בדין הקודם [ט"ז ועב"ס סס סקכ"ח והו"ק] וי"א דגם במקח תלוי הדבר בתרעומות ע"פ מה שנתבאר בסימן ר"ד דגם בדברים בעלמא יש בו משום מחוסרי אמנה וכיון שהושוו בהקציצה יש בהחוזר משום מחוסרי אמנה ויכול לישא עליו תרעומות ולכן אמרינן דעל דעת קציצה ראשונה משך וכן הסכים המוכר ולכן כשנשתנה השער והוקר למאן דס"ל דאין בזה משום מחוסרי אמנה דינו כבסעיף א' [קלה"ה] ומ"מ אין תרעומות זה כבפועל שהפסיד על ידו ולכן נראה עיקר כדעה ראשונה וכשיש הכחשה בין מוכר ללוקח יתבאר בסימן רכ"ב :

סימן רכב [שנים חלוקים על המקח ושארי טענות שבין מוכר ולוקח ובו י"א סעיפים] :

א אמרו חז"ל בקדושין [ע"ג:] נאמן בעל המקח לומר לזה מכרתי ולזה לא מכרתי בד"א בזמן שמקחו בידו אבל אין מקחו בידו אינו נאמן ובדנקיט זוזי מתרווייהו ואמר חד מדעתי וחד בעל כרחי ולא ידיע הי מדעתו והי לאו מדעתו ויש מרבותינו שפירשו דהכי הוה עיקרא דמילתא דכששנים מעוררים על המקח זה אומר לי נמכר וזה אומר לי נמכר ושניהם נתנו לו דמים בזמן שמקחו בידו נאמן לומר לזה מכרתי ברצון וזה נתן לי מעותיו בע"כ אבל כשאין מקחו בידו ושניהם אוחזין בהמקח [רס"י] אינו נאמן משום דאחר שהוציאו מת"י לא רמי עליה למידק ואינו נאמן אפי' כשאומר זכור אני וממילא הוה דינם כדין שנים אוחזין בטלית שבסימן קל"ח ואם לא קיבל דמים אלא מאחד נאמן לומר מזה קבלתי ונתרציתי למכור לו אפילו כשאין המקח ת"י ואע"ג דאינו אלא עד אחד ומיגו אין לו שימסור למי שירצה ולמה יש לנו להאמינו יותר מעד אחד דעלמא מ"מ זהו כעין תקנה להאמין להמוכר משום דהרבה פעמים אין עדים בדבר והוי כנאמנות המילדת באה"ע סי' ד' [ר"ן] וי"א דזהו

דוקא

דוקא כשהלוקחין עומדין לפניו [סמ] וזהו שיטת רש"י והרי"ף לדעת הרא"ש והוסיף עוד דבדנקיט זוזי מחד נאמן אפי' לומר שנתרצה להאחר וזה השליך מעותיו בע"כ :

ב ויש מרבותינו שאומרים דבאין מקחו בידו אינו נאמן יותר מעד אחד דעלמא ובמקחו בידו נאמן מטעם מיגו שיכול למסור למי שירצה ואם קבל מאחר אינו נאמן לומר שמכר להשני אף כשמקחו בידו דזהו כמיגו במקום עדים דאנן סהדי שנתרצה למי שנתן המעות ומה שאמרו חז"ל בדנקיט זוזי מתרווייהו קאי אמקחו בידו ובדנקיט זוזי מתרווייהו ואינו זוכר למי מכר ברצון נשבעין שניהם ונוטלין כל אחד חציה כדין שנים אוחזין בטלית ואין חילוק בין המקח ביד המוכר ובין שהוא ביד שניהם ובאין מקחו בידו וגם הם אינם מוחזקים בו הוי דינא כל דאלים גבר ואם גבר אותו שהמוכר מסייעו אין כאן שבועה דעד המסייע פוטר משבועה ואם גבר השני ישבע להכחיש את המוכר [טור] וזהו שיטת התוס' והרא"ש ור"ח וטור :

ג והרמב"ם ז"ל כתב בפ"כ נאמן בעל המקח לומר לזה מכרתי ולזה לא מכרתי אימתי בזמן שהמקח יוצא מת"י אבל אם אין המקח יוצא מת"י הרי הוא עד אחד בלבד ודינו בעדות זו כדין כל אדם שהרי אינו נוגע בעדותו ולפיכך אם נטל הדמים משנים ונטל מאחד מדעתו ומאחד בע"כ ולא ידע ממי נטל מדעתו וממי בע"כ בין שהיה המקח בידו בין שהיו שניהם תפוסים בו אין כאן עדות כלל וכל אחד מהם נשבע כתקנת חכמים בנק"ח ונוטל חצי המקח וחצי הדמים עכ"ל וכשהמקח בידו ונקיט זוזי מחד אם נאמן לומר שמכרו להאחר לא ביאר הרמב"ם ולדעת רבינו הב"י ס"ל דאינו נאמן ולפ"ז דעתו כדעה הקודמת ואם אין עדים ממי קיבל המעות נאמן המוכר לומר מזה קבלתי וי"א עוד דכשאין עדים היודעים ממי קיבל נאמן המוכר לומר קבלתי מראובן ונתרציתי לשמעון במיגו שהיה אומר לא קבלתי מראובן כלל דדוקא כשידוע בעדים אינו נאמן אבל בלא עדים נאמן [ס"ך] ובן נראה דעת רבינו הרמ"א שכתב לא שנא נקיט זוזי מחד ל"ש נקיט זוזי משנים ונאמן לומר שאחד מהם נתן בע"כ עכ"ל וצ"ל דכוונתו כשאין עדים וכמו שנתבאר ואפי' נגד עד אחד נאמן המוכר כיון שמקחו בידו :

ד ולדינא הכריע אחד מהגדולים דאם לא היה קנין עדיין משניהם אפי' אחד עשה קנין והמוכר מכחישו ואומר שלא נתרצה במכירתו ובע"כ עשה נאמן המוכר דכיון שבשעה שמכחישו הוי הטענה נגד עצמו ויש לו חזקת ממון וחזקת מרא קמא וממילא דיכול אח"כ להקנותו לאחר בקנין אבל כשכבר עשו שניהם קנין בעדים ויש עדים שנתרצה לאחד מהם שא"ל משוך וקני רק שאין יודעים למי נתרצה ועכ"פ ידוע ע"פ עדים שהמקח הוא לאחד מהלוקחים ולא להמוכר ואין טענת המוכר לעצמו בזה אינו נאמן לומר שנתרצה למי שלא קיבל המעות אפי' לא נתברר ממי קיבל רק ע"פ המוכר ואינו נאמן במיגו שהיה אומר על המעות שקיבלם מראובן שקבל אותם משמעון דאין זה מיגו טוב מה שהיה ביכלתו לגזול ולתת לאחר ואם ידוע בעדים שנתרצה לראובן כשנתן המעות ואח"כ עשה ראובן משיכה לכ"ע אין המוכר נאמן לומר שחזר בו אחר נתינת המעות קודם המשיכה עד שיברר בעדים [נס"מ] וכ"ז הוא כשהמקח ת"י המוכר :

ה וכשאין מקחו בידו ונתבאר דהמוכר הוי כעד אחד ולמי שמסייע פטור משבועה ולמי שאינו מסייע מחייבו שד"א להכחישו זהו דוקא כשכל אחד מהם טוען שהמוכר מכר לו וחבירו תופסו בגזילה ופוטרים שניהם את המוכר משבועה אבל כשהשני טוען שהמוכר מכר לו בקנין ברצונו ואח"כ פשע ונתנו להאחר הרי המוכר חייב שבועת היסת נגד טענתו וממילא שאינו בר עדות דכל עד הצריך שבועה אינו עד כמ"ש בסי' קכ"א ודוקא כשהלוקח טוען שעשה קנין אבל בטענת נתינת מעות לבד אף דחייב מי שפרע מ"מ לא מצינו שע"י חיוב זה יפסל לעדות [ס"ך] ואף בקנין אינו אלא כשהמקח שוה יותר מהדמים שנתן דאל"כ אין כאן כפירת ממון ואינו עד הצריך שבועה [נס"מ] :

ו הלוקח מקח מאחר מחמשה בני אדם וכל אחד מהם תובע אותו ואומר אני הוא בעל המקח והוא אינו יודע ממי מהם לקח מניח דמי המקח ביניהם ומסתלק ואינו דומה למ"ש בסימן שס"ה בגזל אחד מחמשה דצריך להחזיר לכל אחד כשתובעין אותו דהתם עשה עבירה וכדאי שישלם לכל אחד אבל במקח למה ישלם יותר ואע"ג דגם בלא עבירה מצינו שמשלם לכל אחד בפקדון כששנים הפקידו אצלו בשתי כריכות זה מנה וזה מאתים וכל אחד אומר המאתים שלי וכ"ש כשרק אחד מהם הפקיד וכל אחד אומר אני הפקדתי דמשלם לכל אחד כמ"ש בסימן ש' גם בשם הוי הטעם דהוה ליה למידק מי הפקיד אצלו דפקדון הוא למשך זמן ופשע במה שלא דקדק מי היה המפקיד אבל במקח דסבור שמיד יבא המוכר ויטול מעותיו לא ה"ל למידק [ס"ך] ולפ"ז אם לקח בהקפה על זמן דמי לפקדון [נס"מ] ולדעה זו אם לקח מאחר בהקפה ואח"כ תבעוהו שנים או יותר צריך לשלם לכל אחד ולא משמע כן מכל הפוסקים וראיה לזה דהא דין זה הוא ג"כ בקדושי אשה לענין כתובה כמ"ש באהע"ז סימן מ"ט והש"ס ביבמות [קי"ח:] מדמה מכר לקדושין והרי הכתובה התשלומין הוא על זמן מרובה ועוד דזה שאמרו חז"ל בפקדון דהו"ל למידק פירושו שהיה לו לכתוב על כיס הפקדון שם המפקיד כמ"ש הרמב"ם בפ"ה משאלה ובמקח לא שייך זה ועוד דלגבי פקדון הוא שומר ורמי עליה למידק אבל הלוקח במעות מקחו אין להמוכר עסק בשמירת הלוקח מעותיו ואף אם יאנסו ישלם אחרים אפי' כשייחד לו מעות אלו הנמצא אצלו שישלם

בהם

בהם ואין עליו תורת שמירה כלל ולכן העיקר לדינא דבמקח א"צ לשלם לכולם בכל ענין ואף לצאת י"ש אינו מחוייב [ולכן הס"ס שם מדמי מקח לקדושין ובב"מ ל"ז מדמה פקדון לגזל וכ"ל דגם הס"ך טעמא בעלמא קאמר ולא לדינא] :

ז מה יעשה בהדמים יניחם בב"ד ויונחו עד שיודו או עד שיבא אליהו וי"א דא"צ להניח בב"ד אלא יהיו בידו [ס"ך] אם אינם מתרצים שיניח ביניהם ויסתלק ונ"ל דגם לדעה זו אם אומרים אין רצוננו להניח המעות אצלך והביאם לב"ד מחוייב לעשות כן כיון שכולם אומרים כן וי"א שהלוקח ישבע היסת שאינו יודע ממי לקח [סס] כיון שכל אחד טוען עליו טענת ברי ותמיהני הרי אין כאן כפירת ממון שנחייבנו שבועה והרי הוא מוציא מת"י והכפירה ביניהם הוא ודאי דלאחד מהם יכולים לומר השבע וטול אבל איזה שבועה יש להם עם הלוקח ואפשר דאף הי"א לא קאמר רק כשמניח המעות ת"י [והס"ך סוא לשיטתו ודו"ק] :

ח כתב רבינו הב"י בסעיף ב' דאם הלוקח הוא חסיד נותן דמים לכל אחד ואחד כדי לצאת י"ש עכ"ל וחסיד עדיף מירא שמים דירא שמים אין רצונו לוותר משלו בעסק משא ומתן והחסיד מוותר משלו [סבה ק"ך:] ודוקא כשלקח מאחד מהם והובעין אותו אבל אם לקח מאחד מאבותיהם ואין תובעין אותו רק הוא אומר לקחתי מאחד מאבותיכם ואיני יודע ממי א"צ ליתן לכל אחד אף בבא לצאת י"ש [סמ"ע] ויש חולקים בכל זה וס"ל דבמקח כיון דלא עביד איסורא ולא פשע פטור אפי' לצאת י"ש מלשלם לכל אחד [ס"ך] וזהו דעת הרמב"ן והרשב"א [כס"מ פ"כ] וי"א. ודאי מדינא אף לצאת י"ש פטור ומ"מ החסיד ראוי לו לעשות כן ממדת חסידות [קלס"ח] :

ט לקח מקח מחמשה בני אדם מאחד מהן וכפר בו ונשבע על שקר ועשה תשובה והוא רוצה לשלם וכל אחד תובע אותו ואמר אני הוא שכפרת בי ונשבעת לשקר והוא אומר איני יודע חייב לשלם לכל אחד ואחד מפני שעבר עבירה קנסינן ליה כמו בגזל וה"ה אם לא עשה תשובה נמי דינא הכי [סס] אלא דאורחא דמילתא כן הוא דכשעשה תשובה יציית דינא וישלם לכל אחד ואחד :

י הרי שטען על חבירו ואמר מכרת לי בקנין והוא אומר לא מכרתי ויש ביניהם תביעת ממון כגון שהלוקח אומר נתתי לך המעות או שאומר שהמקח שוה עתה יותר [כ"ל] או שגם המוכר מודה שמכר לו אלא שהלוקח אומר נתתי לך המעות והוא אומר לא נתת או שהמוכר אומר שרק מקצת המעות קיבל או שיש ביניהם הכחשה בהמקח שהלוקח אומר במנה לקחתי ממך והוא אומר במנה ועשר או שהלוקח טוען מעות נתתי ולא משכתי עדיין את המקח ומצאתי בו עתה מום או משכתיו ולא ראיתיו כולו בשעת המשיכה ועתה נמצא בו מום והמוכר אומר כבר משכת וראית ונתרצית או שאחד מהם אומר תנאי היה בינינו ולא נתקיים התנאי והשני מכחישו בכל אלו הטענות וכיוצא בהם המוציא מחבירו עליו הראיה ואם המוציא לא הביא ראיה ישבע המוחזק שבועת היסת ובטענה שיש בה הודאה במקצת או שיש עד אחד להכחישו נשבע שבועת התורה כבכל הטענות וצריכין ב"ד לראות מי הוא עתה המוחזק ומי הוא המוציא דהשבועה היא להמוחזק לישבע וליפטר ויכול להפך על השכנגדו ובשד"א אינו יכול להפך כמ"ש בסימן פ"ז :

יא כתב רבינו הרמ"א דיש מי שכתב האומר שדה מכרתי ואיני יודע למי ובא אחד ואמר אני הוא הלוקח נאמן עכ"ל וי"א דיכול המוכר להשביעו [לבוש] ואף שאין נשבעין על טענת שמא מ"מ כשבא להוציא יכול המוחזק להשביעו גם בטענת שמא [סמ"ע] וי"א דאין לשבועה זו מקום כיון שהמוכר מודה שאינו שלו ולזה אין עתה מי שיכחישנו ומה ישבע הלא יאמר למוכר לאו בע"ד דידי את ואי משום שמא יבא אח"כ אחר ויאמר דלו מכרת יקוב אז הדין את ההר [ט"ז] ורבים חולקים בעיקר דין זה וס"ל דאינו נאמן בלא ראיה וכן הוא בירושלמי פ"ג דקדושין הלכה ז' [ס"ך והגר"א] ויש שרצה לחלק בין יודע לאיזה שדה מכר לאינו יודע ואינו כן [וע' ירושלמי יבמות פ"ב סל' י"א ודו"ק] ואם יש לו עד אחד ודאי דנאמן כדמוכח באהע"ז סי' ל"ז ע"ש :

סימן רכג [המחליף פרה בחמור וילדה ושתי שדות שזה אומר זו מכרתי וזה אומר אחרת ובו ה' סעיפים] :

א המחליף פרה בחמור ומשך בעל הפרה את החמור והפרה עדיין בביתו ומ"מ קנה אותה בעל החמור כמ"ש בסי' קצ"ה דבחליפין לא בעינן משיכה ובתוך כך ילדה הפרה ואין ידוע מהי לדה דא"ם ילדה אחר משיכתו את החמור שייך הולד לבעל החמור כגון שא"ל פרה זו דבכה"ג קנה הלוקח גם הולד כמ"ש בסי' ר"ך סעיף ט' וטוען בעל הפרה שילדה קודם שמשך החמור ובעל החמור טוען שאח"כ ילדה וכן המוכר שפחתו בקנין כסף וקבל המוכר את המעות וא"ל שפחה זו אני מוכר לך ובתוך כך ילדה ואמר המוכר שילדה קודם שקבל המעות והלוקח אומר שילדה אח"כ על הלוקח להביא ראיה ולא מיבעיא אם המוכר מוחזק בהפרה והולד ובהשפחה והולד אלא אפי' אינם ברשותו שעומדות באגם או ברה"ר [ס"ך] או ברשות אחרים כיון שלהמוכר יש חזקת מרא קמא

קמא ולהלוקח אין שום חזקה הממע"ה ואפי' הלוקח טוען ברי והמוכר טוען שמא לא אמרינן דברי ושמא ברי עדיף דחזקה עדיפא מברי ובך אמרו חז"ל [רפ"ס דב"ק] זה כלל גדול בדין הממע"ה אפילו אם התובע טוען ברי והנתבע שמא ואפי' אין הנתבע מוחזק ממש אלא שיש לו חזקת מרא קמא נחשב התובע למוציא ועליו הראיה וכ"ש אם שניהם טוענין שמא אמנם אם הלוקח מוחזק בהם שתפס הפרה עם הולד והשפחה עם הולד אז על המוכר להביא ראיה דחזקה ממש עדיפא מחזקת מרא קמא ודוקא כששניהם טוענים ברי או שניהם טוענים שמא וכ"ש כשהלוקח טוען ברי והמוכר שמא אבל אם הלוקח טוען שמא והמוכר ברי אין חזקתו מועלת ואע"ג דבמוכר מהני לשמא שלו אף חזקת מרא קמא וכ"ש חזקה ממש ולמה בלוקח אינו מועיל אף בחזקה ממש משום דלא דמי דחזקתו של המוכר אף בחזקת מרא קמא חזקה אלימתא היא אף כשטוען שמא דהא עד הנה היה ודאי מוחזק בה משא"כ חזקת שמא של הלוקח אינה חזקה כלל להכריע טענת ברי של המוכר דאיך נזכהו מפני חזקתו כיון שהוא עצמו אומר שאינו יודע אם הוא מוחזק כלומר אם חזקתו חזקה אם לאו ומ"מ יש מהגדולים שכתבו דגם אצל הלוקח מועלת חזקתו אף בשמא כיון שהוא מוחזק עכ"פ [עתוס' ב"מ ק' ד"ס וליחזי] :

ב והרמב"ם ז"ל כתב בפ"כ המחליף פרה בחמור וילדה וכן המוכר שפחתו וילדה זה אומר עד שלא מכרתי ילדה וזה אומר משלקחתי ילדה אפי' אמר המוכר איני יודע על הלוקח להביא ראיה אע"פ שהפרה עומדת באגם והשפחה עומדת בסימטא הרי הן בחזקת המוכר עד שיביא הלוקח ראיה לא הביא ראיה ישבע המוכר בנק"ח על ולד הפרה אבל על ולד השפחה אינו נשבע אלא היסת שאין נשבעין בנק"ח על עבדים זה אומר איני יודע וזה אומר איני יודע ואינם ברשות אחד מהם יחלוקו עכ"ל והקשו עליו הטור והמגיד משנה דהא קיי"ל הממע"ה אפי' בברי ושמא דלא כסומכוס דס"ל ממון המוטל בספק חולקין כמ"ש הרמב"ם עצמו בפ"ט מנזקי ממון ואפי' בעומדת באגם [ב"מ ק"י] וכ"ש בשמא ושמא ואיך פסק דיחלוקו ועוד הלא הוא עצמו בתחלת דבריו פוסק כן והמפרשים נדחקו מאד בדבריו ולא העלו ארוכה ולענ"ד נראה ברור דהרמב"ם ס"ל בשמא ושמא בעומדת באגם הכל מודים דיחלוקו [וזהו שיטת סרי"ף שם לפסוק כרבה ומ"ש סא מני סומכוס ר"ל דבזה כ"ע כסומכוס ס"ל כמ"ש סנמק"י שם וסוכרחו לזה מירושלמי שם דמוקי כסומכוס ובע"כ ל"ל כן ודו"ק] ועוד ס"ל להרמב"ם דכשהלוקח טוען שמא עדיף מכשטוען ברי דכשטוען ברי אומרים לו הבא ראיה כיון שידוע לך בבירור כן משא"כ כשטוען שמא שאין ביכלתו להביא ראיה וכיון שגם המוכר טוען שמא ושניהם אינם מוחזקים ממש לא חשיבא חזקת מרא קמא להפסיד את הלוקח בודאי כיון שא"א לו להביא ראיה ועוד דלהלוקח יש חזקת מעוברת להבהמה דהשתא קא ילדה [עתוס סס ד"ס סא מני] ורבותינו בעלי הש"ע הביאו שתי הדעות ולא הכריעו [ולפמ"ס א"ש מס ססקסו על סרמ"א מס סוסיף על סמחבר וסאמת מסוס דלסרמב"ס סוי ממס לסיפך ודו"ק] :

ג זה אומר ברשותי ילדה והאחר שותק זכה הטוען בהולד דשתיקה כהודאה דמיא ולא מהני אף כשהשותק מוחזק כיון שהודה לו [כ"ל] ונ"ל דלא אמרינן שתיקה כהודאה דמיא אלא במקום דהוה ליה למידע אבל בלא זה לא הוי שתיקה כהודאה דגם באיסורין כן הוא כמ"ש ביו"ד סימן קכ"ז דכשלא היה לו לדעת לא מיחשב שתיקתו כהודאה ואף שאפשר לחלק דבאיסור כיון שהרבר אינו נוגע רק לו לבדו שפיר אמרינן כן אבל בממון שנוגע לאחר לא ה"ל לשתוק והיה לו להשיב מי יימר שכן הוא אלא מדשתיק ש"מ דמאמינו ששלו הוא מ"מ אין לחלק בזה ובשתק ולסוף צווח אפשר דהדין כמו בסימן קל"ח :

ד מי שהיו לו שני עבדים גדול וקטן או שתי שדות גדולה וקטנה הלוקח אומר גדולה לקחתי והמוכר אומר קטנה לקחת על הלוקח להביא ראיה ואם לא הביא ראיה ישבע המוכר היסת שלא מכר לו אלא הקטן ושבועת התורה אין כאן אף שהוא מודה מקצת דאין נשבעין שד"א על עבדים וקרקעות ועוד דהקטן הרי נותן לו מיד וה"ל הילך ועוד דמה שטענו לא הודה לו והוה כתובעו מנורה גדולה והודה לו מנורה קטנה אחרת כמ"ש בסימן פ"ח אמנם אם יש שם הודאה מקצת ממטלטלין שחייב עליהן שד"א ישבע בגלגול גם על הקרקעות והעבדים וכיצד יכול להיות בזה הודאה ממטלטלין כגון שתובעו שדה גדולה עם העמרים שבה שלקח ממנו ומודה לו בשדה קטנה עם עמרים פחות מתביעתו וכן שתבעו עבד גדול בכסותו של עשרים אמות והודה לו בקטן עם כסות של עשר אמות שלא נתפר עדיין הכסות דאל"כ הרי הם כשני מינים ולא אמרינן דהם טפלים להשדה ולהעבד ואינו חייב עליהן שד"א ג"כ אלא חייב בשד"א עליהם ובגלגול גם על הקרקע והעבד :

ה אמר הלוקח גדול לקחתי והמוכר שותק זכה הלוקח בגדול אף כשהמוכר מוחזק בו דשתיקה כהודאה דמיא ואם אמר המוכר איני יודע על הלוקח להביא ראיה דלא אמרינן ברי ושמא ברי עדיף להוציא ממון כמ"ש ואם לא הביא ראיה ישבע המוכר היסת שאינו יודע ונותן לו הקטן ויכול המוכר להפך את השבועה על הלוקח שישבע ויטול הגדול דכל שבועת היסת ביכולת להפכה ואם יש עסק שבועה דאורייתא ביניהם כגון שתובעו שני עבדים בכסותם והודה על האחד ועל השני אמר איני יודע מתוך שאיל"מ [טור] :

סימן רכד [המחליף פרה בחמור או קנה פרה ונמצאת טריפה ובו ד' סעיפים]:

א אמרו רז"ל בכתובות [ע"ו:] דכל מי שנולד ספק [לגריעותא] ברשותו עליו להביא ראיה כיצד המחליף פרה בחמור ומשך בעל החמור את הפרה ולא הספיק בעל הפרה למשוך את החמור עד שמת החמור או נגנב או נאבד [כס"מ] ואינו ידוע אימתי מת קודם משיכת הפרה או אח"כ על בעל הפרה להביא ראיה דכיון שהחמור נקנה לו בכל מקום שהוא ע"פ משיכת בעל החמור את הפרה כמ"ש בסי' קצ"ה הרי החמור ברשותו של בעל הפרה ועליו להביא ראיה וכך אמרו חכמי צרפת ואשכנז דכל מי שנולד ספק ברשותו עליו להביא ראיה בין להוציא בין להחזיק ממון שבידו [רא"ש] וכיון שמשך בעל החמור את הפרה מקרי החמור כעומד ברשותו של בעל הפרה אף שהוא עדיין ברשות הקודם ואין להקשות דא"כ למה פסקינן דכשתפס הלוקח את הפרה וילדה על המוכר להביא ראיה כמ"ש בסי' הקודם ולמה לא נאמר דכיון שהיא ברשותו עליו להביא ראיה דבאמת לא דמי דבשם כיון שהוא לטובתו שיזכה בהולד ודאי כיון שהוא מוחזק זכה כדין כל החזקות והבא להוציא מידו יביא ראיה אבל כשהחזקה היא לגריעותא דיליה ואדרבא טובתו כשנאמר שהריעותא לא היתה בחזקתו א"א לומר שיזכה מפני חזקתו ואדרבא הרי זכותו הוא כשנאמר שלא היתה הריעותא בחזקתו ולכן שפיר אמרינן דכיון שברשותו נולד הספק יביא ראיה שהריעותא לא היתה ברשותו עדיין [נ"ל] ואם אינו מביא ראיה ישבע המוכר שלא ידע ממיתתו בשעה שמשך את הפרה וגם לא היה חולה באופן שלא היה בו אונאה ופטור וכן פסק רבינו הרמ"א :

ב אבל רבינו הב"י העתיק דברי הרמב"ם פ"כ שכתב כל מי שנולד ספק ברשותו עליו להביא ראיה כיצד המחליף פרה בחמור ומשך בעל החמור את הפרה ולא הספיק בעל הפרה למשוך את החמור עד שמת החמור על בעל החמור להביא ראיה שהיה חמורו קיים בשעת משיכת הפרה וכן כל כיוצא בזה עכ"ל וזהו שיטת הרי"ף ג"כ דרשות נקרא במקום שהחמור עומד שם כשהריעותא נולד שצריך בעל הרשות להביא ראיה משום דאמרינן כאן נמצא וכאן היה ולכן יש מי שאומר דכשמת באגם או ברשות אחר צריך בעל הפרה להביא ראיה [סמ"ע] וכ"כ הטור [וכס' א"ל סי' מ"ג בארנו בזה בס"ד] :

ג מחט שנמצא בעובי בית הכוסות ונקבה אותו נקב מפולש אם נמצא עליה קורט דם בידוע שנטרפה קודם שחיטה לפיכך אם הגליד פי המכה שעלה עור דק על המכה בידוע שזו נטרפה ג' ימים קודם שחיטה דבפחות מזה לא היה נגלד ולכן אם שחטה בתוך ג' ימים לקנייתה נתוודע שנטרפה ביד המוכר ואם לא הגליד פי המכה או ששחטה אחר ג' ימים לקנייתה ה"ז ספק אימתי נטרפה ואף כשלא הוגלד יכול להיות שנטרפה מכבר וכיון שהוא ספק על הטבח להביא ראיה שקודם לקיחתו נטרפה שהרי ברשותו נולד הספק ואמרינן כאן נמצא כאן היה ואם לא הביא ראיה ישלם הדמים להמוכר אף כשלא נתן מעות עדיין ומוציאין ממנו ונותנין להמוכר דכלל גדול הוא בריעותא הנמצאת שברצון הלוקח לבטל המקח באיזה רשות שנמצא עליו להביא ראיה בין להוציא בין להחזיק ואם היתה המשיכה והשחיטה שלא ברשות הטבח אלא ברשות אחר או בסימטא לדעת הרא"ש על הטבח להביא ראיה ולהרמב"ם כיון שאין הריעותא ברשותו של הטבח א"צ להביא ראיה [ע"ז] וצריך לראות מי הוא הבא להוציא דאם הלוקח לא נתן מעות עדיין מקרי בעל הבהמה המוציא ועליו הראיה ובסימן רל"ב סעיף כ"ד יתבאר דלפעמים על הלוקח להביא ראיה אף כשאינו בא להוציא כגון שיש חזקה או רובא המסייע להמוכר ע"ש :

ד מעשה בראובן שהחליף סוסו על יינו של שמעון וכאשר משך שמעון הסוס נקנה מיד היין לראובן כדין חליפין ובתוך כך בא אנס אחד ולקח הסוס משמעון בטענה שהסוס נגנב ממנו ולא הביא שום ראיה על זה ורצה שמעון לבטל החליפין ולהחזיק ביינו ופסקו הגדולים דאם ראובן מודה שנגנב הסוס מהאנס הוי מקח טעות וישאר היין ביד שמעון אבל אם ראובן אינו מודה אמרינן דהאנס משקר וצריך ליתן היין לראובן דמזליה גרם וראובן א"צ אפילו שבועה דאין נשבעין על טענת שמא כשאין רגלים לדבר [סגר"ח] ודברי האנס בלא שום ראיה לא מקרי רגלים לדבר דמסתמא משקר :

סימן רכה [דין אחריות וקבלת אונס שאירע או התנה בפירוש שאינו מקבל אחריות ובו ו' סעיפים]:

א כבר נתבאר בסי' ל"ט חיוב אחריות בהלואה וכן המוכר חייב באחריות כשנטרפה הקרקע מהלוקח בסיבתו כגון שבעל חובו טרפה בחובו ואף כשלא נכתב האחריות בשטר דהלכה פסוקה היא אחריות ט"ס הוא דלא שדי אינש זוזי בכדי ויש במכר שלשה מיני אחריות זו למעלה מזו הקטן שבכולם הוא אחריות דנפשיה שהמוכר

שהמוכר עצמו לא יקחנה מהלוקח ויתבאר בסימן רכ"ו למעלה ממנה אחריות שמחמתו שבא בעל חובו של המוכר וטרפה בחובו ולמעלה מזה אחריות דעלמא שבא נגזל וטרפה ובכל מיני האחריות חייב אף בסתם אמנם בשפירש בהשטר אחריות דנפשיה אינו חייב בשלמעלה ממנה דנראה להדיא מדפירש זה מין האחריות לא שיעבד עצמו יותר ואם פירש אחריות דבע"ח כ"ש שחייב באחריות דנפשיה אבל אינו חייב באחריות דעלמא ואם פירש אחריות דעלמא חייב בכולן וי"א דכשנשתעבד באחריות דבע"ח כ"ש שחייב באחריות דגזילה כשגזל בעצמו אבל בלקח מגזלן אינו חייב באחריות ועמ"ש בסעיף ה' [ענס"מ] :

ב לפיכך כל המוכר קרקע או עבד או מטלטלין ה"ז חייב באחריותן כיצד אם בא אחד והוציא המקח מיד הלוקח מחמת המוכר חוזר הלוקח ונוטל דמיו מהמוכר וגם חצי שבח גובה כמ"ש בסימן קט"ו וכך הוא הדין בכל ממכר אע"פ שלא פירש הלוקח דבר זה בשעת הקנייה ואפילו מכר הקרקע בשטר ולא הזכיר בו אחריות ה"ז חייב דאחריות ט"ס הוא ודע דבקרקע שייך כל מיני אחריות שזכרנו אבל במטלטלין ליכא רק אחריות דגזילה דבע"ח אינו טורף מטלטלין מלקוחות שקנו מהלוה אפי' שיעבד לו מטלטלי אג"ק ואפי' עשאן אפותיקי כמ"ש בסימן ס' ועבדים אינו גובה רק באפותיקי כמ"ש בסי' קי"ז ודע דגם בחליפין אמרינן אחריות ט"ס הוא דלא כיש מי שחולק בזה [קלס"ח סי' קע"ז] :

ג בד"א שהמוכר חייב באחריות כשהטורף הוציא את המקח מיד הלוקח בב"ד כגון שהיה המקח מטלטלין והיו גנובים או גזולין או שהיה המקח קרקע גזולה או שבא בע"ח של מוכר וטרפה מהלוקח וכל זה נתברר ונעשה ע"פ ב"ד אבל אם בא אנס והוציא המקח מהלוקח ואפי' בדין שלטון עובד כוכבים או בערכאות המצרים אין המוכר חייב באחריות ואף שהאנס טוען שנגנב ממנו מקח זה כל זמן שאינו מברר זה ע"פ עדים כשרים אינו נאמן וחזקתו משקר ומזלא דלוקח גרים ואפי' אינו נוטל כל המקח ומשייר מקצתו דניכר שאינו נוטל את שאינו שלו אינו נאמן ואמרינן דאיערומי קא מערים כדי שיאמינו לו ששלו הוא נוטל וכן כשנתן הלוקח להמלוה שלא ע"פ ב"ד א"צ המוכר לשלם לו [סמ"ע] אבל לוקח שנתנה להנגזל טורף מהמוכר מפני שיכול לילך לב"ד ולברר [נה"מ] אבל להמלוה לא יתנו ב"ד טירפא אח"כ כיון שכבר גבה שלא על פיהם :

ד וזה שאמרנו שאין המוכר חייב באחריות אונסין בד"א כשלא התנה עמו הלוקח אבל אם התנה עמו שכל אונס שיולד בקרקע זו חייב המוכר לשלם אפי' בא אנס וגזלה מחמת המוכר בטענה שהמוכר גזלה ממנו אף שידוע שהוא שקר מ"מ חייב לשלם שכל תנאי שבממון קיים אבל באונס שלא מחמת המוכר אינו חייב אא"כ פירש מפורש שמתחייב א"ע בכל מין אונס אף באונס שלא מחמתו ואפי' כשפירש כל אונס אינו חייב רק באונס דשכיח אבל באונס דלא שכיח אינו חייב המוכר לשלם כגון שנפסק הנהר שהיה משקה אותה או שחזר הנהר לעבור בתוך השדה ונעשית בריכה מלאה מים שאינה ראויה לזריעה או שבאה זועה והשחיתה ה"ז פטור שאלו אונסין וכיוצא בהן לא עלה על לב המוכר בעת שהתנה עמו להתחייב באונסין וה"ה לכל תנאי ממון אומדין דעת המתנה מה שהתנה ומעשה באחד ששכר מלחים להביא שומשמין למקום פלוני והתנה עמהם שיהיו חייבים בכל אונס שיארע להם עד שיגיעו השומשמים למקום פלוני ונפסק הנהר שהיו מוליכים בו את השומשמים ואמרו חכמים שזהו אונס שאינו מצוי ואין חייבים להוליך השומשמים על גבי בהמה עד אותו מקום [גיטין ע"ג] וכן כל כיוצא בזה אא"כ פירש מפורש שמתחייב א"ע אף באונס דלא שכיח דאז חייב בכל מה שיארע ואונס אנסין היה שכיח בימים קדמונים :

ה אם התנה המוכר בפירוש שלא יהיה עליו אחריות אפי' אם נודע שגזולה היתה בידו והוציאה הנגזל מיד הלוקח אין המוכר חייב ואצ"ל אם בא בע"ח וטרפה שאינו מחזיר לו כלום שכל תנאי שבממון קיים דאומר לו סברית וקבלית [לשון הרמב"ם ורא"ש לסי"א שבסעיף א' וגלע"ד שבנמק"י פ"ק דב"מ בענין מיני אחריות יש טס"ד ודוק] :

ו המוכר לחבירו מרתף יין והתנו ביניהם שלא יהיה אחריות על המוכר רק אם תשבר החבית או תשפך בלבד ולא יהיה אחריות על הלוקח אלא לענין הטעם בלבד כגון אם יחמיץ ואח"כ אירע אונס ניסוך הוא על המוכר דיש לדייק מהפרטים כיון שהמוכר קבל עליו אחריות דמעלמא שלא מחמת היין עצמו והלוקח קבל עליו אחריות מקלקול היין עצמו ממילא כל אונס שאינו מעצמות היין כמו ניסוך הוי כאונס דעלמא וחייב בו המוכר ומ"מ אם קודם שהאונס היה ראוי לבא כגון שידעו שאנסים הולכים והתרה בו המוכר שיטמין יינו ולא הטמין אין המוכר חייב דאיהו דאפסיד אנפשיה וכן כל כיוצא בזה ורק יכול לומר להמוכר שיטרח ויציל המעות מהאנס כיון שאתה התחייבת א"ע עכ"פ באונס זה [ע"ז] ונראה דדוקא כשאונס ניסוך שכיח באותו מקום כמו שבירה דאם אינו שכיח בלא"ה פטור כמ"ש בסעיף ד' [וזה שכתב פטור לא שכיח לאו דוקא ע"ש וכ"מ בלבוש] :

סימן רכו [המוכר שדה שלא באחריות או יצא עליו קול ערעור ובו ו' סעיפים]:

א ראובן שמכר שדה לשמעון אפי' שלא באחריות ובא לוי בע"ח של ראובן להוציאה משמעון אם רוצה ראובן לעמוד בדין עם לוי יכול לעמוד ואין לוי יכול לומר מה לי ולך והלא אין עליך אחריות דראובן יכול להשיבו אף שמכרתי שלא באחריות מ"מ אין רצוני שיהיה לשמעון תרעומות עלי שהפסיד בגללי ואין לשאול איזה נ"מ יש בזה והרי כל מה שיכול ראובן לטעון יטעון שמעון מ"מ לפעמים כששמעון אינו איש דברים טובה היא לפניו כשראובן יעמוד עם לוי בדין ולפעמים יש נ"מ גם בעיקר הדין כגון אם ראובן עשה לו שדה זו אפותיקי ואין ביכלתו של שמעון לסלקו במעות וראובן עצמו יכול לסלקו במעות כמ"ש בסימן קט"ו ועוד יש נ"מ כגון שיש לו לראובן לחשוב עמו חוב כנגד חוב או שיכול לומר לו אישתבע לי דלא פרעתיך [רס"י כתובות ל"ב:] ואע"ג דגם שמעון יש לו עליו שבועה דבא לפרוע מנכסים משועבדים אמנם אם שמעון מחל לו שבועה זו יש לו נ"מ בזה [תוס'] וכן אם אמר שמעון אין לי עדים וראיה ואח"כ מצאן שאין ביכלתו עוד להביאן וראובן יכול להביאן [סס] אבל להבריח את ראובן שיעמוד עמו בדין אין ביכולת [נמק"י פ"ק דב"מ] אבל אם נתן לו השדה במתנה ולא פירש אחריות בהשטר מתנה אינו יכול לטעון בעדו דליכא כאן תרעומות שהרי לא הפסיד מעות על ידו ומ"מ יכול שמעון להעמיד את ראובן למורשה בעדו לפי מ"ש בסימן קכ"ד דגם הנתבע יכול להעמיד מורשה בזמה"ז ע"ש [כ"ל]:

ב ראובן שמכר שדה לשמעון מפורש שלא באחריות וחזר הוא עצמו ולקחה משמעון באחריות ובא בע"ח של ראובן לטרוף אותה ממנו אינו יכול ראובן לחזור על שמעון שאע"פ שמתחלה כשהיתה אצל שמעון אם בע"ח דראובן היה גובה ממנו לא היה יכול לחזור על ראובן לא אמרינן דהשתא נמי נחשוב כאלו היא ביד שמעון וטרפוה ממנו וההיזק שלו וישלם לראובן כיון שמכר לראובן באחריות דהן אמת דראובן לא קבל עליו אחריות מ"מ אחריות דנפשיה מסתמא קבל שלא יהא הוא המוכר והוא בעצמו יוציאנה מהלוקח ואם בא בע"ח דיעקב וטרפה מיד ראובן כגון שהשדה היתה של יעקב וראובן ירשה ממנו ועתה בא בע"ח דיעקב וטרפה חוזר ראובן וגובה כל הדמים משמעון דיעקב הוא כאיש אחר:

ג זה שאמרנו דחייב באחריות נפשיה זהו בזכות שיש לו בשעת המכירה כמ"ש אבל אם בא לו זכות לאחר מכאן חוזר עליו כגון ששמעון היה חייב ליעקב אבי ראובן ואחר שמכר ראובן את השדה לשמעון מת יעקב ויירש ראובן את החוב יכול ראובן לטורפה משמעון ואע"ג דהוא המוכר והוא המוציא משום דזהו כאלו הלוהו ראובן אחר המכירה ונשתעבדו לו קרקעותיו של שמעון דפשיטא שגובה גם שדה זו [סמ"ע] וע' באה"ע סימן ק"ה:

ד אפוטרופסים שמכרו בנכסי יתומים שהאחריות היא על נכסי היתומים כמ"ש בסימן ק"ח יכולים האפוטרופסים לגבות אח"כ אותה שדה בחוב עצמם ולא אמרינן דאיך יהיו האפוטרופסים המוכרים והטורפים כיון שאינו שלהם והם כב"ד ופשיטא שאם יש לב"ד חוב של עצמם שביכלתם לגבות אותה שדה שמכרו בעד איזה חוב:

ה המוכר קרקע לחבירו ואחר שקנה הלוקח באחד מהדרכים שקונים בהם קודם שנשתמש בה יצאו עליה מערערין ה"ז יכול לחזור בו שאין לך מום גדול מזה שעדיין לא נהנה ויצא ערעור ולכן ביכלתו לבטל המקח ומקבל דמיו מהמוכר והמוכר יעשה דין עם המערערים ואף שנתגלה שאין הערעור כלום נראה שהמקח בטל כיון שנתבטל לשעתו ואם נשתמש בה הלוקח תשמיש כל שהוא אחר הקנין אפי' רק דש המצר שלה ועירבה עם שדה שלו הסמוכה לה אינו יכול לחזור בו ועושה דין עם המערער ודוקא שדישת המצר היתה אחר הקנין אבל אם קודם הקנין אע"ג שדישת המצר בעצמו הוי קנין כמ"ש בסימן קצ"ב מ"מ כך אמרו חז"ל שע"פ קנין בלבד אין הלוקח מחוייב להחזיקה כשיש ערעור עליה אא"כ נשתמש בה מעט אחר הקנין אבל כשהשימוש בעצמו הוא הקנין יכול לחזור בו [ע"ז] וי"א דדוקא כשעדיין לא נתן דמים אבל כשנתן הדמים והחזיק אין אחר זה כלום ואפי' לא נתן דמים עדיין אם אחר החזקה הלך בשדה או במצר שלה לראות מה היא צריכה אינו יכול לבטל המכירה [תוס' ב"ק ט' ורה"ש] ומחוייב לשלם המעות ואין חילוק בכ"ז בין מכרה באחריות לשלא באחריות [סס] ואפי' באחריות אין הלוקח יכול לומר אחר שדש במצר כיון שאחריותי עליך מה לי להמתין אבטל עתה המכירה מפני שהמוכר יכול לומר לו כשיגבוה ממך ויהיה לך טרפא מב"ד אשלם לך [סס] ודוקא כשהמוכר הוא איש אמיד שהיה ביכולת הלוקח לגבות ממנו אם יצטרך לזה אבל אם אינו אמיד יכול לחזור עתה ולקבל מעותיו בחזרה כדי שלא יאכל המעות ולא ימצא ממה לגבות [כ"מ פי"ט] וכן כל זמן שלא דש אמצר אף כשלקח שלא באחריות יכול הלוקח לבטל המכירה אף שהיה קנין גמור דכך אמרו חז"ל לדעות בני האדם דכל זמן שלא יעשה הלוקח איזה פעולה או להי"א כשעדיין לא הלך לראות מה היא צריכה יכולין לחזור בהם כשימצא איזה מערער וזהו דומה לקנין סודר שנתברר בסימן קצ"ה שיכולין לחזור בהם כל זמן שעסוקין באותו ענין וכן הדין במטלטלין כשיצא ערעור דגזילה [כ"ל] ואסור למכור לחבירו קרקע או מטלטלין שיש עליהם עסק ודין עד שיודיע לחבירו אף שמקבל עליו

עליו אחריות · מ"מ אין אדם רוצה ליתן מעות ולירד אח"כ לדין ושיהיה נתבע מאחרים ושאח"כ יתבע הוא מהמוכר :

ז וכל זה הוא בערעור גמור שאף שלא נתברר עדיין הערעור בשלימות מ"מ רואין ב"ד שיש טענה נכונה בדבר הערעור אבל אם לא יצא רק קול בעלמא אפי' לא נתקיים המקח לגמרי אין ביכולת הלוקח לבטל המקח בשביל קול דברים בעלמא דאל"כ לעולם לא יתקיים שום מקח דמי יכול למנוע קולות שאין בהם ממש ומ"מ קודם שהחזיק אם רצונו לחזור בו ימחה בידו כיון שלא החזיק עדיין וכבר כתבנו דכשנתבטל המקח מחמת הערעור אפי' איגלאי מילתא ש·ערעור בטל מ"מ אין המקח חוזר לקדמותו ושניהם יכולים לחזור בהם וכתב רבינו הרמ"א דאם בא ערעור על השדה מחמת שהמוכר היה חייב לאחרים והמוכר אומר שיש לו שוברים על החובות מקרי ערעור ויכול הלוקח לחזור בו וא"צ לקנות דבר לשמור שוברו לעולם עכ"ל דלכתחלה לירד למקח כזה שיצטרך שמירה תמיד אין אדם מהרצה ואפי' נתן מקצת מעות על המקח צריך המוכר להחזירם לו דאנן סהדי שלא הקדים קצת מעות לקיים מקצת המקח ולבטל מקצתו [סמ"ע] ולהי"א שבסעיף הקודם כשעדיין לא נתן מעות אם הערעור הוא באופן שבמשך זמן ביכולת להתברר אף שעתה אין עדיין ערעור גמור אך לדברי המערער יתברר במשך הזמן כגון שאומר יש לי שטר ואקיימנו אין אנו מצוים להלוקח לשלם המעות עד שיתברר הדבר וב"ד נותנים לזה זמן כפי ראות עיניהם [ט"ז] :

הלכות אונאה ומקח טעות

סימן רכז [דיני אונאה וביטול מקח וחזרת האונאה ומחילתה ושליח שטעה ואחים שטעו בשומא ובו ל"ט סעיפים] :

א כתיב וכי תמכרו ממכר לעמיתך או קנה מיד עמיתך אל תונו איש את אחיו ולאו זה בכלל גזילה הוא וכשם שאין לוקין על לאו דגזילה דהרי ניתן להשבון כמו שכתוב והשיב את הגזילה כך אין לוקין על לאו זה דניתן להשבון האונאה [טור] ואסור להונות את חבירו בין במקחו בין בממכרו ובין לוקח שאינה ובין מוכר שאינה עובר בלאו ושתי מיני אונאות יש האחת אונאה בגוף הסחורה עצמה שמוכר אותה בחזקת סחורה טובה ממקום פלוני ובאמת היא סחורה ממקום אחר או שמקולקלת קצת ואין ניכר להקונה או שמוכרה בחזקת חדשה והיא ישנה והרבה פרט·ם ממין זה יתבאר בסימן רכ"ח ואם המוכר אינו בקי והלוקח מבין שסחורה זו הרבה יותר טובה מכפי שמדמה המוכר צריך להגיד לו ובאונאה כזו יש איסור אף שאינו מאנהו במקח וכ"ש כשיש גם אונאה בהמקח ובאונאה זו אין חילוק בין חנוני לבעה"ב המוכר ואונאה השנית אונאה במקח אף שאין אונאה בעצם הסחורה כשהחנוני יודע שסחורה זו נמכרת עתה בכל החנויות במקח כך וכך ולא יותר והלוקח הזה אינו בקי ונטל ממנו ביוקר מכפי המקח הקבוע וכן להיפך אם המוכר אינו בקי והלוקח יודע שבטעות וחסרון ידיעה מוכר לו בפחות מהמקח הקבוע צריך להגיד לו ואם לאו עובר בלאו ולכן אמרו חז"ל [ב"מ נ"א:] דבעה"ב המוכר אין לו אונאה במקח כשמכר יותר משויו מפני שאין ברצונו למכור אא"כ יתנו לו יותר משויו ויתבאר בסימן זה :

ב אסור להונות אף בשוה פרוטה והמאנה ויודע שמאנה עובר בלאו ויתבאר בסעיף ו' ואם לא היתה כוונתו לאנות אלא שנתוודע שיש אונאה במקח זה אמרו רז"ל [ב"מ נ:] דיש ג' מחלוקת בדיני אונאה פחות משתות ושתות ויתר משתות פחות משתות הוי מחילה לפי שכן הוא דרך מקח וממכר שאין הלוקח והמוכר יכולין לצמצם דמי המקח בצמצום ודרך העולם למחול עד שתות [טור] ונ"ל שזה אינו אלא בסחורות שאין להן קביעת מקח בצמצום אבל מה שכל בעלי החנויות מוכרין בשוה כמו קמח ולחם ומלח וכיוצא בהם אף פחות משתות לא הוי מחילה וצריך להחזיר הא·נאה ועמ"ש בסעיף ז' וכן משמע בגמרא [ב"ב ל·ס·] דאמר שם פחות משתות לא ידיע וכו' משמע דדבר הידוע לא הוי מחילה :

ג שתות זה שאמרו בין שהוא שתות במקח בין שהוא שתות במעות ואע"ג דשתות מקח הוי יותר משתות בהמעות כגון שמכר לו שוה שש זהובים בחמש דלהמקח הוא שתות ולחשבון המעות הוי חלק חמישית או שמכר שוה שבע בשש הוה שתות מעות ופחות משתות במקח וכן באונאת הלוקח כשמכר לו שוה חמש בשש הוה שתות מעות ויותר משתות במקח או שוה שש בשבע הוה

שתות

שתות מקח ופחות משתות במעות מ"מ כיון שבצד אחד יש שיעור שתות ה"ז אונאת שתות והמקח נקנה ואין אחד מהם יכול לחזור בו והמאנה חייב לשלם האונאה כולה להמתאנה ולא אמרינן כיון דפחות משתות הוי מחילה יחזיר עד פחות משתות דכיון דבא לכלל חזרה צריך להחזיר את כולה כמו בבית כור עפר שנתבאר בסימן רי"ח ואם היתה האונאה פחות מזה כל שהוא כגון שמכר שוה שבעים בששים ופרוטה הוי מחילה ואינו חייב להחזיר כלום ואם היתה יתירה על השתות כל שהוא כגון שמכר שוה ששים בחמשים פחות פרוטה בטל המקח ויכול המתאנה להחזיר החפץ דיותר משתות הוי כאלו לא נתקיים המקח כלל ואין ביכלתו לקיים המקח ולכוף להמאנה שיחזיר לו אונאתו דהמאנה יכול לומר לו או חזור במקחך או לא תבקש אונאתך ולכן אם המתאנה אינו מבקש אונאתו ורוצה לקיים המקח אין המאנה יכול לבטלו והמאנה אינו יכול לומר אף כשנתיקרה הסחורה אח"כ הרבה כיון שיש כאן ביטול מקח למה לא אוכל לבטלו דהאמת הוא דהביטול מקח הוא מפני טובת המתאנה ואם גם המאנה יהיה ביכלתו לחזור בו כשתתיקר יהיה חוטא נשכר וי"א דאף המאנה יכול לחזור בו אא"כ נתרצה המתאנה פעם או ששתק יותר מן השיעור דנתקיים המקח כמו שיתבאר והדעת נוטה לסברא ראשונה אבל בירושלמי פ"ד דב"מ סוף הל' ג' מבואר כי"א ע"ש דקאמר לא הספיק לישא וליתן עד שהוקיר משבע ר' אבהו בשם ר"י כשם שבטל מאצל זה כך בטל מזה [ודברי הפ"מ הם דחוקים] ודעה ראשונה שהיא דעת הרמב"ם ז"ל צ"ל דלא חש להא כיון דפשטא דש"ס דיקן [ב"ב פ"ג:] משמע להיפך ע"ש:

ד אם אין בכל צד שתות בשוה אלא שבצד אחד יש יותר משתות ובצד אחד פחות משתות כגון שמכר לו שוה ששים בחמשים ואחת דלשווי המקח הוי פחות משתות ונגד המעות הוי יותר משתות או להיפך שמכר לו שוה נ"א בששים דלשווי המקח הוי יותר משתות ולגבי המעות הוי פחות משתות אזלינן בתר שווי המקח הן לענין ביטול מקח הן לענין מחילה דהרי הטעות הוא בהמקח ולא בהמעות רק דכשיש שתות בצמצום אצל המעות אמרו חז"ל דאזלינן גם בזה בדינא דשתות והטעם דכיון דבשתות עצמה אין שום פסידא לשניהם דהמקח קיים והאינאה מחזיר לכך אזלינן בתרה משא"כ כשבצע אחד יש ביטול מקח ובצד השני מחילה דבהכרח הוא או שהמקח יתבטל או שאחד מהם יפסיד מוקמינן אעיקרא דמילתא לילך אחר המקח דבזה הוא האונאה [וגם מ"ש הרמב"ם והטור במכר סוף ס' כב' ופרוטה דהוי מחילה כן הוא כיון דליכא שתות במעות הולכין אחר המקח ומתורץ קושית הס"מ והסמ"ע וכ"כ הט"ז]:

ה אין המאנה חייב להחזיר האונאה עד שתהיה האונאה יותר מפרוטה אבל פרוטה בשוה אע"ג דלכל דבר הוי ממון מ"מ קבלו חז"ל דאין אונאה לפרוטות [ב"מ נ"ס:] וכך הוא דרך המסחר למחול על פרוטה וי"א דעד מעה כסף אינו חייב להחזיר [טור לדעת הרי"ף] וי"א דאף פרוטה חייב להחזיר דכיון דיש בזה שיעור ממון הוה ככל דיני ממונות ונקטינן כמאן דאמר [שם] דיש אונאה לפרוטות וכן פסק רבינו הרמ"א [מ"ש בטור סעיף ב' בשם הרמב"ם הוא ט"ס וצ"ל הרמ"ה]:

ו כתב הטור בשם הרא"ש דיראה דאפי' פחות משתות אסור לאנות את חבירו אם יש בו ש"פ כיון שיודע שאין מקחו שוה כל כך דרחמנא אמר אל תונו בכל דבר שיש בו שווי ממון הזהירה התורה שלא יאנה את חבירו אלא שאמרו חכמים דעד שתות הוי מחילה לפי שכך דרך מקח וממכר לפי שהמוכר והלוקח אינם יכולים לכוין דמי המקח בצמצום ודרך העולם למחול טעותם עד שתות שאף אם יבא המתאנה לערער לא ישומו השמאים בשוה זה יאמר יש בו אונאה וזה יאמר אין בו אונאה הלכך מקבל עליו שתיקה ואין מערער ומוחל אבל אם המוכר בקי בערך ממכרו והלוקח אינו בקי כל כך או אם הלוקח תגר ובקי בערך מקחו יותר מן המוכר אל יונו זא"ז אם לא שיפרש חוץ ממטבע שכל זמן שלא הגיעה לכדי אונאה מותר לכתחלה להוציאה ביפה שגם אחר יקבלנה מידו ביפה ואין בו הפסד כלל או שמא כיון דדרך מקח וממכר בכך דלפעמים הלוקח חפץ במקח זה ומוסיף עליו דמים יותר מכדי שויו ופעמים שהמוכר מזלזל בשומתו בממכרו לפי שאין חפץ זה ערב עליו או שהוא דחוק למעות הלכך עד שתות הוי בכלל דמי מקח ואין כאן שום אונאה כלל וצריך עיון וירא שמים יוצא ידי כולם עכ"ל הרא"ש ז"ל ועל פי זה כתב רבינו הב"י בסעיף ו' דיש להסתפק אם מותר להונות את חבירו בפחות משתות אם יש בהאונאה ש"פ אבל מטבע כל זמן שלא הגיעה לכדי אונאה מותר לכתחלה להוציאה ביפה עכ"ל:

ז מדברי הרא"ש ז"ל יש ללמוד דאונאת שתות אינה אלא בסחורה שאין כולם מוכרין בשוה בצמצום כמ"ש בסעיף ב' מדתלי בשומת השמאין וגם מטעם שלפעמים המקח ערב עליו וזה אינו שייך בדבר המצוי הרבה וכולם מוכרין בשוה בצמצום במקח ולחם ומלח וכה"ג וגם בספיקו נ"ל מדבריו שהספק אינו אלא במקום שיש עילה להמוכר לתלות שהלוקח יודע המקח אלא שחפץ במקח זה אבל במקום שהמוכר מבין שמהלוקח נעלם המקח והמוכר יודע שיש בזה אונאה פרוטה אסור לו להונות אם לא שיגלה לו ואם אינהו עבר בלאו וכן לוקח להמוכר [ומתורץ קושית הט"ז] עוד נ"ל דבר אחד מדבריו לקולא במיני סחורות שאין כל בעלי חנויות מוכרין אותם בשוה שיש משתכר הרבה בסחורה זו ויש שמסתפק במועט אין שייך כלל אונאה למי שמשתכר הרבה כיון שדרך המסחר כן הוא כיון שיש שמוכרים במקחים כאלו דהא הרא"ש ז"ל לא תלה הספק אלא משום דלפעמים הלוקח חפץ במקח זה דאז יש סברא לאסור ומשמע להדיא

להדיא דאין כאן מוכרין במקח כזה אבל כשיש מוכרין במקח כזה אין בזה צד אונאה ופשיטא שאין להביט על אותם החנונים המזלזלים במקחים ומוכרין בזול שמקלקלים לעצמם ומקלקלין דרכי המסחר והם ישאו עון וכבר אמרו חז"ל [ב"ב צ'א:] מתריעין על פרקמטיא שהוזלה ואפילו בשבת וכמ"ש באו"ח סי' תקע"ו :

ח עד מתי יכול לחזור ולתבוע אונאתו בשתות ולבטל המקח ביותר משתות דזה אין סברא לומר שלעולם יהיה לו כח זה כמו בנמצא מום במקח שיכול להחזירו אף אחר זמן ארוך כל שלא נשתמש בו אחר שראה המום כמ"ש בסימן רל"ב דזה אין סברא כלל דכיון דהאונאה הוא בהמקח הלא על המתאנה מיד כשיתודע שנתאנה צריך לתבוע אונאתו או לבטל המקח ומדלא עשה כן ודאי דמחיל דהא בעצם החפץ לא נתאנה באיזה מום שבו ולכן אמרו חז"ל [ב"מ מ"ט] דעד כדי שיראה לתגר או לקרובו יש לו לתבוע אונאתו ואם שהה יותר משיעור זה אינו יכול לחזור ולא לתבוע אונאתו ואחר הזמן הזה אפי' קנה שוה מנה במאתים מקחו קיים [טור] ואם לא היה יכול לתבוע מחמת שלא היה המאנה בביתו ונשתמש בו אם היה האונאה שתות ודאי דאין זה מחילה כבמום דתשמיש הוי מחילה דבמקח הרי החפץ שלו הוא רק שצריך לקבל האונאה ולמה לא ישתמש בו [כס"מ סס] ואף ביותר משתות כיון שהודיע להמוכר די בזה ואין התשמיש מחילה אלא ישלם להמוכר שכר שימוש ויכול אח"כ לבטל המכר או לקבל האונאה מהמוכר אם שניהם יתרצו בזה אבל אין התשמיש מחילה באונאה ולא דמי למום [ס"מ בסס ריטב"א] דלא כיש מי שחולק בזה וכן אם יברר שהיה לו אונס ולכן לא חקר בתוך זמן זה לידע אם נתאנה יכול לחזור בו עדיין וי"א דאף שעבר האונס והיה לו שהות לחקור מ"מ כיון שאחר המכירה לא היה לו פנאי לחקור יכול לומר דאח"כ אף כשעבר האונס לא שם אל לבו לחקור עד עתה ואינה מחילה [סמ"ע] ויש חולקים בזה [ט"ז] אמנם כשאומר שאחר שעבר האונס חקר ומצא שיש בזה אונאה ומה שלא הודיעו עד עתה מפני שהיה סבור שהמוכר לא יאמין לו שהיה לו אונס והמתין עד עתה שביכלתו לברר אונסו טענתו טענה [סס] וכן אם מברר שהראה לתגר וא"ל התגר שהמקח שוה ועתה נתברר לו שהתגר טעה יכול לחזור בו שאין לך אונס גדול מזה [כס"מ] ודוקא שתגרים רבים מכחישין שומתו דאל"כ מי יימר שהוא טעה שמא השני טעה [נ"ל] :

ט כתב רבינו הרמ"א בסעיף ז' היה יודע הלוקח בשעה שלקחו שנתאנה ושתק ומיד אחר הלקיחה קודם זמן שיראה לתגר או לקרובו תובע אונאתו לא אמרינן דמחל הואיל וידע עב"ל ולמה לא אמרינן שמחל לו די"ל דבכוונה שתק כדי שיתקיים המקח ואונאתו יתבע ואחר כדי שיראה שידע שלא יהיה ביכלתו לתבוע עוד אונאתו ושתק מסתמא מחל [ט"ז] ולפ"ז אין דין זה רק בשיעור שתות אבל ביותר משתות דהוי ביטול מקח הוי מחילה דלא שייך לומר ששתק כדי לקיים המקח כיון שבזה הוי ביטול מקח וגם אין לומר ששתק כדי לבטל המקח דא"כ למה קנה ולכן ביותר משתות הוי מחילה אף בתוך הזמן שיראה לתגר דלא כיש מי שחולק בזה [כס"מ] ויש מי שאומר שאם שניהם יודעים בשעת הקנייה שיש בזה אונאה הוה כאלו התנו בפירוש שלא יטעון טענת אונאה והוי כמחילה [קצה"ח] וא"צ תנאי מפורש בזה וכן נראה עיקר לדינא דלא כיש מי שחולק בזה :

י הרבה מהגדולים הסכימו דזה שאמרו חז"ל דאחר כדי שיראה לתגר הוי מחילה אין זה אלא בלקח במעות מזומן אבל כשלקח בהקפה ועדיין לא שילם להמוכר לא הוי מחילה אף לזמן מרובה מפני שיכול לומר לא חששתי לחקור כיון שאני מוחזק ולא מצינו מחילה במה שתחת ידו ומ"מ יראה לי דאם נשתמש בהמקח זמן מרובה ודאי מחיל דאל"כ אין לדבר סוף ואין זה סברא כלל ואפי' יש לו מיגו שהיה יכול לומר פרעתי לו המעות אינו נאמן לומר שלא מחל במיגו זה דמיגו במקום חזקה אלימתא לא אמרינן דבלא"ה יש חולקין על עיקר דין זה ואין מחלקין בין מכירת מזומן להקפה ונהי דלא קיי"ל כן מ"מ בנשתמש זמן מרובה ודאי דמחיל וכן נראה אם נתודע ששאל לתגר וא"ל שנתאנה ולא הודיע להמוכר ג"כ הוי מחילה אמנם אפשר לומר ששתק וכוון בלבו לכשאשלם לו אודיעהו שהתאניתי ואפי' לפ"ז אין זה רק בשתות דהמקח קיים אבל בביטול מקח לא שייך סברא זו והלא היה לו להחזיר את המקח להמוכר ולמה שתק אלא ודאי דמחיל ועוד נראה דבמקום דבהקפה לא הוי מחילה אפי' שילם מקצת ונשאר חייב מקצת אין זה מחילה דזיל בתר טעמא :

יא זה שנתנו חכמים זמן שיראה לתגר בד"א בלוקח שהרי המקח בידו ומראהו אבל המוכר חוזר באונאה בלא קביעת זמן וא"צ לומר בביטול מקח כיון שאינו יודע שווי החפץ שמכר עד שיראה חפץ שכמותו הנמכר בשוק לפיכך אם היה המקח דבר שאין במינו שינוי והוא כולו שוה כמו פלפלין וכיוצא בזה אינו חוזר אלא עד כדי שישאל על שער שבשוק בלבד וכן אם נודע שבא ליד המוכר חפץ כזה בממכרו וידע שטעה ולא תבע נראה להדיא שמחל ואינו יכול לתבוע עוד ודוקא שנודע בבירור שבא לידו מקח כזה אבל כשהלוקח הוא טוען כן והמוכר מכחישו שלא בא לידו מקח כזה אין המוכר צריך להביא ראיה מפני שמחילה הוי טענה גרועה שרוב אנשים אין מוחלין על ממונם [סמ"ע] וכשאינו ידוע אם נתאנה כלל נאמן הלוקח לומר שבא ליד המוכר חפץ כזה ומחל במיגו שהיה אומר שלא נתאנה כלל [כס"מ] ואם הקנין היה בק"ס והמקח הוא ת"י המוכר הוי להיפך דהמוכר אינו יכול לחזור בו אם נתאנה רק עד כדי שיראה לתגר והלוקח יכול לחזור בו אם נתאנה עד אחר שיבא לידו וימתין כדי שיראה לתגר [סס] ובאונאת קרקעות אין יכולים

יכולים שניהם לחזור בהם אחר השיעור הזה [ס"ך] דקרקע אינה טמונה ויכלו להראותה למי שירצו :

יב בד"א שהמתאנה יכול לחזור בו כשלא נשתנה השער ויש בזה אונאה אבל כשהאונאה הוא מפני שעתה נשתנה השער ומפני כך רוצה לחזור בו אינו רשאי כיון שבשעת הקנין לא היה אונאה ואם המאנה אומר שנשתנה השער ומפני זה יש עתה אונאה והמתאנה אומר שלא נשתנה השער על המתאנה להביא ראיה ואין הולכין בזה אחר חזקה דהשתא שדרך השערים להשתנות תמיד ואין מבטלין קנין ברור מפני זה וכן אם מכר מפני הרוחק כגון שזולל במכירתו יותר מכדי שהדעת טועה אינו יכול לחזור בו כיון שידע שמזולל ומוכרח היה לזה הוי מחילה גמורה דסביר וקביל ויש מי שרוצה לומר דכשנשתנה השער אז אף אם גם מתחלה היה בו אונאה לא יכול להזור בו דכיון דשתק עד שנשתנה השער מסתמא מחל לו מקודם אך עתה כשנשתנה השער רוצה לחזור בו ולא נ"ל דכיון שעדיין הוא בתוך זמן חזרתו שלא השלים עדיין הזמן כדי שיראה לתגר-אין לנו לסגור הדרך בעד המתאנה בטעמים שיעלה על דעתנו כיון שנתנו לו חכמים רשות לחזור בו כל זמנו :

יג המוכר לחבירו שוה ארבע בחמש שהמקח בטל ולא הספיק להראותו לתגר או לקרובו עד שהוקר ועמד בשבע מ"מ לוקח יכול לחזור בו ולא מוכר שהרי הלוקח אומר לו אלו לא הוניתני לא היית יכול לחזור ועתה שהוניתני תחזור היאך יהיה חוטא נשכר ואפי' להי"א שבסעיף ג' דבביטול מקח גם המאנה יכול לבטל המקח אמנם כשהמתאנה נתרצה לקיים המקח ולא לבקש אונאתו אין ביכולת המאנה לחזור כמ"ש שם והכא כשנתייקר קרוב הדבר שהמתאנה רוצה בקיומו [סמ"ע] ונהי שעכ"ז אין לנו לעכב את המתאנה שלא לחזור בו אבל את המאנה ודאי ביכולת מטעם זה לעכב ביטולו של המקח וכן כשמכר שוה חמש בארבע והוזל ועמד בשלש מוכר יכול לחזור בו ולא לוקח שהרי אומר לו הלוקח לא מפני שהוניתני תחזור בי וכמ"ש :

יד המוכר שוה חמש בשש דקנה ומחזיר אונאה ולא הספיק להראותו עד שהוקר ועמד בשמונה מ"מ חייב המוכר להחזיר האחת של האונאה שהרי המקח נקנה בשתות וחייב להחזיר וכשהוקר ברשות לוקח הוקר וכן אם מכר שוה שש בחמש והוזל ועמד על ארבע חייב הלוקח להחזיר האחת של האונאה מטעם שנתבאר :

טו כשם שיש אונאה להדיוט כך יש אונאה לתגר אע"פ שהוא בקי אין אומרים דמסתמא ידע ומחיל דכיון דהאונאה נתבררה אין לנו להעמיד דבר על אומדנא בזו שכמה פעמים אף היותר בקי נופל בטעות ויראה לי דכשהמוכר תגר והלוקח טוען שידע באונאתו ומחל דהוכרח אז למכור כדי לקנות סחורה אחרת או מטעם אחר ועתה חוזר בו יכול לחייבו שבועה [וכ"מ בב"מ נ"א: וזו"ק :

טז בכל מטלטלין שייך אונאה אפי' בספרים ובאבנים טובות ומרגליות שאף שיש לפעמים שמפני החביבות או מפני שנצרך לו להתחברות לכיוצא בהן משלם בעדם יותר משויין מ"מ יש להם אונאה דאין לנו רק לראות אחר דבר הנמכר כשלא נתברר לנו שידע בהיוקר וסביר וקביל ויש ללוקח לחזור בהן עד שיראם לתגרים הבקיאים בסחורה כזו באיזה מקום שהם לפי שאין הכל בקיאין בדברים כאלו לפיכך אם לא היה תגר בקי באותה העיר והוליך המקח למקום אחר או שבא הבקי לפה אחר זמן מרובה והודיעו שטעה ה"ז חוזר בהמקח ואם יש הכחשה בין התגרים שזה אומר שטעה וזה אומר לא טעה יד המוחזק על העליונה ואם הרוב אומרים שטעה ומיעוט אומרים שלא טעה או להיפך אזלינן בתר רובא ואף שבממון אין הולכין אחר הרוב מ"מ רוב דעות שאני דהמיעוט כמאן דליתא שהרי הרוב מבטלים דעתם ואומרים שטועים הם כמו דאזלינן בדיינים אחר הרוב גם להוציא ממון דלא דמי לכל רוב ומיעוט שהמיעוט ג"כ בע"כ שישנו משא"כ בדעות המיעוט כמי שאינו וע' מ"ש בס"ס רל"ב [וזהו כוונת התוס' רפ"ג דב"ק ד"ה קמ"ל] :

יז גם במטבע יש אונאה ושיעורה לדעת הרמב"ם בפי"ב ממכירה כבכל הסחורות שכתב יש אונאה במטבעות עד שתות כיצד הרי שהיה דינר זהב בכ"ד דינרי כסף וצרפה בעשרים דינר או בכ"ח דינרים ה"ז מחזיר האונאה היה יותר על זה נבטל הצירוף פחות מכאן הוי מחילה וכן אם היה הסלע חסר שתות [פכפסת] והיו מוציאים הסלעים במנין ולא במשקל מחזיר האונאה שאם היו מוציאין במשקל אפילו בכל שהוא חוזר עכ"ל דכל דבר שבמדה ושבמשקל אפילו פחות מכדי אונאה חוזר כמ"ש בסי' רל"ב וזה שנתבאר שם דגם דבר שבמנין חוזר היינו שאינהו במנין הסלעים וכיוצא בזה שהיה צריך ליתן לו עשר חתיכות ונתן לו תשע ויש מרבותינו שחולקים על הרמב"ם וס"ל דאונאת מטבע שיעורה אחד מי"ב מחצה מכל אונאות ופחות מזה הוי מחילה ויותר מזה ביטול מקח והטעם כיון דמטבע להוצאה ניתנה ואין בני אדם לוקחים אותה כשהיא חסירה אחד מי"ב לכן לא הוי מחילה כשיעור הזה [סמ"ע] ודע דזה שכתב הרמב"ם בחילוף מטבע זהב על מטבעות כסף דנין בה דין אונאה היינו בזהב שאין מצד המלכות מקח קבוע עליו ויש חשובה יותר מחברתה והשולחנים מחליפים אותה לפי חשיבותה ולפי הזמן אבל כשיש מצד המלכות מקח קבוע עליו שדינר זהב הוא כ"ד דינרי כסף אפי' אינהו באחד מהם חוזר דהוי כדבר שבמנין והאיש הזה לא ידע אא"כ ידע ומחיל [כס"מ] ולפ"ז דדינר זהב הוי סחורה בכל הסחורות לא יחלקו על הרמב"ם דשיעור אונאתה שתות ולא נחלקו אלא בנפחתה המטבע [נ"ל] ודע שזה שנתבאר בסלע שחסרה כדי אונאה צריך להחזיר האונאה אינו אלא כשיש מקום שיוצאת בפחת כזה אבל בלא"ה אין שייך

חזרת

חורת אונאה ואסור לקיימה כמו שיתבאר ורבינו הרמ"א כתב כדעת החולקים על הרמב"ם :

יח עד מתי חייב להחזיר הדינר או הסלע בכרכים עד כדי שיראה לשולחני דסתם בני אדם אין בקיאין בהכרת מטבע ובכפרים שאין השולחני מצוי שם יש לו להחזיר עד ערבי שבתות שבא להוציאה לכבוד שבת בעיר ומראה אותה לבקי ואחר זמן זה אין המאנה חייב להחליפה ומיהו מדת חסידות הוא להחליפה גם לאחר מכאן כשמכירה ששלו היא וכל זה הוא כשעכ"פ על ידי הדחק יוצאת בהוצאה אבל אם אינה יוצאה כלל חייב להחזירה מדינא אפי' לאחר זמן מרובה [לבוש וט"ז] דלא כיש מי שחולק בזה וכן נ"ל בשארי סחורות יש להחזיר ממדת חסידות גם אחר זמן שיראה לתגר אם לא שהמוכר יודע שהלוקח ידע ומחיל ואם נתברר להמוכר שהלוקח לא הראה לתגר שלא עלה על דעתו שיש בזה אונאה נראה דגם מדינא חייב להחזיר לו האונאה גם לאחר זמן וכ"ש כשהלוקח דר במקום שצריך זמן מרובה עד שיזדמן לו תגר להראותה שצריך להחזיר לו דזיל בתר טעמא [נ"ל] :

יט מטבע שנפחתה וחסרה כדי אונאה אסור לקיימה מפני שבקל מרמין בה ולא ימכרנה לאחר שבדעתו לרמות אא"כ לוקח מפורש שישברנה ואף גם בכה"ג לא ימכור לאנס או למי שחשוד על רמאות או לתגר מפני שחשודין לרמות בה אחרים ולא יעשנה משקל ולא יזרקנה לתוך שברי כלי כסף דשמא יוציאוה במטבע אלא יתיכנה או יעשה נקב באמצעיתה לעשותה לתכשיט לתלותה בצואר בתו וכדומה אבל לא יקבנה מן הצד דיש לחוש שיחתוך מקום הנקב ואם חסר עד חציו כגון סלע שעמד על שקל ושקל שעמד על דינר ודינר על חציו מותר לקיימו שאז א"א לרמות בה מפני שניכר לכל הפחת שלה וכל שלא נחסרה בשיעור אונאה מותר להוציאה ביפה מפני שהולכת כיפה וא"א לצמצם שלא יחסר כל שהוא משחיקתה ובמקום שאין לוקחין מטבע רק במשקל מותר לקיימה בכל ענין כיון שכל לוקח שוקלה :

כ הלוקח בדמים אבסרה והוא בלא מדה ובלא משקל ובלא מנין כגון שהפן מעות בחפניו וא"ל מכור לי פרתך באלו המעות שבידי קנה ומחזיר אונאה וה"ה ללוקח פירות אבסרה בסלע או בשתים קנה ומחזיר אונאה כמ"ש בר"ס ר"ט דודאי לא היתה כוונתם לקנות איך שיהיה אלא שכל אחד שיער שבך וכך מעות או פירות יש דכיון שהזכיר שם מכירה יש אונאה כדכתיב וכי תמכרו וגו' אל תונו דסתם מכירה הוא שמקפידים לידע השווי וסתם חליפין הוא שלא לידע השווי ולכן אם רק הזכיר לשון מכירה יש אונאה לפי השער שבשוק אף בדבר שאין השער שלו ידוע [ס"ך סס] דאל"כ לא היה מזכיר לשון מכירה אלא לשון חליפין ולכן אין בחליפין אונאה כמו שיתבאר וי"א דבאבסרה הוי ספיקא דדינא אם יש אונאה ואין מוציאין מיד המוחזק והעיקר כדעה ראשונה [ט"ז] ואם לא הזכיר לשון מכירה אלא שאמר החלף באלו אין אונאה כ"כ רבינו הב"י בכסף משנה פי"ג ואף שאין מטבע נקנה בחליפין אמנם מיירי כשמשך גם את המעות [נ"ל] :

כא כתב רבינו הב"י בסעיף ב' המחליף כלים בכלים או בהמה בבהמה אפי' מחט בשריון או טלה בסוס אין לו אונאה שזה רוצה במחט יותר מהשריון אבל המחליף פירות בפירות בין ששמו אותם קודם מכירה בין ששמו אותם אחר מכירה [מיד] יש להם אונאה עכ"ל והוא לשון הרמב"ם ויש שפירשו דבכלים אפילו שמו אותם קודם המכירה או מיד אחר המכירה אין אונאה דבכל חליפין אין אונאה ובפירות בפירות כשלא שמו ג"כ אין אונאה [ה"ה פי"ג ממכירה] ובפירות יש שם מכר יותר מבכלים דפירי אינו קונה בחליפין כמ"ש בסי' קצ"ה [סמ"ע] וחליפי פירות בשומא הוי כמכר משום דשומת פירות ידוע לכל והוי כמכר [לבוש] אבל רבים חולקים בזה וס"ל דבשומא ודאי בכל דבר יש אונאה דעיקר הטעם שאין אונאה בחליפין מפני שסתם חליפין אין מקפידין על שווי החפץ ולכן בחליפין שוה בשוה ודאי יש אונאה וא"כ בכל דבר כשרק שמו ודאי דיש אונאה ואין חילוק בעצם בין כלים לפירות וראיה ממה שיתבאר בסעיף ל"ח ועיקר החילוק שמחלק הרמב"ם בין כלים לפירות מפני שבפירות אין ביכולת להיות חליפין שיקנה במשיכת אחד מהם דזהו עיקר שם חליפין זולת בשומא שוה בשוה כמ"ש בסי' ר"ג סעיף י א שכן הוא דעת הרמב"ם וכוונתו כן הוא דבחליפין אין אונאה כיון שאין כאן שומא אבל חליפין שבהכרח להיות שומא קודם או אח"כ כמו פירות דבאופן אחר אין קנין חליפין בפירות כמ"ש שם יש אונאה [כנ"ל פירושו ויש מי שאומר משום גזה"כ ואין ענין זל"ז והראשונים שכתבו כן כוונתם ג"כ כמ"ש דהתורה אמרה במכר שיש שומא ולא בחליפין דאל"כ בכל ק"ה אין אונאה ודו"ק] ובמקום שאין אונאה אינו אפי' ביותר ממחצה דלא כיש מי שחולק בזה והרי השריון שוה הרבה יותר מכמה מחטים ועכ"ז אין אונאה כללא דמילתא בחליפין בלא שומא אין אונאה בכל ענין בין שקונה לתשמיש ביתו בין שקונה לסחורה אלא דבקנית סחורה אין מצוי מי שיעשה כן כיון שכוונתו להרויח ולכן יראה לי דכשהחליפין היה בסתם ולא הזכירו שומא או בלא שומא והמאנה אומר שהכוונה היה בלא שומא והמתאנה אומר שהכוונה היה בשומא אם החליפין הוא לתשמיש בית נאמן המאנה ואם לסחורה נאמן המתאנה [וא"ש מה שפסקו על הרדב"ז] ואף דאין אונאה בחליפין אבל ביטול מחמת מום יש גם בחליפין [גס"מ] ומיהו לדינא נראה דגם בפירות כשהחליפו פירות על פירות בלא שומא ומשכו שניהם דהוי קנין משיכה בשניהם דאין אונאה כיון שהזכירו שם חליפין ואף דבאמת אין זה חליפין מ"מ כיון שלא הזכירו שם מכר להורות דאין מקפידין על השומא אין בזה אונאה והרמב"ם ז"ל עיקר דין חליפין נקט והיינו במשיכת אחד מהם דזה

א"א להיות בפירות בלא שומא כמ"ש וכ"כ רבינו הב"י שם [נכ"מ] דהאומר צבור פירות זה בצבור פירות זה אני מחליף אין לזה אונאה :

כב האומר לחבירו ע"מ שאין לך עלי אונאה יש לו עליו אונאה ואע"ג דכל תנאי שבממון קיים כמו בשביעית בסימן ס"ז מ"מ גבי אונאה דאינו יודע שיש בזה אונאה שימחלנו וסבור דאינו אלא דברים בעלמא לא גמר בלבו כן ולכן אין זה אלא בסתם שאינו יודע כמה אונאה יש בו שימחלנו וכ"ש אם אמר ע"מ שאין בו אונאה דמשמע שאין אונאה בהמקח והרי יש בו אונאה דאין לשון זה משמע על מחילת אונאה ולכן י"א דבלשון זה אם נמצא בו אונאה בטל כל המקח אבל במפרש אין לו אונאה כיצד מוכר שאמר ללוקח חפץ זה שאני מוכר לך במאתים זוז יודע אני שאינו שוה אלא מנה ע"מ שאין לך עלי אונאה אני מוכר לך אין לו עליו אונאה וכן לוקח שאמר למוכר חפץ זה שאני לוקח ממך במנה יודע אני ששוה מאתים ע"מ שאין לך עלי אונאה אין לו עליו אונאה וי"א דוקא כשפירש כמה היא האונאה אבל כשאומר יודע אני ששוה יותר או המוכר אומר יודע אני ששוה פחות אינו מועיל דהמתאנה יכול לומר לא ידעתי שיהיה בזה כל כך אונאה [סמ"ע] וכן אם אמר יודע אני ששוה הרבה יותר או הרבה פחות אין אונאה [כ"ל] וכבר נתבאר בר"ס ר"ז דכל אחד צריך להתנות תנאו שהוא לטובתו אבל לטובת חבירו אינו מועיל מה שיתנה הוא אא"כ התנה בתחלת המכירה דאל"כ הוי פטומי מילי בעלמא ע"ש :

כג המוכר חפץ לחבירו במנה וא"ל חפץ זה אינו שוה אלא זוז אחד ע"מ שאין לך עלי אונאה יש לו עליו אונאה שהרי אומר הרי ראיתי שאינו מכוין רק להשביח דעתי ולהבינני כשם שאני רואה ששוה יותר מזוז כן הוא שוה המנה שאני ניתן בעד זה עד שיפרש כדי האונאה שיש במקחו או קרוב לזה בכדי שהדעת טועה ואם לאו אינו אלא כהפלגת ענין וי"א שכל שיודע שיש אונאה אלא שלא ידע שיעורו מהני מה שא"ל שאינו שוה אלא זוז ולא בעינן שיפרש ערך האונאה דטעם סברא ראשונה הוא משום דס"ל דגם במחילה בעינן דבר קצוב אבל אנן לא קיי"ל כן ולכן רק כשידע שיש אונאה אף שלא ידע הקצבה הוי מחילה [ע"ז] ואם מחלו זה לזה אונאת שתות ונמצא יתר משתות הוי ביטול מקח [רדב"ז] וכן אם מחלו עד רביע או שליש אם נמצא יותר הוי ביטול מקח וכן אם אמר יודע אני שאינו שוה אלא מנה ואני מוכרו לך במאתים ע"מ שאין לך עלי אונאה ואח"כ נמצא שגם מנה אינו שוה לא חשבינן הפחות מהמנה נגד המאתים דלפעמים יהיה נגד מנה ביטול מקח ונגד המאתים מחילה אלא חשבינן נגד שווי המקח דהלוקח יכול לומר נתרציתי לוותר מאה על מאה אבל על שווי פחות ממאה לא נתרציתי לוותר וכלל גדול הוא דכל אונאה צריך לחשב נגד שוויו של מקח והמותר שנתן מדעתו הוי כמתנה ולכן אם באים לידי דיני אונאה שמין את שווי המקח ויש שמסתפקים בזה אבל כפי מ"ש כן נ"ל עיקר :

כד בעה"ב המוכר כלי תשמישו ואינה את הלוקח אין בו דין אונאה שאלו לא הרבו לו בדמים לא היה מוכרם והוי כהתנה שלא יהא בו אונאה [רס"י] ואפי' מכר מחמת דוחק אין בזה אונאה דלא פלוג רבנן ועוד דיכול לומר אמת שאני דחוק אבל בזיון הוא לי למכור כלי תשמישי ואם לא נתנו לי מקח כזה לא הייתי מוכרם אבל אם נמצא מום בהמקח חוזר דבזה אין חילוק בין בעה"ב לחנוני ויש מי שאומר דדוקא כשהלוקח ידע שהמוכר הוא בעה"ב המוכר כלי תשמישו אבל כשלא ידע יש אונאה דכיון שלא ידע ודאי לא מחיל וכן אם הבעה"ב מסר החפץ לסרסור שימכור אותו יש בו אונאה אפי' כשידע הלוקח שהוא של בעה"ב דמן הסתם כשמסרו לסרסור מתייאש מלמכור ביוקר דמאין ידע הלוקח שהוא של בעה"ב לפיכך אף כשידע יש אונאה [סמ"ע] וי"א דגם בזה אין אונאה דשמא א"ל המוכר לא תמכרנו בפחות ממקח זה ולכן כשידע הלוקח שהוא של פלוני אין בו אונאה [ע"ז] ואם הלוקח לא לקח בעצמו אלא ע"י סרסור יש בו אונאה אפי' כשלקח מבעה"ב עצמו אם הסרסור לא ידע שהמוכר הוא בעה"ב אף שהלוקח ידע[סס]ואע"ג דסרסור הוי שליח ובשליח חוזר בכל מין אונאה כמו שיתבאר י"ל דמיירי כגון שא"ל אתה שלוחי בין לתקון בין לעוות ודינו כבעה"ב [סס] או שלא הודיע שהוא שליח [נס"מ] :

כה זה שנתבאר דבמוכר כלי תשמישו אין אונאה כשאינה את הלוקח י"א דזהו דוקא בשתות אבל ביותר הרי הוא כשאר כל אדם דאין סברא כלל שהלוקח ימחול אף על יותר משתות ולא עלה על דעתו שיהיה כוונת המוכר להעלות על יותר משתות ויש חולקים וס"ל דאין חילוק ויש מי שסובר דכשם דבלוקח אין אונאה כשהבעה"ב אינהו כמו כן אם הבעה"ב נתאנה אין לו אונאה דאמרינן דכיון דצריך למכור סבר וקבל למכור בפחות וכן אדם שלקח כלי תשמיש לביתו ונתאנה אין בזה אונאה אבל כל הפוסקים חולקים בזה :

כו מוכר ולוקח שנתרצו לגמור המקח ע"פ שומת לוי ושם בסך ידוע ונמצא שטעה בשומתו שיש בזה שיעור אונאה יש לו דין אונאה דלא היתה הכוונה לסמוך על לוי אף כשיאמר יותר מכדי שויו ואדרבא הכוונה היתה לסמוך עליו מפני שהוא בקי ויודע המקח ואם א"א להחזיר האונאה כגון שהמאנה הלך למרחוק אם לוי הוא תגר ובקי בשומא ולא קבל שכר על השומא פטור אבל אם לקח שכר חייב כמו טבח אומן שקלקל שיתבאר בסי' ש"ו ואם אינו אומן ובקי חייב לשלם אפי' כשעשה בחנם מדינא דגרמי כמ"ש שם ויש מי שאומר עוד דאדרבא כשאמרו ע"פ שומת לוי שהוא בקי בטל המקח אף באונאה פחות משתות דדינו כשליח ולא משמע כן מהטור וש"ע וגם מצד הסברא לא נהירא ומה ענינו לשליח :

כז אנם אין לו אונאה שנאמר אל תונו איש את אחיו ואנם אינו בכלל אחיו ואם הוא אינה לאחר מחזיר

אונאה

אונאה כדין אונאה ואם ישראל ואנס מכרו חפץ והיה בו אונאה ובאופן שבערכאות אין האנס חייב בחלקו צריך הישראל לשלם כל האונאה דקיי"ל בנזקין כל היכא דליכא לאשתלומי מהאי משתלם מהאי כמ"ש בסימן ת"י [ס"ק] וכן אם נמצא בו מום אם אינו יכול הלוקח לגבות מהאנס חלקו חייב הישראל לשלם כולו ועוד דמסתמא סמך הלוקח רק על הישראל לבד ואם בערכאות חייב האנס לשלם חלקו אלא שהוא אלם ואין ביכולת לגבות ממנו א"צ הישראל לשלם חלקו של האנס [נה"מ ועהוס' ב"ק מו: ד"ה גלית ודוק] :

כח אמרו רז"ל [ב"מ נא:] הנושא ונותן באמנה אין לו עליו אונאה כיצד מוכר שאמר ללוקח חפץ זה לקחתיו בכך וכך ורצוני להשתכר בו סכום כך וכך אין להלוקח עליו אונאה דהא סבר וקביל שישתכר כך וכך ולא ירד לשווי של מקח ולא דמי לע"מ שאין לך עלי אונאה שנתבאר דיש אונאה זהו מפני שירד לשוויו של מקח שקנה ממנו בכך וכך ומסתמא סבר שכך הוא שוה והתנאי אינו מועיל מטעם שנתבאר בסעיף כ"ב משא"כ בקונה באמנה שאינו מדבר בשווי המקח כלל אלא כמה ריוח יתן לו על מה שנתן אין המוכר עובר בלא תונו דאינו מאנה אותו ואינו יודע כלל שיש בזה אונאה ולכן אף כשנתגלה אח"כ שיש בזה אונאה המקח קיים ואינו מחזיר לו כלום וכן אם נמצא ששוה הרבה יותר אין הלוקח מחזיר לו כלום דהא גם המוכר לא ירד לשווי אלא שירויח כך וכך והרי הרויח ומה לו עוד מיהו אם המוכר יודע שבאמת נתאנה בהמקח ואינו שוה כמה שנתן בעדו פשיטא שמחוייב להגיד להלוקח שיש בזה אונאה ואם יקבל יקבל דלוקח באמנה נהי דאין לו אונאה זהו כשאח"כ יתגלה שאינו שוה כל כך אבל לא כשהמוכר יודע מקודם דיש בזה אונאה ואין לך אונאה גדולה מזו וכן הסכימו גדולי אחרונים [וא"ש בזה דברי מהרי"ט שסביה הנה"מ] :

כט ולאו דוקא מוכר שאמר ללוקח חפץ זה לקחתיו בכך וכך שהלוקח יודע המקח אלא אפי' לוקח שאמר למוכר בכמה שלקחת חפץ זה הנני נותן לך ריוח כך וכך ג"כ אין דין אונאה בזה ואף שנוכל לומר כיון דלא ידע הלוקח בעת המשיכה בכמה לקחו הוי כמדד ולא פסק ואין זה קנין כלל כמ"ש בסי' ר' ועוד דיהא בו עכ"פ דין אונאה דאפשר לא עלה ע"ד הלוקח שהמוכר שילם מקח כזה מ"מ המקח קיים ואין בו אונאה דכיון דלא ירד הלוקח לשווי' של המקח אלא כמה ישתכר המוכר מקרי שידע המקח וכמה ששילם המוכר לא הקפיד כלל [עסמ"א סקמ"ו] והסכימו רוב הפוסקים דאע"ג דאין באמנה דין אונאה מ"מ כשנמצא בו מום בטל המקח דלא האמינו רק על המקח וסבר וקביל ולא על מום ואדרבא עיקר הנאמנות הוא שמאמינו שהסחורה טובה ולכן אינו מקפיד על המקח אבל אונאה אין בו אף ביותר משתות [ס"ק] וראובן שמכר לשמעון ונתאנה ראובן באופן שאם היה תובעו לשמעון היה המקח נתבטל אך בתוך כך מכר שמעון ללוי בלא אונאה אין אחד מהם יכול לבטל המקח בטענה שהרי בע"כ ראובן יבטלו דמ"מ כל זמן שראובן אינו מבטל אין להם רשות לבטל המקח דשמא ראובן יוותר על אונאתו [ענה"מ בביאורים סקי"ט] :

ל ממה שנתבאר למדנו דאותם הקאמיסנירן היושבים במקומות הגדולים וקונים סחורות בעד החנונים מערי המדינה ונוטלים ריוח ידוע כמו שנים או שלש למאה אין עליהם טענת אונאה דזהו ממש נושא ונותן באמנה דהחנוני מאמינו שנתן בעד הסחורה כך וכך ונותן לו בעד טרחתו ריוח ידוע ואפי' הסחורה שקנה הקאמיסנער קודם שהודיעו החנוני לקנות בעדו מ"מ אין להחנוני עליו טענת אונאה כיון שמאמינו שכך עולה לו וכך וכך צריך להרויח וכ"ש כששלח לו רשימה לקנות בעדו דאינו אלא שלוחו ואע"ג דאדרבא בשליח יש אונאה אף בכל שהוא מ"מ בזה לא שייך דין זה דהא החנוני יודע שהסוחרים הגדולים אין מקבלין סחורה בחזרה וע"מ כן שלח לו לקנות בעדו ולפיכך נ"ל עוד דאפי' נמצא מום בסתר באופן שהקאמיסניר לא היה באפשרי לראות כגון בחתיכה סחורה שנחסר מהמדה או שבאמצע הסחורה לא טובה או רקבון וכדומה אין לו להחנוני טענה עליו דידוע שהסחורה מונחת בבריכה ואין הסוחר מניח לפורקה ולראותה ע"פ כולה ומה היה לו לעשות וכל חנוני סבר וקביל דא"א באופן אחר ורק מום שבגלוי כמו סחורה מפורקת אם נמצא מום אחריותו עליו וכן סחורה המוכנת אצל הקאמיסניר קודם ששלח לו החנוני שישלח לו אם נמצא מום או חסרון האחריות עליו וכמו כן החנונים הקטנים הקונים סחורה בהאיסקלארן על נאמנות פרנסה נהי דאין בזה דין אונאה אבל ביטול מקח מחמת מום יש בזה דנהי דאינו אותו במומין מ"מ אין לו רשות לרמות לאחרים וההפסד עליו וכן אם בעל האיסקלאר או הקאמיסנער יודע שבהסחורה המוכנת אצלו יש אונאה בהמקחים אסור לו למכור להחנוני באמנה ויש בזה אונאה ודע שאחד מהגדולים בדור שלפנינו האריך לסתור כל דברי הפוסקים בזה ולדעתו להרמב"ם ז"ל יש אונאה בקאמיסנירן וזה שאמרו חז"ל דבאמנה אין אונאה זהו בהריוח שמרויח הוא ולא באונאה בעצם הסחורה ולא נתקבלו דבריו גם בחייו וכן דנין כל בתי דינין שאין על הקאמיסנער טענת אונאה במקח ואין חילוק בנושא ונותן באמנה בין סוחר או חנוני קבוע למוכר באקראי ודין אחד להם [ועיקר דבריו נסתרים מברייתא דלא יחשב את הרע באמנה וכו' דוק] :

לא אמרו רז"ל [שם] דהנושא ונותן באמנה לא יחשב הרע באמנה והיפה בשויו כגון שקנה עשרה חתיכות סחורה בעשרה סלעים כל חתיכה בסלע ויש בהם סחורות טובות שכל חתיכה שוה יותר מסלע ויש גרועות ששוה פחות מסלע וקנה בכולל כל חתיכה בסלע אין לו למכור באמנה לאחר אלא כולם ביחד כמו שקנה הוא ואסור לו למכור לאחרים כל חתיכה בסלע ע"פ נאמנות ולקבל ריוח ידוע דאיך יחשב להקונה את הגרוע בסלע הלא
לא

לא שילם סלע בעדה אלא מפני הטובות ששוין יותר מסלע וממילא כשהוא ימכור הטובות לא ימכור בא נה דלמה לו לעשות כן וימכרם בשויין ואין לך אונאה גדולה מזו ואע"פ שיסכים בלבו למכור את כולם באמנה מ"מ מי שקונה ממנו הגרועות יתאנה ולכן בכה"ג אין לו למכור לאחרים ע"פ נאמנות אלא ע"פ השווי ואם יהיה אונאה ידונו בזה הדיינים דין אונאה או שיודיע להקונה את כל זה ואם יתרצה לקנות ממנו הגרועות באמנה הרי עושה מרצונו והחנונים צריכים ליזהר הרבה בזה כשמוכרים לבעה"ב ע"פ נאמנות ובריוח כך וכך למאה כנהוג לפעמים בין החנונים אין זה אלא בסחורה שקנה כל חתיכה בפ"ע אבל כשקונה הרבה סחורות לא ימלט שלא יהיו טובות ורעות כמו שנתבאר וכ"ש הקאמיסנירן שקונים בעד הרבה חנונים צריכים ליזהר הרבה בזה:

לב עוד אמרו רז"ל [סס] דהמוכר בנאמנות מותר לו להעלות על דמי המקח שכר כתף ששילם בעד סחורה זו להביאה ושכר פונדק כגון שהשהה הסחורה משך זמן באיזה מקום ושילם בעד המקום דהא כל זה הוא קרן ויכללם בדמי המקח אבל שכר טרחתו של עצמו שהיה"לו בזה אסור לו לחשב בהקרן ולא יעלם על דמי המקח ולא יקח ממנו אלא כמו שנתפשר עמו שיתן לו כך וכך ריוח על הסחורה דזהו שכר טרחתו וכ"ש שאסור לו לחשב ריבית על המעות שנתן בעד הסחורה ולכן החנוני שמכר לבעה"ב על נאמנות יש לו לחשב בהקרן שכר החנות ושארי הוצאות החנות וכיצד יחשב כגון ששכר חנותו עם הוצאות עולה לו מאה סלעים לשנה ובמשך השנה מוכר סחורה בעד חמשת אלפים סלעים עולה לו על כל מאה שני סלעים ולכן כשמוכר סחורה בעד סלע יחשב על הקרן עוד אחד מנ' ואם יש לו משרתים בהחנות יחשב אותם ג"כ בהקרן והקאמיסנירן שבמקומות הגדולים לא יחשבו על סחורת החנונים רק הוצאה שעלה על סחורה זו אבל לא הוצאות שלו מאכילה ושכר אכסניא וכדומה ואף שאין לו עסק אחר לבד קאממיסיאן וכן המנהג בין הסוחרים ואין לשנית וצריכים ליזהר כשקונים סחורה בעד החנונים יקנו כמו שהיו קונים בעד עצמם ולא יאמרו מה לנו אם נשלם מעט יותר דהלא אין אנו לוקחים רק כפי ההשואה מ"מ אין לך גזל גדול מזה:

לג ראובן נתן סחורה לשמעון וא"ל מכור איך שתוכל והמעות תתן לי לזמן פלוני ואני סומך עליך ושכר טרחתך אתן לך כך וכך או כפי המנהג אין לראובן על שמעון טענת אונאה לומר שהיתה שוה יותר וכן להיפך אם מכרה בדמים רבים אין ביכולת שמעון לומר לא אתן לך אלא דמי שויו [פירס"י על המנס] ואם היה לראובן שני מיני סחורות אחד יפה שיש עליו קופצין הרבה ואחד רע שקשה למכרה לא יאמר לו הרי לך הסחורה היפה בשויו ע"מ שתמכור לי הסחורה הרעה איך שתוכל ולכשתמכור הרעה אז תתן לי מעות שני הסחורות ופוטר עצמו מליתן לו שכר טרחא מפני שממתין לו כל המעות עד אותו זמן דזהו כריבית [סס] אלא צריך ליתן לו שכר טירחא בעד כל מה שימכור ושוב אין לנו חשש בהמתנת מעותיו וצריך ליתן לו שכר טירחא כראוי דאל"כ עדיין יש חשש שטורח אצלו בשביל המתנת מעותיו:

לד אלו דברים שאין להם אונאה העבדים והשטרות והקרקעות וההקדשות אפי' מכר שוה אלף בדינר או שוה דינר באלף אין בהם אונאה וכולם דרשו חז"ל מקרא דכתיב וכי תמכרו ממכר לעמיתך או קנה מיד עמיתך אל תונו וגו' וזהו דוקא מטלטלין דבר הנקנה מיד ליד ולא קרקעות וכן ממכר משמע דבר שהוא גופו ממון לאפוקי שטרות שאינם אלא לראיה בעלמא ועבדים הוקשו לקרקעות והקדש אינו בכלל רעהו ועמיתך ועתה כל ההקדשות והצדקות דינם כהדיוט כמ"ש בסימן צ"ה ואף שזהו גזירת התורה מ"מ יש להסביר סברא קצת דקרקע קונה אדם לפעמים יותר משויה [רפב"ס רפ"ד] וחז"ל קראו לקרקע דבר השוה כל כסף [ב"ק יד:] וכן להיפך כשאדם נצרך למעות ואין קונה מוכרה הרבה בפחות משויה דא"א להוליך קרקע ממקום למקום וכן עבדים יש בהם הרבה חסרונות וכן להיפך כשנצרך להעבד משלם בעדו הרבה ושטרות שנצרך לגבותם שתלוי לפי מצב הזמן מהלוה ואלמותו פוהתים הרבה ובהקדשות שבזמן הבית כיון שהלכה פסוקה היא הקדש שוה מנה שחללו על שוה פרוטה מחולל לפיכך גם במכירה אם ההקדש נתאנה אינה אונאה וכן אם הלוקח נתאנה פשיטא שאינו יכול לחזור בו דאמירה כגבוה כמסירה להדיוט דמיא [ב"ב קלג:]:

לה וי"א דדוקא עד פלגא אין להם אונאה כגון שמכר שוה עשרה בחמש או בעשרים אבל ביותר מפלגא הוי אונאה ויש מי שאומר דדוקא עד פלגא אין אונאה אבל בפלגא עצמה יש אונאה ובטל המקח ודע דאע"ג דאין אונאה לכל אלו אין הכוונה שמותר לכתחלה ח"ו לאנות דמי שיודע שיש בזה אונאה אף בפרוטה אסור לו לאנות אם לא שיגיד ששוה יותר או פחות ואין רצונו באופן אחר אלא שזהו גזירת התורה שכשהיתה אונאה אין לבטל המקח ולא להחזיר האונאה [סמ"ע] ובדבר האונאה ביותר מפלגא יש מי שהכריע כדעה הקודמת דלעולם אין אונאה [ש"ך ס"ס ס"ו] וי"א דהוי ספיקא דדינא [רשד"ס]:

לו בכל דיני אונאה שנתבאר אינו אלא במוכר ולוקח עצמן אבל שלוחו של מוכר או של לוקח וכן אפוטרופוס שטעה ונתאנה אפי' בכל שהוא בין במטלטלין בין בקרקע חוזר מפני שהמשלח אומר לו לתקוני שדרתיך ולא לעוותי ואין כאן דין מחילה דאין ביד השליח למחול ואם השליח אינה את המוכר או את הלוקח י"א שג"כ הדין כן שמכרו בטל בכל שהוא שלא יהא כח המשלח יפה ע"י שלוחו מהלוקח או המוכר עצמו וי"א שדינו ככל אדם כיון שהוא עצמו היה בעת הקנין ומה לו אם קנה מהמוכר עצמו או משלוחו או שמכר להלוקח עצמו או לשלוחו ולכן

ולכן עד שתות הוי מחילה והמשלח זוכה בהיתרון ולא השליח כמ"ש בסימן קפ"ג אם לא בהוספה במקח קצוב כמ"ש שם [כ"ל] וזה שאמרנו שאפוטרופוס דינו כשליח זהו דוקא כשמכר שלא ע"פ ב"ד אבל ע"פ ב"ד יש בזה דין אחר ונתבאר בסי' ק"ט:

לז לענין אונאה דין שכירות כדין מכר שהשכירות מכירה לזמן הוא לפיכך השוכר את הבהמה או את הכלים יש להם דין אונאה דפחות משתות הוי מחילה ושתות ויותר משתות בין שנתאנה שוכר ובין שנתאנה משכיר ה"ז מחזיר אונאה ואין בזה דין ביטול מקח כיון שכבר נעשית המלאכה ואם עדיין לא נעשתה המלאכה בטלה השכירות ביותר משתות כדין ביטול מקח [סמ"ע] ואין בשכירות זמן קצוב כדי שיראה לתגר כבמקח אלא אפי' לאחר זמן מרובה מחזיר האונאה דדוקא במקח דרך העולם להראותן אבל לא בשכירות [הס"מ פי"ג] וכן המשכיר אין דרכו לחקור בשכירות אם נתאנה וכמו שבמכר קרקע אין אונאה כמו כן בשכירות קרקע ולכן ראובן ששכר את שמעון בקבלנות שיבנה לו בית או ליזרע לו שדה בזרע ראובן אם האונאה היתה בהמקח אין אונאה לקרקעות וכן אם שכר קרקע או בית אין בזה דין אונאה אפי' שוה יותר או פחות אפי' שכר טרקלין גדול בדינר לשנה או רפת בקר בדינר ליום אין לזה אונאה ולי"א שבסעיף ל"ה עד פלגא אין אונאה ואם בשכירות לזרוע שדה היתה האונאה בכמות הזריעה כגון שאמר זרעתי בה זרע הרבה כראוי לקרקע זו או זרעתי זריעה הראוי לקרקע זו ובאו עדים והעידו שזרע בה מעט זרע ולפיכך נתקלקלה או שזרע זריעה שאינו ראוי לקרקע זו ה"ז ספיקא דדינא אם יש לזה אונאה מפני הזרע שהם מטלטלין או אין לזה אונאה מפני הקרקע לפיכך אין מוציאין מיד הנתבע ואם שכרו בזרע של השוכר ונתאנה במקח הזרע י"א דוודאי דינו כמטלטלין וי"א דאין חילוק כיון דסוף סוף נתחברה לקרקע [כס"מ] וכן אם יש בזה חיוב שבועה כגון שאומר בעל הקרקע שמסר לו שש מדות לזריעה והוא אומר שלא קבל ממנו אלא חמש אין משביעין אלא היסת מפני הקרקע שיש כאן דאין נשבעין שד"א על קרקעות כמ"ש בסימן צ"ה וכמו שאין אונאה לקרקע בין במכר בין בשכירות כמו כן בעבדים ואפי' שוכר פועל ישראל שיעשה עמו לזמן בין שיעשה בקרקע בין במטלטלין אין לזה אונאה מפני שזהו כקונה את גופו לזמן ועבד אין בו אונאה ואע"ג דרק עבד כנעני הוקש לקרקע מ"מ זה שהשכיר עצמו כפועל שם עבד עליו [סמ"ע וס"ך] ואם שכר פועל עם סוס ביחד אף שמצד הפועל אין אונאה אבל מצד הסוס יש אונאה ומשערין מה בא משכירות אלו לשכר הסוס ומה שנתאנה בזה צריך להחזיר ואין לחשב כל האונאה על הפועל דצריכין לשער כפי הנהוג לשכור [סגר"ת] ומה שיש אונאה בכולל יחשבו על האדם ועל הסוס לפי ערך ויראו כמה אונאה יש בהסוס וידונו בזה דין אונאה אבל הקבלן במטלטלין יש אונאה כגון שקבל עליו לארוג בגד זה או לתפור בגד זה בעשרה זוזים יש אונאה דדין עבד אין לו כשאינו פ'על ליום וכל אחד מהם כשנתאנה בין שנתאנה הקבלן ובין שנתאנה בעל הבגד חוזר לעולם אם נתאנה וכשנעשית המלאכה מחזיר זל"ז האונאה ואם המתאנה מתרצה ואינו מבקש אונאתו גם המאנה אינו יכול לחזור בו אף קודם עשיית המלאכה כמו בלוקח ומוכר ובקבלנות לבנות בית נ"ל דאין לזה אונאה דהוי כקרקע:

לח האחים שחולקים חלק ירושתם והשותפים שחולקים דינם כלקוחות כיון דכל אחד מהם יש לו חלק בכולו נמצא דבמה שחולקין חפץ כנגד חפץ או קרקע כנגד קרקע הרי כל אחד כלוקח חצי חבירו בעד מחציתו שנותן לו מחפץ האחר או מקרקע האחרת ולכן במטלטלין פחות משתות כשהיה אונאה נקנה מקח ואינו מחזיר כלום יתר על שתות בטל מקח שתות קנה ומחזיר אונאה ואם חלקו קרקעות אפי' שמו שוה מנה בדינר או שוה דינר במנה קיים ולהי"א שבסעיף ל"ה רק עד פלגא אין אונאה ואם הטעו זא"ז במדה או במשקל ומנין אפי' כל שהוא חוזרים דגם בלקוחות הדין כן ואם עשו שליח שיחלק ביניהם וטעה אף בכל שהוא בטלה החלוקה כדין שליח שנתבאר בסעיף ל"ו ואם חלקו ע"פ ב"ד או שהתנו ביניהם שיחלקו בשום הדיינים וטעו בשתות בטלה חלוקה שדיינים שפחתו או הותירו שתות מכרן בטל כמ"ש בסי' ק"ט ודע דממה שנתבאר בסעיף זה ראיה למ"ש בסעיף כ"א דבחליפין בשומא יש לכל מטלטלין אונאה דלדעה ראשונה שבשם צ"ל דלא מיירי אלא בפירות ולא משמע כן מכל הפוסקים אלא דמיירי בכל מטלטלין והקפידו על שווי השומא כדרך כל החלוקות וגם מהש"ס משמע להדיא דבכל מטלטלין מיירי מדהש"ס מחלק בין מטלטלין למקרקעי [ע' קדושין מב: ודברי סנס"מ ל"ע] וכן אם נמצא טעות בהחלוקה בטלה החלוקה כמעשה שהיה בראובן ושמעון אחים שחלקו על תנאי שמי שיפול לו בית פלוני שיפתח לו פתח למבוי ולא שמו אל לבם שיכולין בני המבוי לעכב עליו ונפל אותו הבית לראובן ובני המבוי לא הניחוהו לפתוח פתח להמבוי ופסק הרא"ש ז"ל שאם רוצה ראובן לבטל החלוקה הרשות בידו ולא עוד אלא אפי' אם יאמר שמעון אפעול מבני המבוי שיתנו לך רשות לפתוח פתח יכול ראובן לומר אין רצוני לקנות לי מחלוקת בפתיחת הדלת ועוד כיון שבשעת החלוקה היה טעות שסברו שביכלתם לפתוח פתח הוי החלוקה מעיקרה בטעות ובטלה החלוקה וכה"ג בכל מין טעות שנמצא בהחלוקה או איזה מום שנמצא בחלקו של אחד מהם בטלה כל החלוקה:

לט פסק אחד מהגדולים דזה ששותף יש לו אונאה דוקא כשהוא שותף בגוף הסחורה אבל כשאין לו חלק בגוף הסחורה רק שבעל הסחורה הבטיח ליתן לו חלק בהריוח כשיומכר הסחורה ובהפסד אין לו חלק ומכר חלק הריוח שלו אין בזה דין אונאה כיון שאין לו בגוף הסחורה חלק

חלק

חלק [מסרי"ע] ומעשה היה באחד שהראה זהב לצורף לקנות אם הצורף יאמר שהוא טוב והבטיח להצורף ליתן לו חצי ריוח בשכרו וא"ל הצורף שזהו זהב ואח"כ נתברר שהוא נחשת ויש מי שרצה לחייב את הצורף ע"פ מ"ש בסימן ש"ו בטבחים שנוטלין שכר מהכשרות דהוה שומר שכר וחייב כשניבלה אע"ג דמטריפה אינו נוטל שכר מ"מ כיון שאם היתה כשירה היה נוטל דינו כש"ש וה"נ כיון דאם היה זהב היה נוטל חלק דינו כש"ש וחייב בכה שטעה דטעות זה הוי כחיוב גנבה ואבדה כמו במראה דינר לשולחני ונמצא רע שנתבאר שם דבשכר חייב אף אם הוא אומן וחלקו עליו דהצורף פטור ואין דינו כש"ש אלא כש"ח דדוקא בטבח שאם לא ניבלה היתה כשירה והיה נוטל שכר לכן גם כשניבלה ואינו נוטל כלום דינו כש"ש כיון שהיה בידו ליטול שכר אבל זה הצורף אלו היה מתבונן היטב היה רואה שזהו נחשת ולא היה בידו ליטול שכר כלל ולכן אין דינו אלא כש"ח ואם היה אומן ובקי פטור כבמראה דינר לשולחני בחנם [קלס"ח וכס"מ] :

סימן רכח [אסור להונות בדברים ולגנוב דעת הבריות ולרמות במקח וממכר ובו י"ד סעיפים] :

א כשם שיש איסור אונאה במקח וממכר כך יש איסור מן התורה באונאת דברים דכתיב ולא תונו איש את עמיתו ויראת מאלהיך אני ה' ודרשו חז"ל [ב"מ נח:] דאתי לאונאת דברים דלאונאת ממון כתיב קרא אחרינא וכי תמכרו ממכר וגו' אל תונו ולכן כתיב בפסוק זה ויראת מאלהיך לפי שהם דברים המסורים ללב דלפני בני אדם יכול לומר שלא כוון כלל לאנותו ולצערו לכך כתיב ויראת מאלהיך שהוא בוחן לבבות וסיים הפסוק אני ה' שעתיד ליפרע ממך וגדולה אונאת דברים מאונאת ממון שממון ניתן להשבון ודברים לא נתנו להשבון ועוד דזה בגופו וזה בממונו וקבלה ביד רז"ל דהצועק לפני הקב"ה על אונאת דברים נענה מיד שנפרעין מהמאנה בעוה"ז וכך אמרו חז"ל כל השערים ננעלו חוץ משערי אונאה וי"א דאין מצוין על אונאת דברים שלא לאנותו רק למי שאינו בעל עבירות אבל לרשע מותר לאנות בדברים דשמא ע"י זה ישוב בתשובה ולכן אם כוונתו לשמים לאנותו לרשע בדברים כדי שישוב בתשובה יכול לעשות כן וכן מי שמאנה א"ע שהולך בדרך לא טוב וסובר שהולך בדרך הישר מותר לאנותו שאדם כזה אינו מכלל הישוב ודרך ארץ וצריך ליזהר ביותר באונאת הגר [בימיס קדמוניס] בין בגופו בין בממונו לפי שהוזהר עליו בכמה מקומות וצריך אדם ליזהר מאד באונאת אשתו לפי שהאשה היא רכת הלב ודמעתה מצויה וכך אמרו חז"ל [שס נט.] לעולם יהא אדם זהיר בכבוד אשתו שאין ברכה מצויה בתוך ביתו של אדם אלא בשביל אשתו ודוקא במילי דביתא או במילי דעלמא צריך לשמוע לה אבל במילי דשמיא אם מונעת אותו מדרך הטוב אסור לשמוע לה וכל ההולך אחר עצת אשתו במילי דשמיא במניעת מצוה נופל בגיהנם [שס] ואחאב אבד עולמו מפני ששמע לעצת איזבל הרשעה וכ"ש שצריך האדם ליזהר באונאת יתומים ואלמנות שאין קץ להעונש וכך אמרו חז"ל [שס] שלשה אין הפרגוד ננעל בפניהם אונאה וגזל וכו' :

ב יש באונאת דברים שני מיני אונאות האחת אונאה במסחר כיצד לא יאמר לחבירו בכמה אתה רוצה ליתן חפץ זה והוא אינו רוצה לקנותו כלל או שהיו חמרים מבקשים ממנו לקנות תבואה לא יאמר להם לכו אצל פלוני והוא יודע שאין לזה תבואה למכור ויתבזה ואף אם הוא עשיר שלא יתבזה מ"מ החמרים יתביישו וכן כל כיוצא בזה והשנית אונאה בעניני הנפש כיצד אם היה בעל תשובה לא יאמר לו זכור מעשיך הראשונים אם היה בן גרים לא יאמר לו זכור מעשה אבותיך אם היה מבזויי משפחה לא יאמר לו זכור משפחתך השפלה אם היה מכוער או בעל מום או שאר חסרון בו או באשתו וזרעו או באבותיו לא יאמר לו כמה מכוער אתה או ראה מומך או חסרונך או חסרון אשתך וחסרון זרעך וחסרון אבותיך וכן אם היו יסורים באים עליו לא יאמר לו כדרך שאמרו חבריו לאיוב הלא יראתך כסלתך זכר נא מי הוא נקי אבד וחברי איוב אמרו לו מפני שהטיח דברים כלפי מעלה וכן אם נשאלה שאלה על דבר חכמה לא יאמר למי שאינו יודע אותה חכמה מה תשיב בדבר זה וכן כל כיוצא בדברים אלו וכן יזהר שלא לכנות שם רע לחבירו ואע"פ שהוא רגיל באותו כינוי אם כוונתו לביישו בכינוי זה אסור וכך אמרו חז"ל [שס] המלבין פני חבירו ברבים כאלו שופך דמים :

ג אסור לרמות בני אדם במקח וממכר או לגנוב דעתם כגון אם יש מום במקחו אף שאין בזה אונאת ממון כגון ששוה המקח גם במומו מ"מ מחוייב להודיע להלוקח בין שהלוקח הוא ישראל בין שהוא עכו"ם ואדרבא בעכו"ם יש עוד חילול ה' ולא ימכור לעכו"ם בשר נבילה בחזקת שחוטה וכן אסור לגנוב דעת הבריות כגון שמראה שעושה דבר בכבוד בשביל זה ובאמת לא עשה בשבילו הרי זה גנבת דעת וכן לא יסרהב אדם בחבירו הרבה שיאכל עמו והוא יודע שלא יסעוד אבל לבקש איתו פעם או שתים כמו שנהגו מפני הכבוד לאיש מכובד לאמר בא אכול מותר ונכון לעשות כן דאם לא יבקשו יתראה כאלו הוא נבזה שאיננו ראוי לחלוק לו כבוד [סמ"ע] וכן לא יתן מתנות לאחר ויודע שלא יקבל אא"כ עושה

זה

זה מפני דרך הכבוד וכן לא יאנה את חבירו להראות לו שעושה בשבילו דבר גדול ובאמת אינו עושה בשבילו כמו שהיה הנהוג בזמן הקדמון דכשבא אורח נכבד פתחו בעדו חבית יין טובה להראותו כי הוא אצלו חשוב כל כך עד שפותח בשבילו חבית יין ואמרו חז"ל [חולין צ"ד] לא יפתח חבית הפתוח לחנוני וזה סובר שבשבילו פתחה ואפי' אם היא סתומה עדיין ומכרה לחנוני וצריך לפותחה וזה מראה לו כאלו בשבילו פותחה ואם האורח באמת חשוב אצלו שבלא מכירתה להחנוני היה פותחה בשבילו אין זה אונאה וכ"ז כשמאנה את האורח אבל אם הוא אינו מאנה אותו שבאמת אינו פותחה בשבילו ולא מראה לו כאלו פותחה בשבילו רק האורח מטעה א"ע שסובר שעושה בשבילו אינו מחוייב להודיעו שלא פתחה בשבילו וכן כשאורח נכנס לעיר ופגע לבעה"ב אחד מהעיר שיצא לקראתו והבעה"ב לא ידע כלל מהאורח שהלך לדרכו רק האורח סובר שלקראתו יצא לכבודו אינו מחוייב לומר לו שלא יצאתי לקראתך עוד היה מנהג של כבוד אצלם להושיט לנכבד פך שמן ולומר לו סוך שמן מפך זה ואם הפך ריקן לא יאנה אותו לומר סיך מפך זה ואף אם הפך מלא רק שיודע שהוא לא יסוך א"ע אין לומר לו סיך אא"כ הוא דרך הכבוד כמו לקרא לאכול וכן היה מנהגם לילך לבית האבל לתנחומין בכלי יין ולכן לא ילך בכלי ריקם והאבל סובר שהוא מלא יין ואם הוא עושה כדי לכבדו שכן מנהג הכבוד במקום זה מותר ומאלו הדברים יש ללמוד לכל הדברים:

ד אסור למכור עור של בהמה מתה בחזקת שהיא שחוטה דשל מתה אינה חזקה כל כך ובמקום שנחשים מצוים יש גם חשש סכנה בזה שמא נשכה נחש והארס נבלע בעורה ושם בגמ' הובא מעשה שע"י אונאה נאבד נפש שאחד זמן אורחים לעשות להם משתה שמנים והעמיד אצל אחד שישלח לו חבית שמן וזה אינהו ושלח לו יין רק בשמן צף מלמעלה וזה לא ידע ונתבייש בפני האורחים וחנק א"ע ע"ש:

ה אין מפרכסין אדם ובהמה וכלים ומה הוא פירכום שעושין איזה פעולה בהסחורה שתהא נראה יפה כגון לצבוע עבד זקן העומד למכור וצובע שערותיו כדי שיתראה כבחור ולהשקות הבהמה מי סובין שמנפחין וזוקפין שערותיה כדי שתתראה שמנה וכן אין מקרדין אותה במגררת ולא מקרצפין אותה במסרק כדי לזקוף שערותיה ולצבוע כלים ישנים כדי שיתראו כחדשים ואין נופחין בקרבים כדי שיראו שמנים ורחבים ואין שורין הבשר במים כדי שיתראה לבן ושמן ואם מנהג הקצבים לשרות הבשר במים מותר כיון דהכל יודעים שדרך לעשות כן אין בזה אונאה וכן כל חפץ ישן אסור לתקנו שיתראה כחדש ולמכרו בחדש אבל חפץ חדש מותר לנקותו וליפותו וזהו דרך התגרים:

ו אין מערבין מעט פירות או תבואה רעים בהרבה יפין כדי למכרן בחזקת יפים ואפי' חדשים בחדשים אם הם משני מקומות שהאחד יפה מחבירו אסור לערבן ולמכרן בחזקת המקום היפה ואין צ"ל חדשים בישנים או ישנים בחדשים דלפעמים חדשים יותר טוב לפני הקונה אף שהישנים טובים יותר מפני שרוצה ליישנן ויש שישנים יותר טוב לפני הקונה ואפי' אם מין האחר יותר יקר מחבירו והתגר מותר ויתבאר בסעיף י"ב:

ז ביין התירו חכמים לערב קשה ברך בין הגיתות בלבד אע"פ שהרך יותר טוב לשתות מהקשה וגם דמיו יקרים מפני שמשביחו ומתקיים יותר וכ"ש רך בקשה דשרי אף שלא בין הגיתות [סמ"ע] ואם היה טעמו ניכר שכל מי שטועם מבחין שנתערב בו היין הקשה מותר לערב בכל מקום שכל הניכר טעמו מרגיש בו הלוקח ולפיכך מותר לערבו אף שלא בין הגיתות וזה שאסור שלא בין הגיתות זהו במעט תערובות שאינו נרגש בטעם אבל בתערובות שהטעם ניכר היה לו ללוקח לטועמו וכיון שלא טעמו מחיל [לח"מ פי"ח] ודוקא שנרגש גם בראייתו דאל"כ מאין ידע הלוקח שנתערב בו הקשה שיצטרך לטעום אותו דהרי לא בכל מקום טועמין כמו שיתבאר והרמב"ם ז"ל שכתב שם לשון זה שכל הניכר טעמו מרגיש בו הלוקח ר"ל מרגיש בראייתו [כנלע"ד ומיושב קושית הכ"מ שם ג"כ]:

ח אין מערבין מים ביין ומי שנתערב מים ביינו לא ימכרנו בחנות לבעלי בתים אא"כ הודיע להקונה אבל להתגר לא ימכרנו אע"פ שמודיעו שמא ירמה בו אחרים ומקום שנהגו לערב בין הגיתות מים מותר לערב כפי השיעור שדרכם לערוב ולא יותר וזה שאמרנו שאסור לערב מים ביין אפי' כשהוא ניכר בטעמו כיון שאין המנהג לטעום ובמראיתו אינו ניכר אסור אבל במקום שנהגו שכל מי שקונה דבר טועמו תחלה מותר לערב בו לעולם אפי' שלא בין הגיתות כשיש בו מים כל כך שיהא ניכר בטעמו [ב"ח] וכשאין הכל טועמים אע"פ שהרבה טועמים אסור למכור אלא בתנאי שכשיראה שהלוקח אינו טועם יאמר לו [זהו פי' הטור בדר' אחר ספ"ד דב"מ והרמב"ם מפרש דקאי רק אקשה ברך והסמ"ע העתיק שניהם ואינם סותרים זל"ז לפמ"ש בסעיף הקודם ודו"ק]:

ט אין מערבין שמרי יין חבית זה ביין של חבית אחר מפני שמקלקל בזה את היין אפי' אם קנה ממנו שתי חביות של יין אין מערבין שמרים של זה בשל אחרת אבל אם קנו ממנו חבית יין המדה בכך וכך כשבא למדוד יכול לערב השמרים עם היין של אותה החבית ומוכר לו הכל ביחד ואפי' מוכר לו במדה ומודד מהחבית לכלי של לוקח יכול לערב שמריה דמה יעשה בשמריו ונראה דה"ה אם מוכר לו חצי חבית מערב השמרים ומודד לו:

י והרמב"ם ז"ל כתב בפי"ח אסור לערב שמרים בין ביין בין בשמן ואפי' כל שהוא ואפי' שמרים של אמש בשמרים של היום אסור אבל אם עירה היין מכלי אל כלי נותן שמריו לתוכו והמוכר לחבירו שמן מזוקק אינו מקבל

מקבל שמרים מכר לו שמן סתם מקבל לוג ומחצה שמרים לכל מאה לוג ע"כ וסובר ג"כ דבשמרי אותה החבית עצמה מותר למכור כדעה הקודמת רק שמרים של יין אחר אפילו של אותה הכלי עצמה שהיה בה אמש יין עם שמריה אסור לערב עם יין של היום וכ"ש מכלי אחרת אבל שמרים של חבית זו עצמה מינה נותן ללוקח אף כשאינו מוכרה לו עם החבית אלא שמערה לכלי הלוקח ואם א"ל שמן מזוקק צריך ליתן לו בלא שמרים אבל אם מכר לו שמן סתם אפילו קבל מעט מעט בלא השמרים יחשב לו אח"כ ע"ח השמרים לוג ומחצה למאה לוגין אבל לדעה הקודמת שהיא דעת הטור אם קבל הלוקח מעט מעט בלא השמרים לא ינכה לו אח"כ את השמרים דאם היה נותן לו עם השמרים שלה בודאי היה ביכלתו אף כשמכר לו בעת שהשמן כבר נזדכך ושוקט על שמריו ויכול לערבם וליתן לו אבל כשנתן לו בלא השמרים אמרינן דמחל לו השמרים וכפי שכתבנו כן הוא הפי' בהרמב"ם והטור [וכ"מ מהס"מ וסב"י ודברי הסמ"ע צ"ע והרמב"ם ז"ל מפרש בהמשנה שמכר לו שמן מזוקק והטור מפרש בשעת הזיקוק ומחלוקתם בסוגיא ב"מ מ': ודו"ק]:

יא עוד כתב הרמב"ם במוכר שמן סתם מקבל הלוקח לבד הלוג ומחצה שמרים את השמן העכור העולה למעלה על פני השמן יתר על השמרים הידועים באותו מקום בד"א כשנתן לו מעות בתשרי שהוא עת הבציר והשמן עכור והמדה גדולה אז ולקח השמן בניסן במדת השרי שהיא גדולה מפני אותו השמן הקופה למעלה אבל אם לקח במדת ניסן שהיא קטנה מפני שכבר צלל השמן אינו מקבל אלא השמרים בלבד וגם להטור אפילו כשקבל ממנו בלא השמרים דאינו מנכה לו השמרים כמו שנתבאר מ"מ השמן העכור הצפה למעלה מנכה לו בד"א כשמכר לו בשעה שהוא עכור אבל כשמכר לו בשעה שהוא צלול וקבל ממנו בלא שמרים ובלא העכור אינו מנכה לו כלל אפילו את העכור דאחולי אחליה ורבינו הרמ"א כתב בדיני שני סעיפים אלו כהטור וכשמכר מפורש שמן מזוקק מודה הטור שצריך ליתן לו נקי מכל פסולת ודין אחד ליין ולשמן ואם יש באיזה מקומות מנהג אחר מכפי מה שנתבאר יעשו כמנהגם [כנ"ל כוונת הרמב"ם והטור כמ"ש ודו"ק]:

יב זה שנתבאר בסעיף ו' דאין לערב התבואה ופירות משני מקומות זהו בבעה"ב המוכר משדותיו ואם שני המקומות שלו אינן שוין בטובן ובישנן אין לו לערב אבל התגר מותר דהכל יודעים שהוא קונה מכמה מקומות וכך אמרו חז"ל [שם ס'] התגר נוטל מחמש גרנות ונותן למקום אחד או מחמש גתות ונותן לתוך חבית אחת שהכל יודעים שלא גדלו כולם בשלו ובחזקה זו קונים ממנו ובלבד שלא יכוין לקנות הרוב ממקום הטוב כדי שיצא עליו קול שהוא קונה הכל ממקום טוב וקונה גם ממקום הרע מעט ומערב עמם:

יג מותר לברור הפסולת מתוך הגריסין ומן הקטניות כדי שיראו יפים שזהו דבר הנראה לעינים שהוברר מהם הפסולת ויכול הלוקח להבין בראיתו כמה שוים יותר בשביל ניקיים מהפסולת וטוב לו ללוקח לשלם מעט יותר כדי שלא יצטרך לטרוח ולבררם [טור] ובלבד שיברור כל הפסולת אבל לא יברור העליונים ויניח התחתונים דאין אונאה גדולה מזו שהלוקח סובר שכולו הוברר:

יד מותר לחנוני לחלק קליות ואגוזים לתינוקות כדי להרגילם שיקנו ממנו ואין שארי חנונים יכולים למחות בו ומי ימחה בידם לעשות כן דרשות ביד כל אחד לעשות איזה השתדלות לפדיון כמו שמבקש מאנשים שיקחו ממנו אבל מחנותו של אחר אין לקרות שום קינה ועובר בלא תסיג גבול וכן יכול למכור בזול ואין בני השוק יכולים לעכב עליו אמנם נ"ל דזהו רק בתבואה מפני שע"י זה שימכור בזול גם האחרים ימכרו בזול ומתוך זה ימכרו בעלי האוצרות בזול [רש"י שם] אבל לזלזל במכירת סחורה איסור גמור הוא ומתוך כך מקולקל דרך המסחר ומאבדין מעות אחרים [ורא' מב"ב כ"א] וכן מצאתי לאחד מהגדולים שכתב כן וגם לעשות איזה הערמה שיפרה יותר משמע קצת מגמרא שאסור ואינו מותר לעשות רק דבר שגם האחר יכול לעשות כן [מדפריך שם מ"ט דרבנן]:

סימן רכט [המוכר לחבירו חטים ושעורים ופירות כמה פסולת צריך לקבל ובו ב' סעיפים]:

א מיני תבואה וקטניות דרכן להיות בהן קצת פסולת וכן יש ממיני פירות כן ואמרו חז"ל [ב"ב צ"ד] המוכר חטים לחבירו מקבל עליו רובע קטנית לכל סאה דרגילן לגדל בחטין ובמוכר שעורים מקבל עליו רובע נישובית שהן אבק וקשין שהרוח מנשבן לסאה עדשים מקבל עליו רובע עפרורית לסאה תאנים מקבל עליו עשר מתולעות למאה וה"ה אחד לעשרה ואם מכר לו שארי פירות מקבל עליו רובע טנופת לכל סאה וגם קצת עפר צריך לקבל בכל מין תבואה דא"א שלא יתערב איזה צרור או קצת עפר [ב"י] ואם נמצא בהם יתר על השעורים האלו אף כל שהוא ינפה הכל ויתן לו מנופים וברורים בלי שום פסולת דקנסינן ליה משום דחשדינן ליה שעירב הפסולת בידים [טור] ולכן י"א דאם ידוע שהמוכר לא עירבן צריך לקבל אלו השיעורים והמותר ינכה לו אפי' כשודאי לא עירבן וי"א עוד דבידוע שלא עירבן צריך הלוקח לקבל עליו הכל כיון שלא א"ל חטים

יפות אני מוכר לך והוא לא עירבן אין המוכר חייב בזה וכשידוע שעירבן אפי' פחות מזה השיעור א"צ הלוקח לקבל [סס] ויש מפרשים דשיעורי חז"ל הוא כשמוכר לו פירות סתם או שאמר פירות יפות אלו אבל אם אמר פירות אלו ולא אמר יפות צריך לקבלן כמו שהן ובלבד שיהא כיוצא בהן נמכרין בשוק לאכילה [סס] ובלבד שלא עירב בידים דמה שעירב בידיו הוא גזל גמור אף שעשה קודם שמכר [נ"ל] ואם אמר פירות יפות ולא אמר אלו נותן לו פירות שכולן יפות בלא פסולת כלל ודע דלצרורות ועפרורית אין שיעור כמה שיקבל ואינו מקבל אלא מעט מזער כדרך התבואות ולפיכך אמרו חז"ל [סס לג:] הבורר צרור מתוך גרנו של חבירו נותן לו דמי חטים כשיעור הצרורות שאלו הניחם היה מוכרם במדת החטים ואם תאמר יחזירם להחטים הרי אמרו חז"ל דאסור לערב בידים אף כל שהוא אפילו פסולת וכ"ש צרורות ועפר ונמצא שהזיקו וחייב מדינא דגרמי ואפי' נדושה התבואה במקום הפקר ולא זכה עדיין בעל החטים בהצרורות שנתאסף במקום הדישה מ"מ חייב הבורר לשלם ואפי' דש בבית ראובן ששם נאסף הצרור וראובן בירר לא אמרינן שראובן זכה בהצרור ושלו לקט אלא חייב ראובן לשלם [נס"מ] כיון דדרך התבואה שיתאסף מעט עפר וצרורות בעת הדישה דינם כהתבואה עצמה :

ב כל מה שנתבאר בפסולת ועפר וצרורות וכן דיני שמרים ושמן עכור אין כל הדברים אלו אמורים אלא במקום שאין שם מנהג אבל במקום שיש להם מנהג ידוע הכל כמנהג המדינה דיש מקומות שנהגו שיהיו כל הפירות מנוקים וברורים ושהקונה יין או שמן סתם יהיו היינות והשמנים צלולים ולא ימכרו השמרים עם היין כלל ויש מקומות שנהגו שאפי' היה בהם מחצה שמרים או שהיה בתבואה ובפירות עפר או תבן או מין אחר ימכר כמות שהם ואם התנו ביניהם איזה תנאי יעשו כפי תנאם :

סימן רל [המוכר לחבירו מרתף של יין והלוקח יין והחמיץ ובו ח' סעיפים] :

א האומר לחבירו מרתף של יין אני מוכר לך למקפה והוא שיהיה להטעים המאכלים וליתן לתוך התבשילין דהיינו יין טוב ומתקיים הרבה אף כשמסתפקין ממנו מעט מעט לפיכך נותן לו יין שכולו יפה וראוי להתקיים אבל אם אמר מרתף של יין אני מוכר לך סתם ולא אמר למקפה א"צ להיות כולו יפה אלא כסתם יין שנמצא בין מאה חביות עשר קוססות והוא שהיין אינו טוב כ"כ שהתחיל קצת להשתנות דקים להו לחז"ל דבסתם יין יש אחד מעשרה שמתחיל להתקלקל קצת אבל השאר צריך להיות יין טוב שיהא ראוי למקפה [כ"מ בגמ' ב"ב ל"ס] ואם א"ל מרתף זה של יין אני מוכר לך נותן לו יין הנמכר בחנות שהתחיל קצת להחמיץ דכיון דאמר זה משמע יין זה כמו שהוא ומ"מ אם אינו ראוי להמכר אפי' בחנות אין שם יין עליו כלל ומכרו בטל ואם א"ל מרתף זה של יין אני מוכר לך למקפה דינו כמוכר יין סתם שכל היין יהיה טוב ועשר קוססות דכיון דאמר זה דמגרע כח היין ואמר למקפה דמיפה כח היין ממילא דינו כיין סתם ואם אמר מרתף זה אני מוכר לך ולא הזכיר יין כלל אפי' כולו חומץ הגיעו ואם אמר מרתף זה אני מוכר לך למקפה דינו כסתם יין דכיון דהזכיר מקפה בע"כ דיין וטוב קאמר ובמה שאמר זה מקבל עשר קוססות למאה כמ"ש וה"ה אם א"ל הלוקח שלוקחו לשתותו מעט מעט הוה כא"ל למקפה ואע"ג דבהרבה חביות כשמוכר לו סתם יין מקבל עליו עשר קוססות אבל כשמכר לו חבית אחת אע"פ שא"ל חבית של יין ולא א"ל למקפה מ"מ נותן לו יין שכולו יפה וראוי לתבשיל דא"א להיות בחבית חלק עשירי רע ובהכרח שיהיה כולו טוב אבל אם א"ל חבית זה של יין אני מוכר לך נותן לו יין הנמכר בחנות כבחביות הרבה וכן בחבית זה ולא אמר של יין אפי' כולו חומץ הגיעו :

ב המוכר יין לחבירו ונתנו הלוקח בקנקניו אפי' החמיץ מיד אין המוכר חייב באחריות אפי' א"ל למקפה דיאמר לו כליך גרמו להחמיץ ואף שקנקניו היו טובים וחדשים

ולא טלטל היין ממקום למקום מ"מ יכול לומר כליך גרמו ובזה דין יין משונה מכל הסחורות דיכול להיות דמפני שעירוהו מכלי אל כלי נתקלקל ויראה לי דאם הלוקח לא נתן עדיין מעות דא"צ ליתן דזה שאמרו חז"ל שיכול להתקלקל אין זה ודאי אלא שיכול להיות כן ולכן אין ביכולת הלוקח להוציא מהמוכר אבל גם המוכר אינו יכול להוציא מהלוקח וכן אם מכר לו ע"מ כן שיערה לכליו ההפסד הוא על המוכר וכן אם ידוע שיינו מחמיץ וא"ל למקפה ה"ז מקח טעות אבל אם לא א"ל למקפה יש להמוכר לומר לו היה לך לשתותו מיד במשך איזה ימים כנהוג לשתות חבית במשך זמן כזה ולכן אם נתחמץ מיד או בימים מועטים ההפסד הוא על המוכר [סמ"ע] :

ג מכר לו יין ונשאר היין בכליו של מוכר והחמיץ אם א"ל למקפה או לשתותו מעט מעט אני צריך דדינו כמקפה מחזיר היין להמוכר ואומר לו הרי יינך וקנקנך ואם לא א"ל למקפה ולא לשתותו מעט מעט אינו יכול להחזיר שהרי המוכר אומר לו למה לא שתית אותו ולא היה לך להשהותו עד שיחמיץ ודוקא ששהה יותר משיעור הרגיל לשתות סכום יין כזה במשך הזה אבל בלא"ה ההפסד על המוכר :

ד ואין דין זה רק ביין אבל בשארי משקים כמו שכר אין זה טענה לומר דהיה לך לשתותו לפיכך המוכר חבית שכר לחבירו והחמיצה והחבית של המוכר אם החמיצה בתוך ג' ימים הראשונים הרי היא ברשות המוכר ומחזיר את הדמים ומכאן ואילך הוא ברשות לוקח דבתוך ג' ימים כשהחמיץ הוא סימן מובהק שנתקלקל בבית המוכר משום דבפחות מג' ימים אינו יכול להחמיץ ואף שהיה עדיין שכר בטעמו מ"מ מקח טעות הוא דלאו אשכר כזה נותנים דמים ולכן צריך המוכר להחזיר הדמים ואחר ג' ימים הדבר ספק ונראה לי דאם עדיין לא נתן מעות א"צ ליתן כדין כל הספיקות ולמה חלוק דין יין משארי משקים משום דקבלה

היא

היא ביד רבותינו ז"ל דיין תלוי במזל הבעלים [ב"ב צח׳] וכן אמר הנביא חבקוק אף כי היין בוגד גבר יהיר ולא ינוה ולפיכך כשהשהה הלוקח את היין זמן הרבה יכול המוכר לומר מזלך גרם אבל כשלא השהו הרבה בע"כ דההפסד על המוכר אף דיכול להיות דמזלו של הלוקח גרם דהא ע"מ כן מכר לו שישתה כדרך השותים ובשארי משקין לא שייך מזלא דגברא אבל שינוי מכלי לכלי שייך בכל המשקין ואף שהטור כתב זה בשכר לאו דוקא שכר דה"ה כל שארי משקין לבד מיין וזה שכתבנו דאחר ג' ימים אם לא נתן מעות עדיין א"צ ליתן זהו כשלא טעמו הלוקח אבל אם טעמו והיה טוב צריך ליתן דאין זה ספק [טור] אבל בתוך ג' ימים אף כשטעמו מחזיר לו המוכר את המעות דודאי לא טעמיה שפיר [שם] וכל ההפרש שבין יין לשכר אינו אלא בתוך ג' ימים אבל לאחר ג' גם בשכר א"צ המוכר להחזיר כמ"ש ואף שרבינו הב"י כתב בספרו כ"מ בפי"ז ממכירה דין ג' שהרמב"ם אינו מחלק בין שכר ליין אין הכרח לומר כן ואדרבא מלשון הרמב"ם שם משמע ג"כ שמחלק וכ"כ המגיד משנה [וזהו שחידש הרמ"א בסעיף י' אף שכבר כתבו המחבר כמו שהביא הסמ"ע בסקי"ד לומר שאין חולק בזה ועיקר קושית הכ"מ מה שייך הפסד בג' ימים ע"ש הרי להטור בהכרח לומר כן ודוק]:

ה המוכר חבית של יין לחבירו כדי למכרה מעט מעט והחמיצה במחציתה או בשלישיתה חוזרת למוכר ואם שינה הלוקח הנקב שלה או שהגיע יום השוק ושהה ולא מכר הרי היא ברשות הלוקח ויראה לי דשינוי בנקב אינו שינוי רק ביין ולא בשארי משקין משום דיין בשינוי מועט גורם להתקלקל וכתב שם הרמב"ם ז"ל וכן המקבל חבית של יין מחבירו כדי להוליכה למקום פלוני למכרה שם וקודם שהגיע שם הוזל היין או החמיצה ה"ז ברשות מוכר מפני שהחבית והיין שלו עכ"ל ואע"ג דכל מקבל למחצית שכר ההפסד והריוח חל על שניהם מ"מ בזה שלא נתן לו רשות רק שיוליכה בחבית שלו למקום פלוני אין השותפות מתחיל עד שיגיע החבית למקום פלוני וקודם שהגיעה לאותו מקום היא ברשות הנותן וזהו בקבלה למחצית שכר ובמכירה בכה"ג שאמר הלוקח דעתי להוליכה למקום פלוני ולא נתן מעות עדיין וקודם שהגיעה לשם הוזל כתב הטור בשם הר"י דהמקח קיים ויש חולקין דכיון שלא נתן מעות עדיין וקנה להוליכה לאותו מקום וקודם שהגיעה הסחורה לשם הוזל יכול להחזירו דמסתמא דעתו היה ע"מ שימצא שם השער ביוקר כפי הרגילות והטור לא הכריע בזה וכבר בארנו בסימן ר"ז סעיף י"ד דאף החולקין על הר"י אין זה רק כשהתנה הלוקח שלא יתן המעות עד שתגיע הסחורה למקום פלוני דניכר שהיתה כוונתו שאז יתקיים המקח ולא קודם ודעת הרמב"ם בזה לא נתבררה [הה"מ] ועכ"פ גם במקבל בעיסקא אין ללמוד מזה לכל מקבלי עסקות דודאי בכל עיסקא מתחיל השותפות מיד רק בכאן שלא הרשהו רק להוליך בחביתו למקום פלוני אין העיסקא מתחלת קודם שהגיעה לשם וראיתי לאחד מן הגדולים שתמה על דין זה ולכן פירש דמיירי שנעשה איזה סיבה בעולם שהוזל בכל המקומות דיש אומדנא דארעתא דהכי לא קבלה אבל כשהוזל רק באותו מקום ההפסד על שניהם ומתוך כך יצא לדון בדבר חדש דלדעת החולקין בטור על הר"י גם במכירה גמורה אם נעשה שינוי בעולם בהמקח מחמת מלחמה או סיבה אחרת שיכול לחזור בו ולא נהירא לי כלל דבכאן הדבר פשוט כמו שבארנו דכן מורה לשון הרמב"ם שכתב מפני שהחבית והיין שלו וגם במכר גמור גם להחולקים בטור הכוונה הוא כמ"ש בסימן ר"ז ע"ש [נ"ל]:

ו האומר לחבירו יין מבושל או מבושם אני מוכר לך חייב להעמיד לו שיהיה היין טוב עד עצרת דמשם ואילך היין מתקלקל מתוך החמימות א"ל יין ישן אני מוכר לך נותן לו משל שנה שעברה ואם א"ל מיושן נותן לו משל שלש שנים והיינו מיין הנתגדל לפני שתי שנים ושנה זו שעומדים בה היא השלישית [סמ"ע] ואע"ג דבתורה כתיב בשביעית ואכלתם מן התבואה ישן וכתיב וצויתי את ברכתי וגו' לשלש השנים אלמא דישן הוא שליש שנים מ"מ בלשון בני אדם הוא משנה שעברה ועוד דהתורה עצמה פירשה אח"כ בפרשה אחרת דזהו ישן נושן כדכתיב ואכלתם ישן נושן וקאי בכולל הענין על פרשה הקודמת ובמיושן חייב להעמיד לו יין שלא יתחמץ עד חג הסוכות של שנה שלישית דהוא זמן הבציר דכיון דנתקיים ג' שנים יכול להתקיים גם בזמן החמימות וי"א דכ"ז הוא דוקא כשעומד בכליו של מוכר אבל אם עירה הלוקח לכליו יכול המוכר לומר לו כליך גרמו ויש חולקין דכיון דא"ל ישן או מיושן צריך להתקיים גם בכליו של לוקח:

ז ראובן תובע לשמעון מכרת לי יין בחזקת יין טוב ושמעון אומר מה שטעמת אתה נוטל הדין עם המוכר כ"כ רבינו הרמ"א ולא ביאר דבריו אם הלוקח מודה שטעמו או אינו מודה ומקור הדין מהמרדכי ושם מבואר דאפילו אינו מודה שטעמו אמרינן דמסתמא טעמו וכן פירש הסמ"ע דברי רבינו הרמ"א ולי נראה דבכוונה השמיט זאת לפמ"ש בסימן רכ"ח סעיף ח' דלא בכל המקומות המנהג לטעום מקודם ממילא דבמקום שלא נהגו לטעום והלוקח אומר שלא טעמו ישבע המוכר שטעמו מקודם וכתב רבינו הרמ"א שאם הלוקח אומר שאחר כך ערבו אחר שטעמו והמוכר כופר ישבע ויפטר ונ"ל דכשעדיין לא נתן מעות ישבע הלוקח ומחזיר לו היין דכל שבועה היא על המוחזק שישבע ויפטור וזהו דבר פשוט ששבועה זו ביכולת להפכה על השני:

ח כל הדינים שנתבארו זהו במקום שאין מנהג ידוע אבל במקום שיש מנהג הכל כמנהג המדינה דהמנהג הוא עיקר גדול במשא ומתן כמ"ש כמה פעמים:

סימן רלא [גודל העונש ממדות ומשקלות שקרים וכיצד לעשות ואיך לשקול ולמדוד ובו כ"ח סעי']:

א כתיב לא תעשו עול במשפט במדה במשקל ובמשורה מאזני צדק אבני צדק איפת צדק והין צדק יהיה לכם וכתיב לא יהיה לך בכיסך אבן ואבן גדולה וקטנה לא יהיה לך בביתך איפה ואיפה גדולה וקטנה אבן שלמה וצדק יהיה לך איפה שלמה וצדק יהיה לך למען יאריכון ימיך וגו' כי תועבת ה' אלהיך כל עשה אלה כל עשה עול וקראה התורה תועבה כעריות דכתיב בהו תועבה וכן אמר שלמה המע"ה מאזני מרמה תועבת ה' ומאד מאד הפליגו רז"ל בעונש הזה עד שאמרו קשה עונשן של מדות מעונשן של עריות דעריות אפשר בתשובה ומדות לא אפשר [ב"ב פ"ח:] דהא גזל לרבים ולמי ישיב ועוד אמרו שם קשה גזל הדיוט מגזל גבוה ובמדרש אמרו רז"ל אם ראית דור שמדותיו של שקר דע שהזדים מתגרים בו ונוטלים מה שבידיהם מה טעם מאזני מרמה תועבת ה' ומה כתיב בתריה בא זדון ויבא קלון [ילקוט ס"פ תלא] והנביא מיכה צעק האזכה במאזני רשע וגו' וכי אפשר דור שמדותיו של שקר שהוא זוכה [שם] ואף משה רבינו רמזה לישראל לא יהיה לך אבן ואבן איפה ואיפה וסמיך ליה זכור את אשר עשה לך עמלק [שם] ולבד העונש הנורא בעולם האמת ענשו בעוה"ז שלא יצליח ונכסיו ילכו לטמיון ולהיפך מי שמתאמץ במדות ומשקלות אמת אף שלשעתו נראה בעיניו כי חסר יבואנו אבל לבסוף הברכה שורה בכל משלח ידיו וכך דרשו חז"ל [ב"ב פ"ט] לא יהיה לך בביתך [ממון] מה טעם משום איפה ואיפה לא יהיה לך בכיסך מה טעם משום אבן ואבן אבל אבן שלמה וצדק יהיה לך [ממון] איפה שלמה וצדק יהיה לך ומוטב לאדם להתגולל באשפתות משיהיה במסחרו מדות ומשקלות שקרים ואסור לרמות שום רמאות בענין המדה והמשקל בין לישראל בין לעכו"ם אלא יהיו מיושרות ומצודקות והמודד או שוקל אפי' במדה ומשקל אמת אלא ששוקל חסר בין לישראל בין לעכו"ם עובר בלאו דלא תעשו עול:

ב ואפילו אינו מודד ושוקל בהשקרית אסור להשהותם בביתו וכך אמרו חז"ל [שם] אסור לאדם להשהות מדה חסרה בביתו אפילו שאינו מודד בה ואפילו לעשות עביט של מי רגלים שמא יבא מי שאינו יודע וימדוד בה ואם יש מנהג בעיר שאין מודדין שום מדה רק במדה הרשומה ברושם כמו רושם המלכות וזו אינה רשומה מותר להשהותה דאינה מדה כלל אלא כלי בעלמא אמנם אם לפרקים מודדים גם בשאינה רשומה אסור להשהותה:

ג וחייבים ב"ד להעמיד ממונים שיהיו מחזרים על החנויות וכל מי שנמצא אתו מדה חסרה או משקל חסר או מאזנים מקולקלים רשאים להכותו ולקונסו כשיש להם יכולת ע"פ דין המלכות:

ד אמרו חז"ל שצריכין לעשות המדות באופן שיכירו אותם בטב"ע שלא יטעו בהן להחליפן ושיערו חז"ל כיצד עושין מדות מסאה וחצי סאה שיש הפרש רב ביניהם ולא יחליפו זה בזה וכן עושין רובע סאה ועושין קב וחצי קב ורובע הקב ושמינית הרובע אבל אין עושין מדה של שני קבים שלא יחליפו אותו ברובע סאה שהוא קב ומחצה ובמדת הלח עושין הין וחצי הין ושלישית ורביעית ההין ולוג וחצי לוג ורביעית ושמינית הלוג ואחד משמנה שבשמינית ואע"ג דבסאה אין עושין שלישית סאה שהוא קביים אבל במדות הלח ניכר יותר ולא יבואו לטעות [לבוש] ובמדינה שיש בה מדות ומשקלות החתומים בחוק המלוכה הם הם המדות והמשקלות האמיתים וכל שאינה חתומה בחותמה אסור למדוד ולשקול בה ומשקלות יתבאר בסעיף ט':

ה המחק שעושין למדות למחוק הגודש במקום שמוכרין בלי גודש אין עושין אותו מדלעת וכיוצא בו מפני שהוא קל ואין יכולין למחוק בו היטב ורע להמוכר וגם אין עושין אותו משל מתכת מפני שהוא כבד ומוחק בחוזק ורע ללוקח אלא עושין משל אגוז ושקמה ואשכרוע וכיוצא בהם מעצים שלנו ואין עושין אותו מצד אחד עב ומצד אחד דק מפני שהדק נכנס בתוך התבואה ומוחק הרבה והעב אינו נכנס כל כך ואינו מוחק יפה ויכול לרמות בו שכשימכור ימחוק בצד הדק וכשיקנה ימחוק מצד העב לפיכך יעשה או שניהם קצרים או שניהם עבים ולא ימחוק מעט מעט מפני שהוא מפסיד ללוקח ולא ימחוק במהירות בבת אחת מפני שהוא מפחית להמוכר אלא ימחוק במתון בפעם אחת:

ו כשמודד דבר לח לא יעשה בענין שתעלה הרתיחה ותתראה המדה כאלו היא מלאה ואפילו קטנה מאד שאין במקום הרתיחה כדי שוה פרוטה וכשמערה דבר לח מכליו לכלי הלוקח אז אחר שיצא המשקה מהמדה בקילוח ישהנה הפוכה על גבי כלי הלוקח עד שיטיפו ממנה שלשה טיפין בד"א בבעה"ב המוכר אבל חנוני א"צ להטיף דאין לו פנאי להשהות והקונים יודעים זה ועל דעת כן קונים ממנו:

ז הסיטון שהוא סוחר שקונה הרבה ומוכר לחנונים יקנח המדות שמודד בהם דבר לח אחת לשלשים יום מפני שהלח נדבקת בהמדה ועי"ז המדה חסרה ובעה"ב שאינו מוכר כל כך די לו לקנח אחת לי"ב חודש והחנוני כיון שא"צ להטיף הטיפין ונדבק בה הרבה צריך לקנח ב' פעמים בשבוע והמשקלות צריך החנוני המוכר דברים לחים לקנח אותם פעם אחת בשבוע מפני שהשוקל דבר לח נוגע בידו המלוכלכת בהם והמאזנים שבהם מונח הדבר הלח צריך לקנח בכל פעם ששוקל בהן:

ח אין לשנות ממנהג המדות והיינו במקום שנהגו למדוד במדה דקה כמו לוג לא ימדוד בגסה כמו קב ובמקום שנהגו למדוד בגסה לא ימדוד בדקה מפני שלכל מדה יש מעט עודף ללוקח דא"א לצמצם ובמדה אחת גסה אין לו רק עודף אחד ולכן אפילו יתן לו מדות גסות פחות במספר שיחזיקו כשיעור הדקות המרובות הוי אונאה ללוקח מפני העודף וממילא דעצה טובה היא להמוכר שלא ימדוד דקות במקום הגסות מפני שיתוספו העודפים וכן מקום שנהגו ליתן מדה בגודש אין לו ליתן בלא גודש דהגודש נחשב

שליש

שליש ואפילו אם ירצה ליתן לו שלש מחוקות בשביל שתים גדושות אסור ואף שאין הפסד להלוקח מ"מ חששו חז"ל שהרואה ידמה שמוכרין מחוקות ויכולים המוכרים לרמות אח"כ את הלוקחים וממילא במקום שנהגו למחוק עצה טובה להמוכר שלא ינדוש ואף במקום שמוכרים גדושה בג' דינרים וא"ל הקונה תן לי מחוקה בשני דינרים אסור להמוכר לעשות כן כדי שלא יטעו הרואים:

ט המשקלות עושין אותם ליטרא וחצי ליטרא ורביע ליטרא אבל לא יעשו שליש ליטרא ולא חמישית ולא של שלשה רבעי ליטרא מפני שהמוכרים יוכלו להטעות את הלוקחים ליתן של שלשה רבעי ליטרא תחת ליטרא שאין ההבדל ניכר בהם כל כך וכן שליש יתן בעד חצי ליטרא וחמישית יתן בעד רביעית אמנם משקל ששוקלין בה דברים יקרים קטנים בהכרח לעשות משקלים קטנים כפי ערכן:

י אין עושין משקלות ממיני מתכיות מפני שמעלין חלודה ומתחסרין בהמשך הזמן אלא יעשו מצחיח סלע ויש מי שאומר שמשקלות של כסף ושל זהב ושל דברים יבשים עושים משל מתכת אם ירצו וכן נהגו ומה שבמדינתנו כל המשקלות של מתכת מפני שע"פ המלכות הם כל המשקלות ואין בידינו לשנותם ולכן חיוב גמור על כל חנוני כשיראה שמשקלו נפחת אף מעט ישברנה ויקח אחרת חדשה ולמשקולת קטנה ששוקלין בה כסף וזהב יש לחפותה בעור מפני שבשחיקה מועטת מביא היזק רב ולא נהגו כן בזמנינו ואפשר שמפני שהן חלקים מאד ואין נשחקות וגם מתוך חליקתן אין השומן נדבק בהם ובקל מתקנחין מהשומן ואין חשש שבקינוחן ישחקו מהמתכות ויחסר מהמשקל [עתוס' ב"ב פ"ט: ד"ה ולח]:

יא אסור להטמין המשקלות במלח שהמלח מקילו וימכור בו מפני שטבע המלח להמשיך אליו ואין דבר בעולם שאין בו חללים דקים מלאים רוח והמלח ממשיך אליו ומקילו וי"א להיפך שהמלח מכביד את המשקל וכשיקנה בו יהיה אונאה להמוכר והעיקר כפי' הראשון וכן הוא מפורש בירושלמי וכ"כ הרמב"ם בפ"ח מגניבה [ובסמ"ע סקי"ז יש טס"ד]:

יב המאזנים צריכין להיות מיושרין כל אחת לפי מה שהיא כיצד מוכרי נחשת וברזל ששוקלין חתיכות גדולות של מאה ליטרין וכיוצא בהן צריכין להיות גבוהין מן הארץ ג"ט והחוט למעלה שהמאזנים תלוים בו יהיה ארוך ג"כ ג"ט כדי שיהיה האויר למטה סמוך לקרקע ולמעלה סמוך לגג ג' טפחים שכשהמשקל גדול מכריע הרבה ולכן כשתבריע למעלה או למטה צריך ג"ט אויר ואורך הקנה שבפי המאזנים שהלשון קבוע באמצעיתו שיערו שצריך להיות ארכו י"ב טפחים שאז הוא מכריע לכאן ולכאן בריוח ואורך החוטין שהכף תלוי בהן בשני ראשי הקנה י"ב טפחים:

יג ושל מוכרי צמר וזכוכית יהיו גבוהים מן הארץ ב' טפחים ואורך החוט למעלה שאוחז בו המשקל ב' טפחים ואורך הקנה ט' טפחים וכן אורך החוטין ושל חנוני ושל בעה"ב שהמשקל קטן יהיו גבוהים מן הארץ טפח ואורך החוט שאוחז בו למעלה טפח ואורך הקנה ששה טפחים וכן אורך החוטין ושל מוכרי כסף וזהב ושל מוכרי ארגמן ועוד מענינים דקים יהיו גבוהים מן הארץ ג' אצבעות ואורך החוט למעלה שאוחז בו שלש אצבעות ואורך הקנה והחוטין לא נתנו חז"ל בהם שיעור דכיון שההכרעה קלה מאד אין קפידא בזה וכבר בארנו דשיעור טפח הוא שני ווייערסקעס לפי מדת מדינתנו רוסיא:

יד א"א לצמצם במשקל ולכן יש מקומות שנוהגין ליתן הכרעה שהמאזנים שבה המאכל או המשקה או הסחורה יכריע להמשקל ויש מקומות שאין נוהגין בהכרעה ששוקלין עין בעין ומוסיפין מעט בלא הכרעה ואמרו חז"ל [ב"ב פט·] דבמקום שנהגו להכריע צריך להכריע טפח שהמשקל יעלה טפח למעלה נגד הסחורה ודוקא במשקל ליטרא לפחות אבל בפחות מזה א"צ הכרעה טפח [סמ"ע] ובמקום ששוקלין עין בעין צריך להוסיף אחד ממאה בדבר לח ואחד מארבע מאות בדבר יבש מפני שהלח נדבק להכלי צריך הוספה יותר וכ"ז למדו חז"ל מדכתיב איפה שלמה וצדק והאי וצדק הוא למותר אלא דה"ק צדק משלך ותן לו להכרעה או להוספה:

טו לכל משקל נותנין הכרעה אחת ולכן אם היה שוקל לו עשרה ליטרין לא יאמר לו הלוקח שקול לי כל ליטרא לבדה עם הכרעה אלא שוקל את כולן בבת אחת והכרע אחת לכולן ואע"ג דההכרעה טפח למשא כבד יהיה ממילא יותר מלמשא קל מ"מ יש יותר בהכרעות הרבה ואין הלוקח יכול לומר הלא היה ביכלתי לקנות ממך עשרה פעמים בכל פעם ליטרא והיית נותן לי עשר הכרעות מ"מ אין זה מן הצדק אם יעשה כן לקנות בעשרה פעמים מה שצריך אותם לפעם אחד ואם היה שוקל לו ג' רבעי ליטרא ומשקל כזה לא נמצא כמ"ש בסעי' ט' לא יאמר לו הלוקח שקול לי כל רביע ורביע בפ"ע או חצי ליטרא ואח"כ רביע אלא ישקול לו ליטרא ויתן רביע ליטרא עם הסחורה וי"א דזהו במקום שאין נוהגין בהכרעה דבהכרעה יש בזה הפסד להמוכר שיצטרך ליתן הכרעה גם על הרביע היתירה ולמה לא ישקול הג' רביעיות ביחד שיניח על המשקל חצי ליטרא ורביע ליטרא משום דחששו חכמים שמא יפיל המוכר את הרביע בערמה והלוקח לא ירגיש כיון שיש משקל על הכף:

טז בני המדינה שרצו להוסיף על המדות או על המשקלות צוו חז"ל שלא יוסיפו יותר על שתות מכפי שהיה שאם הוה משל חמש מדות ועשאוה משש מדות הרשות בידם ויותר משתה לא יעשו והטעם משום דמצינו ביחזקאל שהוסיפו שתות על הסלע ולא יותר ועוד יש טעם בזה דע"פ רוב כשמוסיפין על המדה לא יודע להרחוקים עד איזה משך זמן וכשיביאו תבואה יבואו לידי הפסד שימכרו במדה הגדולה בהמקח שצריכין למכור על מדה הקטנה ועל שתות לא חששו כל כך משום דעכ"פ לא יהיה להם הפסד מהקרן מפני שמרויחין שתות כמו שיתב' ואע"ג דסוחר שאינו מרויח הוי ממילא הפסד מ"מ הלא במשך העת יודעו מזה אבל ביותר משתות שיהיה הפסד מהקרן חששו אף לזמן מועט:

במדידת

יז במדידת קרקע בין אחים או שותפים צריכים לדקדק בחשבון מדידתו ע"פ העיקרים המתבארים בכתבי הגימעטריא שהיא חכמת המדידה ולא יאמר מה זה מעט קרקע שאפילו מלא אצבע מהקרקע צריכים לראות אותה כאלו היא מלאה כרכום שהוא דבר יקר אכן בד' אמות הסמוכים לחריץ אמת המים מוזלין במדידתן ואין מדקדקין בה מפני שאין זורעין אותן והסמוכים לשפת הנהר אין מודדין איתם כלל מפני שהן של בני רה"ר :

יח המודד את הקרקע לא ימדוד לאחד בימות החמה ולאחר בימות הגשמים באותה החבל עצמה מפני שהחבל מתקצר בימות החמה לפיכך אם מדד בקנה או בשלשלת אין בכך כלום והסמ"ג [לאוין קנ"ב] בשם ר"ח פירש שעצם הקרקע מתכווצת בימות הגשמים ובימות החמה מתרחבת ולפ"ז אין חילוק במה שמדדה אמנם כל הפוסקים לא הביאו דעה זו כלל גם בש"ע לא הוזכרה וי"א שבימות החמה מתארכת החבל :

יט עונש המדות והמשקלות קשה מאד ועוד שא"א לשוב בתשובה כיון שאינו יודע ממי גזל וכמה גזל ואע"פ שאמרו חז"ל שיעשה בהם צרכי רבים מ"מ אין זה תשובה הגונה כשאינו מחזיר להנגזלים עצמן ועוד אמרו חז"ל דהוא ככופר ביציאת מצרים מפני שזה המוכר מסתיר דרכו מה' כאלו כביכול אינו משגיח על מעשיו ושכביכול אין ביכלתו ית' לפרנסו בכשרות וביציאת מצרים נתבררה גודל השגחתו עלינו :

כ כשם שחייבים ב"ד להעמיד ממונה על המדות והמשקלות כשיש יכולת בידם כמ"ש בסעיף ג' כמו כן חייבים להעמיד ממונים על המקחים שלא יעלו יותר מדאי ואין לו לאדם להרויח בדברים שיש בהם חיי נפש כמו יינות שמנים וסלתות וכ"ש לחם ובשר וכיוצא בהם יותר משתות בד"א בסוחר שמוכר סחורתו הרבה ביחד בלא טורח אבל חנוני המוכר מעט מעט שמין לו יציאותיו על החנות וגם שכר טרחתו ונוסף על זה ירויח שתות בד"א כשלא הוקר השער אבל אם הוקר השער ימכור כפי היוקר אף שיש לו סחורה מזומנת משעת הזול וכ"ז אינו אלא כשיש ביד ב"ד להכריח לכל המוכרים שבעיר למכור כן אבל כשיש מוכרים שלא יצייתו לזה ואין ביכולת להכריחם אין מכריחים גם את היחידים השומעים דלמה יפסידום בחנם ומיהו אם הב"ד יודעים שע"י כן יוכרחו גם האחרים למכור כמוהם יכריחו להשומעים [כ"ל] ועתה במדינתנו יש לצעוק להיפך על החנונים המזולזלים במקחים בכל מיני סחורות וע"י זה רבה הקלקול מהמסחר והעניות והרי חז"ל התירו להרויח שתות אף באוכל נפש וכ"ש בשארי מיני סחורות שצריכים להרויח הרבה יותר ועתה מזלזלים במקחים בלא דעת ובלא תבונה ויש מי שחלק כל הסחורות לג' חלקים דבאוכל נפש משכירים עד שתות ולא יותר ושאין בהם אוכל נפש כלל יוכלו להרויח אפילו בכפל ובמכשירי אוכל נפש כמו תבלין וכדומה ירויחו אחד באחד ולא יותר [סמ"ע] :

כא כל המפקיע שערים שמוכר ומשתכר יותר מדאי רשאים ב"ד להענישו כפי ראות עיניהם כשהיה יכולת בידם בימים קדמונים :

כב אמרו חז"ל אין משתכרין פעמים בביצים אלא התגר הראשון הוא מוכרן בשכר והלוקח ממנו מוכרן בקרן בלבד והטעם משום דביצים צריך הלוקח הראשון לחזור אחר כל בית ובית וקונה אחד אחד ומוכרן ואם הקונה ממנו ישתכר ג"כ יעלה המקח מאד וכן יש מי שאומר שם שמיתר להשתכר בביצים עד הכפל ולא יותר דאע"ג שהתירו בזה להרויח יותר משתות מפני שיש בזה טורח מרובה להעני המחזיר בכפרים לקנותם מ"מ לא ישתכר רק עד קרוב לאחד באחד וגם בביצים מתרנגולת שלו לא ישתכר הרבה מאד [תוס' ב"ב צ"א] ובזמנינו שמביאים אותם לשוק ככל הסחורות דינם ככל אוכל נפש [כ"ל] :

כג אסור לעשות סחורה בא"י בדברים שיש בהם חיי נפש אלא זה מביא מגרנו ומוכר וזה מביא מגרנו ומוכר כדי שימכרו בזול ובמקום שהשמן מרובה מותר להשתכר בשמן דמצוי הוא הרבה ואין דרכו להתייקר והטעם דכל בעה"ב יכול להוציא לשוק את התבואה שגדלו משדותיו וימכרם ולכן אם קונה חטים מבעה"ב ועושה מהם פת יכול להשתכר דבעל התבואה אין רצונו לטוחנם ולאפותם [רשב"ם שם] וה"ה לקנות חטים ולטוחנם ולמכור קמח נראה ג"כ דמותר מטעם זה ובח"ל מותר אפילו במקום שרוב ישראל [סמ"ע] [דבח"ל יש הרבה קרקע והרבה תבואות לא חששו שיתייקר מפני זה] :

כד אין אוצרין פירות שיש בהן חיי נפש בא"י ובכל מקום שרובו ישראל שמתוך כך יתהוה יוקר [ובמקום שרובו עכו"ם כיון שלא יגיעו לנו אין לנו לאסור את הישראל לבד] בד"א בלוקח מהשוק אסור לקנות ולאצור אבל לאצור מה שגדל בשדותיו מותר וכן לאצור מה שצריך לביתו לאכול מותר אף לקנות מהשוק [רשב"ם] ובשנת בצורת לא יאצור מהשוק יותר מכדי מה שצריך לביתו לשנה דעל שנה בהכרח לקנות אבל לא יותר ובשנים כתקונן רשאי לאצור מה שצריך לביתו אף על כמה שנים :

כה כל המפקיע שערים שמגביה המקחים לקנות ביוקר או שאצר פירות בא"י או במקום שרובו ישראל ה"ז עובר על וחי אחיך עמך ועונו גדול כמלוה בריבית :

כו אין מוציאין פירות שיש בהם חיי נפש מא"י לח"ל או לסוריא ולא מרשות שלטון זה לרשות שלטון אחר בא"י [דהא בכל סביבותיה יש די תבואה ופירות להתושבים ולמה יגרמו יוקר] :

כז רשאים בני העיר לקוץ להם מקח לכל דבר שירצו ולהתנות ביניהם שכל מי שיעבור יוקנס בכך וכך וכן יכולים לעשות להם קצבה על שכר הפועלים שיהיה בכך וכך [לבוש] וכן בעלי אומנות רשאין לעשות להם תקנות בענין מלאכתם כגון לפסוק ביניהם שלא יעשה אחד ביום

ביום שיעשה חבירו או במקום שיעשה חבירו וכיוצא בזה וכל מי שיעבור יתענש בכך וכך ודוקא כל האומנים ביחד יכולים לתקן כן אבל שנים וג׳ מהם לא מהני וכשכל בעלי אותו אומנות הם ביחד יכולים הרוב לכוף להמיעוט וכן בתקנות העיר ביכולת הרוב לכוף להמיעוט ומי שלא בא לאסיפה בטלה דעתו ובמקום שיש תקנת המלכות דינא דמלכותא דינא:

כח בד״א בעיר שאין בה חכם חשוב ממונה על הציבור כמו רב העיר אבל אם ישנו אין התנאי של האומנים או של בני העיר מועיל בלא דעת החכם דכיון שיש בהתקנה איזה הפסד ליחידים צריך בזה הסכם חכם העיר שיבין שראוי לעשות כן לטובת הכלל ולכן אם אין שום הפסד לאיש בזה יכולים בעלי אומנות לתקן ביניהם מה שירצו כשכולם מסכימים לזה ועמ״ש בסי׳ ב׳ וקנ״ו וקס״ג והתקנות שהמלכות עושה מחויבים לקיים דדינא דמלכותא דינא:

סימן רלב [המוכר במדה במשקל וטעה או טעות במנין המעות או נמצא מום במקח ובו ל״ח סעיפים]:

א אין אונאה אלא בדמים אבל במדה ובמשקל ובמנין לא שייך אונאה אלא טעות לפיכך המוכר לחבירו במדה במשקל או במנין וטעה המקח קיים והטעות חוזרת לעולם ואין חילוק בין טעות קטן לטעות גדול ואין על זה זמן קבוע כבאונאה דזהו כגזל ואין לזה קביעת זמן וגם אין בזה ביטול מקח דאין דיני אונאה וביטול מקח רק בשווי המקח אבל בחשבון לא שייך זה כלל כיצד מכר לו מאה אגוזים בדינר ונמצאו ק״א או צ״ט וכן הרבה פחות או הרבה יתר נקנה המקח ומחזיר הטעות אפילו אחר כמה שנים וכן אם נמצאו המעות חסרים או יתרים מהמנין שפסקו מחזירים זל״ז ואפילו לאחר שקנו מידו שלא נשאר לו אצל חבירו כלום חוזר שקנין בטעות הוא וכבר נתבאר בסי׳ רי״ח שבקרקע בחסרון המדה יש לפעמים ביטול מקח כשאין לו קרקע בצדה להשלים המדה כשא״ל שארכה כך וכך בצמצום ע״ש וכן לפעמים גם במטלטלים המקח בטל וחוזר בו כיצד היה תופש שק מלא אגוזים וא״ל הילך שק זה בדינר ויש בו סאה אגוזים והלך ומדדו ולא נמצא בו סאה ה״ז חוזר אע״פ שהמוכר רוצה להשלים לו הסאה דהא קנה ממנו שק זה בחזקת שיש בו סאה וכיון שאין בו סאה ה״ז מקח טעות אבל אם היה לפניו שק של אגוזים וזה יודע שאין בו שיעור מדה וזה אומר הנה לך סאה של אגוזים בדינר ומדדו ולא מצא בו המדה ה״ז קנה וישלים לו שהרי זה היה מכיר שלא היה בו סאה ונטלה על דעת שישלים לו [טור]:

ב המקבל מעות מחבירו בין מעות מכירה בין בהלואה או בפרעון ומצא יתרון בהם אף אם לא תבעו חייב להחזיר לו אם הטעות הוא בכדי שהדעת טועה וכמה הוא בכדי שהדעת טועה לפי מנהגנו שאנו מונין אחד אחד או שנים שנים הוי תמיד בכדי שהדעת טועה [תוס׳ ב״מ ס״ד׳] שדילג המספרים וטעה ובזמן חז״ל היו רגילין למנות חמשה או עשרה ולכן אמרו [סס] דאם יש לחלק העודפות להוציאם עשרה או חמשה חמשה ואין אחת או שתים עודפות שאינן באות לחמשה או לעשרה יש לומר שטעה ודילג בחשבונו כגון שיש מותר עשרה אמרינן שטעה בין חמשים לארבעים שהיה לו לומר חמשים ואמר מ׳ או בין מ׳ לל׳ ואם העודף חמשה אמרינן שמנה חמשה חמשה וטעה ג״כ כזה ואף אם הטעות בעשיריות וגם חמישיות כגון שיש עודף נ״ה אמרינן שמנה חמשה חמשה וטעה פעם אחד בעשיריות שהיה לו לומר נ׳ פעמים חמשה ואמר מ׳ פעמים וטעה בחמשים ובחמש העודפות טעה עוד פעם בין שלשה חמישיות לארבע ואם עודפות ט״ו או כ״ה טעה ג׳ או ה׳ פעמים בחמישיות אבל אם עודפות על החמישיות אחת או שתים ושלשה וארבעה הוי בכדי שאין הדעת טועה ובלבד שאלו היתרים לא יהיה ביכולת להתחשב גם בסימנים כגון שהיה צריך ליתן לו שמונים והיה שמנה או ט״ז עודפים גם זה מקרי שהדעת טועה דאולי כשמנה עשרה הניח אחת מן הצד לסימן שיש פעם אחת עשרה וכשמנה עשרים הניח עוד אחת וכן כולם ועירב אח״כ את הסימנים בהמעות ונמצא שמנה יתרים ואם היה מותר ט״ז אמרינן שמנה בחמישיות והניח לסימן אחת לחמשה ואח״כ עירבן וזה לא חששו חז״ל שטעה למנות ששה במקום חמשה או י״א במקום י׳ דא״כ הוי תמיד בכדי שהדעת טועה:

ג אם הטעות הוא בכדי שאין הדעת טועה אפילו רק אחת היתה בכדי שאין הדעת טועה והמותר היה ביכולת לחשוב שיהיה בכדי שהדעת טועה אמרינן שכיון לתת לו מתנה אלו המותרים או שמא גזלו ומתבייש לומר לו והבליע לו עתה בחשבון ואפילו לא היה לו שום עסק עמו מעולם אפשר לומר שאיש אחר גזלו ובקש את זה דכשתתן לפלוני מעותיך תבליע לו בחשבון כך וכך וכבר נתבאר דבמקום שמונין אחת אחת או שתים שתים כמו שהמנהג בזמנינו הוי תמיד בכדי שהדעת טועה ואם המנהג למנות רק שתים שתים הוי שתים בכדי שהדעת טועה ואף גם אצלנו אם הטעות היה הרבה שלא בערך כגון שהיה צריך ליתן לו עשרים מטבעות ונתן לו חמשים הוי בכדי שאין הדעת טועה אמנם במעות אסי״ג שהם שטרות המלוכה שיש גדולות עד מאה רו״כ וקטנות עד א׳ רו״כ ונתן לו של שלשה או של חמשה במקום של אחת וכיוצא בזה הוי תמיד בכדי

בכדי שהדעת טועה דטעותים כאלו מצויים הרבה [כ"ל]:

ד המוכר לחבירו קרקע או עבד ובהמה ומטלטלין ונמצא מום בהמקח ואין המום בגלוי שבהכרח שראהו הלוקח ומסתמא לא ידע בו הלוקח מחזירו אפילו לאחר זמן ארוך ולא דמי לאונאה במקח דמום הוי מקח טעות ודוקא שלא נשתמש בו אחר שידע בהמום והיה ביכלתו להודיע להמוכר אבל אם נשתמש בו אחר שראה את המום והיה יכול להודיע להמוכר ולא הודיעו שחוזר בו הרי מחל ואינו יכול לחזור בו ודוקא כשהמקח אינו בעל חי אבל בעל חי אין השימוש ראיה על מחילתו דהיה מוכרח להשתמש בו להרויח על מזונותיו [כס"מ] וכן אם לא נשתמש בהמקח אע"פ שעדיין לא הודיע להמוכר אין זה מחילה כיון שלא נשתמש בו ואם הודיע להמוכר שרצונו לחזור בהמקח ובין כך משתמש בו אם היה הלוקח ת"ח שיודע הדין ששימוש הוי מחילה אינו מועיל הודעתו דמי הכריחו להשתמש בו ובודאי מחל ואם היה מההמונים אין שימושו מחילה כיון שהודיעו אבל כשלא הודיעו ושימש בו ראיה ברורה שמחל דאף אם לא ידע הדין מ"מ היה לו להודיעו להמוכר [ככ"ל וה"ס הכל] ואע"ג דבאונאה כתבנו בסימן רכ"ח סעיף ח' דאין התשמיש ראיה למחילה אף ביותר מכדי אונאה שאני התם כיון דבעצם החפץ לא נתאנה אלא בהמקח יכול להיות דהיה סבור שמסתמא ישוו ביניהם אבל במום שאין זה החפץ שרצה לקנותו מה היה לו להשתמש בו ושם בארנו ג"כ בזה ע"ש ושימוש שמצד ההכרח כגון שהיה בדרך וכיוצא בזה ודאי דאין זה ראיה על מחילתו:

ה יש מי שרצה לומר דאם היה המום דבר שהלוקח יכול להבחינו ולנסותו או לטועמו ולא הקפיד לעשות כן אינו חוזר דמסתמא מחל אמנם אין עיקר לזה ורבים חולקים על זה [מל"מ פט"ו ב"מ סע"מ מסריט"ן] ויש מי שרוצה לומר דעכ"פ בנשתמש בו אחר שהיה יכול להבחינו הוי מחילה ויש עוד מי שרוצה לומר דאם קודם גמר המקח היה יכול להבחינו ולא בחן הוי מחילה וכל דברים אלו לא נראה לדינא וכבר בררנו בסי' רכ"ח סעיף ז' וסעיף ח' דדוקא טעימה הוי מחילה אבל במה שהיה יכול לטעום ולא טעם אין זה מחילה וכ"ש במום האם מחוייב הלוקח להעלות על דעתו שהמוכר אנהו וכי באומדנא קלה כזו נחייב את הלוקח שקנה דבר ואח"כ נתגלה בו מום וכן משמע מכל רבותינו הראשונים דרק שימוש אחר שנתוודע בהמום הוי מחילה ולא דבר אחר וכן עיקר לדינא:

ו מקח שנמצא בו מום אין מחשבין פחת המום ולקיים המקח אפילו מכר לו דבר ששוה עשרה דינרים ונמצא בו מום המפחיתו מדמיו איסר מחזיר את הכלי ונוטל מעותיו ואין המוכר יכול לומר לו הילך איסר דהלוקח יכול לומר אני רוצה בחפץ שלם ולא דמי לחזרת אונאה עד שתות שהמקח קיים ומחזיר אונאה משום דבעצם החפץ אין אונאה רק בהמקח משא"כ במום וכן אין הלוקח יכול לכוף את המוכר לקיים המקח ושיחזיר לו פחת המום דהמוכר יכול לומר לו או קח מעותיך והחזר לי מקחי או לא תתבע ממני פחת המום אבל כשהלוקח רוצה לקיים המקח ולא לתבוע הפחת המקח קיים ואין המוכר יכול לבטל המקח אפי' כשנתייקר הרבה אח"כ בטענה כיון שאתה ביכלתך לבטל גם אני ביכלתי לבטלו דביטול המקח הוא מפני טובת הלוקח בלבד כמ"ש בסימן רכ"ז באונאה ואף להי"א שם יראה לי דבמום לכ"ע אין המוכר יכול לבטל המקח דבאונאה אפשר שלא ידע המקח אבל במום מסתמא ידע:

ז מה נקרא מום כל שהסכימו עליו בני המדינה שזהו מום שמחזירין בו מקח כזה מחזירין וכל שהסכימו עליו שאינו מום אינו חוזר בו ואין בזה רק דין אונאה אא"כ פירש בשעת הקנייה שלא ימצא דבר כזה בהמקח דאז מבטל המקח שכל הנושא ונותן סתם על מנהג המדינה הוא נושא ונותן ובמום אין חילוק בין בעה"ב המוכר לחנוני וכן אם נודע שהחפץ הוא גנוב ויכול להגיע מזה צער או הפסד להקונה אין לך מום גדול מזה והמקח בטל:

ח אם המוכר מכחיש את הלוקח ואומר שידעת בעת הקניה שיש בו מום כזה וסברת וקבלית והלוקח מכחישו או שהמוכר אומר שאצלך נתהוה המום והלוקח מכחישו יקוב הדין ביניהם וכיון שהמוכר הוא מוחזק ישבע היסת שכדבריו כן הוא ונפטר ואם הלוקח לא נתן מעות עדיין ישבע הוא ויבטל המקח ויכולין להפך את השבועה זה על זה [כ"ע]:

ט אם קנה הרבה בהמות או מטלטלין ונמצא מום באחד מהם אם המה דברים נפרדים שא"צ זה לזה וגם הלוקח א"צ לכולם דוקא או אפילו צריך לכולם ויש בקל לקנות אחר כזה שנמצא המום בו כל המקח קיים לבד אותו שנמצא בו המום וגם המוכר אינו יכול לומר או תבטל כל המקח או תקיימו כולו אא"כ מראה טעם נכון בב"ד שאינו יכול לבטל מקצת ולקיים מקצת וע' בסי' רט"ז:

י מעשה בראובן ושמעון שדרו במקום אחד והיו לראובן בתים בעיר אחרת ומכרם לשמעון ושמעון ידע את הבתים אך קודם גמר המקח נכנסו אנסים בהבתים וקלקלו קצת מקומות ועשנו הכתלים ועקרו דלתות הבית והחלונות והם לא ידעו מזה ובינִי ביני גמרו המקח ועתה רוצה שמעון לחזור בו וראובן טוען שכיון שהוא מום עובר ינכה לו מן הדמים כדי שבדמים אלו יחזיר הבית לקדמותו ויקיים המקח ופסק הרא"ש דהדין עם ראובן שהרי בית מכר לו ועדיין נקראת בית וכן מום שאינו בגוף הבית כגון שיש לאחר דרך עליו או אמת המים עוברת שם מסלק המום והמקח קיים אבל אם המום בגוף הבית כגון שאמר שיש בהם כתלים שלמים ונמצא אחת מהן רעוע אינו יכול לבנות לו כותל שלם וכן כל

ביוצא

כיוצא בזה דכשיבנה אותה יהיה פנים חדשות והוי כדבר שלב"ל [נה"מ] אבל במעשה דרא"ש אין זה כפנים חדשות כיון דעיקר הבית קיים ובדבר שאינו בגוף הבית אין יכול הקונה לומר למה אניתני כי המוכר יכול לומר כן היתה כוונתי לתקן לך הכל בטוב ואין זה אונאה כיון שאינו בגוף הבית [כ"מ מהש"ע והאחרונים שטעם הרא"ש היינו מפני שהמוכר לא ידע מזה] :

יא כל הלוקח סתם אינו לוקח אלא דבר השלם מכל מום ואפי' פירש המוכר ואמר ע"מ שאין אתה חוזר עלי במום ה"ז פטומי מילי והלוקח יכול לחזור בו עד שיפרש המום שיש בממכרו והלוקח יקבל עליו זה המום בפירוש ובלא זה יכול הלוקח לומר דמיתי שאין בו מום ואתה לא אמרת רק להשקיט דעתי כאלו הוא מקח יקר אף אם היה בו מום או שיאמר לו הלוקח כל מום שימצא במקח זה הפוחת דמיו עד כך וכך אני מקבלו וטעמו של דבר משום שכל מוחל צריך לידע בפרטיות מה שמוחל לו כמו שנתבאר בסימן רכ"ז סעיף כ"ב במוחל האונאה ע"ש וק"ו הדברים ומה באונאה שאינו חוזר בו רק עד כדי שיראה לתגר אפ"ה אינה מחילה עד שיפרש כמה היא המחילה כ"ש במום שלעולם חוזר בו שצריך שיפרש על בירור מה הוא המום או בכמה הוא המום ודע שאין טענת מומין אלא בדבר שאין נראה לעין כגון שמכר לו כלי כסף וא"ל שהוא כסף נקי ונמצא בו תערובת נחשת וכה"ג אבל דבר שנראה לעינים כגון שמכר לו כלי עץ וא"ל המוכר שהיא של זהב או של כסף הואיל שהלוקח רואה אותה אינו יכול לטעון על זה כלום דבע"כ פירוש הדברים הוא דהוא טוב כשל כסף ושל זהב כדרך המוכרים שמשבחים מקחם ומכנים אותם בשם כסף וזהב וכה"ג בכל הסחורות :

יב כתב הרמב"ם ז"ל בפט"ו ממכירה המוכר פרה לחבירו ומנה בה מומין גלוין ומומין שאין ניכרין ולא היו בה מאותן המומין הגלוין שמנה ונמצא בה מום מאותן שאין ניכרין ה"ז מקח טעות וחוזר ואע"פ שפירש המום שנמצא שהרי הלוקח אומר כשראיתי שאין בה אלו המומין הגלוין שמנה אמרתי כך אין בה אלו שאינן גלוין שמנה ואינו מפרש מומין אלו אלא כדי להשביח דעתי כיצד פרה זו עורת היא חגרת היא נשכנית היא רבצנית היא ונמצאת רבצנית בלבד ה"ז מקח טעות היו בה כל המומין שמנה אין זה מקח טעות וכן אם היתה חגרת ונמצאת נשכנית אע"פ שאינה עורת אין זה מקח טעות הראה לו המום שיש בה וא"ל מום זה יש בה ומום פלוני ומום פלוני אע"פ שאותן המומין שמנה אין נראין ונמצאו בה כולן או מקצתן אין זה מקח טעות עכ"ל ולדבריו אינו מקח טעות אלא דוקא כשא"ל מום שאינו ניכר עם מומין הניכרין ומהניכרין לא היה בה כלל ולא היה בה רק המום שאינו ניכר דאז יכול הלוקח לומר כיון שראיתי שמהניכרין אין בה כלל דמיתי שגם מהאינו ניכר אין בה אבל אם היה בה אף מום אחד מהניכרין או שכל המומין שהוסיף היו אינם ניכרין או שהמום הזה שהיה בה היה מהניכרין אין זה מקח טעות [הגר"א] דכשהמומין שהוסיף אינם ניכרין אינו יכול לומר כיון שראיתי שאין בה כל המומין שחשב דמאין ידע כיון שאינם ניכרים ואם גם המום הזה היה מהניכרים אע"ג שראה כל המומין ואינם מ"מ היה לו לחוש ולהסתכל כיון שהוא מהניכרין וכן אם היה בה מום אחד מהניכרין אע"פ ששארי המומין שחשבם לא היו בה היה לו לחוש להמום שאינו ניכר דכיון דמום אחד גלוי יש בה אולי יש עוד מום הנסתר שחשב המוכר ומדלא חקר מחל על זה המום ואע"פ שהמום שיש בה הראה לו להלוקח וא"ל ראה מום זה ויש בה עוד מומין גלוין שחשבן ועוד מום נסתר לא אמרינן דהלוקח דימה כיון שהמום הזה הראה לו ושארי מומין הגלוין ראה שאין בה מסתמא גם הנסתר אין בה דלא כן הוא דוודאי היה לו לחשוש כיון שיש בה מום אחד עכ"פ וכ"ש אם יש בה יותר מומין ומדלא חקר מחל :

יג אבל הטור והב"י כתבו היה בה מום אחד ניכר והראהו לו וא"ל יש בה מום פלוני ומום פלוני שאינם ניכרים ונמצאו בה אותן המומין שאינם ניכרים שהזכיר אין זה מקח טעות אפי' היו בה כל המומין שהזכיר שהרי לא הטעהו שלא הזכיר לו אלא מומין שבה עכ"ל משמע מדבריהם שאם חשב עוד ממומין הניכרין ולא היו בה ה"ז מקח טעות דיכול לומר כיון שזה הגלוי הראה לי ושארי הגלוין ראיתי שאינם דמיתי שגם האינם גלוים אינם ואע"ג דכשלא הראה לו המום הגלוי אלא חשבו בין המומין הגלוין ועוד חשב מומין שאינם גלוים ונמצא בה מום אחד גלוי ומום שאינו גלוי אין זה מקח טעות כמו להרמב"ם כמבואר שם והטעם דכיון דנמצא בה מום אחד הגלוי היה לו לחשוש גם לשאינו גלוי מ"מ כשהראה לו מפורש על הגלוי ושארי הגלוין ראה שאינם יכול הלוקח לומר הבנתי ממנו שרק המום שהראני יש בה ולא יותר ומקח טעות הוא דאם היה בה עוד מום למה הראני על מום זה ביחוד ולא היה לו רק לחשבם בפה אבל אם באמת לא חשב לו עוד מומין גלוין רק שבסתר היה לו להלוקח לחקור ולבדוק יפה אף כשהראהו מום זה מ"מ הלא לא חשב לו מה שלא נמצא בגלוי ומדלא חשש לחקור מחל אפי' נמצאו בה כל המומין שבסתר שחשבן ולא אמרינן דהרבה מומין ודאי לא מחל וכ"ש אם לא נמצא בה רק מום אחד ממה שבסתר [לפמ"ש א"ש כל מה שהקשו על הטוש"ע] :

יד ואם א"ל מום זה יש בה מהגלוים או משאינם גלוים ועוד מומין אחרים יש בה ולא פירשן להדיא אפי' לא נמצא בה זולת המום הזה אין זה מקח טעות ואינו יכול לומר הלא ראיתי שמומין אחרים אין בה ודמיתי שגם זה אין בה ולא חששתי לראותו דמ"מ כיון שהמום הזה פירש להדיא ושארי המומין לא פורש בשמן היה לו לחקור ולבדוק אחריו אפי' אם הוא אינו גלוי

גלוי וכ"ש אם הוא גלוי ומדלא חקר מחל [וזהו כפי פירש"י ב"מ פ׳ ולדינא הכל מודים]:

טו אם הזכיר לו שני מומין מפורשים ונמצא האחת בה אין זה מקח טעות דאע"ג דכשחשב הרבה מומין גלוים ונמצא המום הנסתר לבד הוי מקח טעות כמ"ש מ"מ בשני מומין אינו יכול לומר כיון שהאחד ראיתיו שאינו מסתמא גם השני אינו דזה לא שייך אלא כשחשב לו הרבה מומין [תוס׳ ספ מתוספתא]:

טז המוכר עבד או שפחה אין הלוקח יכול להחזירו מפני מומין כשנמצא בו אם מומין אלו אין מבטלין אותו ממלאכתו ובלשון הגמ׳ נקראי סמפון דממ"נ אם סמפון זה הוא בגלוי מסתמא ראהו כבר דעבר בודקין הרבה ואם אינו בגלוי כמו שימא או יבלת בבשרו או נשיכת כלב בבשרו או ריח הפה והחוטם וכיוצא בהם הואיל שאינו מבטלו ממלאכתו מה איכפת ליה שאין העבדים אלא למלאכה אבל אם נמצא בו שחין רע או חולי המתיש כחו או שהיה נכפה או משועמם בלא דעת גמורה ה"ז מום שדברים כאלו מבטלים אותו ממלאכתו וכן אם נמצא בו צרעת וכיוצא בו מהדברים המגואלים ה"ז מום מפני שנפשו של אדם קצה בהם ונמצא שלא יוכל לשמשו באכילה ושתיה שלא יהיה ביכלתו לסבול וכן אם הריח הפה והחוטם חזק ג"כ הוי מום [כ"ל] וכן אם נמצא שהוא ליסטים מזויין ה"ז מום מפני שהמלכות יתפשוהו וכן אם נמצא שהוא מוכתב למלכות למלאכה ה"ז מום מפני שהמלכות תופסת אותו למלאכה בכל עת שירצו אבל כשנמצא גנב או חוטף או גונב נפשות או בורח תדיר או זולל וסובא וכיוצא בזה אין זה מום שיכול לבטל המקח מפני שכל העבדים בחזקת שיש בהם כל הרעות האלו אא"כ פירש שלא ימצאו בו ממדות הרעות האלו וי"א דגונב נפשות הוה מום כמו מוכתב למלכות ואם נמצא משחק בקוביא אין זה מום דכל העבדים בחזקת כן אא"כ פירש להדיא ובזמנינו בטלה מכירת העבדים ע"פ המלוכה:

יז המום מבטל המקח אפילו מום שהמוכר בעצמו לא ידע ממנו אם רק נתבררה שבעוד המקח היה ברשות המוכר נתהוה מום זה בטל המקח ונוטלה בחזרה ומחזיר הדמים ללוקח אבל בדבר שיש ספק באיזה מקום נולד המום על הלוקח להביא ראיה שהמום היה ברשות המוכר ואם לא הביא ראיה ההפסד שלו ואפילו לא נתן מעות עדיין צריך לשלם להמוכר דכל שנולד ספק ברשותו עליו להביא ראיה בין כשבא להוציא ובין כשבא להחזיק מה שבידו כמ"ש בסי׳ רכ"ד לפיכך המוכר בהמה לחבירו ושחטה ונמצאת טריפה ודאית אם נודע שהיתה טריפה כשלקחה כגון שניקב בית הכוסות והוגלד פי המכה שאז ידוע שעכ"פ יש שלשה ימים שנעשה הנקב דבפחות מזה א"א שיוגלד המכה אם קנה תוך שלשה ימים הוי מקח טעות דהרי נתברר שבבית המוכר עדיין נטרפה וצריך המוכר להחזיר הדמים להלוקח ולקבל העור והבשר לעצמו ואם לא קנאה תוך ג׳ ימים או שקנאה תוך ג׳ ולא הוגלד פי המכה מפסיד הלוקח ואף אם לא נתן דמים עדיין מחוייב ליתן ובסעיף כ"ר יתבאר דדין זה שאמרנו דאף כשהלוקח מוחזק צריך לשלם מפני שנולד ספק ברשותו אין זה רק בדבר שיש חזקה או רובא המסייע להמוכר:

יח אפילו טריפות שאנו מטריפין מכח ספיקא דדינא ג"כ מבטל המקח אם רק נתבררה שברשות המוכר נעשה ואין המוכר יכול לומר הבא ראיה שהיא טריפה דכיון שעכ"פ אנו מטריפין אותה והוא לקחה לשחיטה אין לך מום גדול מזה ואפילו כשהטריפות הוא רק מחמת חומרת הגאונים או חומרת הגדולים האחרונים ולכן בטריפות מחמת סרכות אע"ג דטריפותם הוא מפני הספק מ"מ אם רק נתברר ע"פ בקיאים שנעשית הסירכא בבית המוכר מפני שא"א להעשות סירכא כזו מזמן הקנייה מבטל הלוקח את המקח ונוטל דמיו ויש חולקין בסירכות דהואיל שהוא דבר דשכיח הרבה לא דמי לכל טריפות והוה ליה ללוקח לאתנויי ומדלא התנה מחל וכיון דהוה ספיקא דדינא אם לא נתן מעות להמוכר לא יתן [כ"ל]:

יט זה שספק טריפה מבטל המקח אינו אלא כשלקחה מפורש לשחטה אבל לקחה לחרישה או לגדל ולדות אין ספק טריפה מבטל המקח דודאי טריפה מבטל אף כשאינה לטביחה דהטריפה היא חלושה למלאכה ואינה מארכת ימים ואינה יולדת ואין לך מום גדול מזה אבל ספק טריפה יכול לומר אולי אינה טריפה והלא לקחתיה ממני שלא לשחיטה [נס"מ] ואם לקחה סתם יש להבין לפי ערך הלוקח על מה לקחה אם לשחיטה אם לדבר אחר ועמ"ש בסעיף ל"ו:

כ אם התנה עמו שקונה אותה ממנו אף אם תטרף אז אפילו כשנעשית פסול בשחיטה שהיא נבלה המקח קיים דבלשון בני אדם אין חילוק בין טריפה לנבלה [ריב"ס] ונ"ל דבמקומות הגדולים שהרבה שוחטין לכתחלה כדי למכור לאינם יהודים אפילו קנה סתם ונטרפה אין המקח בטל ואפילו רוב שחיטות הם בשביל ישראל ומיעוט בשביל אינו ישראל אין הולכין בממון אחר הרוב אם המוכר מוחזק שנטל מעותיו:

כא המוכר לחבירו דבר שהיה מום בהמקח שמבטל המקח והלוקח קודם שנתגלה לו המום עשה בו מום אחר אם עשה דבר שדרך בני אדם לעשותן פטור ומקבל המוכר חפצו בחזרה עם המום ואם עשה דבר שאין דרך לעשותו מחזיר המקח להמוכר ומשלם לו דמי המום שעשה ועיקר דין זה למדנו ממה שנתבאר דכששחטה ונמצאת טרפה שהמקח בטל אף שהלוקח הוסיף מום בהמקח ששחטה אמנם כיון דזהו דרך בני אדם לעשות א"צ להשיב להמוכר פחת השחיטה ודבר שאין דרך לעשותו נהי דהמוכר אינו יכול לומר לא אקבלנו בחזרה מפני המום שעשית כיון שעשאו ברשות דהרי סבר ששלו היא מ"מ בעד המום שעשה צריך לשלם לו כיון ששינה לעשות מה שאין דרך לעשות נחשב קצת כמזיק:

וכן

כב וכן קנה סדין וקרעו לעשות חלוק ואח"כ נודע המום מחמת הקרע מחזיר לו הקרעים דהא לא שינה ואם תפרו ואח"כ נודע בו המום אם השביח בזה נוטל שבח התפירה מהמוכר וחשבינן שויו לפי המום כגון שקנאו בעשרה דינרין ומחמת המום אינה שוה רק ח' ועתה עמדה על ט' הוה דינר שבח [סמ"ע] ולכן אם שילם לו כבר מחזיר לו י"א דינרין ואם לאו מחזיר לו דינר וכן כל כיוצא בזה:

כג המוכר קרקע לחבירו ואכל פירותיה ולאחר זמן נראה בה מום המבטל את המקח אם רצה הלוקח להחזיר את הקרקע להמוכר מחזיר לו כל הפירות שאכל דכיון שנתגלה ע"י המום שאין הקרקע שלו אלא של המוכר הלא אכל פירות של אחר וגזל הוא אם לא ישלם וצריך לנכות הוצאות וטירחא והמותר יחזיר [נ"ל] ולא דמי למתנה שנבטלה דא"צ להחזיר הפירות כמ"ש בסי' רמ"ו דהתם אמרינן דדעת הנותן כן הוא שתתקיים המתנה עד שיודע ביטולו לפי הענין המבואר שם אבל במכירה אלו ידע המוכר שתתבטל המכירה פשיטא שלא היה נותן לו את הפירות [סס] וכן אם היה חצר ודר בו ונתבטל מחמת מום צריך הלוקח לשלם לו שכר דירה עד אותו זמן מהאי טעמא:

כד ראובן שמכר לשמעון גבינות ולאחר ג' ימים פתחם ומצאן מרוקבות ישאלו לעושי גבינות בכמה זמן ראוי לבא רקבון כזה ואם יאמרו שעדיין נעשה אצל המוכר הוי מקח טעות ומחזיר לו הדמים ואם הדבר ספק הממע"ה ואם הלוקח לא נתן מעות עדיין א"צ ליתן ואם נתן אינו יכול להוציא ואע"ג שכתבנו בסעיף י"ז ובסי' רכ"ד דכל שברשותו נולד הספק עליו הראיה אף כשאינו בא להוציא שאני התם שיש להמוכר חזקה והיינו חזקה מכח רובא דרוב בהמות כשרות הן וכן בשארי חפצים וענינים שנוכל להעמידם על חזקתם הקודמת אבל גבינות אין להם חזקה מפני שדרכן להתליע ומשום סברא זו לחוד שברשותו נולד הספק אין עליו חובה להביא ראיה אלא כשבא להוציא ולא כשבא להחזיק [סס] ולפ"ז כשנתגלה מום במקח ולא נתן מעות עדיין ויש ספק מתי נתהוה המום צריך הדיין לחקור אם יש בזה איזה חזקה או רובא המסייע להמוכר אם לאו וי"א דתמיד על הלוקח להביא ראיה כבשם אבל גדולי אחרונים הסכימו לדעה ראשונה:

כה מעשה בראובן שמכר לשמעון נודות שמן ולא פתחן אלא סמך על ראובן שא"ל שהוא טוב ואח"כ כשקבל השמן ואח"כ פתחו מצאו שהוא עכור ואם היו עדים שזהו השמן שמכר לו שהלוקח לא החליפו ושמכר לו שמן צלול היה המקח בטל דלא היה כל כך עת שיתקלקל אצל הלוקח [נ"ל] אמנם לא היו עדים בדבר והלוקח אומר שלקח ממנו צלול וגם לא החליפו והמוכר יש לו שתי טענות דיכול לומר שהחליפו ויכול לומר שלא מכר לו צלול והמעות כבר קבל [נס"מ] ורצה הלוקח לישבע ולבטל המקח פסק הרא"ש ז"ל דאין בכחו לישבע ולהוציא ממון דאם לא היה משלם לו עדיין היה נאמן בשבועתו אבל להוציא ממון בשבועה אין ביכולת ולכן ישבע המוכר שנתן לו שמן טוב כפי המכירה וכלול בזה הכל או שבאמת היה צלול והחליפו או שלא מכר לו צלול דגם עכור מקרי טוב לאנשים שרוצים שמן בזול [סמ"ע] ואם לא ירצה לישבע אזי ישבע הלוקח שמכר לו טוב וצלול ושלא החליפו ויחזיר להמוכר את השמן והמוכר יחזיר לו מעותיו או אם רצון שניהם שיתקיים המקח ישומו כמה דמיו פחותים משמן טוב וצלול ויחזיר לו הפחת ושלא ברצון אין אנו יכולים לכוף את הלוקח לקיים המקח דאין זה אונאה במקח אלא מקח טעות בעצם הסחורה ואפילו אם לא יגיע ההפרש עד שתות בטל המקח דאין זה מה שקנה כלל ודומה לקנה חטין יפות ונמצאו רעות שהלוקח יכול לחזור בו כמ"ש בסי' קל"ג:

כו המוכר דבר שיש בו מום שאינו נראה ואבד המקח מחמת אותו המום ה"ז מחזיר את הדמים כיצד המוכר לחבירו שור שאין לו שינים והניחו הלוקח עם הבקר שלו והיה מניח המאכל לפני כולם ואוכלין ולא היה יודע שזה השור אינו אוכל עד שמת ברעב מחזיר לו את הנבלה והמוכר מחזיר לו את הדמים וכן כל כיוצא בזה בד"א כשהמוכר הוא בעה"ב שידע מחסרונו של השור אבל אם המוכר הוא ספסר שלוקח מזה ומיד מוכר לזה ואינו משהה המקח עמו ולא ידע בהמום כתב הרמב"ם בפט"ז דהספסר נשבע היסת שלא ידע במום זה ויפטר מפני שהיה על הלוקח לבדוק השור בפ"ע ולהחזירו לו קודם שימות ויהיה הספסר מחזירו על הלוקח הראשון והואיל ולא עשה כן הוא הלוקח הפסיד על עצמו עכ"ל:

כז והרא"ש והטור חולקים עליו וס"ל דגם הספסר צריך לשלם דאע"ג דהוא נתאנה אין לו להונות אחרים וכן הכריע רבינו הרמ"א ויראה לי דגם הרמב"ם בודאי מודה בעיקר דין זה דאף כשהספסר נתאנה אין לו להונות אחרים וההפסד שלו וזה שחייב הרמב"ם ז"ל את הלוקח זהו רק בנדון זה שמחשבו כפושע במה שלא השגיח לבודקו יפה יפה כיון שידע שהמוכר לו הוא ספסר והיה יודע שהוא אינו יודע טיבו היה לו לראות אם הוא אוכל כתקונו אם לאו דכמו שאם לא היו להלוקח עוד בהמות ולא השגיח עליו אם אוכל הוי ודאי פושע וחייב אפילו אם לא היה המוכר לו ספסר כמו כן בספסר אף אם העמידו עם עוד בהמות היה לו להשגיח עליו בפ"ע והיה הספסר מחזירו למי שלקחו ממנו אבל בדבר שאין בדיקה לשעתו והספסר נתאנה כגון מכר טבעת בחזקת שכולו זהב ונמצא בתוכו בדיל ודאי דחייב לשלם [וקושית הטור מב"מ מ"ב: ויישב הב"י דלמסקנא אינו כן וע"ש דאדרבא ראיה להרמב"ם

להרמב"ם מדלא לחייב האפוטרופוס אלמלי שמסרו לבקרא אף שגם לו אלו היו בשמות הרבה היה חייב בהפסד דלפי המסקנא ולבד זה אין ראי' משם כדמוכח מהרמב"ם פי"א מנחלות דין ה' עם פ"ו מנזקי ממון דין ד' דלא ס"ל כתוס' הם ד"ה נימא ויתומים האי דלא שייך היבדקו ודו"ק] :

כח מאחר שמחייבים את המפסר בשור אף שהלוקח פשע קצת שלא בדקו יפה מכ"ש בדבר שלא פשע הקונה כלל כגון שמכר לו טבעת בחזקת זהב ואח"כ שברו הלוקח ונמצא בו בדיל שחייב להחזיר מעותיו אע"ג שגם המוכר נתאנה בו והיה ספסר מ"מ לא מפני שאינהו יש לו לאנות אחרים וגם הרמב"ם ס"ל כן כמ"ש וכן אם קנה בגד בחזקת משי או פשתן טוב ואח"כ נתברר שאינו כן בטל המקח ומחזיר לו מעותיו אף כשהוא ספסר אמנם אם אינו מאמין להלוקח ממנו שנמצא בו בדיל ואין ביכולת הלוקח לברר כגון ששברו לשברים ושלא בפני עדים וביוצא בזה בשארי דברים אינו יכול להוציא מעותיו מהמוכר אפילו בשבועה דאין מוציאין ממון ע"פ שבועה כמ"ש בסעיף כ"ה ולכן פסק רבינו הרמ"א דהמוכר נשבע שאינו יודע מזה שהיה בו בדיל ונפטר ואע"ג דטענת שמא הוא דהא אין הלוקח יודע בבירור שהמוכר ידע שהיה בו בדיל מ"מ כיון שטוען הלוקח ברי לי שהיה בו בדיל ואתה חייב לי והמוכר משיב לו איני יודע אם נתחייבתי לך צריך לישבע שאינו יודע כמ"ש בסי' ע"ה [ס"ך] ואינו דומה לכל טענות שמא שטוען שמא אתה חייב לי אבל הכא טוען ברי שאתה חייב לי אף שאינו טוען ברי שאתה יודע כיון שאינו אומר ברי שאין אתה יודע [וא"ס מס הסקנו על הס"ך מדבריו בסי' ע"כ סקכ"א] וראיה לזה ממה שפסקו רבותינו בעלי הש"ע בסי' רנ"ה סעיף ה' דהיורשים חייבים לישבע אף שהתובע אינו טוען ברי שלא אמר להם שפרעו ע"ש ואינו דומה למה שיתבאר בסי' ת' בשור שרדף אחר שור אחר והוזק זה אומר שורך הזיק וזה אומר שמא בסלע לקה דאם אין הניזק טוען ברי לי שאתה יודע ששורך הזיק אינו חייב שבועה דהתם ליכא דררא דממונא דאינו תובעו ממון שנתן לו או לאביו שיחזירם אלא שתובעו מפני היזק וכיון שאינו יודע ברור שזה יודע במה יחייבו שבועה אבל הכא הרי תובעו ממון שנתן לו בעד המקח ויודע ברור שמגיע לו וכן בסי' רנ"ה תובעו ממון שהלוה לאביו וכיון דתובעו בברי אין לו לחוש במה שהנתבע אומר איני יודע אע"פ שאינו יודע אם משקר אם לאו וכן עיקר לדינא דלא כיש מי שחולק בזה ואם המוכר אומר לא מכרתי לך בחזקת שכולו זהב והלוקח אומר בחזקת כולו זהב מכרת לי רואין לפי הדמים כמ"ש בסעיף ל"ו [מרדכי ס"פ המפקיד] :

כט אם אחד קנה כלי בחזקת בדיל ומכרה ואח"כ נודע שהיה בו כסף או זהב זכה הלוקח השני מפני שהראשון לא זכה בזה מעולם כיון שלא ידע כלל כמ"ש בסי' רס"ח דחצרו של אדם אינו קונה לו בדבר שלא ידע בזה כלל וזה ה"א לא ידע שיש בזה זהב וה"ה אם כל הכלי היה כן לא קנה [לבוש] וכל זה הוא דוקא בדבר שיכול להיות שלא יתוודע כגון כלי שצריכה הבחנה אבל אם היה דבר כרוך בבגד ומסרו לאחר זכה הראשון דהלא דרך לגוללו והיה מוצא אותה [כס"מ] וכן אם כרוך במטלית וכה"ג אבל אם היה תפור בהבגד בין מכסה העליון להתחתון לא קנה דאולי לא יודע לו לעולם :

ל המוכר ביצים לחבירו ונמצאו מוזרות שאינם ראוים לאכילה ובאופן שודאי נתקלקלו אצל המוכר הוי מקח טעות ומחזיר את הדמים ואפילו להרמב"ם כמ"ש בסעיף כ"ז [ב"י ודלא כסמ"ע דאין הטעם כמ"ש] וכתב רבינו הב"י דעכשיו לא נהגו כן ומנהג מבטל הלכה עכ"ל ואנחנו בימינו לא שמענו המנהג הזה ויש לנו לדון כעיקר הדין וכן בכל דבר סחורה החתומה וסתומה שמכר לאחר אף שגם הוא קנאה חתומה וסתומה מ"מ אם נמצא בו הפסד או איזה מרמה ההפסד על המוכר כמ"ש שם דלא מפני שנתאנה יכול לאנות אחרים אא"כ הוא שותפו או שלוחו שעשה כמו שראוי לעשות דאז צריך לקבל ההפסד משא"כ בלוקח ומוכר אפילו הוא ספסר וכל הראשונים מודים בזה וגם הרמב"ם מודה בזה כמ"ש דלא כיש מי שרצה לומר דהרמב"ם סובר דכל מקום שהמוכר לא פשע פטור אלא טעמו משום דפשע בהשור כמ"ש בסעיף כ"ז וכן אם התנה שיתן לו מביצים שנולדו ונתן לו מהנמצאים במעי תרנגולת לאחר שחיטה או שהתנה לתת לו מהנולדים מתרנגול ונתן לו מדספנא מארעא הוי מקח טעות [סמ"ע] :

לא מעשה בראובן שהיה חייב לשמעון מעות ונתנם לו ואחר כמה ימים מצא מקצת המעות לא טובים ופסק אחד מהגדולים דאם שמעון טוען ברי שממנו לקח הרעים וראובן טוען ברי שנתתי לו טובים נשבע ראובן ונפטר אבל אם ראובן טוען איני יודע אם הם שלי אם לאו צריך לשלם ואין לו על שמעון רק קבלה סתם דזהו כאיני יודע אם פרעתיך דחייב לשלם וי"א דזהו כאיני יודע אם הלויתני דהא אומר פרעתיך אלא שעתה תאמר שטעות נמצא בם איני יודע אם אני חייב לך וישבע היסת שאינו יודע משום זיוף ופטור וכן משמע מרבינו הרמ"א ממ"ש בסעיף כ"ח וכבר בארנו זה בס"ס ע"ה דהדעת יותר נוטה לסברא זו ובפרט במקום דלא הו"ל למידע דאפילו נדונו באיני יודע אם החזרתי לך אין ביכולת לחייבו ע"ש וטוב לבצוע :

לב המוכר לחבירו זרעוני גינה שאין עצמן של זרעונים נאכלים אלא לזריעה הם וזרען ולא צמחו חייב המוכר באחריותן ומחזיר לו הדמים שלקח ממנו מפני שסתמן לזריעה ואין לו לומר היה לך לאכלן ולא לזרען ואף שגם הוא לא ידע ולא פשע בזה מ"מ ההפסד

ההפסד שלו כמו שנתבאר ואף שנאבדו בארץ פטור הלוקח כיון שלא שינה מדרך העולם כמ"ש בסעיף כ"א ומ"מ גם הלוקח אינו יכול לתבוע מהמוכר שכר טרחתו שטרח לזרוע [סס] ודוקא שאין לתלות בשינוי האויר שלא נשתנה הזמן ולכן תלינן ברוע הזרעים אבל אם לקתה הארץ בברד וכיוצא בו איזה שינוי בהאויר אינו חייב באחריותן דשמא מחמת השינוי לא צמחו ואם הלוקח לא נתן מעות עדיין אין ביכולת המוכר להוציא ממנו אא"כ מברר שהקלקול הוא מחמת השינוי [כ"ל] ואם מכר לו זרעים הנאכלים לא מיבעיא חיטין ושעורים שרובן לאכילה דאינו חייב באחריותן כשזרען ולא צמחו דהיה לו לאכלם אלא אפילו מכר לו זרע פשתן שרוב בני אדם קונין לזריעה מ"מ כיון שיש שאוכלין אותה אינו חייב באחריות הזריעה דאין הולכין בממון אחר הרוב כשהנתבע מוחזק ולכן אם הלוקח לא נתן מעות עדיין י"א דיכול הלוקח לומר לזריעה קניתי כיון שהוא מוחזק ורובן קונין לזריעה ולכן בחיטין ושעורין שרובן קונים לאכילה לא מהני חזקת הלוקח [כ"מ מלשון הרמ"ס בטור סעיף י"ח] ובסעיף ל"ו יתבאר הטעם מה שאין הולכין בתר חזקת הלוקח נגד הרוב ושיש חולקין בזה ואם הלוקח הודיעו שהוא קונה לזריעה אפילו בחיטין ושעורין חייב באחריותן וכן הדין בדברים הנמכרים לרפואה ולצביעה דאם ראוים לאכול אינו יכול לתבוע מהמוכר אחריות מה שאינם ראוין לרפואה ולצביעה אף כשרובן נמכרים שלא לאכילה ואם כולם קונין רק לרפואה ולצביעה חייב באחריותן :

לג הלוקח מקח מחבירו והודיעו שהוא מוליכו למקום פלוני למכרו שם ואחר שהוליכו לשם נמצא בו מום ונתבטל המקח אין המוכר יכול לומר החזר לי מקחי לכאן אלא מחזיר לו הדמים והמוכר מטפל להביא ממכרו או למכרו שם דהכל הולך להכלל שהקדמנו בסעיף כ"א דכל שהלוקח לא שינה אע"פ שע"י מעשיו הפסיד יותר ההפסד הוא על המוכר ולכן אם לא הודיעו שיוליכהו למקום פלוני ומדרך סחורה כזו למכרה בכאן וסביבותיה והוליכה למקום רחוק הוי שינוי וצריך הלוקח להעמיד לו המקח לכאן אמנם אם דרך סחורה כזו להוליכה למקום רחוק אפילו לא הודיעו מטפל המוכר בהבאתה לכאן דהא הלוקח לא שינה בזה [ככ"ל וכן נ"ל כוונת הרמב"ם והטוש"ע בסעיף כ"ח] :

לד כשצריך המוכר לקבל מקחו במומו ממקום הרחוק מ"מ אינו חייב בהוצאה שהוציא הלוקח להוליכה לשם כשלא ידע המוכר בהמום דהרי גם הוא לא פשע ואינו חייב אלא בהוצאת החזרה לכאן אבל אם נתוודע שהמוכר ידע בהמום בעת מכירתו להלוקח חייב גם בהוצאת הלוקח שהוציא בהליכתה וחייב מדיני דגרמי והוא קרוב למזיק אמנם אם לא דיבר מפורש שרעתו להוליכה למקום פלוני אף שהרבה מוליכים אותה לשם מ"מ אם יש גם מיעוט שמוכרין בכאן אין המוכר חייב בהוצאת ההליכה דיכול לומר לו היה לך למכרה בכאן מיהו בהוצאת החזרה ודאי דחייב גם בכה"ג כיון שהלוקח לא שינה מדרך העולם ואפילו לא ידע המוכר במומו כמ"ש בסעיף ל"ג :

לה הלוקח מקח ונמצא בו מום ואח"כ נאבד או נגנב המקח אם הודיע להמוכר שיבא ויטול מקחו נסתלקה שמירתו של הלוקח ואינו חייב באחריותה ודוקא כשהיה לו זמן להמוכר שיבא לקבל מקחו מעת שהודיעו הלוקח אבל קודם הזמן הזה וכן כל זמן שלא הודיעו אחריות השמירה הוא על הלוקח אמנם אם נתקלקל החפץ מחמת המום כגון שהתליע או נפסד הרי הוא ברשות מוכר אף כשלא הודיעו דמה היה מועיל בהודעתו [סמ"ע] ולכן אם ה"ה באפשרי להצילו מהקלקול באיזה תחבולה ולא עשהו הלוקח וגם לא הודיע להמוכר ההפסד הוא על הלוקח ונ"ל דכל אלו הדברים אינן אלא במום שהמוכר לא ידעו אבל כשידע מהמום ומכר לו במרמה הוי תמיד ברשות המוכר בין לקלקול בין לגנבה ואבדה אפילו כשלא הודיעו דלמה יהיה הלוקח שומר על דבר שהמוכר עשה שלא כהוגן ובמום שהמוכר לא ידע ולא היה להלוקח שהות להודיעו ונגנב או נאבד י"א דההפסד על המוכר כיון שהלוקח לא פשע וי"א שהוא ברשות הלוקח דהוי עליו שומר שכר עד שיודיעו וכן נראה עיקר וק"ו הוא ממה שנתבאר דאף כשהודיעו כל שלא היה ביכולת המוכר לבא הוא ברשותו של לוקח וכ"ש כשלא הודיעו כלל אף שלא היה לו שהות להודיעו וכשהוא ברשות הלוקח והוזל בשעת הגנבה אינו משלם אלא כשעת הגנבה [נס"מ] :

לו המוכר שור לחבירו ונמצא שהשור נגחן ואסור לקיימו מפני שהוא מזיק אם אין להוכיח אם קנאו לחרישה או לשחיטה כגון שהלוקח הוא אדם שקונה לזה ולזה וגם אין הוכחה בדמי המקח כגון שבשר ביוקר ודמי שור לשחיטה הוי כדמי שור לחרישה אין הלוקח יכול לומר לחרישה לקחתיו והוי מקח טעות דהמוכר יכול לומר לשחיטה מכרתיו ואע"פ שרוב בני אדם קונים לחרישה אין הולכין בממון אחר הרוב להוציא מן המוחזק ולכן אם המעות עדיין ביד הלוקח לא מבעיא אם רובם קונים לחרישה דהוי מקח טעות אלא אפילו כי הדדי נינהו הממע"ה אבל כשרובם קונים לטביחה מוציאין מהלוקח ומפני מה אזלינן בזה בתר רובא ולא בתר החזקה כבמוכר מפני דלקיים המקח אזלינן בתר החזקה דבזה גם חזקת המקח מסייע ואף שאין זה חזקה גמורה מ"מ היא כעין חזקה דהא עשו מקח ביניהם אבל לילך בחזקה נגד הרוב ולבטל המקח לא אזלינן דרובא ודאי עדיף מחזקה לחוד [נ"ל] ויש מי שחולק בזה וס"ל דדין הלוקח כדין המוכר [נס"מ] ולי נראה עיקר כדעה הקודמת [וכ"מ מלשון הרמ"ס בטור סעיף י"ח] ואם הלוקח אינו רגיל לקנות אלא לחרישה והמוכר

מכירו

מבירו ה"ז תמיד מקח טעות ואם הוא רגיל לקנות לשחיטה ולחרישה ויש הוכחה מדמי המקח שנתן ביוקר כדמי שור לחרישה ודאי לחרישה קנאו והוי מקח טעות ואם נתן כדמי שור לשחיטה ודאי לשחיטה קנאו וכשיש הוכחה בדמים אין חילוק בין רוב למיעוט ובין מוחזק לאינו מוחזק דהוכחת הדמים הוי בירור גמור ואע"ג דקיי"ל בסי' ר"ך דאין הדמים ראיה זהו במקום שהדמים מכחישים עיקר הלשון כמו בשם משא"כ בכאן דבין שקנאו לחרישה ובין שקנאו לטביחה שם שור עליו ודאי דהדמים ראיה [טור] ובמקום שהדין עם המוכר לא מהני תפיסת הלוקח וכן להיפך [נס"מ] :

לז כל מקום דהוי מקח טעות וצריך המוכר להחזיר לו הדמים אם יש לו מעות צריך ליתן לו דוקא מעות דדינו כבע"ח ואם אין לו מעות נותן לו שוה כסף מטלטלין ואם אין לו מטלטלין נותן לו קרקע ודלא כיש מי שאומר דיכול ליתן לו קרקע אף כשיש לו מעות וגם אין ביכלתו לומר להלוקח הרי המקח לפניך טרח א"ע ומכור אותו דאין הטירחא מוטלת עליו וכשמשלם בקרקע מקבל עליו קבלה שאין לו מעות ומטלטלין [נמק"י רפ"ו דב"ב] וכשאין לו כלום בהכרח שהלוקח יעכב את המקח בעד דמיו ואין הלוקח יכול לכופו שימכור לאחר ולשלם לו במעות [כ"מ בגמ' שם] אמנם מה שיחסר להמעות שנתן הלוקח פשיטא שנשאר חוב על המוכר :

לח אין להקשות לפי מה שנתבאר דאין הולכין בממון אחר הרוב אלא אחר חזקה א"כ כששלשה יושבים בדין ושנים מחייבים ואחד מזכה והולכין אחר הרוב לחייבו לבע"ד ולהוציא מידו ממון נימא דאין הולכין בממון אחר הרוב די"ל דזה שאנו אומרים דאין הולכין אחר הרוב לאו משום דחזקת ממון עדיפא מרוב אלא דהוי כפלגא ופלגא [נמק"י שם] ובדיינים הלא גזרה התור' אחרי רבים להטות דלא הוי כפלג' ופלגא [כנ"ל] ועוד נ"ל דודאי רוב עדיף מחזקת ממון והרי אפי' חזקת הגוף דעדיפא מחזקת ממון כדמוכח בגמ' [סנהד' עט: לר"נ] עכ"ז רובא עדיף ממנה וכ"ש מחזקת ממון אלא הטעם הוא כיון דבע"כ גם המיעוט ישנו בעולם אין ביכלתנו להוציא מהמוחזק דיכול לומר קים לי שאני מהמיעוט ובמה נוכל להכחישו [ערשב"ם שם ד"ה לא אזלינן] אבל בב"ד דהתורה גזרה אחרי רבים להטות בע"כ המיעוט כמי שאינו ואיך יאמר אני מן המיעוט הרי התורה בטלה מיעוט זה [נ"ל שזהו כוונת התוס' בר"פ המניח ע"ש] :

סימן רלג [המוכר מין ונמצא מין אחר או רע ונמצא יפה או להיפך ובו ו' סעיפים] :

א המוכר לחבירו מין ממיני פירות ונתן לו מין אחר אין כאן מכר ושניהם יכולים לחזור בהם ואף אם המין שנתן לו היא ביוקר ממה שמכר לו ולא מבעיא במין אחר ממש כמו חטין ושעורין אלא אפילו בחטין עצמן כגון מכר לו חטים לבנות ונמצאו אדומות או להיפך או יין ונמצא חומץ או להיפך או עצים של זיתים ונמצאו של שקמה או להיפך אין המכר חל על זה כלל אבל אם מכר לו חטים יפות ונמצאו רעות הלוקח יכול לחזור בו אפי' לא נתאנה בשווי המקח דלגביה יש קפידא כבמין אחר דיאמר ליפות הוצרכתי ולא לרעות וטוב לי לשלם ביוקר בעד יפות מלשלם בזול בעד רעות אבל המוכר אינו יכול לחזור בו אפי' הוקרו אח"כ כיון דהלוקח מקיים המקח אבל במין אחר שניהם יכולים לחזור בהם דאין על זה שם מכר כלל וכן להיפך אם מכר לו רעות ונמצאו יפות מוכר יכול לחזור בו אפי' לא נתאנה בשווי המקח דיכול לומר את היפות אין רצוני למכור כלל והלוקח אינו יכול לחזור בו אפילו הוזל אח"כ כיון שהמוכר מקיים המקח :

ב ביפות ונמצאו רעות כשנתאנה בשתות ותובע האונאה י"א דגם המוכר יכול לחזור בו דאע"ג דבכל שתות קנה ומחזיר אונאה מ"מ הכא דלגבי הלוקח הוי ביטול מקח ולכן למאן דס"ל ביותר משתות דהמאנה אינו יכול לחזור בו כשאין המתאנה תובע אונאתו וכשתובע גם המאנה יכול לחזור כמ"ש בסי' רכ"ז סעי' ג' ה"נ כן דהרי דין זה שוה ממש ליותר משתות לדעה זו אמנם לדעה שנתבאר שם דביותר משתות גם המאנה יכול תמיד לחזור אין דין זה שוה לשם דהרי בכאן אין המאנה יכול לחזור ולכן אף באונאה שתות והוא תובע אונאתו יכול להיות שצריך להחזיר לו והמקח קיים [נס"מ] ובאונאה יתר משתות פשיטא שאם תובע אונאתו דגם המאנה יכול לחזור דלא גרע משם ולדעה דס"ל בשם שגם המאנה יכול תמיד לחזור בו כ"ש דבכאן יכול לחזור בו [סמ"ע] ובאונאה פחות משתות הדבר פשוט שאינו יכול לתבוע אונאתו והוי מחילה כבשם דממ"נ אם תובע אונאתו מחמת אונאת שווי המקח הלא פחות משתות הוי מחיל' ואם תובע מצד שנמצאו רעות ממילא דגם המוכר יכול לחזור בו כבשתות עצמה שנתבאר לדעה ראשונה [כנ"ל] :

ג מכר לו רעות ונמצאו רעות או יפות ונמצאו יפות אע"ג שאינם יפות שאין למעלה מהם ואינם רעות שאין למטה מהם אין אחד מהם יכול לחזור בו כיון שבלשון בני אדם הם רעות ויפות אא"כ התנו מפורש שיהיה מה שאין למעלה ולמטה מהם ולכן אפי' יש אונאה שתות קנה ומחזיר אונאה כבכל דיני אונאה שבסי' רכ"ז :

ד זה שאמרנו ביפות ונמצאו רעות שהלוקח יכול לחזור בו דוקא ביפות ורעות ממש שנקראו בפי העולם יפות ורעות אבל בדבר שאין העולם מדקדקין בו כל כך כגון שמכר לו בשר בחזקת שהוא מן איל מסורס ונמצא שאינו מסורס אין בזה דין יפות ונמצאו רעות דהוי ביטול מקח אלא דנין בזה דין אונאה דהרי שניהם טובים הם וממין אחד הם אלא שזה ביוקר מזה רק בזה יש הפרש לשארי דיני אונאה דבכאן אפי' באונאה פחות משתות לא הוי מחילה אלא מחזיר לו אונאתו כיון שעכ"פ אינו הבשר שאמר לו [תס"ד] אא"כ ידוע שהלוקח הוא איסטנים שאינו אוכל כלל בשר בלתי מסורס דאז יכול לבטל המקח וכן כל כיוצא בזה אמנם גם בזה רבים החולקים וס"ל דגם זה הוי כיפות ונמצאו רעות כיון שדיבר מפורש בשר מסורס וכן בכל מין סחורה שדברו

סחורה

מחורה זו אף שנתן לו כיוצא בה אם היא מעט גרוע יכול לחזור בו [ב"ח וסגר"א וכס"מ וסס"כ ובאס"ג] וכתבו שכן יש להורות ויש מי שכתב דהוי ספיקא דדינא אבל הלכה כרבים וכן מסתבר ופשיטא שאם לקח בשר מדופן ונתן לו מהיד או מהרגל דהוי כמין אחר ממש וכן כל כיוצא בזה :

ה כתב רבינו הרמ"א מכר לו כסף בחזקת כסף צרוף ונמצא כסף סיגים המקח קיים ומחזיר לו האונאה דהכל מין כסף עכ"ל ורבים חולקים גם בזה וס"ל דהוי כשני מינים כיין ונמצא חומץ ודוקא בכלי אבל קנה חתיכה ונמצא בה בדיל או סיגים משלים לו צרוף ממקום אחר [וסס"כ] :

ו כפי המתבאר באלו הסימנים יש ארבע חלוקות באונאה אונאת מקח ובגוף החפץ לא היה אונאה שתלוי בשתות ויתר משתות ופחות משתות והשנית אונאה במום והשלישית יפות ונמצאו רעות והרביעית שנמצא מין אחר ובשלש חלוקות ראשונות רק המתאנה יכול לחזור ולא המאנה אם המתאנה אינו תובע אונאתו וברביעית שניהם יכולים לחזור בהם דאינה מכירה כלל ויש שמוסיפין עוד חלוקה חמישית דאף שלא נתן לו מה שמכר אלא גרוע מזה ואינו בשם רעות דדנין בזה דין אונאה ולא ביטול מקח אבל רבים חולקים כמ"ש :

סימן רלד [המוכר דבר איסור ואכלו הלוקח ובו ד' סעיפים]:

א המוכר דבר מאכל לחבירו ואח"כ נודע שהוא דבר האסור אם המקח קיים בין שהוא איסור דאורייתא בין שהוא דרבנן אפי' הוא רק מפני חומרת הפוסקים המקח בטל ומחזיר לו הדמים דאין לך מום גדול מזה ואם הלוקח כבר אכלו אם הוא איסור דאורייתא מחזיר לו הדמים ומה שאכל אכל והטעם מפני שקנסו למוכר שמכר דבר האסור [רש"י ספ"ק דבכורות וגמק"י פ"ו דב"ב ולבוש וש"ך יו"ד סי' קי"ע סקכ"ה] ולטעם זה אינו אלא כשהמוכר היה כמו מזיד בדבר שהיה יכול לידע האיסור אבל אם היה שוגג גמור כגון שמכר בשר ואח"כ נמצא באיזה אבר טרפית ומדינא א"צ לבדוק אחר כל הטרפות רק בריאה כמ"ש ביו"ד ריש סי' ל"ט א"צ להחזור לו הדמים כשאכלו אבל י"א טעם אחר מפני שאיסור דאורייתא כשאכלו ישראל לא שייך הנאה כלל ואדרבא צער גדול הוא לו ולטעם זה בכל ענין צריך המוכר להחזיר לו הדמים ויש גם נ"מ להיפך אם ערבו הלוקח בששים בדבר שהאיסור אינו ניכר ונהפך להיות כהיתר לטעם השני א"צ להחזיר הדמים ולטעם הראשון צריך [כס"מ] והעיקר כטעם הראשון שכן כתבו הראשונים :

ב אבל אם היה איסור דרבנן ואכלו אין המוכר מחזיר לו כלום ואע"ג דכיון שנתגלה שהיה איסור הרי אינו שוה המקח ולמה לא יחזיר את המיתר על שויו מ"מ כיון שאכלו ולא ידע שהוא איסור נחשב לו להלוקח כהיתר שהרי הוא לא עשה עבירה ושוה דמיו שנתן וי"א דדוקא כשכבר שילם הדמים אבל כשעדיין לא שילם לא ישלם רק כבעד טריפה [ח"ס] וכן נראה דאיך נחייבו לשלם לכתחלה כשל כש"ה בשביל מה שכבר אהלו וכל זה הוא באיסורי אכילה אבל באיסורי הנאה אפי' הם מדרבנן מחזיר את הדמים אף כשאכלו דאין בהן דין מכירה כלל והרי לא הפסידו כלום דהא אסורין בהנאה ואפי' כשהלוקח מכרו לעכו"ם וקבל דמים בעד זה הלא הדמים אסורים דאיסורי הנאה יש שתופסין דמיהן כמו עכו"ם ויי"נ ואפי' באיסורי הנאה שאין תופסין דמים כערלה וכלאי הכרם הוי לאחרים אבל המוכר עצמו אסור לו ליהנות בדמיהן כמ"ש בא"ח סי' ת"ן לענין חמץ אחר הפסח ולפיכך צריך להחזיר ללוקח כל הדמים [סמ"ע] :

ג לפיכך השוחט את הבכור במומו ומכרו ונודע שלא הראהו למומחה או לשלשה בני הכנסת דאסור בהנאה מדרבנן כמבואר ביו"ד סי' ש"י מה שאכל אכל ויחזיר לו הדמים ומה שנשאר מהבשר ביד הלקוחות יקבור בעצמו ולא יתן להמוכר לקוברו שאין להאמינו שמא ימכור לעכו"ם והמוכר מחזיר לו את הדמים וכן השוחט פרה ומכרה ונודע שהיא טריפה דאורייתא ומה שאכלו אכלו ויחזיר להם הדמים ומה שלא אכלו יחזירו לו הבשר כדי שימכרם לעכו"ם והוא יחזיר להם הדמים ואם תשאל איך נחזיר לו הבשר ליחוש שמא ימכרנה לישראל די"ל דכיון שנתפרסם הדבר לא יעשה זאת ולא יקחו ממנו ועוד דמוכר דבר האסור במזיד קנסינן ליה שלא ימכור עוד כמ"ש ביו"ד סי' קי"ט ואם מכרו הלוקחים לעכו"ם או האכילום לכלבים יחשבו עם הטבח כמה מגיע לו בעד דמי טריפה והמותר יחזיר להם הטבח ואם לא שלמו מעות עדיין ורוצים לעכב הבשר כדי למכור לעכו"ם ישלמו כבעד טרפה וכן הדין כל מי שמוכר דבר שאיסור אכילתו היא מן התורה ואם מכר מבהמה שלא נבדקה הריאה כראוי הוי כאיסור דרבנן שהבדיקה היא מדרבנן :

ד אם הלוקח עירב את האיסור בהיתר באופן שנאסר הכל אם המוכר מכר במזיד צריך לשלם לו בעד כל התערובות והרבה גרע זה מדיין שנשא ונתן ביד שחייב לשלם כמ"ש בסי' כ"ה וכ"ש רשע זה דחייב לשלם בעד התערובות ובעד הכלים אם נאסרו [כס"מ] ואם היה שוגג אין צריך לשלם אפי' לצאת י"ש [כ"ל] :

סימן רלה [קטן וחרש ושוטה ושכור אם יכולים למכור והקונה בשבת ויו"ט ובו כ"ו סעיפים]:

א מדין תורה קטן אין מקחו מקח ואין ממכרו ממכר אבל חכמים תקנו לקטן יתום שאין לו אפוטרופוס שיהא מקחו וממכרו במטלטלין קיים ולא בקרקעות ותקנו כן משום כדי חייו דאל"כ לא ימצא מי שימכור לו דבר ומי שיקנה ממנו כיון דיכול לחזור בו ולא יהיה לו מה לאכול אבל בקרקעות אין מעשיו כלום דקרקע צריך הבנה יתירה וחששו שיתאנה הרבה ועוד דעל כדי חייו די במטלטלין לבד וי"א דרק עד כדי חייו מעשיו קיימים במטלטלין ולא

יותר

יותר אבל הרבה חולקים בזה דא"א לחלק בין כדי חייו ליותר ומי יתן הקצבה לזה ועוד דא"כ חזר החשש למקומו דהלוקח ממנו או המוכר לו יפחד שמא זהו יותר מכדי חייו וכן סתמו רבותינו בעלי הש"ע:

ב ודוקא קטן שיש לו דעת ויודע קצת בטיב משא ומתן ולכן קטן פחות מבן שש שנים אין מעשיו כלום דאין לו שום דעה ומשש שנים עד שיגדל בודקין אותו אם מבין ויודע קצת בטיב משא ומתן מקחו מקח וממכרו ממכר וגם מתנתו קיימת דאי לאו דעביד לו טובה לא היה נותן לו מתנה וגם זה הוא בכלל כדי חייו שלא יתרחקו ממנו מלעשות לו טובה ולכן בין במתנה מרובה בין במועטת בין במתנת בריא בין במתנת שכ"מ מעשיו קיימים דא"א לחלק בזה וכשנתן מתנה מרובה מסתמא עשה לו טובה גדולה וי"א דזה שצריך בדיקה היינו כשהוא פחות מעשר שנים אבל ביותר א"צ בדיקה דמסתמא הוא בר דעת קצת וכל שאינו ידוע שאינו בר דעת כלל מעשיו קיימים וכן פסק רבינו הרמ"א וראיה לזה מהא דתנן בן עשר למשנה אלמא שיש לו בינה להבין דברי המשניות:

ג ובקרקע אינו מוכר ולא נותן עד שיגדיל דהיינו קטן בן י"ג שנה ויום אחד וקטנה בת י"ב שנה ויום אחד וכשהביאו שתי שערות דאז נעשו גדולים ואף שלא ידענו בבירור שהביאו סימנים אמרינן חזקה כיון שבאו לכלל שנים מסתמא הביאו סימנים אא"כ ידוע שלא הביאו ואף שלחליצה לא סמכינן אשנים לבד וצריכין לידע שהביאו סימנים כמ"ש באהע"ז סי' קנ"ה זהו רק לאיסורא ולא לממונא דבאיסורא חיישו ללעז [עתוס' ב"מ כ: ד"ס איסורא וכו' ועי"ל וכ' ותוס' ב"ב קנ"ד ד"ס ועוד וא"ת וכו' וא"ת למס וכו' וי"ל וכו' ודו"ק ועמ"ס בהל"י סי' י"ח אות ג'] וקודם השנים האלו לא מבעיא שאין מכירתו כלום בקרקע שנפלה לו בירושה דבזה אין לו למכור עד שיהא בן עשרים אלא אפילו היא קרקע שניתנה לו במתנה או שקנה לו אפוטרופוס מקודם בעת שהיה לו אפוטרופוס אינו יכול למכור וליתן ואפילו נתנה במתנת שכ"מ דדבריו ככתובין וכמסורין אינו כלום ואע"פ שיודע היטב בטיב משא ומתן דבקרקע לא נתנו חכמים לקטן שום כח מיהו כל זמן שחפץ הקטן במה שעשה וקרוביו או ב"ד לא בטלו מעשיו והלוקח אכל פירות הקרקע א"צ לשלם בעד הפירות שאכל עד חזרתו או עד שקרוביו או ב"ד ילקהו הקרקע מידו דהא מחל לו הפירות שאכל ואע"ג דקטן אינו בר מחילה מ"מ מה שמחל הוי כמתנה והוא יכול ליתן פירות במתנה דמטלטלים נינהו ולא מהני חזרתו כמו במטלטלין [סגר"א] וי"א דזהו דוקא כשהלוקח לא נתן מעות עדיין או שנתן לו הקטן במתנה אבל במכירה כשהלוקח נתן כבר המעות כשמחזירין לו מעותיו מנכין לו הפירות שאכל דאל"כ כיון שהמכירה בטלה הרי אכל בשביל מעותיו והוי רבית כמו שיתבאר גבי פחות מבן עשרים [כס"מ] ויש מי שרצה לומר דקרקע שקנה הקטן מעצמו כיון שאין קנייתו כלום מפני שיכול לחזור בו אם מכר קרקע זו דינו כמטלטלין ואינו כן דבקרקע לא נתנו לו חכמים שום כח [סס] ועד מתי יכול הקטן לחזור בו לא נתבאר בגמ' ובפוסקים ולכן י"א דרק עד שיגדיל יכול לחזור בו הוא או קרוביו וב"ד יכולים לבטל המכירה אבל לאחר שהגדיל ושתק מעט זמן קיים בעצמו מכירתו בזמן גדלותו ואינו יכול עוד לחזור בו כמו שיתבאר בבן עשרים [קלס"ח] אבל באמת אין ראיה משם דפחות מבן עשרים מן התורה מכירתו מכירה אלא שחכמים לא הניחוהו למכור ולכן כשהגיע לעשרים ולא מיחה שפיר קיים המכירה אבל בקטן שאין מעשיו כלום במה תתקיים המכר כשהגיע לשני גדלות ולא מיחה [ורא"י מתוס' ורא"ש כתובות י"א ודו"ק] וחזקת חנות דינה כקרקע [ס"ך] וכן כל מיני חזקות הוי כקרקע ואין הקטן יכול למכרם:

ד שט"ח שירש הקטן דינו כמטלטלין ואע"ג דבעי כתיבה ומסירה ואיך יחתמו עדים על שטר של קטן זהו בכל השטרות שצריך עדים אבל שטר של מכירת שטר שדי בכתיבת עצמו כשכותב כרתי לך שטרי דכיון שיש לזה מסירת השטר עצמו די בכת"י של הקטן עצמו [כס"מ] ולכן גם העדים יכולים לחתום עליו:

ה י"א דכיון שמכירתו במטלטלין הוי תקנת חכמים לכן אם במכירה זו עשה הקטן שלא כהוגן כגון שנשארו מאביו נכסים מועטין ויש בנות קטנות דאין הבן יורש אלא הבנות נזונות מהן ומתקנת הגאונים גם במטלטלין הדין כן כמ"ש באהע"ז סי' קי"ב ושם נתבאר דאם קדמו הזכרים ומכרו הנכסים מה שמכרו מכרו אם הקטן מכר אין מכירתו כלום דלמה יתנו לו חכמים כח בדבר שעשה שלא כהוגן לבטל תקנת חז"ל במזון הבנות וכן במוכר שט"ח לחבירו ומת דקיי"ל דגם היורש יכול למחול כמ"ש בסי' ס"ו אם הקטן מחל אין מחילתו כלום דהא גורם היזק להקונה [קלס"ח] וכה"ג בשארי ענינים:

ו כתב הרמב"ם ז"ל בפכ"ט קטן היודע בטיב משא ומתן שאין לו אפוטרופוס שנשא ונתן במטלטלין וטעה דינו כדין הגדול פחות משתות מחילה שתות קנה ומחזיר אונאה יתר על שתות בטל מקח עכ"ל ואע"ג דקטנים לאו בני מחילה נינהו מ"מ הוכרחו לתקן כן דאל"כ לא ירצו לקנות מהם ולמכור להם דא"א לצמצם שלא יהיה קצת אונאה וזהו כעין הפקר ב"ד שתקנו לטובתם:

ז אין מקח הקטן וממכרו במטלטלין קיים אלא במשיכה כשמשך הוא או משכו ממנו אבל אם נתן מעות על המקח וחזר בו אינו מקבל מי שפרע דלאו בר הכי הוא אבל השכנגדו אם חזר בו מקבל מ"ש דלא גרע מאלו חזר במקח עם גדול אמנם במקום שמעות קונות לגמרי כמ"ש בסי' קצ"ח וקצ"ט שיש לפעמים מעות קונות קנין גמור גם בקטן קונה כה"ג [כס"מ] וכן במקום שע"פ מנהג הסוחרים קונים במעות קנין גמור כמ"ש בסי' ר"א [כ"ל] אבל במקום שאין קנין מעות אחרים הקונים מהקטן אין להם קנין לבד משיכה דק"ס לא מהני בקטן והרמב"ם ז"ל הסביר הטעם משום דכל קנין הוא כשטר ולכן אמרו חז"ל סתם קנין לכתיבה עומד ואין העדים חותמין על שטר של קטן בין

שהוא

שהוא מוכר ובין שהוא לוקח וכן אם המטלטלין מונחים בחצירו של הקטן אינו מועיל לשכור ממנו הרשות ולקנות המטלטלין דשכירות כמכר וכשם שאינו מוכר קרקע כמו כן אינו יכול להשכירה וכן קטן שקנה מאחרים אין לו רק קנין משיכה דק"ס אינו מועיל בו כמ"ש ושישכור המקום אינו מועיל מב' טעמים חדא מהטעם שנתבאר דאין לו קנין בקרקע ושכירות כמכר ויכול לחזור בו ועוד דחצרו של קטן אינו קונה לו דחצר אתרבי מדין שליחות כמ"ש בסי' רמ"ג וכשם שאין לו שליחות כמו כן אין לו חצר ולא יהא קנין או שכירות המקום עדיף מחצרו ולכן כתב הרמב"ם ז"ל דקטנה שחצרה נתרבתה מידה כמ"ש שם ויש לה חצר כמו שיש לה יד לכן הקטנה יכולה לקנות מאחרים מטלטלין אם קנו מידה או בשבירת מקום וכ"כ הטור והש"ע בסעי' ו' והקשו ע"ז דעכ"פ בקנין אין טעם לחלק בין קטן לקטנה [ס"ך] ועוד הא בקרקע אין מועיל קנייה ומכירה לא בקטן ולא בקטנה דלא תקנו רק במטלטלין האמנם כוונת רבותינו כן הוא דהא כל עיקר שתקנו כח לקטנים במטלטלין הוא משום כדי חייו כמ"ש ולפ"ז היה להם לתקן שיועילו כל הקנינים שבגדולים ומה שייך לומר שאין קנינו וחצרו כלום הלא גם עיקר קנינו אינו כלום ותקנתא דרבנן היא ואיזה חילוק יש בין תקנה זו לתקנת הקנין אמנם עיקר הטעם הוא דלא רצו חכמים לתקן רק קנין משיכה כדי שיתפרדו זה מזה דכשיחיו אגודים יבואו לידי מחלוקת כיון שאין דעתו שלמה אבל מ"מ אין טעם נכון לקיים קנין משיכה ולבטל שארי קנינים ולכן בקטן שאין לו חצר מדינא יש טעם לומר שאינו מועיל קנין חצר ולכן גם ק"ס בטלו אבל קטנה שיש לה חצר א"א לבטל קנין זה ולכן הניחו לה גם ק"ס כיון שיש בהכרח קנין שלא יתפרדו זה מזה אבל אחרים שקנו מידה אין להם קנין לבד משיכה מטעמים שבארנו ולכן גם ק"ס אין להם אמנם יש עוד טעם מה שאין קנין בקטן לבד משיכה משום דהקטן אינו בן דעת להבין דרכי הקנינים ורק במשיכה מבין שמשך הדבר אליו או משכוה ממנו [ר"ן פ"ו דגיטין] ולפ"ז אין חילוק בין קטן לקטנה ולדינא אין לנו רק דברי הרמב"ם והטור ורבותינו בעלי הש"ע [כ"ל] :

ח כתב הרמב"ם ז"ל [סס] יראה לי שקטן שקנה קרקע ונתן דמים והחזיק בקרקע תעמוד בידו לפי שזכין לאדם שלא בפניו עכ"ל ודוקא כשנתן דמים דאל"כ לא סמכה דעת המוכר דדרך הקטן לחזור בו [סמ"ע] ואע"ג דהמוכר אינו יכול לחזור בו מטעם זכייה אבל הקטן יכול לחזור בו דכיון שחוזר בו אין זה זכות [סס] ולפ"ז גם במטלטלין שמכרו לו ומשך הוי קנין מה"ת ב"ז שהקטן לא חזר בו מטעם שנתבאר ודוקא כשהמוכר מוכר לו באופן זה שהקטן יהיה ביכלתו לחזור בו והוא לא יחזור בו דאז קונה מטעם זכייה ומה שהצריכו חכמים לתקן שיקנה היינו כשהמוכר מקנה לו באופן שגם הקטן לא יחזור בו דאז אינו זכות לו [נס"מ] ויש מרבותינו שאומרים דברעת אחרת מקנה לו קונה מן התורה גם בלא טעם זכייה כמ"ש בסי' רמ"ג והרמב"ם ס"ל דאין זה מטעם קנינו של הקטן אלא מטעם זכייה [קלס"ח] ונ"ל דבמכירה לכל רבותינו לא מהני דעת אחרת מקנהו דזה אינו רק במתנה אבל במכירה שהקטן יכול לחזור בו בודאי אין המוכר מקנה לו מסתמא בבה"ג שהוא לא יחזור בו והקטן יחזור בו אא"כ פירש כן להדיא ולכן הוצרך הרמב"ם לטעם זכייה ואדרבה ליש מרבותינו דס"ל דזכייה הוא מטעם שליחות הרי אין זכייה לקטן מן התורה ובע"כ דהרמב"ם סובר דזכייה אינו מטעם שליחות [כ"ל] ובסי' רמ"ג נתבאר עוד בזה [עתוס' כתובות י"א וגיטין ל"ט ורפ"ח דסנהדרין ור"ן רפ"ב דקדושין ונקס"כ יו"ד סי' ס"ס] :

ט יש מהגדולים שחקרו אם קנין דרבנן מועיל גם לדין התורה כגון מעות או חפץ שרק מדרבנן הוי הקנין וקידש בו אשה אם הם קדושין גמורים מן התורה שאם בא אחר וקידשה שא"צ ממנו גט או לא ויש בזה ראיות רבות דנעשה קנין גמור מה"ת והרי לא גרע מהפקר ב"ד הפקר שהוא מן התורה [כ"מ בגיטין ל"ו: מדמדמי לנחלה] ואפילו בעוד הדבר שהפקירו הוא ביד מי שהפקירו ממונו [ריב"ש סי' סל"ע] ויש מי שאומר דנהי דנעשה הפקר מה"ת אבל אינו קנין מה"ת דודאי כשזכה גדול זכה מן ההפקר אבל אם זכה קטן אין לו יד לזכות אף מן ההפקר [נס"מ] ויש שמחלקים עוד איזה חילוקים בזה וכולם לא נתבררו לנו ורבינו הב"י בספרו הגדול באה"ע סי' כ"ח כתב בפשיטות דמהני וכן עיקר לדינא וכן מבואר בירושלמי פ"ה דגיטין ה"ט ובמע"ש פ"ד הל' ג' [דאמר שם רב שמואל ב"ר יצחק פתר לה בסיעת אפיטרופוס דתנן הפעוטות מקחן מקח וכו' וקאי אמע"ש ומקרא ע"ש ודוק] :

י כל מה שנתבאר דיש להקטן כח במטלטלים בד"א כשאין לו אפוטרופוס אבל כשיש לו אין מעשיו כלום אלא מדעת האפוטרופוס ואם רצה האפוטרופוס לקיים מקחו וממכרו מקיימו ואם רצה לבטל מבטלו דכיון דהתקנה היתה משום כדי חייו וכשיש לו אפוטרופוס הרי הוא משגיח על חיותו וה"ה אם סמוכים אצל בעה"ב שדינו כאפוטרופוס כמ"ש בסי' ר"ץ אין מעשיהם כלום ואפי' במתנה ודלא כיש מי שרצה לומר דמתנתם מתנה אף כשיש אפוטרופוס משום דהאפוטרופוס אינו רשאי ליתן מתנות ואינו כן דממ"נ אם האפוטרופוס רואה שצריך ליתן מתנה לאיש יצוה להקטן שיתן והוא יקיימנה ואם המתנה אך למותר למה יתנו לו תכמים כח זה להפסיד לעצמו וכן עיקר :

יא אל יקשה בעיניך דהיכי משכחת לה להאי דינא דכיון דאין זה רק באין לו אפוטרופוס והרי הב"ד מחוייבים להעמיד ליתומים קטנים אפוטרופוס או שהם בעצמם יהיו אפוטרופסים כמ"ש שם די"ל כגון שהב"ד לא מצאו אצלם במקומם אדם נאמן והב"ד בעצמם אינם במקום הקטנים וא"א להם להשגיח על נכסיהם או כגון שהקטן אינו יתום ואביו יצא למרחקים ולא מינה אפוטרופוס דאז אין ב"ד מחוייבים להעמיד להם אפוטרופוס כמ"ש בסי' רפ"ה ולקטנים כאלו הוצרכה תקנה זו וכן כל כיוצא בזה :

יב קטנים שהגדילו והביאו שתי שערות הבן אחר י"ג שנה

שנה והבת אחר י״ב שנה אף שיש להם אפוטרופוס שמינוהו אביהם או הב״ד מקחן מקח וממכרן ממכר ואע״פ שצוואת האב היתה שלא למסור לידם ולא ליד הלוקח מהם עד זמן פלוני והאפוטרופוס והב״ד מחוייבים לקיים דברי המת מ״מ מקחן וממכרן קיימים מיד וכשיגיע זמן של הצוואה למסור להם יחול המקח למפרע וימסרם להלוקח ולא עוד אלא אפילו תפסן הלוקח מיד אין מוציאין מידו דהא הנכסים שלהם הם ומה שעשו עשו כיון שהגיעו לשני גדלות אא״כ הצוואה היתה שלא ליתן להם כלל בתורת ירושה אלא ליתן להם כך וכך לשבוע ומה שישאר אחריהם ליתן לפלוני דאז אין להם זכות כלל בכל הנכסים כמו שיתבאר בסי׳ רמ״ח ורנ״ג ע״ש:

יג אע״פ שקטן שהגדיל הוא ברשות עצמו מ״מ יש חילוק בין קרקע למטלטלין דבמטלטלין אע״פ שאינו יודע בטיב משא ומתן מקחו מקח וממכרו כמכר ומתנתו מתנה בין מטלטלים שהניח לו מורישו ובין שקנה מעצמו או נתנו לו במתנה אבל בקרקע אין מעשיו קיימים עד שיהיה יודע היטב בטיב משא ומתן אחר שהגדיל משום דבקרקע צריך הרבה בקיאות ויש בזה הרבה אונאה חששו חכמים שמא יתאנה הרבה ואפילו אם יודע היטב במשא ומתן שמעשיו קיימים גם בקרקע בד״א בקרקע שלו שקנאה או הוא עצמו או ע״י אפוטרופוס או שנתנו לו במתנת בריא אבל קרקע שירש או שנתנו לו במתנת שכ״מ שדינה כירושה אין ממכרו ממכר עד שיהיה בן עשרים שנה שלמות ויביא שתי שערות אבל קודם עשרים אף שהביא שערות ויודע בטיב משא ומתן לא ימכור והטעם שחששו מפני שעדיין לא נתיישבה דעתו בטיב העולם והדעת קל לנטות אחרי הממון ימכרנה בזלזול ובקרקע שקנה לא חששו לזה דהלא אנו רואים שקרקע חביבה עליו כיון שקנאה וגם במתנה מסתמא עשה טובה להנותן והשתדל עד שנתנה לו לא חששו לזלזול אמנם מתנתו בקרקע כשהוא יותר על י״ג שנים והביא ב׳ שערות מתנתו קיימת בין שנתנה במתנת בריא ובין במתנת שכ״מ שאלו לא הגיע לו הנאה מרובה לא היה נותנה במתנה וגם הוא דבר שאינו מצוי לא מיחו בו חכמים שלא תתקיים מתנתו כדי שיהיו דבריו נשמעים וכשהוא בן עשרים שנה שלמות והביא ב׳ שערות הרי הם ברשות עצמם לכל דבר ואפילו אינו יודע היטב בטיב משא ומתן כל שאינו פתי לגמרי ודלא כיש חולקים בזה דס״ל דאפילו בעשרים שנה צריך שיהיה יודע היטב בטיב משא ומתן:

יד כל אלו הדברים אמורים כשהם בעצמם מוכרין אבל ב״ד מוכרים תמיד קרקע יתומים שירשו מאביהם לפרוע חובות אביהם וכיוצא בזה כמ״ש בסי׳ ק״ט וק״י וכתב הרמב״ם ב״ד שמכרו או לקחו בנכסי יתומים בין בקרקע בין במטלטלין וכן האפוטרופסים בין שמינו אותם ב״ד בין שמינו אותם אבי היתומים מקחן מקח וממכרן ממכר אבל מתנתם אינו כלום שאין אדם נותן במתנה דבר שאינו שלו ובסי׳ ר״צ יתבאר לאיזה דברים רשאי האפוטרופוס למכור וגם ב״ד אין בכחם ליתן מתנה מנכסי יתומים אא״כ כשרואים הכרח לטובת היתומים ביכלתם לוותר ממעותיהם כמ״ש בסי׳ י״ב ולהאפוטרופוס אין לו גם כח זה אם לא שיעשה ברשות ב״ד [כ״ל]:

טו פחות מבן עשרים שמכר קרקע מורישו חוזר ומוציא מיד הלקוחות בין קודם עשרים בין אחר עשרים מיד ומוציא ממנו כל הפירות שאכל דאל״כ כיון דהמכר בטל והמעות חוזרים יתראה שאכל הפירות בעד מעותיו והוי רבית ולכן אם עדיין לא נתן מעות א״צ לשלם בעד הפירות ומחילה בטעות אין כאן דבכה״ג הוי מחילה כמ״ש בסעיף ג׳ ואם הוציא הוצאות או שנטע וזרע שמין לו כיורד ברשות שיתבאר בסי׳ שע״ה [כס״מ] ומחזיר לו את השאר ואם כשנעשה בן עשרים לא מיחה מיד שוב אינו יכול למחות אפילו היה קטן כשמכר דכיון שלקח המעות והלוקח החזיק בהקרקע כשהיה בן עשרים ולא מיחה הרי קיים את המכירה בחזקה שעשה בה עתה ודוקא כשכבר קבל המעות וגם נשתמש בה אח״כ אבל אם עדיין לא קבל המעות או שלא נשתמש בה אחר שנעשה בן עשרים יכול למחות ולבטל המכירה [סמ״ע] ובמטלטלים דבעי משיכה לא מהני השימוש אח״כ כפי מ״ש בסוף סעיף ג׳ דהא כשנתגדל לא משכה מרשותו לרשותו [כ״ל]:

טז כתב הטור בסעיף י״ח קטן שלוה מאחרים כתב הרמ״ה שחייב לשלם כשיגדל והר״י כתב שאינו חייב לשלם שאם יפרעו ממנו כשיגדל יבזבז כל ממונו בקטנותו וא״א הרא״ש חילק בדבר וכתב שאם ידוע שלוה לצורך מזונותיו נפרעין ממנו כמו בפעוטות שמקחן מקח וממכרן ממכר במטלטלים משום כדי חייו גם הלואתו הלואה ונפרעין ממנו כדי שימצא מי שילונו בשעת דחקו אבל אם אין ידוע שלוה לצורך מזונותיו אין מעשיו כלום ואין נפרעין ממנו לכשיגדיל עכ״ל והעתיקוהו רבותינו בעלי הש״ע בסעיף ט״ו וכבר נתבאר בסי׳ צ״ו סעיף ד׳ דבעסק משא ומתן שלטובת הקטן כשהודה הקטן נפרעין ממנו כשהגיע לעונת הפעוטות וה״נ מיירי בהגיע לעונת הפעוטות ויש מי שרצה לומר דכאן בלוה לצורך מזונותיו נפרעין ממנו אף כשלא הגיע לעונת הפעוטות אבל לא משמע כן דהא הרא״ש מדמי לה למקח דמיירי בהגיע לעונת הפעוטות ועוד דמהש״ם משמע להדיא דכל שלא הגיע לעונת הפעוטות אין מעשיו כלום בכל דבר [ובפס סוף מרמב״ס ובכאן סוף מהרא״ם פי״ג דכתובות והעתיקוס בס״ע כלסוגס והרא״ם לא חם לבאר דמיירי בזמן הפעוטות דלא מיירי פס בענין זס]:

יז י״א דאע״ג דאין הקטן יכול למכור קרקעותיו מ״מ ביכלתו לשעבדן דאל״כ לא ימצא מי שילוה לו או ימכור לו דבר וזהו נכלל בכלל התקנה שתקנו משום כדי חייו וכן אם מכר קרקעותיו בקטנותו שאין מכירתו כלום וצריך להחזיר המעות שלקח אם אין לו המעות גובה הלוקח מקרקעותיו שאין סברא לומר שיאבדו מעות של הלוקח אף שעשה שלא כהוגן קצת וגם מנכסי אביו גובה

[רסב"ה] אך אינו גובה רק מבני חורין ולא ממשועבדים דכיון שאין המקח קיים הוי המעות כמלוה בע"פ [סס]:

יח דבר ידוע שקטן וקטנה כל זמן שלא הביאו שתי שערות הרי הם קטנים אף שהם יותר מי"ג לזכר וי"ב לנקבה ועד בני עשרים נחשבים כקטנים ולאחר עשרים שנה אם הזכר הביא סימני סרים והנקבה סימני אילונית שנתבאר באה"ע סי' קע"ב אגלאי מילתא שהם גדולים משני גדלותם והעדר השערות הם מפני הסירוס והאילונית ואם אין להם הסימנים ולא הביאו ב' שערות נחשבים כקטנים עד רוב שנותיהם מחיי האדם שהם ע' שנה ועד ל"ו שנים נחשבים כקטנים וסימנים שקודם עשרים אין נחשבים סימנים כלל להחזיק אותו בסרים ואותה באילונית ושתי שערות כל זמן שמביא אחר שני גדלות דהיינו בן אחר י"ג ובת אחר י"ב נחשב מאותה שעה לגדול וכל אלו הדברים הם בקבלה עד למשה מסיני:

יט לפיכך זה שאמרו שיכול למכור קרקע של אביו כשהוא בן עשרים בד"א כשהביא ב' שערות או שנלדו לו סימני סרים אחר עשרים שנה דאל"כ עדיין קטן הוא ואין ממכרו ממכר אפילו בקרקע עצמו שקנה עד שיגיע לשנת ל"ו וכ"ש קודם עשרים כשאין לו שערות אין לו למכור שום קרקע ואם מכר קודם שנתברר שהוא גדול ולאחר זמן הביא שערות שעתה נתברר שעכשיו הגדיל ולא קודם כל מכירותיו בקרקע עד שהביא השערות בטלים ואם מיחה מיד כשהגדיל בטלה המכירה אבל בסימני סרים בבן עשרים נעשה גדול למפרע מבן י"ג שנה ויום אחד לפי שנתברר שהוא סרים בתולדתו לפיכך לא הביא שתי שערות וממכרו קיים:

כ מי שמכר בין בנכסיו בין בנכסי אביו ומת ובאו קרוביו ומערערים לומר שיודעים שהיה קטן בעת המכר שלא הביא שערות ובנכסי אביו כשמכר מערערים שגם לא היו לו סימני סרים ומבקשים לפתוח קברו לבודקו אין שומעין להם דחזקה אין העדים חותמין על השטר אא"כ יודעים שהמוכר הוא גדול ולדברי הקרובים הלא היה הדבר ידוע שאין לו שערות ומסתמא ידעו העדים מזה או שעכ"פ היו הקרובים אומרים להם ולא היו חותמין על השטר ועוד דסימנים עשוין להשתנות אחר מיתה וא"א לבודקו כלל ולברר האמת ועוד דלדבריהם ההיזק הוא ליורשיו הבאין מכחו אין אנו רשאין להניח לפתוח קברו ולנוולו ואנו מעמידים אחזקה כיון שבא לכלל שנים מסתמא הביא סימנים ודבר פשוט שאם מביאים שעדיין לא הגיע לכלל שנים שמבררים ע"פ עדים מתי שנולד שבטלו כל מכירותיו בקרקעות:

כא קטן שנעשה ערב בשביל אחרים פטור מלשלם אף לכשיגדיל דאין בזה משום כדי חייו והמלוה פשע בעצמו שקבל ערבות מקטן וגם אין בקטן משום מצוה לקיים דברי המת [מרדכי פ"ט דכ"ב] ומי שנתן מתנה לקטן ע"י גדול שזיכה לו על ידו לא ימסור הזוכה להקטן דהוי כאבדה מדעת ואולי כוונת הנותן היה שיהיה אפיטרופוס על זה ויצניענה עד שיגדיל או יוציא לצרכי הקטן ומ"מ אם מסר לו ונאבד מידו אין בנו כח לחייבו בתשלומים [ב"י בשם סרסב"ה] ונראה דכשם שלא נתנו חכמים רשות לקטן למכור קרקע כך אין לו רשות למכור עבדים דאע"ג דלענין מילי דרבנן עבדי כמטלטלי דמי מ"מ אנן סהדי שיש בזה אונאות הרבה כבקרקע:

כב חרש הוי כקטן שמן התורה אין לו קנין ומדרבנן תקנו לו קנין במטלטלין כמו בקטן ולכן חרש שאינו שומע ואינו מדבר או מדבר ואינו שומע כלום אף כשצועקין לו באזנו מוכר ולוקח מטלטלין ברמיזה שרומז באצבעותיו ורומזין לו אבל לא בקרקע וגם במטלטלין לא יתקיימו מעשיו עד שבודקין אותו בדיקות רבות כדרך שבודקין לגיטי נשים כמ"ש באהע"ז סי' קכ"א ומתיישבין בדבר אבל אלם ששומע ואינו מדבר או מי שנשתתק מחמת חולי מקחו מקח וממכרו ממכר וגם מתנותיו קיימות בין במטלטלין בין בקרקע והוא שיבדקו אותו כדרך שבודקין בגט או שיכתוב בכתב ידו שמוכר או קונה בכך וכך וזהו דעת הרמב"ם ז"ל שמחמיר יותר במדבר ואינו שומע מבשומע ואינו מדבר ודעת הטור להיפך דמדבר ואינו שומע הוא כפקח ושומע ואינו מדבר דינו כאינו שומע ואינו מדבר ומי שמדבר וגם שומע כשצועקין לו בקול רם הרי הוא כפקח גמור אף שבלשון בני אדם נקרא חרש וטעם התקנה בחרש הוא ג"כ משום כדי חייו:

כג והשוטה אין מקחו מקח ולא ממכרו ממכר ואין מתנותיו קיימות בין בקרקע בין במטלטלין דאין לו אף קצת דעת ובי"ד מעמידין אפוטרופסים לשוטים כמו לקטנים ויותר חיוב הוא מקטנים דהקטן הרי יש לו קצת דעת אבל השוטה אין לו דעת כלל ואין לו שום זכייה ע"י עצמו אבל ע"י אחרים ביכולת להקנות להם כבקטן אבל להקנות להם עצמם אינו מועיל אפילו כשדעת אחרת מקנה אותו [כ"ל] ובסי' ל"ה נתבאר מה נקרא שוטה וכן הפתאים ביותר שאין מכירין דברים הסותרים זא"ז ולא יבינו עניני הדבר כדרך שמבינים שאר עם הארץ וכן המבוהלים והנחפזים בדעתם והמשתגעים ביותר הרי אלו בכלל השוטים ודבר זה לפי מה שיראה לדיין שא"א לכוין דברים אלו בכתב והנכפה בעת כפייתו הוא כשוטה ובעת שהוא בריא הרי דינו כבריא ואין חילוק בין נכפה מזמן לזמן קבוע או שהוא נכפה בלא עת קבוע ודוקא שלא תהיה דעתו משובשת תמיד מפני שיש נכפים שגם בעת בריאותם דעתם כמטורפת ומי שהוא עתים שוטה ועתים חלים כשהוא חלים כל מעשיו קיימין וזוכה לעצמו ולאחרים ככל בן דעת וצריכים העדים לחקור היטב שמא בסוף עת חלימותו ובתחלת עת שטותו עשה המקח ולא הרגישו עדיין בשטותו ואם שני עדים אומרים שמכר כשהיה שוטה ושני עדים אומרים שהיה בריא אם המכירה היא מטלטלין והם ביד הלוקח אין מוציאין מידו דאין מוציאין מהמוחזק בשנים כנגד שנים בין שהוא עתה בריא לפנינו ובין שהוא שוטה ואם היא קרקע עומדת בחזקת המוכר.

המוכר דאין חזקה בקרקע ומעמידין אותה בחזקת מרא קמא מיהו להוציא הפירות אין ביכולת להוציא מהמוחזק:

כד זה שנתבאר דבקרקע אין מעשה קטן וחרש כלום אם הקטן וקרוביו או החרש וקרוביו רוצים לקיים המקח או הממכר אם השכנגדו יכול לחזור בו או לא י"א דרק הקטן והחרש יכול לחזור ולא הצד השני [סס"מ פכ"ט דין י"ח] וי"א דכיון דבטלו חכמים כחם בקרקע יכולים שני הצדדים לחזור בהם [נמק"י פ"ע דנ"ב] ויש מי שמדקדק מדברי הרמב"ם שם דס"ל כדעה ראשונה אבל באמת אין שום דקדוק מדבריו ואדרבה מדכתב אין מעשיו קיימים בקרקע משמע דאין על זה שם מכר כלל ועכ"פ הוה ספיקא דדינא:

כה השכור מקחו מקח וממכרו ממכר ומתנותיו קיימים בין במטלטלין בין בקרקע ואם הגיע לשכרותו של לוט שעושה ואינו יודע מה הוא עושה אין מעשיו כלום ודינו כשוטה והגוסס הוא כחי לכל דבריו ויתבאר בסי' ר"ן בס"ד:

כו המוכר שמכר קרקע או מטלטלין וזיכם ללוקח ע"י אחר והלוקח לא ידע בעת שזיכה לו יד הלוקח על העליונה אם רצה ליקח אין המוכר יכול לחזור בו ואם לא רצה תחזיר למוכר ואין המוכר יכול לומר למה יהיה ביד הלוקח לחזור בו ואני אין ביכלתי לחזור בי דהא ע"מ כן ירד מתחלה כיון שזיכהו בלתי ידיעתו ולא דמי לקטן להי"א שבסעיף כ"ד דס"ל דגם השכנגדו יכול לחזור בו דהתם לכתחלה לא עשה כהוגן לקנות מקטן או למכור לו וממילא דמעשיו בטלים משא"כ בזה וכן העבד שקנה או מכר או נתן מתנה או נתנו לו יד רבו על העליונה אם לקיים הדבר אם לבטלו ובדברים בלבד מקיים או מבטל וא"צ לקנות מהרב דמה ענין מהקנין לזה דהרי עבדו כגופו וכשנתרצה נשאר קנין של העבד קנין והשכנגדו של העבד אינו יכול לחזור בו אם הרב רוצה בקיומו ודין מכירת הבעל בנכסי אשתו ומכירת האשה עצמה נתבאר באהע"ז סי' פ"ה וסי' צ' והמוכר או קונה קנין בשבת ויו"ט אע"פ שעונשין אותו על שעבר עבירה מ"מ המעשה קיים וכותבין הקנין על היום שאח"כ דמקח שנעשה באיסור המקח קיים כמ"ש בסי' ר"ח:

סימן רלו [אנס שאנס קרקע מישראל או בעלילת דברים ובו י"ב סעיפים]:

א בימים קדמונים כשהיו האומות המציקין לישראל ומבקשין להורגן עד שיפדה א"ע מיד האנס בשדהו או בביתו שיניחו בחיים תקנו חז"ל [גיטין נ"ח:] דכשירצה האנס למכור אותה כל י"ב חדש אם רק יש יכולת ביד הבעלים לקנותה מהאנס אסור לאחר ליקח אותה ואם קנאה מחזירה להבעלים ולאחר י"ב חדש משאנסה סימן הוא שהבעלים כמעט נתייאשו ממנה מדהניחה בידו זמן רב כזה ולא צעק עליו [רש"י] או אפילו בתוך י"ב חדש רק שאין יכולת ביד הבעלים ליקח תקנו חז"ל שרשאי לקנות מי שירצה וכל הקודם ולוקח מהמסיק זכה ובלבד שיתן להבעלים הראשונים רביע הקרקע או שליש המעות שנתן שכך שיערו חז"ל שהמציק מוכרה בזול בפחות מרביע משויה או קרוב לזה כיון שהקרקע אינה שלו מוכרה בזול והרביע הזה של הבעלים הוא שהרי מחמת שהיא שלו מוכרה בזול ולמה יזכה הקונה בזה ולא די שהמציק גזלו אלא שיהיה נגזל גם מהלוקח ואין מחשבין עם הלוקח אם קנה בזול או ביוקר דלא חלקו חז"ל בהקנתן [סמ"ע] ואם לא נתן הרי רביע החלק כגזל בידו:

ב כתב הטור אם קנאה מעכו"ם תוך י"ב חדש אם ירצו הבעלים צריך להחזירה להם ויתן לו כמו שקנאה מן האנס ואם ירצו יניחוהו בידו ויתן לו שליש ממה שנהן להאנס עכ"ל ויש שרצו לדקדק מדבריו דס"ל דאפילו אם לא היה ביד הבעלים ליקח מ"מ כיון שקנאה בתוך י"ב חדש יכולים הבעלים לסלקו לעולם וחולק על הרמב"ם שחילק בזה כמ"ש בסעיף א' ולא נהירא דזה מבואר בגמ' דכשאין ביד הבעלים ליקח רשאי לקנות והסברא נותנת כן דלמה יגדרו הדרך במה שלהבעלים אין היזק בזה והטור על דיעבד קאי על מי שעבר וקנה בעת שביד הבעלים ליקח דיכולים הבעלים להוציא מידו כשיש להם כח וראיה מרבינו הב"י שהעתיק דברי הרמב"ם ודברי הטור ש"מ דלא פליגי וי"א עוד דאפילו קנה הלוקח בתוך י"ב חדש אין להבעלים רשות לקבל ממנו רק עד משך הי"ב חדש מזמן הגזלה אבל לאחר זמן הזה כבר נתייאש ואין לו רק רביע וק"ו הדברים דהרי אף כשהיא עדיין אצל המציק אמרינן מדשתק י"ב חדש מסתמא נתייאש מכ"ש כשהיא ביד הלוקח והוא שתק דודאי נתייאש ממנה [כס"מ]:

ג כשתובע ממנו השליש דמים או בתוך י"ב חדש כשנטלה ממנו ומחזיר לו מעותיו ואינו מאמין לו בכמה קנאה ישבע לו בכמה קנאה ונותן לו הדמים או נוטל ממנו שליש ואם יש הכחשה ביניהם שהבעלים אומרים שהיה ביכלתם ליקח אותה מהמציק בתוך י"ב חדש והלוקח קדמו שלא כדין והלוקח אומר שלא היה בידם כח ליקח ובהיתר קנאה ואין עליו להחזירה לו רק ליתן לו שליש על הבעלים להביא ראיה והקרקע היא בחזקת הלוקח ואע"ג דבכל מקום קרקע עומדת בחזקת בעלים ראשונים שאני הכא דממנו כבר יצאת וזה קנאה מהמציק ולכן נחשב כמוחזק:

ד אפילו תוך י"ב חדש אם מתחלה קנאה ברשיון הבעלים מהמציק והיינו שקודם שדבר עם המציק דבר עם הבעלים ונתנו לו רשיון לקנות ואין הבעלים יכולים לומר שמפני יראת האנס הוכרח להסכים כיון שלא דבר עם האנס מקודם מקחו קיים אבל אם מתחלה קנאה מהאנס ואח"כ נטל רשיון מהבעלים מקחו בטל דמפני היראה הוכרח

הוכרח

הוכרח לעשות כן אא"כ פירשו הבעלים בהשטר שנתנו לו אחריות דזהו ודאי דבכל כך לא היה מציק לו האנס שיכתוב לו אחריות אלא ודאי שברצון גמור מכרה לו ובלא אחריות גם שטרו של הבעה"ב או בעל השדה אינו מועיל דגם זה עשה מפני היראה וכן אם יש עדים או שהבעלים הודו שקבלו מעות מהלוקח הוי מכירה גמורה וברצונו מכר לו דאל"כ היה מוסר מודעא אבל אם הודה אז לפני עדים שקבל מעות ועתה אומר שלא קבל כלל ומפני היראה הוכרח להודות שומעין לו [סמ"ע] ואין מחייבין אותו שבועה על זה דאין מי שיכחישנו בבריא ודוקא כשהודה שקבל מעות מהאנס אבל בהודאה שקבל מישראל הלוקח אם ההודאה היתה שלא בפני האנס הודאתו הודאה ואם הלוקח אומר נתתי לו מעות והבעלים מכחישים אותו ואין כאן עדים נשבע היסת [כנ"ל ול"ש קושית הנתה"מ ודו"ק] :

ה לקחה אחד מהאנס ושהתה בידו ג' שנים ואח"כ מכרה לאחר ובאו הבעלים ותובעים את השליש אין להם על הלוקח השני כלום שטוענים ללוקח שמסתמא הראשון נתן להם המגיע לו מדינא וה"ה אם שהתה שלש שנים ביד השני אפילו לא שהתה ביד הראשון אלא יום אחד ואפילו שעה אחת טוענים להשני שהראשון סילק לו ולהראשון לא טענינן בערו אף ששהה בידו ג' שנים כיון דהוא עצמו אינו טוען כן אלא שטוען שלקחה מהאנס והחזיק ג' שנים ה"ל חזקה שאין עמה טענה אבל להשני טענינן כיון שיש שני חזקה בידו או ביד הראשון וי"א דזהו דוקא כשהלוקח הראשון הוא ישראל שפיר טענינן בעד השני דמסתמא פצהו הראשון אבל אם הראשון אינו ישראל ומכרה לישראל דינו כאלו זה קנאה מהמציק עצמו דמי יכריח להאינו ישראל שישלם שליש הלא זהו תקנתא דרבנן ובודאי לא שילם וכמו שטוענין ללוקח שני כמו כן טוענין ליורשי לוקח ראשון שכשלקחה ושהתה בידו ג' שנים ומת והורישה לבניו טוענים שמסתמא אביהם שילם השליש דבכלל גדול בידינו שטוענים ללוקח וליורש ודוקא כשיש חזקת ג' שנים ובלא זה לא טענינן דעיקר הטעם משום דבחזקת ג' שנים היה הראשון נאמן לומר נתתי לך השליש במיגו דממך לקחתי ואכלתי שני חזקה ואע"ג דבלוקח מגזלן גמור אינו נאמן בכה"ג כמ"ש בסי' קמ"ט שאני התם דעשה איסור ליקח מגזלן לכן אינו נאמן אף במיגו משא"כ במציק דבהיתר לקחה ע"פ תקנת חכמים ליתן שליש נאמן במיגו [נתה"מ] אבל בלא חזקת ג' שנים דגם הראשון לא היה נאמן איך נטעון ליורשיו ולהלוקח שלקחה ממנו דבר שהוא בעצמו לא היה יכול לטעון :

ו כל מה שנתבאר זהו דין סיקריקון שנתבאר בגמ' [גיטין נה] וי"א דזהו אינו רק כשהבעלים נתנו להאנס את הקרקע כדי שלא יהרוג אותו ולא שהאנס תפס הקרקע מעצמו אלא שהאנס בקש להרגו והבעלים אמרו לו שא קרקע זו והניחנו ונתרצה האנס לזה, דזהו לשון סיקריקון שא קרקע והניחנו [שם ברש"י] אבל אנס שלקח קרקע מישראל בגזילה אין בזה כל הדינים שנתבארו ואפילו שהתה הרבה ביד האנס היא עומדת תמיד ברשות הישראל ומי שלקחה מהאנס מחזירה להבעלים בחנם והמעות שנתן להאנס הפסיד מיהו אם היה צריך הנגזל להוציא הוצאות להוציאה מיד האנס צריך ליתן להלוקח וישומו בזה כפי ראות עיני הבקיאים וכן פסקו רבותינו הראשונים אם הישראל הוא האנס אפילו נתן לו מרצונו את הקרקע ג"כ אין לו דין זה ומעשה היה בימי הקדמונים בישראלים שדחקו את חבריהם בתפיסה וגזמו עליהם להרגן ומפני היראה בקשו האנסים שיקחו הקרקע מהם להניחם בחיים ופסקו רבותינו שאין לזה דין סיקריקון דאין ישראל שופכי דמים וגם יראת הממשלה עליהם והוה כמי שלא היה בכחם להרגם :

ז וכן להיפך עכו"ם בעל זרוע שאנס נכסי ישראל וירד לתוך שדהו מחמת חוב שהיה לו עליו או מחמת נזק שעשה לו זה הישראל או מחמת שהפסיד ממונו ואחר שתקף את השדה באלמות מכרה לישראל אחר אין ביכולת הבעלים להוציאה מיד הלוקח כיון שהאנס טרף בטענה נכונה בד"א כשהבעלים הודו שאמת טוען העכו"ם שמגיע לו חוב או שעשה לו נזק והרא"ש פסק בזה דהבעלים מוציאין אותה מיד הלוקח אפילו היתה ביד האנס יותר מי"ב חדש ונותן להלוקח מעותיו שפרע בעדה דדוקא בסיקריקון שהישראל מסור בידו להרגה ופדה את נפשו בהשדה דבזה אמרינן שפיר כיון שהשהה בידו זמן רב כזה נתייאש ממנה אבל הבא מחמת חוב או מחמת נזק אף שאמת שהישראל חייב לו מ"מ אין לו עליו רק ממון ולא ליטול את הקרקע באלמות ואף לדעה ראשונה אין זה אלא במקום שע"פ נמוסיהם לא היה הישראל ביכלתו לקבל הקרקע מהאנס ולשלם לו חובו דאז הישראל הלוקח יש לו כל זכות העכו"ם שמכרה לו אבל אם בנמוסיהם מוציאה מהאנס אין מכירתו כלום כן כתב אחד מהגדולים ונ"ל דבכה"ג גם הרא"ש לא פליג ואולי שבאמת לא פליגי לדינא ומפני זה לא הובא דעת הרא"ש בש"ע ודע דמה שנתבאר בסעיף זה זהו מה שאמרו חז"ל [שם] הבא מחמת חוב ומחמת אנפרות אין בו דין סיקריקון :

ח ואם אין הבעלים מודים להאנס שמגיע לו חוב או שעשה לו נזק אין מכירת האנס כלום וחוזרת להבעלים בחנם בד"א שלא היה שם מקום משפט מהמלך אבל אם היה שם מקום משפט ערכאותיהם שהיה יכול לכוף את האנס לדין והערכאות היו מחייבים את האנס להחזיר השדה להישראל ולא תבעיהו אינם יכולים להוציא מיד הלוקחה מן האנס אע"פ שאינם מודים את החוב או הנזק וגם אין עדים על זה שהרי הלוקח אומר להבעלים לדבריך למה לא תבעת אותו לפני הערכאות ומדלא תבעת אותו מחלת לו וזהו שאמרו חז"ל [שם] אין דין אנפרות בבבל מפני שיש שם ערכאות ממלך פרס ולא תבעו

תבעו ואע"ג דבסיקריקון גם בבה"ג אינו מועיל זהו מפני שאימת ההריגה עליו ומתיירא לתבוע את האנס אבל בבא מחמת חוב ומהריגה אינו מתיירא היה לו לתבעו בדיניהם :

ט אנס שאין הישראל מסור בידו להריגה אלא שבא בעקיפין על הישראל בגזילה ובאלמות ולקח שדהו והוא מקום שאין בו ערכאות שיהיה ביכלתו להוציאה מהאנס ומכרה האנס לישראל אחר צריך להחזירה להבעלים אפילו שהתה ביד האנס הרבה שנים כיון שאין האנס בא מחמת טענת חוב במה קנאה ואע"ג דהישראל לא היה ביכלתו להוציאה מידו מ"מ לא נתייאש משדהו ומצויין בעלי זרוע ליפול ומ"מ א"צ הלוקח להחזירה לו בחנם אלא שמין כמה היה רוצה בעל השדה ליתן להאנס שיחזיר לו שדהו וכך יתן להלוקח אע"פ שהלוקח נתן הרבה יותר ולא דמי למבריח ארי מנכסי חבירו דמחזיר לו בחנם דהא בכאן היה ההפסד ברור משא"כ במבריח ארי ולכן צריך לשלם לו כל מה שהיה משלם להאנס [ע' ב"ק נ"ח תוס' ד"ה אי] כיון שהלוקח נתן מעות ובמבריח ארי עצמו כשההפסד כמעט ברור והוציא הוצאות צריך לשלם לו הוצאותיו שהוכרח לזה ואם הלוקח קנאה מהאנס בדבר מועט א"צ הבעלים ליתן לו יותר אע"פ שאם בעצמו היה רצונו לפדותה מיד האנס היה עולה לו יותר ואם האנס נתנה לו בחנם צריך להחזירה להבעלים בחנם דאיך יעשה הלה סחורה בגזלתו של חבירו ואם הבעלים לא היו מוציאים אותה מהאנס אפי' בממון הרבה והלוקח נתן בעדה ממון הרבה צריכים הבעלים לשלם לו כל מה שנתן ואפילו עד כדי כל דמיה ואפילו יותר מכדי דמיה אם רוצים הבעלים בה [סמ"ע] וכל אלו החילוקים הם כשרצון הלוקח היה בעדו לקנותה אבל אם כל עמלו היה להצילה בעד הבעלים צריכים הבעלים לשלם לו כל מה שהוציא על זה בלי כל הפרש בין היה יכול להצילה בפחות או ביתר [ס"ך] ואם בעוד הקרקע ביד הלוקח בנה עליה איזה בנין או עשה איזה תקון דינו כיורד שלא ברשות שנתבאר בסי' שע"ה דמי הכריחו לזה וכל זה במקום שאין ערכאות אבל במקום שיש ערכאות ושתק ודאי מחל ואין הלוקח מחזיר לו כלום אף שהאנס נתנה לו במתנה דהרי הפקירה מרצונו כיון ששתק [סמ"ע] משא"כ בסיקריקון היה מתיירא לצעוק על האנס בערכאות מפני יראת ההריגה ולכן בכל מדינותינו אין לכל הדינים שנתבארו שום מקום כי בכל מקום יש שופטים ושוטרים מהמלך ואין ביכולת שום אנס לגזול קרקעות :

י כל הדברים שנתבארו אינם אלא בקרקעות דהבעלים אינם מתייאשים מהם אבל אנס שגזל מטלטלין כיון שיכול להטמינם מתיאשים הבעלים מהם וא"צ הלוקח מהאנס להחזירן להבעלים ודוקא בידוע שנתייאשו דאל"כ סתם גזילה אין בה יאוש כמו שיתבאר בסי' שס"א אבל בידוע שנתיאשו קנאן הלוקח ביאוש ושינוי רשות אמנם אם גזלה מהאנס אין זה שינוי רשות כמ"ש שם [נה"מ] ואפשר דבאנס גם מסתמא מתייאש וזה שנתבאר שם דסתם גזלה לא הוי יאוש זהו בגזלן ישראל ועוד אפשר לומר דזה שנטלה מהאנס קנה אע"ג דליכא שינוי רשות דדמי לאבידה דקני ביאוש לחוד משום דבהתירא אתי לידיה [ב"ק סוי] וה"נ כשנטלו מהאנס בהתירא אתי לידיה [וח"ס דברי הס"ך] וכ"ז בחפצים הראוים לכל העולם אבל ספרים ותפילין ומזוזות וכיוצא בהם שאין ראוים רק לישראל לא מייאש מינייהו דיודע שלא ימכרם רק לישראל וישלם לו מה שנתן להאנס :

יא כתב רבינו הרמ"א דכ"ז באנס שאין לו משפט עליו אבל שר ומושל שקצף על עבדיו ומשרתיו ולקח מאחד מהם ביתו דינא דמלכותא דינא ואין הלוקח חייב ליתן לבעלים כלום עכ"ל ודוקא כשפשע נגדו דאז נוטל בדין ועמ"ש בסי' שס"ג ושס"ט :

יב ישראל שמשכן קרקע אצל עכו"ם וקבע זמן לפדותה ולא פדאה ומכרה העכו"ם לאחר ממכרו קיים דהא כדין מכרה ודוקא כשמכרה בשויה אבל אם מכרה בפחות משויה אפילו כל שהוא חוזר דכיון שלא חלט הישראל את הקרקע להעכו"ם שבהגעת הזמן יוחלט לו ומסתמא היה כוונתו שימכור אותה הוי כשלוחו ושליח שנתאנה חוזר אפילו בכל שהוא [סמ"ע] ואף דאין שליחות לעכו"ם מ"מ לא עדיף משליח ולכן אם א"ל מפורש שאם לא יפדנה עד זמן פלוני יוחלט לו יכול העכו"ם למכרה במקח שירצה [עסמ"ע] :

סימן רלז [דין עני המהפך בחררה ובא אחר ונטלו נקרא רשע ובו ה' סעיפים] :

א אמרו חז"ל [רפ"ג דקדושין] עני המהפך בחררה ובא אחר ונטלו נקרא רשע ומה שעשה עשוי אם אין מחזירה מעצמו ואין ב"ד כופין אותו על זה ועובר על לאו דדברי קבלה דאסמכוה רבנן על קרא ביחזקאל שלא ירד לאומנות חבירו ויש מרבותינו שאומרים שאין דין זה רק במחזור אחר דבר לקנותו או לשכרו בין קרקע בין מטלטלין וה"ה אם בא להשכיר א"ע לאחד או להשכיר ביתו ושדהו וכל כיוצא בזה דלמה לו לירד לשל חבירו והרי ימצא זה במקום אחר אבל אם אחד בא לזכות בהפקר או לקבל מתנה מאחד ובא אחר וקדמו אינו נקרא רשע כיון שאין זה דבר המצוי לו במקום אחר ויש מרבותינו דלא ס"ל חילוק זה ובכל דבר נקרא רשע וכתב רבינו הרמ"א דסברא ראשונה נראה עיקר ולדעה זו אם בא אחד לקנות קרקע על מצר חבירו במקום שאין שם

דינא דבר מצרא כמו בקונה מאשה וכיוצא בזה שנתבאר בסי' קע"ה יכול בעל המצר לקדמו ולקנותה ולא מקרי רשע דזהו כעין מציאה דטוב לו לאדם שיהיו שדותיו ובתיו זה אצל זה וכן אם אחד עומד לקנות דבר בזול הוי כמציאה ויוכל אחר לקדמו ולקנותו כל זמן שהראשון לא זכה בו עדיין וי"א דלא פלוג רבנן במכר [ס"ך] ואסור לקנות וכן עיקר דכן משמע בירושלמי שם ועוד מבואר שם דכשאחד עומד על המקח לקנות אסור לו לאחר לעמוד על מקח זה כל זמן שהראשון מרוצה לקנותה וקללו מי שעושה כן לכן צריך האדם ליזהר בזה ומשמע שם אפילו אם לא היה עדיין פסיקת דמים ביניהם ורבינו הרמ"א כתב דכל זה לא מיירי אלא כשכבר פסקו הדמים שביניהם ואין מחוסרין אלא קנין אבל אם מחוסרין עדיין הפסיקה שהמוכר רוצה בכך והקונה רוצה יותר בזול מותר לאחר לקנותו בין שהמוכר ישראל או לאו עכ"ל וזהו בעניני מסחר אקראי אבל בשוק שהרבה קונים והרבה מוכרים נמצאים תמיד כשאחד עומד על המקח אסור לאחר לילך על מקח זה כל זמן שהראשון עומד עליו אף כשלא פסק המקח עדיין כמ"ש הירושלמי [כ"ל] וכן המנהג בהרבה מקומות שכשאחד עומד בשוק לקנות דבר לא יסיגנו אחר ומנהג יפה הוא מדינא וראוים לברכה ובפרישה כתב שבימיו פסקו בזה שהוא הסגת גבול:

ב אם האחר היה שוגג שלא ידע שהראשון מהפך בדבר זה לקנותה וקנאה אינו רשע ומדת חסידות הוא להניחה לפני הראשון גם בכה"ג [סס בגמ'] וי"א דמהפך בדבר ובא אחר ונטלו ובא שלישי ונטלו מהשני דלא מקרי השלישי רשע אפילו כשעשה במזיד:

ג אפילו לדעה האחרונה שבכל דבר נקרא רשע אין זה אלא כשהמהפך בזה הוא עני אבל אם הוא עשיר רשאי האחר לירד אם לא שהוא דבר שאינו מצוי דאז גם בעשיר נקרא רשע כמו קרקעות שאינן מצוין כל כך כמטלטלים [ר"ן סס]:

ד כתב רבינו הרמ"א דיש מי שכתב שמתקנת רגמ"ה שלא להשיג גבול בשכירות בתים מן עכו"ם וה"ה במקום שנהגו לשכור ההלואה עכ"ל ועמ"ש בסי' קנ"ו:

ה אסור למלמד להשכיר עצמו לבעה"ב שיש לו מלמד אחר בביתו אם לא שיאמר הבעה"ב אין רצוני לעכב המלמד שלי אבל אם בעה"ב שכר מלמד אחד יכול בעה"ב אחר לשכור אותו מלמד עצמו ואינו יכול לומר לו לך ושכור מלמד אחר דיכול לומר שזה ילמד עם בני בטוב יותר ממלמד אחר [תוס' סס] ואין שייך בזה מהפך בחררה דאין זה דבר שבממון אלא דבר מצוה ואין הטעם משום דבר שאינו מצוי [כ"ל] ואם כבר עשה הבעה"ב הראשון קנין עם המלמד ודאי שאינו מועיל חזרה [כס"מ] ואסור לאחר לשכרו דהוא כקנוי להראשון ואין זה קנין דברים דהמלמד הקנה לו גופו [כ"ל]:

סימן רלח [כותבין שטר למוכר ולא ללוקח ובו ג' סעיפים]:

א כותבין שטר למוכר שמכר שדהו לפלוני אע"פ שאותו פלוני אינו לפנינו דזכין לאדם שלא בפניו והוא שיהיה נכתב בשטר שמיד הקנה לו השדה בקנין וזיכה לו השדה שלא יהיה יכול לחזור בו וזהו שטר הקנאה שמקנה לו השדה מעתה בקנין דאל"כ יש חשש שמא כתב השטר בניסן ולא נתנו עד תשרי וקודם תשרי מכרה לאחר ומדינא מגיע להאחר ועתה ימסור השטר להקודם וכשיצאו שני השטרות יגבוהו ב"ד לו מפני שזמנו קודם אבל בשטר הקנאה הוי מדינא שלו כיון דהקנה לו מניסן אמנם לדעה שבסי' ל"ט דעדיו בחתומיו זכין לו דבמסירת השטר ליד הקונה זוכה מזמן חתימת העדים אפילו בלא שטר הקנאה יכולים לכתוב מפני דכשימסור לו בתשרי יזכה מניסן וכן אם המוכר העיד על עצמו שכבר קנה הלוקח באחד מדרכי הקנין שלא בשטר כמו בכסף או בחזקה ולפ"ז השדה כבר היא שלו והשטר הוא רק לראיה בעלמא יכולים לכתוב בכל ענין ובלבד שיהיו העדים מכירים את שם המוכר הכתוב בשטר שהוא האיש העומד לפניהם דאל"כ יש לחוש שיכתוב שם אחר שאותו האחר מכר שדהו לפלוני ויוציא הפלוני שדה זו מיד האחר אבל את הלוקח א"צ להכיר מי הוא אבל להלוקח בעצמו אין כותבין שטר אפילו מכירין אותו אלא כשיצוה המוכר לכתוב ואף אם יאמר הלוקח כתבו לי שקניתי שדה פלונית מפלוני והשטר יהיה אצלכם עד שיבא המוכר ויודה לפניכם אין שומעין לו ולא עוד אלא אפילו אם רק מבקש שיכתבו לו ששמעו ממנו שקנה שדה פלונית מפלוני דאין זה שטר כלל דהא אין מעידים על המעשה כלל אלא רק ששמעו מהקונה ואין שום ממשות בשטר כזה מ"מ אסור להם לכתוב דע"י כן יצא קול שפלוני מוכר נכסיו ויתזלזלו נכסיו וכיוצא בזה [סמ"ע] ויש מי שאומר עוד שאפילו קנו העדים בק"ס מהמוכר שהקנה לפלוני שדהו שלא בפני הלוקח ואח"כ בא הלוקח ובקש מהם שיכתבו לו את השטר אין שומעין לו דאע"ג דקיי"ל סתם קנין לכתיבה עומד מ"מ אין זה אלא בפני המוכר ויש חולקים בזה דאין שום טעם הגון למנוע כתיבת השטר [ס"ך]:

ב זה שנתבאר שהעדים צריכים להכיר שזה הוא המוכר מ"מ אין צריכים להכיר השדה או הבית שמוכר ששלו היא דאין שום חשש בזה דאף אם יעלה שדה אחרת ובית אחר על שמו לא עשה כלום דהבעלים יבררו שאינם שלו דהרי העדים אינם מעידים שהיא שלו אלא מעידים שמכרה או נתנה לפלוני ואם אינה שלו אין מכירתו ומתנתו כלום ולכן מי שבא לעדים ואמר בית

שיש לי במקום פלוני אני נותנה לפלוני אע"פ שאין העדים יודעים אם יש לו בית במקום פלוני אם לאו יכולים לכתוב כיון שאינם מעידים רק על המתנה ואם אין לו ממילא דמתנתו בטלה ומ"מ אם העדים יודעים שאינה שלו אלא של אחר לא יכתבו לו אא"כ יביא להם בכתב מב"ד שבאותו מקום שזה קנאה מהאחר וממילא דאם הבית בעירם מהנכון להעדים לידע שביתו היא ולכן נקטו רבותינו דין זה בבית שבמקום אחר דבמקום אחר יכולין לכתחלה לכתוב אף אם אינו ידוע להם כלל משא"כ בעירם [נ"ל]:

ג יש מי שאומר דזה שכותבין שטר למוכר אף שאין הלוקח עמו זהו דוקא כשמצוה לכתוב בהשטר שכבר קבל המעות מהלוקח אבל בלא"ה אין כותבין אלא מדעת הלוקח דשמא אינו רוצה כלל באותה לקיחה ומי יימר דזהו לו זכות שיכתבו שלא בפניו ולכן אם טעו העדים וכתבו שטר מכירה להמוכר בלי קיבול דמים כשיתבע המוכר את הלוקח לדין שישלם לו הדמים צריך המוכר להביא ראיה שמכירה זו היתה מדעת הלוקח ויש מי שמחמיר עוד שאפילו מצוה לכתוב שקבל המעות יזהרו שלא יכתבו בהשטר לשון שיהא בו משמעות שנכתב מדעת שניהם דשמא לא ניחא לו להלוקח בכך שיוצא עליו שם שקנה קרקע מפני איזה טעם שיש לו ויכתבו הכל על המוכר איך שמכר לפלוני מרצונו ולא יכתבו שפלוני לקח מפלוני ברצונו ויש מי שחולק על כל זה וס"ל שכותבין תמיד להמוכר אפילו לא העיד על עצמו שקבל המעות שהרי כיון שלא נכתב מפורש שהלוקח הסכים על הקנין אין שטר זה מכריח את הלוקח שיקנה דהכל יודעים שכותבין שטר למוכר בעצמו ולהלוקח אינו אלא לראיה אם ירצה ולא להכריחו וכן הלוקח נאמן ג"כ לומר שנתן המעות וי"א דזהו רק בשטר ראיה אבל בשטר קנין אין הלוקח נאמן לומר פרעתי [נס"מ] ועמ"ש בסי' קצ"א ושטר מכר שאין כתוב בו כלל סכום המקח רק ענינו של מקח איך שזה מכר לזה בית פלוני או שדה פלונית השטר כשר דסכום המקח אינו מעכב ושכר הסופר נותן הלוקח אפי' במוכר שדה מפני רעתה דמ"מ יותר יש הנאה להלוקח [רסב"ס קסח]:

סימן רלט [מי שבא ואמר שאבד שטר קנייתו כיצד כותבין לו שטר אחר ובו ב' סעיפים]:

א אע"פ שנתבאר בסי' מ"א בשטר הלואה במי שאמר שאבד שטרו ומבקש את העדים שיכתבו לו שטר אחר שאין כותבין לו אבל במכר מי שבא ואמר שאבד שטרו שהיה לו על שדה פלונית שקנאה מפלוני והעדים יודעים מזה כותבין לו שטר אחר דבהלואה יש חשש שמא יגבה שני פעמים אבל במכר אין לחוש ואע"ג דיש לחוש שמא בע"ח של המוכר יטרוף אותה ממנו ויצטרך לגבות מהמוכר או מלקוחות של המוכר ויגבה שני פעמים יש תקנה לזה שכותבין בהשטר דשטר זה אין גובין בו לא מנכסים משועבדים ולא מנכסים בני חורין ולא כתבנוהו אלא להעמיד בו שדה פלונית כדי שהמוכר לא יוציאנה מידו וכן יורשיו של המוכר ויש מי שאומר דאין כותבין רק מזמן ראשון משום דאיכא למיחש שמא אחר קנייתו חזר ומכרה להמוכר ויוציא אח"כ שטר זה שזמנו אחר המכירה שמכרה להמוכר ויאמר חזרתי וקניתיה ממך ואע"ג דניכר מתוך השטר שעוד שטר היה דהרי כותבין בו שאין גובין בו כמ"ש מ"מ יהא יכול לומר שבשעת המכירה כתבו לו שני שטרות דגם בתחלת המכירה כשמבקש לכתוב לו שני שטרות דשמא יאבד האחד כותבין לו בכה"ג כיון דאין חשש בזה [סמ"ע] ומ"מ אין להרבות בשטרות בחנם דהשומע לא ידע ויאמרו שיש על המוכר שטרות הרבה ויתזלזלו נכסיו [ש"ך] ואם רצון העדים לכתוב מזמן השני יכולים לכתוב רק שיכתבו שטרא דנא אחרנוהו וכתבנוהו [סס] דתו ליכא למיחש שיאמר קניתי אח"כ כיון שניכר שמאוחר הוא וכל מ"ש בסעיף זה א"צ ב"ד והעדים בעצמם כשיודעים מקניית הקרקע יכולים לעשות שטר כזה [סס] ודוקא בשטר הלואה צריך ב"ד כמ"ש בסימן מ"א:

ב ויש דבר ששט"ח קילא משטר מכר דשטרי חוב המאוחרין כשרין כמ"ש בסי' מ"ג אבל שטרי מכר המאוחרין פסולים כשלא פירש בהשטר שהוא מאוחר מטעם שנתבאר דשמא מכר לו בניסן ובאייר חזר המוכר ולקחה ממנו ואם יכתבו לו הזמן מסיון יאמר הלוקח שאחר שמכרה להמוכר באייר חזר ולקחה ממנו בסיון ואי קשיא דכשהמוכר יקנה אותה ממנו באייר למה לו לכתיבת שטר מכר כלל יבקש המוכר מהלוקח את השטר מכר שלו בחזרה ויקרע אותו משום דבאמת בחזרת השטר אין המכר בטל כמ"ש בסימן רמ"ג לענין מתנה וממילא שבהכרח הוא שיכתוב לו שטר ולא יעלה ע"ד המוכר לבקש שטרו בחזרה כי למה לו זה ולכן יזהרו שלא לכתוב שטר מאוחר במכר אלא יכתבו מזמן הקנין וכתב הטור דאפילו אם אחרו אחר זמן הקנין זמן רב אם זוכרין זמן הקנין יכולין לכתוב מזמן הקנין ואם לאו יכתבו מזמן הכתיבה עכ"ל ואין לחוש בזה כשיכתבו מזמן הכתיבה דשמא חזר המוכר ולקחה ממנו בינתים דאם היה חוזר ולקחה היו העדים יודעים עתה מזה דהיה קול יוצא משא"כ אם בתחלת הקנין יכתבו זמן מאוחר יש לחוש שאח"כ יקנה אותה ממנו כמ"ש [סמ"ע] ואע"ג דבסעיף א חיישינן גם לזה כשמבקש לכתוב שטר אחר ולא אמרינן שהעדים היו יודעים שאני התם דכיון שאומר שאבד שטר יש ריעותא בזה ויש לחוש אף בכה"ג משא"כ כשאין ריעותא לפנינו [פריסה]:

סימן רמ [שני שטרי מכר היוצאים על שדה אחת מזמן אחד ובו י"א סעיפים]:

א שני שטרי מכר היוצאים על שדה אחת בשם קונה אחד ואין זמנם שוה ואין לומר שבקש לכתוב לו עוד שטר כמ"ש בסימן הקודם סעיף א' כיון שאינו כתוב בו בהמאוחר ששטר זה אין גובין בו כמ"ש שם ומוכח בע"כ שנשתנה הענין ויש לנו לחשוב בזה שני דרכים או שהראשון אמת רק שאח"כ נתרצה הלוקח למחול את השעבוד מזמן הקודם עד עתה ולא יטרוף מלקוחות שקנו עד עתה או שנאמר שהראשון לא נעשה בהכשר שהיה בו איזה זיוף וכתב לו השני שטר כשר ולפ"ז יש לו להחזיר כל הפירות שאכל עד זמן שטר השני כיון שלא היה מכירה כשרה וכיון דהקרקע היא בחזקת המוכר [ר"ן פ"ד דכתובות] ובהשטר השני הודה הלוקח שהיא עד עתה בחזקת המוכר ביטל השני את הראשון ומחזיר להמוכר כל הפירות שאכל עד זמן השטר השני והמס על השדה צריך המוכר לשלם עד זמן השני וי"א דאינו גובה פירות שאכלם כבר א"א אותם שהם בעין [טור] ולפ"ז המס הוא על הלוקח [כס"מ]:

ב בד"א כשאין שום התחדשות בהשטר השני נגד הראשון לבד הזמן דאז אין לנו לחשוב רק אחד משני הדברים שנתבארו אבל אם יש איזה התחדשות אין לנו לזייף שום שטר ושניהם כשרים והשני כתב לו מפני ההתחדשות ומה נקרא חידוש לא מיבעיא אם הוסיף לו עוד איזה מדה קרקע או דקל או בנין וכיוצא בזה גובה מלקוחות מזמן הראשון והתוספת גובה מזמן השני ואם תשאל למה היה לו לכתוב גם נוסח כל השטר הראשון מחדש לא היה לו לכתוב רק שטר על התוספת בלבד או שהיה לו לכתוב בהשטר השני בלשון זה כאשר כתבתי לפלוני שטר מכירה על שדה ז' בזמן פלוני ועתה הוספתי לו כך וכך כמ"ש באה"ע סימן ק' לענין כתובה יש להשיב על זה דאין דרך העולם לעשות כן ורק בכתובה שכל איש מחוייב לכתוב כתובה לאשתו והראשונה כתב לה כדרך כל הארץ לכן כשמוסיף לה מזכיר את הראשונה כאשר כתבתי לה כתובה הנהוגה עתה הנני מוסיף לה כך וכך אבל במקח וממכר מה שייך לזה שם הוספה ומחליף שטר הקודם על שטר שני וכותב בו את הקודם ואת התוספת ביחד בלא שם תוספת וכן אין דרך לכתוב שטר שני רק על התוספת דלמה יצטרך הלוקח לשמור א"ע בשני שטרות דעתה אף אם יפסיד הראשון לא יפסיק רק השעבוד עד הזמן השני משא"כ אם לא יכתוב בהשני רק התוספת ויאבד הראשון יפסיד את כל השדה:

ג ואפילו אין בכמות המכירה שום תוספת אלא באיכותה כגון שהראשון נכתב בלשון מכירה והשני בלשון מתנה או להיפך ג"כ שניהם קיימים ולא ביטל האחרון את הראשון והטעם מפני שיש מעלות ללוקח במתנה יותר מבמכר כגון לענין מצרנות דבמתנה אין בה משום דינא דבר מצרא ויש מעלות ללוקח במכר יותר מבמתנה כמו באחריות דבמכר אמרינן אחריות ט"ס הוא לפ"ז יכול להיות שהוסיף לו השטר השני להעדיף לו איזה כח ואף כשאין במכר זה בר מצרא יש יפוי כח אחר במתנה מבמכירה כמו לענין דרך וכיוצא בזה דקיי"ל נותן בעין יפה נותן יותר ממוכר כמ"ש בסי' רט"ו וכיון שיש לנו דרך לקיים שני השטרות אין בכח לבטל את השטר הראשון:

ד אמנם לפ"ז אין לו להלוקח להראות בב"ד השטר האחרון דאם מראה שניהם הראשון עיקר דאיך יבטל דינא דב"מ מהמצרן בשביל השטר מתנה שכתב לו אח"כ ובמה יפה כח המוכר לבטל מהמצרן כחו וכן אם המכר הוא אחרון איך יגבה מהלקוחות בהשטר מתנה שהוא העיקר בשביל השטר מכר האחרון שנתן לו והלא מדינא אין אחריות במתנה ומ"מ נגד המוכר עצמו ודאי דיפה כחו לגבות ממנו מבני חורין שהרי התחייב עצמו בשעבודו וכן לענין יפוי כח דדרך וכיוצא בזה יש לו על המוכר מפני מתנתו [סמ"ע] וי"א דגם לגבי לקוחות יפה כחו כשהאחרון במכר ושניהם קיימין דהא הוא כתב לו אחריות על שאר נכסיו והוי כתוספת דקל ולמה אין בכחו להתחייב א"ע בנכסיו וממילא דכשאחר קונה ממנו אח"כ יגבה ממנו אבל באחרון במתנה לא מהני לגבי המצרן דהרי הוסיף בחיובו רק על אחרים והיינו על המצרנים ובמה כחו יפה לעשות זאת:

ה וזה שאמרנו דכשיש חידוש בשטר השני שניהם קיימים אינו אלא בתוספת דבר אבל בחסרון דבר כגון שבראשון כתב לו כל השדה ובהשני חצי שדה ודאי דביטל האחרון את הראשון ומ"מ י"א דמהחצי הנשאר לפניו יש לו בו זכות מן הזמן הראשון לענין אחריות ושארי דברים [כס"מ] דנהי דהקנה לו החצי השני בחזרה מ"מ לא בטל כח השטר הראשון מהחצי הנשאר לפניו:

ו יש מי שאומר דזה שנתבאר דכשאין התחדשות בהשני גובה המוכר את הפירות עד זמן השני אינו אלא כשכבר נתחזקו שני השטרות בב"ד אבל אם הלוקח מביא עתה לפנינו שני השטרות ונותן איזה אמתלא על כתיבת השטר השני אין המוכר נוטל הפירות אפילו הם עדיין בעין דנאמן הלוקח לומר שגם הראשון אמת במיגו דאי בעי היה מטמין השטר השני אבל כשכבר נתחזקו שני השטרות הוי מיגו למפרע ומיגו למפרע לא אמרינן כמ"ש בסימן פ"ב בכללי מיגו [כס"מ] וכ"ש אם המוכר מודה שהראשון אמת ואם הלוקח מת ויורשיו מוציאין השני שטרות טוענים ב"ד להיורשים שמכרה וחזר ולקחה דטוענים ליורש [סס]:

ז שאלו לרבינו תם ז"ל על שכ"מ שאמר תנו מנה לפלוני ולאחר שעה אמר פעם שנית תנו מנה לפלוני מי אמרינן שלא אמר רק לחזק דבריו הראשונים ואין לו אלא מנה או דילמא כיון שאמר מקודם תנו לו מנה הרי

מיד זכה המקבל דדברי שכ"מ ככתובין וכמסורין דמי ועתה נתן לו מנה אחרת והשיב ר"ת דאין לו אלא מנה אחת כיון שלא אמר תנו לו עוד מנה [מרדכי סס] וכ"ש בבריא שצוה לע' ים לכתוב שטר מתנה על מנה וחזר לאחר זמן וצוה לכתוב שטר על מנה דאין כוונתו רק על המנה הקודמת :

ח ראובן היה לו שט"ח על שמעון על אלף זוז והוציא שמעון שני שוברות מראובן אחד על שני מאות והשני על ג' מאות ולא היה כתוב בהם זמן רק סתם קבלתי על השט"ח של שמעון הנכתב ביום פלוני על סך כך וכך שני מאות ובשני כתוב ג"כ בלשון זה על ג' מאות וטוען שמעון ש[illegible]ל ממנו חמשה מאות וראובן טוען שלא קבל רק שלש מאות בפעם הראשון קבל שני מאות ובפעם שני מאה וכתב לו השובר השני על שלש מאות בכולל ונותן איזה אמתלא מה שלא קרע השובר הראשון יראה לי דהדין עם ראובן אם רק האמתלא נכונה דאם כדברי שמעון היה לו לכתוב בהשני קבלתי עוד על השט"ח שלש מאות כמו בכתובה דבלא לשון תוספת אינה יכולה לגבות שניהם ובארנו הטעם בסעיף ב' וה"נ כיון שיש עליו חיוב שט"ח מאלף זוז וקבל שני מאות היה לו לכתוב לשון תוספת בהשובר השני אלא ודאי שבללם יחד וע' ב"יב"ש סי' תע"ח וצ"ע לדינא והדעת נוטה כפי מ"ש :

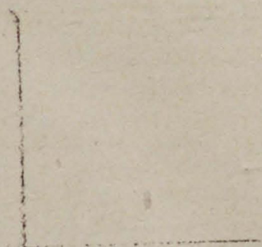
ט שני שטרות שזמנם ביום אחד והם כתובים על שדה אחת לשני בני אדם בין במכר בין במתנה אם ידוע ע"י עדים למי נמסר התחלה אף שהשני נמסר ג"כ אח"כ באותו יום קנה הראשון וזהו בשטר שאין בו קנין שאין הקונה קונה אלא כשבא השטר לידו אבל בשטר שיש בו קנין ובשני השטרות יש קנין כל שקדם בהקנין זכה וישאלו לעדי הקנין למי הקנה תחלה דאז אפילו בא השטר ליד השני קודם שבא להראשון בקנין קנה הראשון מפני שמשעת הקנין זכה בה ואם עדי הקנין אינם לפנינו או שעל כל שטר יש עדים בפ"ע ואינו ידוע למי הקנה תחלה או כשאין קנין בהשטרות ומסירת השטר הוא הקנין ובשטר כתוב רק שדי מכורה או נתונה לך וא"א לברר למי נמסר תחלה דעדי מסירה לא נכתבו בתוך השטר מי הם כדי שנשאלם והמוכר או הנותן אינו נאמן לומר למי מסר התחלה כיון שאין המקח בידו כמ"ש בסי' רכ"ב [סמ"ע] אמרו חז"ל [כתובות צ"ד] שידונו בזה שודא דדייני והיינו שהדיינים יעיינו בדבר ע"פ שכלם ולכל מי שדעתם נוטה להעמיד שדה בידו יעמידו ואם דרך המקום לכתוב שעות בשטר כל הקודם בשעות זכה דבמקום שכותבין שעות הוה קדימת שעה כקדימת יום ובירושלים היו כותבים שעות [גמ'] ובשטר שאין בו קנין וידוע שלאחד נמסר ביום אחד ולאחר ביום אחר ואין ידוע מי קודם לא דיינינן בזה שודא דדייני דזה לא דיינינן רק אם ידוע שהיה ביום אחד ואינו ידוע מי קודם אבל בשני ימים אזי אם זה טוען ברי וזה טוען ברי כיון דשניהם אינם מוחזקין הדין כל דאלים גבר ובשמא ושמא יחלוקו [כה"מ] ולמה לא דיינינן בזה שודא דדייני מפני שאפשר לעמוד על הבירור למי נמסר קודם אבל ביום אחד רחוק שיתוודע למי נמסר תחלה באותו יום :

י י"א שאין דנין שודא דדייני רק בדיין מומחה ובקרקעות וי"א דגם במטלטלין דיינינן שודא כל שאין אחד מהם מוחזק דבמוחזק הממע"ה ולדעה ראשונה אין טעם בדבר רק קבלה היא בידם [תוס' כ"ב ל"ה] ועמ"ש בסי' רנ"ג סעיף ל"ו :

יא מי שנתן לחבירו במתנת שכ"מ קרקע או מקום בבה"כ ופירש את הקרקע או המקום במצרים שמצר לו ואח"כ נתן לאחר ג"כ קרקע סתם או מקום סתם ולא פירש איזה קרקע או איזה מקום ולא מצר לו מצרים י"א דאע"ג דשכ"מ יכול לחזור בו ואולי חזר בו ממתנת הראשון ונתנה להשני מ"מ אין ספק מוציא מידי ודאי ואמרינן שמא נתן להשני קרקע אחרת או מקום אחר אף שאין ידוע לנו איפא היא האחרת וי"א דכיון שאין ידוע שיש לו מקום אחר או קרקע אחרת אמרינן דודאי לא כיון אלא על אותה הידוע לו והיא המתנה שנתן להראשון וקנה השני וכל זה בשכ"מ שיכול לחזור בו אבל במתנת בריא בין כך ובין כך קנה הראשון דאינו יכול לחזור בו אא"כ לא מסר השטר עדיין לידו ושיש ספק בדבר כבסעיף ט' :







סימן רמא [המתנה במה תתקיים וכן המחילה ובו י"ט סעיפים]: (*

א הנותן מתנה לחבירו בין קרקע בין מטלטלין אין המקבל זוכה אלא באחד מהדרכים שהקונה זוכה בהם והיינו קרקעות ועבדים נקנין בשטר או בחזקה אבל כסף לא שייך במתנה ומטלטלין נקנין בהגבהה או במשיכה או באחד משארי דרכים שנקנין בהם המטלטלין וקניין סודר מועיל לכל דבר לבד ממטמון וכיון שקנה באחד מהדרכים ההם אפילו שלא בפני עדים קנה אם שניהם מודים דבדיני ממונות לא איברו סהדי אלא לשיקרא דכתיב בשומרים אשר יאמר כי הוא זה אלמא דהודאת בע"ד כמאה עדים דמי [רש"י קדושין ס"ה:] ומאי דכתיב ע"פ שני עדים וגו' יקום דבר זהו בהכחשה שחבירו מכחישו וא"א לחוב לאחרים מעצמו אלא ע"פ עדים ולכן בעריות ובכל האיסורין שנוגע לאחרים ילפינן ממטון בהכחשה [זהו כוונת הסמ"ע שם וא"ש קושית הקצה"ח] ולכן גם בקדושין אף שהאיש והאשה מודים שקידשה בינו לבינה אין כאן קדושין כלל דבע"כ יש כאן חוב לאחרים שנאסרה לכל ואם יבעלה אחר יתחייב מיתה וא"א לחוב לאחרים בלי עדים [זהו כוונת רש"י שם בד"ה הכא] ועוד דהפרש גדול יש בין ממון לאיסורים דבממון כל אחד יכול לעשות בממונו כרצונו משא"כ באיסורים ואף בקדושין כששניהם רוצים אמנם כשאסורה לו מפני איסור לאו וכרת אינו מועיל רצונם ולכן אין ביכולת להגמר שום קדושין בלתי עדים אבל בממון כששני הצדדים מתרצים מי יוכל לעכב על ידם ולכן א"צ עדים וגם באיסורים יש דבר אחר שמדין התורה א"צ עדים כשכותב בעצמו והוא גט אשה כשכותב את הגט בכתב ידו [גיטין פ"ו.] מפני שהתורה תלתה בכתיבתו שנא' וכתב לה ספר כריתות [רשב"א] והוי כממון דבפרט הרצון דומה לממון שביכולתו לגרש כשרוצה ואין הדבר תלוי רק בו לבדו ויש מי שאומר דגם בקדושין הדין כן מפני שהוקש לגט כמ"ש באה"ע סי' ל"ב ודע דגם בממון אין הדבר נגמר בדיבור לבדו רק ע"פ איזה קניין דדברים בעלמא לאו כלום היא לבד בעני נתחייב משום נדר כמ"ש ביו"ד סי' רנ"ח וגם בעשיר במתנה מועטת אם אמר ליתן אף שיכול לחזור בו מ"מ מקרי מחוסר אמנה כמ"ש בסי' ר"ד אבל אין ב"ד כופין בזה [מרדכי ספ"ד דב"מ] וכמו דבממון דברים בלא קניין לאו כלום הוא כמו כן קניין בלא דברים שאם שמעון קנה בק"ס ליתן חפץ פלוני לראובן אם לא דיבר מקודם או בשעת הקניין הנני נותן חפץ פלוני לראובן אף שאומר שכוונתו היתה להקנות לו אינו מועיל ולא עוד אלא אפילו אם איש אחר אמר כן בשעת הקניין כגון לוי שאמר לראובן חפצו של שמעון קנוי לך אע"פ ששמעון קבל בק"ס לקיים דברי לוי לאו כלום היא ואף שגם לוי קבל בק"ס [סמ"ע] דהרי אין החפץ שלו ושמעון לא אמר דבר ויראה לי שאם ראובן המקבל אמר לשמעון תן לי חפץ זה במתנה וקנה שמעון בק"ס מועיל הקניין כיון שמאחד מהבע"ד היה דיבור ודע שזה שנתבאר ברמ"ס קצ"ה שא"צ דיבור היינו כשמקודם דיברו בזה כמ"ש ובמחילה א"צ דיבור כלל אלא כיון שיש מעשה המוכיח שמחל לו מחילתו מחילה [מרדכי ספ"ג דכ"ב] ולא משום דמחילה בלב הוי מחילה דכבר כתבנו בסי' י"ב סעי' ח' דמחילה בלב אינו כלום אלא דכיון ש־ש מעשה המוכיח הוה כדיבור [נ"ל] אבל יש מי שאומר דמחילה צריך אמירה בפירוש שיאמר הנני מוחל לך [רשב"ם קל"ב: ד"ה ומקולי] או שיאמר אין לי עליך כלום [רש"י קדושין ע"ז. ד"ה מחא] או שהנתבע אמר לו מחול לי והוא משיבו יהי כדבריך [מרדכי ספ"ק דסנהדרין]:

ב מחילה א"צ קניין כגון שמחל לחבירו חוב שיש לו עליו נקנה בדברים בלבד דדווקא מתנה שהיא ברשות הנותן א"א להמסר מרשות לרשות בדברים בעלמא אבל מחילת חוב שהמעות הם ברשות המקבל והנותן א"צ למסור לו רק לסלק כחו מזה כשאומר הנני מוחל לך מסתלק מזה וממילא דזכה המקבל בהם ולכן כתב הרמב"ם בפ"ג מזכייה דאם היה לראובן פקדון ברשותו של שמעון ואמר לשמעון הנני נותן לך פקדון זה במתנה ה"ז מתנה הנקנית בדברים בלבד כיון שהחפץ הוא ברשות המקבל ואע"ג דמקום החפץ נקנה להמפקיד והוה כאלו הוא ברשותו מ"מ הרשות אינו אלא מפני החפץ שבהכרח שמקום החפץ יהיה שייך להמפקיד וכשמסלק המפקיד כחו מחפצו ממילא מסתלק כחו גם מהמקום שהחפץ מונח בו והחפץ והמקום מסתלקים ביחד:

ג כתב רבינו הרמ"א די"א דאפילו היה לו שטר או משכון עליו אפ"ה הוה מחילתו מחילה בדברים בעלמא וצריך המוחל להחזיר לו השטר או המשכון כיון שמחל לו חובו [סמ"ע ועמ"ש בסי' י"ב סקכ"ה] והטעם דמשכון אינו אלא שיעבוד עליו ושטר אינו אלא שיעבוד על נכסיו וכיון שמחל לו ונסתלקה ממנו שיעבוד גופו ממילא דנסתלקו שיעבוד הנכסים ושיעבוד המשכון ומחוייב להחזיר השטר והמשכון להלוה ויש מי שאומר דזהו ספיקא דדינא משום דבירושלמי פ"ק דגיטין יש פלוגתא במוחל שטר דיש מי שסובר דלא הוי

---

*) (כל הדינים הכתובים בזה הם חלים במקומות שאחב"י מתנהגים ע"פ ד"ת ולא בארצותינו אנו, שבהן דינא דמלכותא דינא, כידוע).

הוי מחילה עד שיחזיר לו את השטר [ש"ך] אבל לענ"ד נראה דהעיקר כרבינו ורמ"א דהא קיי"ל בסי' ס"ו דהמוכר שט"ח לחבירו וחזר ומחלו מחול אלמא דאפילו כשספר החוב יכול למחול וכ"ש כשהחוב הוא שלו ויש מי שאומר דבשם מהני מחילה מפני שאין השטר בידו [סס סקע"ד] דהטעם דלא מהני מחילה בשטר משום דאמרינן שלא מחל לו בלב שלם מדלא החזיר לו את השטר ולכן כשאין השטר בידו מחל לו בלב שלם ולא נראה כן דאדרבא בשם יש יותר סברא לומר שלא מחל לו בלב שלם לגרום היזק לאחרים אמנם זהו וודאי בשטוען משטה הייתי בך אין זה מחילה וזה שאמרנו דהוי מחילה היינו כשמודה או שיש עדים שמחל לו באמת ולפ"ז הוי ראיה ברורה משם וכן הסכימו גדולי אחרונים [חמ"ה וב"ש] באה"ע סי' ק"ה וסי' ס"ז וכן מתבאר להדיא מרמב"ם פ"י מאישות [דין י'] וסוף פי"ז שם ועוד ראיה מריש פלוגתא בכתובות [ק"ד.] באשה ששהתה כ"ה שנים באלמנותה ולא תבעה כתובתה דמחלה דיש מי שסובר שם דאפילו כששטר הכתובה ת"י הוה מחילה אפילו בסתמא ולדינא פסק שם הש"ס דדווקא כשאין הכתובה ת"י הוה סתמא מחילה עכ"פ שמעינן משם דבמחילה בפירוש אינו מעכב מה שהכתובה ת"י ולהדיא משמע שם דגם בע"ח כשהשטר בידו מהני מחילה ולכן אפילו אם יש פלוגתא בירושלמי קיי"ל כש"ס דילן ועוד נ"ל דגם הירושלמי ס"ל כן והרי בכתובות ירושלמי פי"ב פסק במחילת כתובה בכ"ה שנה אפילו כששטר כתובה ת"י ופקיל בזה מש"פ דילן ולכן אפשר לומר דוודאי כשמחל החוב מודה הירושלמי שאין השטר מעכב והפלוגתא היא במוחל השטר ומיון שהזכיר לו מחילת השטר לכן יש שסובר שצריך להחזיר לו את השטר כמו שארי חפיצים אם היה מוחל לו ויש מי שאומר דוודאי החוב מחול אבל לגופו שיחזיר השטר והמשכון אינו יכול בלא קניין [נה"מ] ולא משמע כן מיהו במטרנ"י יכול להיות כן דאף שמחל לו החוב מ"מ הא כל המוציאו גובה בו ואינו מיוחד להמלוה לבדו ובמכירתו אינו מועיל מחילה כמ"ש בסי' ס"ו ועמ"ש באה"ע סי' צ"ג סעי' ט"ז לעניין מחילה בלב:

ד יש מי שמסתפק במחילה שלא בפני הלוה אם הוה מחילה ונ"ל דהוי מחילה וראיה מכתובה שנתבאר דבסתמא הוי מחילה ולא עדיפא משלא בפניו מיהו זהו דווקא כשנתוודע להלוה ממחילתו וכיון לזכות במעותיו אבל כשעדיין לא נתוודע לו יכול המלוה לחזור בו דכל. קניין בעי כוונה כמ"ש בסי' קפ"ט ואף שאפשר דבמחילה לא שייך קניין דכשנסתלק שיעבודו של מלוה ממילא נשאר ביד הלוה מ"מ כל זמן שלא נתוודע להלוה לא נסתלק שיעבודו:

ה כבר נתבאר בסי' קצ"ה דקניין שהוא בפני פסולי עדות הוי קניין כששניהם מודים כיון דא"צ עדים כלל וכ"ש במחילה שא"צ אף קניין שאם הקנה לו בפני עדים פסולים דהוי מחילה ולא עוד אלא אפילו הקנה לו בדבר שאין מועיל להקנות בו כגון שעשה קניין במטבע מ"מ מחילתו מחילה כיון שא"צ קניין כלל [נה"מ] ולא אמרינן כיון שהקנה לו היתה כוונתו שלא ימחול לו רק ע"י קניין וכיון שאין קניינו קניין גם המחילה אינה כלום כמו דאמרינן כן במתנת שכ"מ בסי' ר"נ דהתם שאני דמדינא הלא צריך קניין אלא דחכמים תקנו כדי שלא תטרף דעתו שלא יצטרך לקניין וכיון שהשכ"מ עצמו רצה בהקניין צריך קניין כדין אבל מחילה הלא א"צ קניין כלל מעיקר הדין [סגר"ח]:

ו לשון מחילה אינו אלא במעות שחייב לו או כשחייב לו שבועה ומחל לו השבועה אבל אם היה לו חפץ ביד חבירו וא"ל מחול לך אינו כלום דמחילה לא שייך רק על דבר שאינו בעין כמו הלואה דלהוצאה ניתנה ומוחל לו שלא יתבענו אבל בדבר שהוא בעין צריך לומר לשון מתנה כמ"ש בסעי' ב' ולכן אפילו במעות של פקדון אם הנפקד אסיר להשתמש בהן כגון בצרורין וחתומין כמ"ש בסי' רצ"ב לא מהני לשון מחילה אבל כשמותר להשתמש בהן אף שעדיין לא נשתמש מהני לשון מחילה דדמי להלואה [נ"ל] ועמ"ש בסי' י"ב וסי' ר"ט וכל מחילה בטעות יכול לחזור בו אפילו קנו מיניה וכן בפשרה בטעות כמ"ש שם דכל דבר שנעשה בטעות הוה כאלו לא נעשה ואם יש הכחשה ביניהם שהמקבל אומר שלא היה טעות והניתן אומר שהיה טעות במטלטלין ישבע המקבל היסת כיון שהוא מוחזק במתנתו ובקרקע בפשרה או במתנה ישבע הנותן היסת דבקרקע לא שייך חזקה [נ"ל] ומה נקרא טעות כשנתגלה אח"כ דבר שאלו היה יודע זה בעת המחילה או הקניין לא היה עושה כן אבל אם נתחדש דבר אחר המחילה או הקניין כגון שמחל לעני או נתן לו מתנה ואח"כ העשיר מיד אין זה טעות כיון דבשעת המחילה והקניין היה עני אבל בנתגלה דבר שהיה מקודם אף שמשניהם היה נעלם הדבר מ"מ כיון שאם היה יודע הנותן לא היה נותן או לא היה מוחל הוה טעות וחוזר דלא כיש מי שחולק בזה [זכ"י] וטעות לא מקרי רק דבר שמוכח להדיא שהיה טעות אבל אי לא מוכחא מילתא שהיה בטעות אע"פ שיכול להיות כן שאלמלי הוה ידע לא היה מוחל או נותן מ"מ כיון שאין נראה לכל שוודאי לא היה מוחל או נותן לא מקרי טעות [טור ס"ס קכ"ד] וכן אין מחילה מועיל בדבר שעדיין לא בא ברשותו [נמק"י פ"ג] אבל דבר שחכמים תקנו לטובת האדם יכול להסתלק ולמחול גם קודם שבא לידו [ר"פ הכותב]:

ז כתב רבינו הב"י המוחל לחבירו מה שיטול מנכסיו יכול לחזור בו קודם שיטול אבל לאחר שנטל מה שנטל נטל עכ"ל ואע"ג דבחפץ לא מהני לשון מחילה מ"מ

מ"מ כיון שנטלה ושתק מסתמא היתה כוונתו להקנות לו כמו בדבר שלב"ל דלא מהני קנין ועכ"ז אם נטלה אחר שבא לעולם ושתק אינו יכול להוציא מידו כמ"ש בסי' ר"ט הכי נמי במתנה בלשון גרוע כשנטלה ושתק אינו יכול להוציא מידו [הגר"א] ואי משום שיכול לומר שכוונתו היתה שיטיל ויתבע ממנו מעות הא לגבי תביעה מהני לשון מחילה [עס"ך] ודווקא במטלטלין אבל בקרקע בכה"ג אפילו אחר שתפס כגון שדר בה והחזיק בה מוציאה מידו דקרקע בחזקת בעליה הראשונים עומדת [סמ"ע] ולפעמים מועיל דיבור בעלמא אף בדבר בעין ואינו ביד המקבל כמו האומר לחבירו מנה או חפץ שיש לי בידך תנהו לפלוני והיו כולם ביחד דזהו תקנת קניין מעמד שלשתן כמ"ש בסי' קכ"ו וכן יש מי שאומר שכשקנו מידו מהני לשון מחילה גם בחפץ בעין וכן בקרקע אתר שהחזיק בה דכשקנו מידו מגוף הדבר קנו מידו [ט"ז] וכן משמע ממ"ש באה"ע סי' צ"ב ע"ש [דהלכה כר"ל ר"פ הכותב]:

ח כתב הרמב"ם בפ"ג מוכיח כשם שהמוכר צריך לסיים המכר כך הנותן כיצד הכותב לחבירו קרקע מנכסי נתונה לך או שכתב לו כל נכסי נתונים לך חוץ ממקצתן הואיל ולא סיים הדבר שנתן לו ואינו ידוע לא קנה כלום ואינו יכול לומר תן לי פחות שבנכסיך עד שיסיים לו המקום שנתן לו אבל אם א"ל חלק כך וכך בשדה פלונית הואיל וסיים השדה אע"פ שלא סיים החלק נוטל אותו חלק מהפחות שבאותה שדה עכ"ל דטעם דבר שאינו מסויים הוא משום דלא סמכה דעתו ולכן דווקא כשגם הכללית אינו מסויים ואינו ידוע לשום אדם אנה מתנתו אבל כשהכללית ידוע אע"פ שהפרט אינו מסויים מ"מ סמכה דעתו דיודע שבשדה זו נמצאת מתנתו ויש מרבותינו דלא ס"ל חילוק זה דכיון שידוע המין שנתן לו אף שאין המקום ידוע כלל הוי מתנה וזהו שכתב רבינו הב"י שיש חולקים ואומרים שבין במכר בין במתנה יכול להקנות דבר שאינו מסויים עכ"ל אבל בדבר שאינו מסויים שבסי' ר"ט שעצם המין אינו מסויים מודים להרמב"ם ואין חולקים עליו רק על מה שהשוה סיום המקום לסיום המין ולפי המנהג שנתפשט לכתוב בקניין הקנאה ד' אמות קרקע ואין מסיימין המקום היכן היא הקרקע מבואר דאנן קיי"ל כהחולקים [ט"ז] [לפמ"ש א"ש הסרא"ד לא נחלק עליו בפכ"א ממכירה וכן הסמ"ע שם וכן הב"י בסי' ר"ט לא הזכיר דיש חולקים ודברי הטור שכתב וכבר כתבתי למעלה וכו' לע"ג ועב"ה וסמ"ע סקי"ג]:

ט כתב רבינו הב"י דיש מי שאומר שהנותן מתנה לחבירו אינו מתנה אא"כ שיהיה בדעת הנותן שתהא ברשות המקבל לעשות בה כל חפצו בד"א שנתנה לו סתם אלא שניכר מתוך מחשבתו שאינו מכוין ליתנה לו שיעשה בה כל חפצו אבל אם מפרש אפילו אם נותנה לו ע"מ שלא ליתנה לאחר או שלא למוכרה או שלא להקדישה או אפילו ע"מ שלא יעשה בו שום דבר אלא דבר פלוני הוי מתנה לאותו דבר שפירש בלבד עכ"ל מבואר מזה דכשנתן לו המתנה סתם אע"פ שלא דיבר מאומה כיון שניכר מתוך מחשבתו שאינו מכוין ליתנה לו שיעשה בה כל חפצו אלא עיקר כוונתו שיעשה המקבל איזה דבר למלאת רצון הנותן שאין הנותן בעצמו יכול לעשותו כמעשה שהיבא בנדרים [מ"ח.] באיש אחד שהיה מודר הנאה מבנו ואח"כ עשה הבן משתה בחצירו ורצה שאביו יהיה שם ואמר לחבירו החצר והסעודה נתונים לך והן לפניך ויבא אבא ויאכל ואמרו חכמים שאינה מתנה דסעודתו מוכחת עליו שכל נתינתו היא רק כדי שאביו יהא ביכולתו להיות על המשתה והערמה היא ואסור וזהו שיטת הרא"ש [פי"ג סי' ל"ח] דאע"ג דנתן לו סתם מ"מ כיון שהעניין מוכיח דהכוונה היתה רק לשט דבר זה אסור ומה שאמרו בגמ' שם ויבא אבא ויאכל לאו דווקא הוא ואפילו בלא דיבור זה אסור אבל יש מרבותינו שחולקים בזה וס"ל דאין האיסור אלא כשאמר כן בשעת המתנה דאז מוכח דלתנאי גמור איכוין שיאכל אביו אבל אם לא אמר בשעת מעשה שיאכל אביו אפילו אם אמר לאחר מכאן הוי מתנה דזהו כדברים שבלב [ר"ן ורשב"א שם] ולדעת הרמב"ם בפ"ז מנדרים אפילו אם אמר לאחר מכאן מיד לאחר המתנה שאביו יאכל לא הוי מתנה מפני שהסעודה מוכחת על זה ובלא אמירה כלל הוי כדברים שבלב והוי מתנה ולפ"ז קשה על רבותינו הטור והב"י שבכאן פסקו כהרא"ש וביו"ד סי' רכ"א פסקו כהרמב"ם ויש מי שאומר דגם להרמב"ם אסור אפילו בסתמא כיון שהעניין מוכיח שאין המתנה רק להערמה בעלמא [שם בב"י בשם רי"ו] ועוד יש לתמוה דלפי מה שפסקו בכאן איך מוכרים חמץ הרבה קודם הפסח לאינו ישראל ועל סמך זה מאכילים גם לבהמות חמץ הא אין לך הערמה גדולה מזו אלא וודאי כיון שהמכירה נעשית כדין לא איכפת לן בההערמה וכמ"ש בא"ח סי' תמ"ח וצריך לחלק בין מכירה למתנה דבמכירה כיון שעושה עמו מקח קצוב לא איכפת לן בההערמה דוודאי גומר בדעתו אם יסלק לו המעות למה לא ימכור לו דמ"מ היא מכירה גמורה משא"כ במתנה כשעושה בהערמה הרי אין רצונו כלל לתת אותה בחנם ואינה מתנה כלל ולפ"ז יש ליזהר במכירת חמץ שלא ליתן את החמץ במתנה רק במכירה ואף גם במכירה אם ההערמה ניכרת להדיא כגון שהבהמה היא בחצר הישראל אין להאכילה חמץ ע"פ היתר המכירה ודמי למעשה דנדרים [ככ"ל וח"ש מה שפסקו הגדולים על התב"ם שאוסר להאכיל חמץ לבהמות ע"פ המכירה ודו"ק]:

י וזה שנתבאר דכשמפרש שאינו נותן לו המתנה לכל הדברים ואין לו רשות לעשות בה רק דבר פלתי הוי מתנה לאותו דבר בלבד הטעם הוא דלא גרע ממקנה לו חלק בו ואומר לו אני ואתה נהיה שותפים בזה וה"נ היא של המקבל לאותו דבר ולשארי דברים היא של הנותן [סמ"ע] ובלבד שאותו דבר לא יהיה טובת הנותן דאל"כ הרי אינו נותן לו מאומה ואינה מתנה כלל וכמ"ש בסעי' הקודם עוד יראה לי דכשנתן לו ע"מ שלא למכרה או שלא לחקדישה דהוי מתנה ואין לו רשות למכור ולהקדיש אם מת הנותן רשאי למכור ולהקדיש דכשהוא בחיים שייר לעצמו כח זה אבל כשמת פקע כחו ואין זה ממון שיוכל להורישו לבניו דאין זה רק תנאי בעלמא וממילא שיכול המקבל לעשות בה כל חפצו וכן נראה דבחיי הנותן אין הבע"ח של המקבל נוטלה בחובו כיון שלא נתן לו רשות להוציאה מרשותו ואם מת הנותן גובה [וכ"ל דזה תלוי בשני דיעות שהביא הס"מ פ"ח מגירושין דין י"ח ודו"ק]:

יא הנותן מתנה ע"מ להחזיר בין מיד בין לזמן קצוב או כל ימי חיי הנותן או כל ימי חיי המקבל הוה כמתנה לזמן הקצוב בין בקרקע בין במטלטלין ואוכל הפירות עד אותו הזמן והוא שמחזירה להנותן לזמן הקצוב אבל אם אינו מחזירה נתבטלה המתנה ואין זה קניין פירות דקיי"ל לאו כקניין הגוף דמי דזהו קניין גמור על הגוף רק שמתנה עמו שיחזיר לו וכשמחזיר לו צריך להקנותו בקניין חדש [רא"ש פ"ג דסוכה] והוא תנאי ככל התנאים אבל אם א"ל יהא שלך עד זמן פלוני ואח"כ תהא שלי כבתחלה ולא בדרך הזרת קניין אין זה כמתנה אלא כשאלה בעלמא [שם] וי"א דבמתנה ע"מ להחזיר כשמתה בתוך הזמן פטור דנהי דהתנה שיחזירו לו מ"מ אינו כשואל שחייב באונסין אלא שלו הוא לגמרי ופטור כשנאבדה ויש חולקין בזה דנהי דשלו היא עתה לגמרי מ"מ חייב להחזיר לו ואם לא החזיר לו המתנה בטלה ולכן אפילו במתה מחמת מלאכה חייב דהא לא קיים תנאו [שם] ומ"מ הפירות שאכל אינו חייב להחזיר לו דלכל הפחות לעניין זה לא נתבטלה מתנתו וי"א דחייב לשלם [מל"מ]:

יב ולפיכך אמרו חז"ל [ב"ב קל"ז:] הנותן שור לחבירו וא"ל ע"מ שתחזירהו והקדישו והחזירו ה"ז קדוש וה"ה מכרו או נתנו לאחרים או שיעבדו לבע"ח [נמק"י] אם רק החזירו אע"פ שאין החזרה כלום דהרי האחר יבא ויטלנו מ"מ הרי קיים תנאו שהחזיר אותו אבל אם אמר ע"מ שתחזירהו לי אינו קדוש שלא התנה עליו שיחזיר לו אלא דבר הראוי לו וכ"ש שאין ממכרו ממכר ואין מתנתו מתנה ואין שיעבודו שיעבוד [שם] ויש לשאול בזה דלפמ"ש בסעי' הקודם דצריך אח"כ להקנות לו א"כ אף כשלא אמר לו איך הקדישו הקדש הא א"א לו לקיים תנאו בהחזרה מפני הקניין שאינו כלום כיון שהוא של הקדש וכן כשמכר או נתן לאחרים איך תחיל החזרה הא אין אדם מקנה דבר שאינו שלו והתשובה בזה דכיון דלא אמר לו בע"כ שלא היה התנאי שיחזירנו בקניין אלא חזרה לרשותו על שעה מועטת כדי לקיים תנאו וזהו כמו שא"ל ע"מ שהשור יעמוד בחצירו שעה וכיוצא בזה. דאל"כ היה אומר לי ולכן הקדישו הקדש וכדי לקיים תנאו מחזירנו לרשותו על שעה מועטת [נ"ל] ויש מי שרוצה לומר דמיירי כשהקדישו לקרבן שלמים דיוחזר לו העור והבשר דלפ"ז אין דין זה נוהג בזמה"ז וא"א לומר כן ולמה כתבוהו הטור והש"ע וכן מהרש"ם ורפוסקים לא נראה כן כלל וי"א דבהקדש אף כשאמר לי ואין ההקדש חל מ"מ פודיהו בפרוטה כדי שלא יאמרו הקדש יוצא בלא פריון [שם בשם סרא"ב"ד] וזהו רק בהקדש בדק הבית אבל הקדשות שבזמן הזה אין עליהם דין הקדש כלל כמ"ש בסי' צ"ה [ובמ"ש מיושב קושית הקצה"ח ועמ"ש בא"ה"ע סכ"ח]:

יג לא קצב לו זמן להחזרה אלא שא"ל סתם שיחזירנו לו יכול המקבל להחזיר לו מתי שירצה דכל תנאי ביד המקיים לקיים מתי שירצה כשלא קבעו זמן בהתנאי אמנם אם הוא דבר הצריך להנותן כגון אתרוג בימי הסוכות ואמר ע"מ שתחזירנו לי צריך להחזיר לו מיד דמסתמא כן היתה כוונתו שהמקבל יוצא בו ידי חובת המצוה ויחזיר לו מיד וכן כל כה"ג כשמוכח הדבר שנתן לו המתנה לשעה קלה או לזמן מוגבל חייב מיד להחזיר לו וזהו כשאמר לי אבל אם אמר ע"מ שתחזירנו ולא אמר לי יכול להחזיר מתי שירצה אפילו אחר הסוכות דלא גרע מהקדישה או מכרה והנותן מתנה ע"מ להחזיר וחזר הנותן ומחל לו התנאי א"צ קניין מחדש [ח"ס] והמתנה מקויימת משעה ראשונה דהרי סילק תנאו והוי כמו שנתן אז בלא תנאי:

יד אע"ג דמתנה ע"מ להחזיר שמה מתנה מ"מ הנשבע או הנודר לחבירו ליתן לו מתנה לא מהני אם נותן לו ע"מ להחזיר דכיון שנדר לו מסתמא היתה על דעת המקבל וצריך לנתן לו מתנה חלוטה אבל הנשבע או הנודר סתם ליתן מתנה יכול ליתן אפילו ע"מ להחזיר אם ימצא מי שיתרצה לזה ויוצא בזה ידי נדרו ושבועתו ואף גם בזה דווקא בסתם מתנה אבל נדר ליתן לעני לא מהני ע"מ להחזיר [ש"ך יו"ד סי' רל"ח] אפילו לא פירש לאיזו עני וכן המתחייב עצמו ליתן מתנה לפלוני נ"ל דלא מהני מתנה ע"מ להחזיר דכל חיוב הוא מסתמא מפני איזה חיוב שיש להפלוני עליו או מפני איזה טובה שקבל ממנו וצריך ליתן לו מתנה חלוטה ועוד דבלשון בני אדם כשמתחייב א"ע במתנה הכוונה על מתנה גמורה:

טו האומר לחבירו שדה זו או בית זה או חפץ זה נתון לך ע"מ שתתן לי מאתים זוז עד זמן פלוני ומת הנותן תוך הזמן או שלא קבע זמן כלל נתבטלה המתנה ואינו מועיל מה שיתן ליורשיו דמיון שאמר לי הכוונה לי ולא ליורשיי וכמ"ש בסי' ר"ט לעניין שיור אבל אם מת המקבל יכולין בניו ליתן להנותן המאתים זוז דהרי לא אמר אתה תתן אלא ע"מ שתתן ועיקר כוונתו היתה לקבל המאתים זוז יכולים גם יורשי המקבל לקיים התנאי וליתן לו [הגר"א] והאומר שדה זו נתונה לך ע"מ שתתן לי בכל שנה כך וכך ומת הנותן א"צ ליתן עוד ליורשיו אבל מה שנתחייב להנותן בחייו ולא קיים נתבטלה המתנה אא"כ נראה שהנותן לא הקפיד על זה כגון שלא תבעו וכן אם לא עבר על התנאי כגון שזקף עליו במלוה או שלא היה תנאי שהמתנה תלויה בו שלא אמר ע"מ אלא שהמקבל התחייב א"ע ליתן בכל שנה להנותן כך וכך ולא נתן לו ומת חייב ליתן ליורשיו [נה"מ] ומי שעושה תנאי עם חבירו ליתן לו חפץ פלוני אם החפץ קיים צריך ליתן לו דווקא החפץ עצמו ואם נאבד יכול ליתן לו דמיו כמה שהיה שוה ואע"ג דבגט בכה"ג לא מהני נתינת הדמים כמ"ש באהע"ז סי' קמ"ג שאני התם משום דאמרינן שכיון לצערה אבל בכאן מה לי החפץ או דמי החפץ וכן בכל מתנה ע"מ להחזיר יכול להחזיר דמי החפץ כשנאבד החפץ [ש"ך] ואע"ג דלדיעה ראשונה בסעי' י"א כשנאבד בלא"ה פטור זהו כשנאבד תוך הזמן שקבע אבל לאחר הזמן וודאי דחייב באונסים נ"כ דכיון דהיה לו להחזיר ולא החזיר נעשה כשואל או כגזלן וחייב בכל האחריות [נס"מ] :

טז כבר נתבאר בר"ס ר"ז דבתחלת המקח כל מי שהתנה התנאי בין שהתנה המוכר בין שהתנה הלוקח התנאי קיים אבל שלא בתחלת המקח לא מהני מה שהאחד מתנה לטובת השני ואינו אלא פטומי מילי וגם במתנה הדין כן [סמ"ע] וכל הנותן מתנה על תנאי בין שהתנה הנותן בין שהתנה המקבל והחזיק המקבל במתנה אם נתקיים התנאי נתקיימה המתנה ואם לא נתקיים התנאי בטלה המתנה ויחזיר פירות שאכל ודווקא שהתנאי יהיה כראוי בדיני התנאי שנתבארו שם ושם נתבאר די"א דבממון לא בעינן כל דיני תנאי ואפילו לדעת המצריכים דיני תנאי אם כתוב בסוף השטר וקנינא מיניה כחומר כל תנאים וקניינים העשוים כתקון חכמים א"צ יותר דאף אם לא נעשה כדיני תנאי מ"מ בזה נכלל כל דיני תנאי ואם אינו כתוב כן ולא נעשה בדיני תנאי בטל התנאי והמתנה קיימת כמ"ש שם ואם יש ספק בפירושו של תנאי מקיים הפחות שבפירושים והמתנה קיימת [רמג"ה] [מ"ם סקג"ח סקי"ד ל"ל כלל כמ"ם בתס"ע סי' כ"ע סעי"ז וכ"כ סגס"ע] :

יז ראובן נתן ממונו לשני בניו וריבה לזה ומיעט לזה והטיל תנאי ע"מ שלא יוכל אחד מהם למכור שום דבר עד שיהא להבן הקטן עשרים שנה ועמד הגדול ומכר קודם שהיה לקטן כ' שנה זה הגדול שביטל התנאי נתבטלה מתנתו מעיקרא ונשארה ברשות אביו דכל האומר ע"מ כאומר מעכשיו דמי ואם נתקיים התנאי נתקיימה המתנה משעת נתינה ואם לא נתקיים נתבטלה מתנתו וכשמת האב ירשו הוא ואחיו הקטן ומתנתו של קטן קיימת ודווקא שנעשה כדיני תנאי או שכתוב בהצואה כחומר וכו' כמ"ש בסעי' הקודם :

יח אין המקבל מתנה עומד לענין אחריות במתנתו אף שהנותן גובה אותה כיצד ראובן שקנה קרקע משמעון באחריות ונתנה ללוי במתנה ובא בע"ח דשמעון וטרפה מלוי חוזר ראובן על שמעון ואינו יכול לומר מה אפסדתיך הרי לא ממך נטלוה מפני שיכול ראובן לומר דכשהיתה ביד לוי היא כבידי דזה הנאתי כשהיא ביד מי שנתתיה לו במתנה ואין ראובן צריך לשלם ללוי מה שטרף משמעון דבמתנה לא שייך אחריות אא"כ הקנה לו כל שיעבודיו שיש לו על הקרקע או שהתחייב עצמו באחריות :

יט אם היה תנאי במתנה והמקבל אומר שנתקיים התנאי והנותן אומר שלא נתקיים אם התנאי הוא על פעולה כגון ע"מ שתעשה דבר פלוני או תלך למקום פלוני או תתן לי חפץ פלוני או לדבר עם איש פלוני וכיוצא בזה על המקבל להביא ראיה שנתקיים התנאי ואם התנאי היה על מניעת פעולה כגון ע"מ שלא לעשות דבר פלוני ולא לילך ולא לדבר ולא ליתן על המתן להביא ראיה שנתבטל התנאי והטעם דכל דבר מוקמינן אחזקתו הקידמת ואומרים שנשאר הדבר כמו שהיה מקידם ומי שאומר שנתחדש מכמקדם עליו להביא ראיה שכן הוא ושטר שכתוב בו ע"מ שלא יכול למוכרה את המתנה פירושו הוא שאם יעבור וימכרנה תתבטל המתנה וחוזרת להנותן ואע"פ שהמכירה בטילה כצד ביטול המתנה וא"כ נאמר דפירושו הוא שלא ימכרנה ואם ימכרנה תתבטל המכירה אבל המתנה קיימת דא"א לומר כן דאם המתנה קיימת ושלו היא לנכרי למה תתבטל המכירה הרי ביד האדם לעשות בממונו מה שירצה אלא וודאי דהמתנה בטילה וכ"ש כשכתב ע"מ שלא ימכור [טור סעי' ט"ו] :

סימן רמב [דין מתנה באונס ומסירת מודעא ומתנתא טמירתא ובו י' סעיפים] :

א הנותן מתנה מחמת אונס שאנסוהו ליתן אינה מתנה כמ"ש בסי' ר"ה דבמתנה אם רק ידוע שאנוס היה

היה בטלה המתנה גם בלא מסירת מודעא ולא דמי למכר ע"ש ואפילו קבל עליו אחריות נכסים בשטר אינה מתנה כיון שאנסוהו בכך וכן מסירת מודעא מבטלת המתנה אפילו לא ידעינן אם אנוס היה כפי מה שכתוב בהמסירת מודעא שהרי אפילו אם המודעא היא שקר מ"מ כיון שגילה בדעתו שאינו חפץ במתנה הרי היא בטילה ואיך נכיף לאדם ליתן מתנה לפיכך המוסר מודעא על נתינת מתנה כותבין לו העדים את המודעא אף דלא ידעי באונסיה ולא דמי למכר דבמכר חשרינן ליה שעתה הוא דחוק למעות ומוכרח למכור ואח"כ כשירוח לו יוציא המודעא ויבטל המכר לפיכך אין כותבין אא"כ יודעים באונסו אבל במתנה כיון שאינו רוצה בוודאי בטלה המתנה ושם נתבאר עוד בזה:

ב ואם מסר מודעא וביטלה אם לא ידעינן באונסיה וביטלה מדעתו שלא באונס הוי ביטול אבל כשמכירין באונסו לא מהני הביטול דהא אפילו בלא מודעא כלל כל שידעינן שאנוס הוא במתנתו אינה מתנה אף בלא מודעא וכן אם ידעינן אפי' שנסתלק אונסו ולא ביטל המודעא אין המתנה כלום אא"כ נסתלק אונסו וביטל את המודעא ולפיכך נהגו לכתוב ביטול מודעות בשטרי מתנות:

ג אמרו חז"ל [ב"ב מ':] כל מתנה בין של בריא ובין של שכ"מ בשלשה ימים הראשונים מחליו שאין דינו כמצוה מחמת מיתה כמ"ש בסי' רנ"ג צריך שתהא גלויה ומפורסמת שיהא נראה שנותנה ברצונו הטוב ולא טיבעיא אם אמר להעדים התחבאו וכתבוה דוודאי ניכר להדיא שאין רצונו בנתינתה ואנוס הוא בזה אלא אפילו אמר להם סתם כתבוה אינה כלום אא"כ אמר להם כתבוה וחתמוה בפרהסיא וכיוצא מלשונות אלו שיהא ניכר שנותנה ברצון וכ"ש כשכותבים מפורש שנותנה ברצונו ולמה חששו לזה משום דסתם בני אדם אין נותנים מתנות לפיכך חששו שמא יש איזה אונס בזה [כ"ל] ולכן כל שטר מתנה שאין כתוב בו שנתנה הנותן ברצון או שאמר להעדים שבו בשווקים וברחובות וכתבו מתנה זו גלויה ומפורסמת וכיוצא מלשונות אלו חוששין שמא מתנה מסותרת היא ושלא מרצון נכתבה ולא זכה בה המקבל ואפילו אם קנו מהנותן ואפילו תפס המקבל והחזיק בהמתנה מוציאין מידו אם הנותן מערער עליו משום דריעא שטרא ומוקמינן לה בחזקת הנותן ואפילו במתנת מטלטלין אמנם לדעת הרמב"ם בפ"ה מזכיה במטלטלין כשתפסם אין מוציאין מידו [הגר"א] אבל קרקע עומדת תמיד בחזקת מרא קמא ואפילו טען המקבל שנתנם לו במתנה גמורה וצוה לכתוב כן בהשטר והעדים שכחו מלהזכיר זה בשטר, אינו מועיל [ע"ז] אא"כ כשהעידים מעידים כן:

ד אם החזיק את המקבל מיד בהמתנה נראה לעין שברצונו נתן לו דאל"כ מי הכריחו להחזיקו מעכשיו במתנתו והרי לנו אין ידוע שום אונס אלא דחיישינן מפני שלא נכתב בפרסום ולכן אם כתוב בהשטר מתנה לך והחזק בה מעכשיו הו"ל כאלו כתוב כתבוה וחתמוה בפרהסיא וכן י"א אף בלא מעכשיו ונכתבה בסתר אם החזיק הנותן את המקבל בהמתנה או אפילו שהמקבל בעצמו החזיק בה בפני הנותן ולא מיחה בו קנה דאיגלאי מילתא דלאו למתנה טמירתא איכוין ודעתו היה להקנותה בקניין גמור ומה שכתבה בסתר היה לו איזה טעם בזה כמו שלא יתקנאו בו אחרים וכיוצא בזה דאל"כ למה שתק כשהחזיק בה המקבל וכן היה דן הרי"ף ז"ל:

ה וכן אם לא צוה לכתוב בפרהסיא וצוה לחותמו בפרהסיא כשר ואע"פ שלא צוה ליתנו לו בעידי מסירה בפרהסיא כשר וכן אם צוה ליתנו לו בעידי מסירה בפרהסיא אף שלא צוה לכתוב ולחתום בפרהסיא כשר שהרי עכ"פ יש גילוי דעת שהיא בנפש חפיצה אבל אם לא צוה להתום או למסור בפרהסיא אע"פ שצוה לכתוב בפרהסיא אינו מועיל דכתיבת השטר אינו כלום והעיקר הוא החתימה או המסירה [כ"מ בטור]:

ו מצוה מחמת מיתה והיינו לאחר ג' ימים מחליו א"צ לומר לכתוב ולחתום בפרהסיא או אפילו לומר שיגלו את המתנה אלא אפילו כתובה סתם אין חוששין לה שמא מסותרת היא דכשאדם חושב במיתתו אינו עושה מעשה ערמומית מפני פחד או איזה טעם שהוא וכל דבריו נאמרים באמת וכן שכ"מ קודם ג' ימים כשאמר לא תגלו מתנה זו אלא לאחר מיתה ה"ז מתנה קיימת שהרי בעת שהקנה אותה והיינו לאחר מותו צוה לגלות וכ"ש במצוה מחמת מיתה מפירש ודרך בני אדם כן הוא כשנותנים במתנת שכ"מ אין רצונם שיוודע בין החיים עד אחרי מותם כדי שלא יערערו עליהם מי שהוא בחייהם:

ז אם נכתב בהשטר מתנה שהנותן צוה לנו לכתוב בכל לשון של זכות כתקון חכמים א"צ יותר אבל אם לא נכתב כתקין חכמים אינו מועיל [ב"י בשם רמב"ן] מיהו אם כתוב בו שארי לשונות של יפוי כח המורה על רצונו וודאי דמועיל:

ח אע"ג שנתבאר דגם סתמא אינו מועיל כשלא נכתב בפירוש שצוה לחתום או למסור בפרהסיא מ"מ י"א דהאידנא לא חיישינן לסתמא משום דנהיגי למיכתב בכל שטרי מתנתא לשונות של פרהסיא ולכן כשמצוה לכתוב שטר מתנה סתם דעתו שיכתובו כמנהג הסופרים והוה כאלו אמר כתבוה וחתמוה בפרהסיא ומ"מ לכתחלה טוב לפרש בהדיא ונראה שאם צוה להעדים לכתוב שרשות ביד המקבל לעשות קיום ב"ד או לקיימה בערכאות או שהוא עצמו כתב לו כן אין לך פירסום גדול מזה:

אבל

ט אבל כשצוה מפורש לכתוב ולחתום את המתנה בסתר גם האידנא אינה כלום וכך אמרו חז"ל דמתנתא טמירתא אינה אפילו כמודעא לבטל מתנה גלויה שלאחריה כיצד נתן שדהו לאחד במהנה טמירתא ואח"כ נתן אותה שדה לאחר במתנה גלויה השני קנה ולא אמרינן כיון שנתן אותה שדה כקודם במתנה טמירתא הרי גילה דעתו שאינו חפץ ליתנה ומסתמא יש לו איזה אונס שמוכרח ליתנה שלא מרצונו א"כ תיהוי הראשונה גילוי דעת להשנייה שאנוס הוא ולא יקנה לא זה ולא זה דאינו כן ואדרבא אמרינן דלהראשון לא רצה ליתנה ולהשני רצה ולכן נתנה לו בפרהסיא בד"א כשאין כאן הוכחה אחרת שהיה דעתו לבטל השנייה אבל אם יש כאן הוכחה אחרת שתיהן בטילות והוי הראשונה כמודעא להשנייה:

י כיצד כמעשה שהיה באחד שחפץ לישא אשה פלונית ולא רצתה להנשא לו עד שיכתוב לה כל נכסיו וכששמע בנו הגדול בא לפני אביו וצווח לפניו על רצונו לכתיב לה כל נכסיו ואמר האב לעדים לכו והחביאו עצמיכם וכתבו לבני כל נכסי במתנה ואח"כ כתב להאשה כל נכסיו במתנה גלויה ומפורסמת ובא המעשה לפני חכמים ואמרו ששניהם אינם קונים הבן מפני שהיתה מתנתא טמירתא והאשה לא קנתה מפני שהדברים מוכיחים דשלא ברצונו כתב לה וכאנוס הוא שהרי מתנת הבן אף שלא קנה מ"מ היא כגילוי דעת שאין ברצונו ליתן לה שהרי לתכלית זה צוה להעדים לכתוב לו ואין לשאול למה לנו טעם על ביטול מתנתה מפני גילוי דעת של מתנת הבן הא בלא"ה ידעינן באונסו דאינו נותן לה אלא מפני שלא רצתה להנשא לו בלעדי המתנה דבאמת אין זה אונס דאונס לא מקרי אלא כשהוא אנים מאחרים כגון שכופין אותו ע"פ איזה ענין אבל במה שהוא אנוס מרצון נפשו ואלמלי לא רצה למלאות תאותו לא היה מוכרח לזה זה הוא רצון גמור דע"י תאותו לישאנה גמר בלבו ליתן לה ולכן בלא מודעא לא היה אפשר לבטל מתנתה ורק מתנת הבן שהוא גילוי דעת מפורש הוה כמסירת מודעא למתנתה של האשה ובטילה המתנה אא"כ יבטל המודעא כמ"ש בסי' ר"ה ואף שיש מהגדולים דס"ל דגם בלא מתנת הבן בטלה מתנתה מפני שרואין אונסו שמוכרח לזה מפני רצונו לישאנה אין הלכה כן וכן הסכימו רבותינו בעלי חש"ע דכל אונס שבא ע"פ רצון נפשו אין זה אונס בלא מסירת מודעא:

סימן רמג [המזכה מתנה ע"י אחר ורוצה לחזור בו וזכייה לקטן ובו כ"ה סעיפים]:

א המזכה לחבירו מתנה ע"י אחר כיון שזה האחר החזיק בהמתנה בעד המקבל או שהמתנה היתה בשטר ומסר הנותן את השטר ליד האחר וזכה בו בשביל המקבל זכה המקבל ואין הנותן יכול לחזור בו דזכין לאדם שלא בפניו ויד המקבל על העליונה אם רוצה מקבלה ואם אינו רוצה חוזרת להנותן ודווקא כשמיחה מיד אבל אם מיד כששמע שתק ולאחר זמן אמר שאינו רוצה בהמתנה יש בזה דין אחר ויתבאר בסי' רמ"ה בס"ד והזוכה נעשה כשלוחו של המקבל ויכול המקבל להוציא את המתנה מיד הנותן אם הקניין של הזוכה לא היתה ע"י משיכה רק בקניין אחר והמתנה היא עדיין ברשות הנותן אף שלא היה המקבל בעת הקניין ואין הנותן יכול לומר לו לאו בע"ד דידי את דהמקבל אומר לו דהזוכה נעשה כשלוחי וכן אם נדר לגבאי צדקה ליתן כך וכך לצורך עניים והגבאי היתה כוונתו לצורך עני פלוני יכול זה העני להוציא מהנודר אע"פ שלא ידע כלל בעת שנדר להגבאי [ע"ז] דהגבאי נעשה כשלוחו:

ב בד"א כשאמר הנותן זכה במתנה זו לפלוני או בעד פלוני אבל אם א"ל הולך לפלוני מנה זה יכול לחזור בו כל זמן שלא הגיע ליד המקבל דבמתנה הולך לאו כזכי דמי ולא דמי להלואה ופקדון דקי"ל בסי' קכ"ה דכזכי דמי משום שהוא מחוייב ליתנם אבל מתנה כשאמר הולך היתה כוונתו שיזכה המקבל משתבא לידו דווקא וכן אם אמר תן מתנה זו לפלוני לא הוה כזכי ולדעת הרמב"ם הוה תן כזכי גם במתנה כמ"ש שם וגם אי לא הוה כזכי מ"מ אם היא מתנה מועטת יש בזה משום מחוסרי אמנה כשאינו מקיים כמ"ש בסי' ר"ד ואם המקבל עני זכה בה אפילו במתנה מרובה מדין נדר כמ"ש ביו"ד בסי' רנ"ח ולא עוד אלא אפילו אם הוא בעצמו לא נתן אלא שהסכים על המתנה כמעשה שהיה באשה שחלתה ונתנה מתנה בשעת חליה ובעלה נתרצה בלא הפצרתה ואח"כ רצה לחזור בו ופסקו חכמים דאינו יכול לחזור בו כיון שהמתנה היתה לעני אבל אם נתנה מתנה לעשיר יכול לחזור בו אח"כ מפני שיכול לומר מה שנתרצה בשעת מעשה מפני שלא רצה לצערה בחליה אבל בעני אזלינן לחומרא דשמא הסכים באמת ומתנה לעני כשלא נתנה עדיין בפועל אלא הבטיחה ליתן והבעל שתק ג"כ יכול לומר דזה ששתק הוא מפני שלא חשש למחות בה כיון שלא נתנה עדיין [כ"מ מרמ"ת] ועוד נ"ל דאם נתנה מתנה לעשיר בבריאותה והבעל שתק אינו יכול אח"כ לחזור בו דאם לא הסכים למה לא מיחה בה דכיון שהיא בריאה לא שייך לומר שלא רצה לצערה ובאה"ע סי' צ' לא משמע כן:

בנדר

ג כנדר ושבועה שנדר או נשבע ליתן מתנה לפלוני ואח"כ אמר לאחד הולך או תן מתנה זו לפלוני הוה כזכי דכיון שאינו יכול לחזור בו מפני הנדר או השבועה דינו כהלואה ופקדון וה"כ דינו כשבועה [מה"ח]:

ד אפילו אם א"ל זכי לפלוני אינו קונה אא"כ המתנה היא ברשות הזוכה אבל אם אינה ברשותו דברים בעלמא אינו קניין אא"כ היה קניין סודר או חזקה בקרקע ומיהו כשא"ל זכי בשביל פלוני אפילו אין החפץ עתה ברשות הזוכה מ"מ לכשיבא לרשותו זכה בשבילו אם הנותן לא יחזור בו קודם שתבא לרשותו דכיון דרצה לו לזכות בשבילו הוי שלוחו לזכות בשביל פלוני לכשתבא לרשותו ואז זוכה רשותו לאותו פלוני ויש מי שאומר שמ"מ ברשות הנותן צריכה להיות בשעה שא"ל זכי לפלוני דאל"כ הוי כדבר שלב"ל ולא נהירא דהא גם בדבר שלב"ל יכול לומר לו כשתבא לעולם תזכה לפלוני אם לא מטעם דכל מילתא דלא מצי עביד לא מצי משוי שליח ותלוי בהדיעות שבארנו בסי' קפ"ב סעי' ד' ואפילו לפי זה כשלא היה ברשות הנותן וקבל הזוכה בקניין שיזכה לפלוני כשתבא לרשות הזוכה אם קדם ותפסה קודם שחזר בו הנותן זכה כמ"ש בסי' ר"ט לעניין דבר שלב"ל דמהני תפיסה בכה"ג [ע"ז] וי"א דזה שמהני זכייה כשהמתנה היא בדשות הזוכה זהו דווקא כשבעת הזכייה נכנסה לרשות הזוכה אבל אם היתה מקודם ברשותו לא מהני מה שא"ל זכה לפלוני דאינו ניכר זכייתו עתה אבל כשהיא ביד הזוכה מועיל גם אם מקודם היתה בידו דכשהיא בידו ממש מינכרא זכייתו גם בכה"ג ונתבאר בסי' קכ"ה ולכן לדיעה זו אם אינה בידו ממש וברשותו היתה מקודם יקניהו לו עתה בק"ס או ישלנה בידיו:

ה כשאמר לאחד זכה לראובן וזכה בעדו אם נתוודע שבעת הזכייה לא היה ראובן בחיים תחזור המתנה להנותן ואין יורשי ראובן זוכים בה דלו נתן ולא ליורשיו ובהולך לפלוני ומת נתבאר בסי' קכ"ה ע"ש:

ו אמר לשנים זכו בשדה זו לפלוני וכתבו שטר עליו והחזיקו בהשדה בחזקה לקנותה לפלוני אע"פ שאין הנותן יכול לחזור בו בהמתנה עצמה מ"מ בהשטר יכול לחזור בו ואף אם כתבוהו מ"מ כל זמן שלא בא ליד המקבל יכול לחזור בו ולומר לא ניחא לי בהשטר שלא יאמרו הבריות שיש עלי ריבוי שטרות ויזלו נכסיי ואפילו הקנה בק"ס את השדה וסתם קניין לכתיבה עומד זהו שיכולים העדים לכתוב גם בלא שאלת פיו כל זמן שלא מיחה אבל זה וודאי דיכול למחות דבמאי קנה את השטר שלא יהיה ביכולתו למחות בו ואף אם קנו ממנו על כתיבת השטר הוי קניין דברים דכתיבה אין בה ממש שהקניין תחול על זה [סמ"ע]:

ז בד"א שהמתנה אינו יכול לחזור בו שלא תלה המתנה בהשטר אבל אם אמר להם זכו לפלוני בשדה זו ע"מ שתכתבו לו את השטר אע"פ שעשו חזקה בהשדה וגם קבל בק"ס יכול לחזור בו מהשטר ותתבטל גם המתנה ואפילו כתבו את השטר כל זמן שלא מסרוהו ליד המקבל אם מיחה בהם מלמסור לו בטלה גם המתנה וזה שאמר ע"מ שתכתבו לו היתה הכוונה לכתוב ולמסור דכתיבה בלא מסירה לידו אינו כלום וכיון שחזר מהמסירה לידו והוא תלה בזה המתנה בטלה המתנה ממילא וכן בתנאי אחר כגון ע"מ שתתנו לו מאתים זוז וכיוצא בזה כל זמן שעדיין לא נתקיים התנאי וחוזר בו בטלה המתנה ואין לומר כיון שאין התנאי תלוי ביד הנותן אלא ביד העדים יקיימו התנאי בעל כרחו של הנותן בשלמא בעל מנת שתכתבו לו את השטר דכתיבת שטר צריך שליחות וכיון שמבטל השליחות מהשטר ממילא דהמתנה ג"כ בטלה אבל תנאי דתתנו לו מאתים זוז יתנו להמקבל מאתים זוז בע"כ של הנותן ותתקיים המתנה די"ל דוודאי אם התנאי היה לטובת הנותן כגון ע"מ ליתן להנותן מאתים זוז וודאי שיכלו לעשות כן אבל תנאי שלטובת המקבל אינו תנאי לגבי המקבל שיהיה יכולת בידו לעשות בע"כ כשהתנהו הנותן דתנאי שהאחד מתנה לטובת חבירו הוי פטומי מילי בעלמא כמ"ש בסי' ר"ז ואין לומר אדרבא כיון שהוא פטומי מילי בטל התנאי והמעשה קיים דאינו כן דלטובת הנותן אינו פטומי מילי ואמרינן דה"ק שלא תגמור המתנה עד שיתנו לו המאתים זוז ושלא ימחה בהם [רמ"ס פ"ס דב"ב סי' ס'] ואע"ג דתנאי שבתחלת הקניין לא הוי פטומי מילי אף שהאחד התנה לטובת חבירו כמ"ש שם סעי' י' זהו במכר דאמרינן דאף שהמוכר התנה טובת הלוקח מ"מ הרי הלוקח לא ירד אלא על תנאי זה אבל במתנה כשהנותן מתנה לטובת המקבל אף בתחלת הדבר הוי פטומי מילי שהרי אין העניין תלוי רק בהנותן [כ"ל] וכן אין המקבל יכול לומר הריני כאלו התקבלתי כמו בקדושין באהע"ז סי' ל"ח דהרי לכן התנה הנותן כן כדי שיהיה יוכל לחזור בו [ר"ן פ"ק דקדושין] והוה כאלו אמר ע"מ שלא אמחה [נמק"י ב"ב שם] ואם אמר בלשון זה ע"מ שאתרצה בכתיבת השטר אין גבול לדבר דכל זמן שיתרצה יתקיים המתנה למפרע דכל האומר ע"מ כאומר מעכשיו דמי ולכן מניחין הפירות ביד שליש ולכשיתרצה מוסרין הפירות להמקבל [שם] ואפילו מיחה מלכתוב לא נתבטלה המתנה דאם יתרצה אח"כ תחול למפרע אבל כשאמר ע"מ שתכתבו מיד כשמיחה נתבטלה המתנה דזהו כמו שאמר ע"מ שלא אמחה [שם] וכה"ג בשארי מיני תנאים:

ח ומעשה באיש ואשה שעשו קניין שישאו זא"ז ועשו קנס ביניהם על כל מי שיחזור כדרך שידוכין ואמרו

ע"מ

ע"מ שיכתבו השטרות ואח"כ חזר אחד מהם קודם כתיבת השטרות ומחה בכתיבתם פסק הרא"ש ז"ל דנתבטל הקניין הואיל שאמרו ע"מ שיכתבו השטרות וכיון דבשטר צריך שליחות ואחד מהם ביטל השליחות והם תלו הקניין בהשטרות ממילא דבטל הקניין והחוזר פטור מהקנס ואפילו נכתבו השטרות כל זמן שלא נמסרו להצדדים יכולים לחזור כמו שנתבאר ודווקא שעשו קניין על הקנס ג"כ והקניין חל כמ"ש בסי' ר"ז סעי' כ"ה אבל אם הקניין היה רק על הנשואים בלבד גם בלא זה אין הקניין חל דהוי קניין דברים [סמ"ע] ויש מי שחולק בזה דנשואין אינו קניין דברים [ט"ז] וכן עיקר דחיוב נשואין הוי שיעבוד הגוף שהוא מתחייב א"ע במזונותיה ובלבושיה והיא משעבדת גופה למלאכה ולא גרע מקניין על שכירות הגוף וכן משמע מרבינו הרמ"א בסעי' ז' ע"ש:

ט יש מרבותינו שסובר דדווקא בשטר מתנה יכול למחות מלכתוב אבל במכר אינו יכול למחות מלכתוב [ר"ת ס"ס בתוס'] ורבים חולקים בזה דגם במכר כשמכר שדהו ואמר לשנים זכו לו בשדה זו וכתבו לו שטר והחזיקו בשדה או שהיה קניין כסף יכול למחות מלכתוב שטר מכירה אמנם גם הלוקח יכול לחזור בו ולומר לא קניתיה אלא ע"מ שתכתוב לי את השטר וגם דעת הרמב"ם בפ"ו ממכירה נראה כן ואפילו קנו מידו על השטר קניין דברים הוא ויכול לחזור בו ואע"ג דבמכר יש שיעבוד נכסים ה"מ כשהקניין היה ע"י השטר שבשטר הזה נשתעבדו נכסיו אבל אם הקניין היה ע"י דבר אחר הרי כבר נשתעבדו נכסיו ע"י הקניין והקניין על כתיבת השטר נשאר כקניין דברים בעלמא ולכן אם לא היה קניין אחר והקנו מידו על כתיבת השטר למכירת השדה אינו יכול לחזור בו [כ"מ בטור ובסמ"ע סקי"ט]:

י ואע"פ שהמוכר יכול לחזור בו מכתיבת השטר מ"מ חייב באחריותה אם טרפוה מהלוקח בעדו ודווקא מבני חורין אבל ממשעבדי אינו טורף הואיל שמיחה בהשטר ואע"ג דבסי' ל"ט נתבאר דבקניין לחוד גובה ממשעבדי ובמכר גם בעדים בלבד גובה ממשעבדי ה"מ כשאינו מוחה בהשטר דאז אמרינן סתם קניין לכתיבה עומד ועידי הקניין מפקי לקלא אבל כשמוחה בהם מלכתוב כדי שלא יצא הקול ממילא גם העדים נזהרים מלהוציא הקול ולא ידעו הלקוחות להזהר ולכן אינו טורף מהם אבל במתנה לא שייך שיעבוד כלל אפילו מבני חורין דאין אחריות במתנה אמנם אם התחייב באחריות דינה כמכר [סמ"ע] וי"א דבמכר גובה ממשעבדי אף כשמיחה בהשטר [סנה"מ]:

יא יש מי שאומר דזה שחוזר בשטר היינו דווקא כשאומר לאחרים זכו לפלוני אבל אם אמר ללוקח או למקבל עצמו זכה ואכתוב לך שטר אינו יכול לחזור מלכתוב את השטר דכל שמזכה להבע"ד בעצמו יודע המזכה שכוונת הזוכה עצמו הוא על השטר ואמרינן דמסתמא גם כוונת המזכה היתה כן אבל כשמזכה ע"י אחר אין האחר משים לב כל כך שיהיה דעתו על השטר ולכן גם המזכה אין כוונתו בדווקא [סמ"ע]:

יב אפילו אמר כתבו וזכו לו בשטר יכול לחזור בהשטר ולא אמרינן כיון שצוה להם לזכות בהשטר מיד שכתבוהו זכו בו בעד המקבל ומה נשתנה השטר מהשדה עצמה די"ל דהשדה היתה בעולם כשצוה להם לזכות בעדו אבל השטר לא היה אז בעולם ואין אדם מקנה דבר שלב"ל [טור] וי"א שכיון שנכתב זכו לו ואינו יכול להזור בו כמו שאשה ביכולתה לעשות שליח לקבלה על הגט ומשקבל השליח את הגט נתגרשה ואין הבעל יכול לחזור בו אע"ג דבשעה שעשאתו שליח עדיין לא נכתב הגט [סנה"מ] אבל אם לא אמר להם זכו לו יכול לחזור בו אע"פ שנכתב השטר כל זמן שלא בא ליד המקבל כמ"ש:

יג שטר שכתוב בו שנתן קרקע לפלוני בקניין אע"פ שלא בא שטר זה ליד המקבל אלא לאחר מיתת נותן קנה ולא אמרינן אין שטר לאחר מיתה דזהו אם לא היה כתוב קניין בהשטר והקניין הוא ע"י השטר וודאי דאין שטר לאחר מיתה אבל כשכתוב בו קניין זכה המקבל בה משעת הקניין והשטר הוא לראיה בעלמא דזכין לאדם שלא בפניו ואף אם הוחזר השטר ליד הנותן לא נתבטלה המתנה [טור] כמ"ש בסי' רמ"ה ולכן מי שמת ונמצא אצלו מופקד שטר מתנה שנתן ראובן קרקע פלונית לשמעון וראובן מת אם אין כתוב קניין בשטר יחזרו ליורשי הנותן ואף שיש להסתפק שמא כבר בא השטר ליד המקבל והמקבל הפקידו אצלו מ"מ כיון דאין ראיה לזה מוקמינן המתנה בחזקת הנותן ואף אם המקבל טוען כן אינו נאמן בלא ראיה אבל כשיש בו קניין נותנין אותו להמקבל ואם היורשים טוענים שהיה איזה תנאי ולא נתקיים התנאי אין נאמנים בלא ראיה אם לא שיש הוכחה שכן הוא כגון ששטר הזה קשור או כרוך בשארי שטרות המיוחדין להנותן דאז אף אם אינם טוענים הב"ד טוענים בעדם דטוענים ליורשים ועמ"ש בסי' ס"ה [עסמ"ע וסנה"מ] וכן אם הנותן בחיים ויש קניין בהשטר והנותן טוען שהיה תנאי ולא נתקיים אם יש לו מיגו כגון שהשטר לא הוחזק קודם לכן והיה בידו נאמן במיגו ואם השטר הוחזק מקודם בב"ד או בעדים ומיגו למפרע לא אמרינן אינו נאמן [ט"ז] וכן כשאינו ת"י אינו נאמן:

יד וי"א דזה שנתבאר דבשטר שאין בו קניין יחזרו ליורשי נותן זהו דווקא כשידוע שבא מיד הנותן כגון שנמצא קשור עם שארי שטרות של הנותן אבל כשאין ידוע מהיכן בא אין מחזירין לא לזה ולא לזה כבשטר הנמצא שבסי' ס"ה ובשטר שיש בו קניין אז

כשידוע

כשידוע שבא מהנותן לא יחזיר לא לזה ולא לזה דחיישינן שמא היה איזה תנאי ולא נתקיים אם לא שידוע בעדים שחקנה בסתם ואם אין ידוע שבא מהנותן מחזירין אותו להמקבל [ס״ך]:

טו אין אדם זוכה במתנה לחבירו עד שיהא הזוכה גדול ובן דעת ואחד איש ואחד אשה אפילו אשת איש או עבד ושפחה אבל העכו״ם אינו זוכה לאחר דאינו בר שליחות וזכייה הוא מטעם שליחות. דהזוכה נחשב כשלוחו של מי שזכה בעדו וכן אין הישראל זוכה לו כמו שאינו נעשה לו שליח כמ״ש בסי׳ קפ״ב ואפילו מאן דלא ס״ל דזכייה הוא מטעם שליחות כמ״ש בסי׳ רל״ה סעי׳ ח׳ מ״מ הזוכה ומי שזוכין בעדו צריכין מהיות ראוי לשליחות דבלא זה אין לו כח לזכות ומאי דזכין לקטן בן יום אחד זהו מתקנתא דרבנן כדי שיהיה יכולת לזכות בעבורו ובקטן תקנו משום דאתי לכלל שליחות כשיגדל [ב״מ ע״ב.] וי״א דעכו״ם לעכו״ם אית ליה שליחות [ס״ך] וכבר בארנו בסי׳ קפ״ח שיש חולקין בזה ושכן מפורש בירושלמי ע״ש וזה שאמרנו דאשת איש יש לה זכיה זהו דווקא מאחרים אבל לא מבעלה דידה כידו ולא יצא מרשותו כלל אא״כ נתן לה ולאחר ביחד ונתן המתנה לידה דאז מיגו דזכי לנפשה זכתה נמי גם לאחרים וכן עבד ושפחה אין להם יד לזכות בעד אחד מרבם משום דידם כיד רבם ולא יצא מרשותו כלל:

טז אמרו רז״ל [גיטין ס״ה י׳] דקטן שהגיע לקצת דעת דכשנותנים לו צרור זורקו וכשנותנים לו אגוז שהוא ג״כ מבחוץ כצרור נוטלו ומבין שיש בתוכו מאכל זוכה לעצמו ויש לו יד לזכות בעצמו אבל אין לו יד לזכות לאחרים עד שיגדל ולא קודם אף שהוא בר דעת שכשנותנים לו חפץ מחזירו לאחר שעה מ״מ אינו זוכה לאחרים [ולא קי״ל כר״א שם ס״ד.] וכשהוא פחות משיעור צרור וזורקו אגוז ונוטלו אין לו יד כלל אף לעצמו והנותן לידו כמטיל לאשפה וזה שנתבאר בסי׳ רל״ה דפעוטות מקחן מקח וממכרן ממכר במטלטליו אלמא דיש להם יד גם לזכות לאחרים זהו מתקנת חכמים משום כדי חייו כמ״ש שם ושיעור זה דאגוז ונוטלו הוא קודם לפעוטות [סם] וכיון דקטן שלא הגיע לשיעור זה אין לו זכיה כלל בעצמו לכן תקנו חכמים שאחר יכול לזכות בעדו [תוס׳ ב״ב קנ״ו:] וזה שאינו זוכה לאחרים היינו במילי דאורייתא אבל במילי דרבנן כמו בעירוב מזכין על ידו כמ״ש בא״ח סי׳ שס״ו וכן במעשר שני דרבנן [סם]:

יז הרבה מרבותינו הסכימו דזה שאמרו חז״ל דבשיעור דאגוז ונוטלו זוכה לעצמו אין זה מתקנת חכמים אלא דמן התורה יש לו יד לזכות כשהגיע לשיעור הזה אך זהו דווקא כשיש דעת אחרת מקנה לו ולכן על ידי שהאחר מקנה לו יש לו יד לזכות בעצמו מן התורה אבל בלא דעת אחרת כגון שמצאי מציאה אין לו יד לזכות ולכן נתבאר בסי׳ ע״ר דמציאת חרש שוטה וקטן אין בהן גזל רק מפני דרכי שלום ואחד מרבותינו חולק על זה וס״ל דגם בדליכא דעת אחרת זוכה מן התורה ומאי דבמציאה אין בה רק דרכי שלום זה בקטן שלא הגיע לשיעור הזה ומביא ראיה מירושלמי [ס״ך] ויש שהשיגו על דבריו וכתבו דבע״כ הירושלמי חולק על הש״ס שלנו וקיי״ל בש״ס דילן אמנם האמת הוא דבירושלמי עצמו יש בזה מחלוקת בין חכמי בבל לחכמי א״י דחכמי בבל סברי דיש לו יד לקטן לזכות מן התורה ולזכות לאחרים נחלקו כבש״ס דילן וחכמי א״י סברי דאין לקטן שום זכייה עד שיביא שתי שערות דאמר שם לעולם אין גזילו גזל גמור עד שיביא ש״ש [פ״ד דמע״ש הל׳ ג׳] ועוד אומר שם דלכ״ע אין הקטן יכול ליתן מתנה מן התורה דכתיב כי יתן איש עוד מוכח שם שזה שלחכמי בבל יש לו יד לקטן לזכות מן התורה זהו כשהגיע לזמן שנותנים לו חפץ ומחזירו לאחר שעה אבל לזמן אגוז ונוטלו אומר שם דאינו אלא מפני דרכי שלום וקודם לזה כמטיל באשפה ובזה חולק אש״ם דילן ואף שלבאורה מוכח מהירושלמי שאין חילוק בין דעת אחרת מקנה למציאה אמנם הירושלמי הזה הובא גם בגיטין פ״ה לעניין מציאה ולפי תידוק מוכח אדרבא כדברי רבותינו שיש חילוק בין דעת אחרת מקנה למציאה [דבגיטין שם אין שום פירוש מה שמקשה על חכמי א״י ואדרבה דא״ש בפשיטות אלא דס״ד בכאן א״ש לכ״ע דבמציאה גם חכמי בבל מודים אבל כאן דמע״ש קשה כסוגיא דמע״ש וליכא קיימא נקט כדרך הירושלמי ודו״ק] ולכן לדינא העיקר דיש חילוק בין דעת אחרת מקנה לאין דעת אחרת וכמ״ש רבותינו בעלי הש״ע וקצת משמע כן גם מרמב״ם פ״ד מזכייה דין ז׳ [סס״מ] ויש מי שאומר דבפחות משיעור דאגוז ונוטלו אין במציאתו שום גזל אף מפני דרכי שלום [נס״מ] ולא נראה כן דהש״ס והפוסקים כתבו סתם קטן משמע דבכל קטן מיירינן והירושלמי שאמר דהוא כמטיל לאשפה לא אמר רק על הנותן לו אבל במציאה אמרו חז״ל הטעם שמפני שבשעה שמוצאה מריצה אצל אביו וזה שייך בכל קטן ואולי דבפחות משיעור זה אין בו דעת להריצה לאביו וצ״ע לדינא:

יח זכין לקטן אפילו בן יום אחד ותקנת חכמים הוא כדי שמי שירצה לזכות לו ובעצמו אין לו יד שיהא אחר יכול לזכות בעדו וכן זכין לגדול אף שיש לו יד בעצמו מ״מ גם אחר זוכה בשבילו וזכין בין בפניו בין שלא בפניו דבכלל גדול הוא זכין לאדם שלא בפניו ואין אומרים שמא זה האיש שבשבילו זכין הוא שונא מתנות ואין זה זכות לו דהולכין אחר רוב בני אדם ועוד דבכל זכות וחובה הולכין אחר רוב הזכות שבדבר אע״פ שיש בעניין הזה גם מיעוט חובה וכן להיפך [כ״מ מתוס׳ גיטין י״ג. ד״ה עבדא] והשוטה אינו

זוכה

זוכה לעצמו וכ"ש לאחרים אפילו בדעת אחרת מקנה אותו דאין לו דעת כלל והוא כקטן שאינו מגיע עדיין לאגוז ונוטלו אבל המזכה לשוטה ע"י בן דעת זכה ולא גרע מתינוק בן יומו אבל אם זיכו לו ע"י קטן או חרש אינו זוכה דאין זוכין לאחרים והחרש זוכה לעצמו ולא לאחרים דהוא כקטן שהגיע לאגוז ונוטלו ולכן כשדעת אחרת מקנה לחרש זוכה מן התורה ובמציאה זוכה מפני דרכי שלום וכן השוטה זוכה במציאה מטעם זה כמ"ש בסי' ע"ר [ומהרש ראיה למ"ש בסעי' י"ז ודו"ק] ויש מי שאומר דאין זכין לשוטה אא"כ הוא עיתים חלים ועיתים שוטה דאז זכין לו גם בשעת שטיותו והוא כקטן שיבא לכלל דעת אבל מי שהוא שוטה תמיד אין זכין לו [קצה"ח] ולא משמע כן מכל הפוסקים ואדרבא מדכתב הטור שזכין לשוטה אפילו בן יומו קנה והרי כשהוא בן יומו אינו ידוע שיהא עיתים חלים [ודוחק לומר דקאי רק אקטן וגם מראיות הש"ס בפ"ד מזכים מיבמות קי"ג משמע להדיא כן ודו"ק] וקטן שמזכה לגדול ע"י גדול אינו זוכה דאע"ג דהגדול נעשה כשלוחו של גדול מ"מ הא צריך להיות גם שלוחו של המזכה דא"א לזכות לחבירו אא"כ נעשה שלוחו של בעל הממון וקטן אינו עושה שליח [מל"מ ועתוס' ב"מ ע"א: ד"ה בשלמא] וגם עכו"ם שזיכה לישראל ע"י ישראל אינו מועיל [נה"מ] ודע דבירושלמי פאה פ"ד משמע שאין אדם יכול לזכות לחבירו אלא כשהזוכה יכול לזכות בו גם בשביל עצמו ולפ"ז אין יכול ישראל לזכות בעד כהן מתנות כהונה ובש"ס דילן מבואר להדיא ההיפך [שם] אמנם גם מסקנת הירושלמי לא כן הוא ע"ש ומזה שנתבאר דבדעת אחרת מקנה לקטן זוכה מדאורייתא למדנו שיכול ליתן לכהן קטן פדיון הבן וכן שארי מתנות כהונה [שם] ויש שלמדו מזה שנתבאר דזכין לאדם שלא בפניו שרשאי המשרתת להפריש חלה מעיסת בעלת הבית כשאינה שעה זו בביתה או שישנה ואינה ניעורה וכ"כ רבינו הרמ"א ביו"ד סי' שכ"ח ויש חולקין בזה דאולי רצונה לעשות המצוה בעצמה ותפריש לאחר אפיה ואף דלכתחלה מצוה להפריש מן העיסה מ"מ מוטב לה להפריש בעצמה מלחם אפוי משתפריש שלוחה בעיסתה דמצוה בו יותר מבשלוחו [קצה"ח] וכן משמע מרבותינו בעלי התוס' [נזיר י"ב.] וזכות לא מקרי אלא כשזוכה באיזה דבר ע"י זה אבל לא כשהמצוה תיעשה ע"י אחרים מיהו אם הבעלת הבית תתמהמה ויכול להיות שיאכלו מבני הבית בלא חלה וודאי דזכות הוא לה ומפרישין בלעדה ואע"ג דקיי"ל חלת חו"ל אוכל והולך ואח"כ מפריש מ"מ אין לסמוך על זה לכתחלה ואולי גם כוונת רבינו הרמ"א בכה"ג וביו"ד סי' ש"ה נתבאר שיש שלמדו מזה דזכין לקטן שבבור קטן שמת אביו יכולין ב"ד לפדותו דזכות הוא לו ויש חולקין בזה מיהו במעותיו של הקטן נראה דאינו מועיל דבשלמא כשמזכים לו מעות זכין לו אבל במעות עצמו אין זה זכות דבעצמו יקיים המצוה כשיגדל [קצה"ח] וכן נראה עיקר:

יט יש מי שאומר שאין קניין לקטן אלא במטלטלין והגיע לידו אבל ק"ס או קניין אג"ק או קניין שטר לא תקנו לקטן וכן בפעוטות בסי' רל"ה דמקחן מקח אינו אלא בקניין זה דקניין אחר אין בקטן דעת להבין ולכן מי שמתחייב לקטן בשטר או בק"ס או אג"ק כיון שאין אותו הדבר ה"י הקטן אינו זוכה אא"כ זיכהו ע"י אחר [נה"מ]:

כ חצירו של אדם קונה לו כידו וקונה לו אפילו שלא מדעתו ואע"פ שאינו עומד שם דכיון שהגיע המתנה לחצירו כאלו זכה בה בידו בד"א בחצר המשתמרת אבל בחצר שאינה משתמרת כמו שדהו וחורבתו או חצר שאינו מוקף אינו קונה עד שיהיה עומד בצדה ויאמר זכתה לי רשותי ועמ"ש בסי' רס"ח וי"א דבמכר ומתנה כיון שיש דעת אחרת מקנה אותו א"צ שיהא משומר לדעת המקבל ודי שיהיה משומר לדעת המוכר או הנותן כמ"ש בסי' ר' ע"ש:

כא וכן תקנו חכמים שד' אמות של אדם שהוא עומד בצדן קונין לו כחצירו ולא תקנו זה אלא בסימטא או בצדי רה"ר או בחצר שאין לו בעלים אבל ברה"ר או בשדה חבירו אינו קונה עד שתגיע מתנה לידו והטעם משום דברה"ר שרבים מצוים שם כל ד' אמות של זה נכנס בתוך של זה וא"א לברר של מי הם וכ"ש ברשות חבירו לא שייך לתקן שיהיו כשלו וי"א דד' אמות אינו קונה רק במציאה שתקנו כדי שלא יבא לידי מחלוקת כשאחד יעמוד אצלה ויבא אחר ויקחנה אבל במתנה ובמקח דלא שייך טעם זה לא תקנו זה הקניין וכן בגניבה אין הגנב קונה ע"פ ד"א [ש"ך] ולדינא העיקר כדיעה ראשונה כמ"ש שם סעי' ח':

כב אמרו חז"ל [ב"מ י"ב.] דחצירו של אדם קונה או מטעם יד או מטעם שליחות דחצר לא גרע משלוחו ועוד דרשו חז"ל דחצר דאשה ילפינן מידה דמדרבתה התורה חצר בגט שהנותן גט בחצירה כאלו נתנה בידה ש"מ דחצירה משום ידה איתרבאי אבל חצר דאיש הוא מטעם שליחות דאין פסוק עליו שתהא כידו לפיכך קטנה כמו שידה זכתה לה כמו כן חצירה וארבע אמות שלה זוכין לה אבל הקטן כשם שאינו עושה שליח כמו אין החצר וד"א זוכין לו עד שתגיע מתנה לידו או שיזכה בו אחר למענו וי"א כיון דחצר דקטנה מגט ילפינן לה אין לקטנה חצר אלא כשאין לה אב או שכבר נשאת דאז יש לה יד לקבל גיטה אבל ביש לה אב וקודם נשואין דאין לה יד לקבל הגט ורק אביה מקבל גיטה גם דין חצר אין לה ויש חולקין בזה דהרבה מהפוסקים ס"ל דגם לענין גט יש לה יד כמ"ש באה"ע סי' קמ"א ועוד אפילו להסוברים דאינה מקבלת גיטה אינו משום דאין לה יד אלא

משום

משום דבקדושין זכתה התורה לאב כמו שכתוב את בתי נתתי לאיש ואיתקש יציאה להויה אבל אין זה עניין לדיני ממונות [ס"ך] וי"א דכשהיא סמוכה על שולחן אביה דאז זכה האב במתנתה כמ"ש בסי' ע"ר דאז אין לה חצר דלגבי אביה לא מיחשב חצירה כידה ובאינה סמוכה יש לה חצר [סמ"ע] ויש שכתבו דקטנה יש לה שטר וק"ס ובסי' רל"ה סעי' ז' בארנו בזה ע"ש:

כג נתן לאחד במתנה עופות הפורחים ופרחו דרך רשותו של המקבל אם עמד בקרוב כל כך שיכול לתפשן זכה לו רשותו אע"פ שלא תפסן [סמ"ע בסי' רס"ח] ואם לא היה יכול לתפסן לא קנה לו רשותו ואם אין יכולין לפרוח אלא הולכין דרך רשותו אע"ג שלגבי מציאה בעינן שיהא יכול להגיען אם היה רץ כמ"ש שם מ"מ במתנה או במכר כיון שיש דעת אחרת מקנה אלים קניינו וזוכה לו רשותו אע"פ שאינו יכול להגיען כיון שהולכין דרך קרקע שלו [ב"מ י"ב.] דדבר שמתגלגל בתוך רשותו עדיף מאויר שיתבאר ואף דסופו לצאת בגילגול מרשותו מ"מ לענין מתנה ומכר הוי כמונח ברשותו ובסי' רס"ח יתבאר עוד בזה בס"ד ע"ש:

כד אבל אויר שאין סופו לנוח הוי ספיקא דדינא במתנה אם כמונח דמי אם לאו ולכן הנותן ארנקי לחבירו במתנה וזרקה לבית המקבל דרך פתח זה ויצאה בפתח שמעבר השני ובתוך כך חזר בו הנותן הוי ספק אם זכה אם לאו וידוע שבכל ספק מוקמינן הדבר בחזקת מרא קמא אבל בהפקר כה"ג שהפקירה וזרקה דרך בית ראובן ויצאה מביתו ותפסה שמעון מוציאין מידו ונותנין לראובן דכיון שהבעלים נסתלקו הוה הוא המוחזק תחלה ע"פ אויר ביתו ואף די"ל דהא הפקר הוה כמציאה ובמציאה אף במתגלגל בעינן שיהא רץ ומגיען וכ"ש באויר דהא הפקר אין בה דעת אחרת מ"מ הרי דינה כמתנה וחשיב דעת אחרת מקנה אותו כיון שזה הפקיר מדעתו הוה כדעת אחרת מקנה [נמק"י פ"ק דב"מ] אבל י"א דהפקר הוי כמציאה ולא חשיבה דעת אחרת [תוס' שם י"ב. ד"ה וילה] ויש מי שאומר דבמתנה כיון דהוה ספיקא דדינא אם תפס המקבל לא מפקינן מיניה לדעת הרמב"ם דבספיקא דדינא מהני תפיסה וכ"ש דבהפקר אם תפס השני אין מוציאין מידו כמ"ש בסי' ע"ה דאם בא אחר והחזיק בה אין מוציאין מידו [ס"ך] ויש חולקין דבמתנה לא מהני תפיסה גם להרמב"ם דמתנה לעולם אינה יוצאת מרשות נותן עד שבאה בבירור ליד המקבל [ח"ן בע"ז]:

כה זה שאמרנו דהוי ספיקא בד"א באויר שאין סופו לנוח אבל אם סופו לנוח כגון שעומד בגג וזרקו לחצר ונתנו לבעל החצר וחזר בו בעודו באויר כמונח דמי ואינו יכול לחזור וזכה בו בעל החצר ודווקא כשבא לאויר המחיצות אבל באויר שלמעלה מהמחיצות לא קנה [תוס' ב"ק ע':] וע' באה"ע סי' קל"ט:

סימן רמד [האומר לשנים לכתוב שטר מתנה לפלוני אם מוסרין לאחרים ובו ג' סעיפים]:

א קיי"ל דמילי לא מימסרי לשליח כמ"ש באה"ע סי' קמ"א וביאור הדברים דהאומר לשלשה כתבו גט וחתמו ותנו לאשתי אין ביכולתם למסור הדבר לאחרים ואע"ג דשליח עושה שליח זהו כשעושה שליח במעשה כגון שמוסר גט לשליח יכול לעשות שליח במקומו אבל כשעושה שליח בדברים שאומר להם שיכתבו ויחתמו אין כח בדברים שימסור השליח הראשון להשני וכן הדין במתנה כשאומר לשנים או לשלשה כתבו וחתמו שטר מתנה על שדה שלי ותנוהו לפלוני אינם יכולים לומר לאחרים שיכתבו ויחתמו ויתנו אלא הם עצמם צריכין לעשות דמילי לא מימסרן לשליח ועמ"ש באה"ע סי' קמ"א סעי' קי"ז:

ב אבל כשאמר לשנים או לשלשה אמרו לפלוני ופלוני שיכתבו ויחתמו ויתנו גט לאשתי יש מרבותינו דס"ל דלא הוה מילי דמילי לא מקרי אלא כשמסר להם עצמם את המילי והם מוסרים לאחרים אבל באומר אמרו הרי הוא עשה את האחרים שלוחים שלא בפניהם [רמב"ן ור"ן ורח"ס ספ"ו דגיטין] ולפ"ז במתנה כה"ג כשאמר לשנים אמרו לפלוני ופלוני שיכתבו ויחתמו שטר מתנה לפלוני ויתנו לו הוי מתנה וזהו דעת הטור בסי' זה שמכשיר במתנה באומר אמרו ואע"ג דבגט גם באומר אמרו פסול זהו מדרבנן מפני דהעדים צריכים לשמוע מהבעל עצמו או מפני הקילקול כדאיתא בגמ' שם ובמתנה לא שייך זה וזהו היש מכשירין שהביא רבינו הב"י בש"ע אבל הרמב"ם ז"ל לא ס"ל כן שכתב בפ"ד מזכייה המתנה כגט שאין אדם יכול למסור דברים לשליח כיצד אמר לשלשה אמרו לפלוני ופלוני שיכתבו ויחתמו בשטר מתנה ויתנוהו לפלוני אין זה כלום ואם אמרו לאותם העדים וכתבו ונתנו למקבל לא קנה וכן אם אמר לשנים כתבו וחתמו בשטר מתנה ותנוהו לפלוני אינם יכולים לומר לסופר לכתוב אלא הם עצמם כותבים עכ"ל דס"ל דגם אומר אמרו הוה מילי דאין כח בדברים שהבעלים יעשו שליח דברים לצוותו למסור הדברים לאחרים ויש לפרש הטעם דשליחות ילפינן מתרומה ובשם הוה מעשה ואע"ג דבגט בפ"ב דגירושין לא ברירא ליה האי דינא שכתב דבאומר אמרו הוה גט פסול ומתיישבין בדבר שקרוב להיות גט בטל עכ"ל

עכ"ל לאו משום דמספקא ליה אלא דמשום חומרת א"א חשש לסוגיא דספ"ו דגיטין דמבואר שם שזהו רק מדרבנן מפני הקילקול אע"ג דלדינא פסיקא ליה דלא קיי"ל כהאי סוגיא אלא דסוגיא דפ"ז [ע"א:] דמשמע להדיא דגם באומר אמרו הוי מילי [מדאמר רב אסי ולא מיבעיא וכו' אלא אפילו באומר אמרו וכו' ובמשנה תנן ס"ז גט בטל ומכללא דהרמב"ם דבטל הוא מן התורה והארכנו בזה בס' אלי"י סי' פ"ב וא"ם כל מה שהקשו עליו ודו"ק]:

ג באומר אמרו לדעת הרמב"ם פסול במתנה אם האחרים עשו וכ"ש אם השלוחים הראשונים חתמו בעצמם דפסול גם לדעת הטור דהא להם לא צוה כלל ואינם שלוחיו לעשות ובכל מה שנתבאר אין חילוק בין אמר לשנים לאמר לשלשה אבל כשמסר המתנה לשליח וודאי יכול לעשות שליח שני דלא כיש מי שמסתפק בזה [וכ"כ סנס"מ]:

סימן רמה [דין קניין אתן והאומר נתתי והמקבל אומר לא נתת ובו י"ד סעיפים]:

א הכותב בשטר נתתי שדה פלונית לפלוני או שדה פלונית נתונה לו או הרי היא שלו הרי זה זוכה בה כשיגיע השטר לידו דכל אלו לשון הוה הן שמקנה עתה בזה השטר וגם נתתי הוא לשון הוה כדכתיב נתתי כסף השדה קח ממני ואף שיש לפרשו גם בלשון עבר הוי הודאה שכבר נתן לו ונותן לו שטר זה לראיה אבל אם כתוב בשטר לשון עתיד כגון אתננו לו אע"פ שהעידו עליו העדים לא זכה המקבל דזהו רק לשון הבטחה שיתן לו והעדים מעידים על זה שהבטיח לו והוא כדברים בעלמא ויכול לחזור בו ואף בלשון הוה אינו מועיל רק בשטר אבל בדיבורא בעלמא שאמר לפני עדים שדי נתונה לך אינו כלום אא"כ קנו מידו דדיבור לבד אינו קניין וי"א דדיבור שבלשון הוה וודאי דאינו כלום אבל כשאמר נתתי אע"ג שאינו קניין מ"מ היא הודאה שכבר נתן לו והודאת בע"ד כמאה עדים דמי ויכול המקבל ליטלה ודווקא כשמוכח להדיא לפי לשון השומעים שהוא לשון הודאה מעבר אבל לשון נתתי בלבד הוא גם לשון הוה כמו שנתבאר ואין מוציאין בלשון זה מיד המוחזק [כ"ל] ואין חילוק בכ"ז בין מתנה למכירה:

ב בלשון אתן לא מהני אפילו קנו מידו דהוי קניין דברים דכשם שקניין שטר בלשון אתן לא הוי קניין אלא הבטחת דברים כמו כן ק"ס וי"א דק"ס מהני בלשון אתן דקניין דברים אינו אלא כשקנה לילך או לחלוק וכיוצא בזה אבל קניין אתן קניינו הוא על שדה זו או על חפץ זה לקנותה עתה דאל"כ מה היה לו לקבל עתה בקניין דבשלמא בשטר אף שאינו קניין עתה מ"מ הוא לראיה ביד המקבל שהבטיחו ליתן לו ויהא ביכולתו להראותו ברבים כדי שיתבייש הנותן ויוכרח ליתן לו אבל מה עניין קניין על הבטחה בעלמא אלא וודאי כיון להקנותו עתה ובמעכשיו פשיטא שבין בשטר בין בקניין מועיל לשון אתן דכיון שא"ל מעכשיו הרי אומר מפירש שאין זה הבטחה אלא שמקנה לו בהשטר או בהקניין וכן יש מי שאומר שאם כתב לו בשטר שדה פלונית תהא נתונה לך או תהא שלך קנה אע"פ שיש בזה לשון עתיד דכיון דגם לשון הוה יש בע"כ שאין זה הבטחה לעתיד אלא דרך הלשון כן הוא ועוד דגם לשון אתן יש לפרשו שאתן בשטר זה ושתקנה בו וראיה דהא בגמ' [גיטין מ':] יש מי שסובר באמת כן ונהי דקיי"ל דיד הנותן על העליונה ושמא לא היתה רק הבטחה אבל כשיש בזה גם לשון הוה אז מעכשיו פשיטא שקנה המקבל:

ג לדיעה ראשונה דקניין אתן לא מהני א"כ בכל השידוכים שכותבין בהתנאים שזה מתחייב א"ע ליתן וזה מתחייב ליתן אף שקנו מידם לא מהני לדיעה זו וכ"כ מהרי"ו דהכותב לאשתו בשעת השידוכין לעשות לה כתובה גדולה לא זכתה כל זמן שלא כתב לה דזהו קניין אתן וכתב רבינו הרמ"א דלכן נהגו לעשות תנאים חדשים בשעת החופה וזהו תנאים אחרונים שיש שכותבין וזה מועיל מפני שכותב בלשון חיוב וקבלה אנפשיה דמשועבד בו מיד אף בדבר שלב"ל כמ"ש בסי' ס' או שקונה בק"ס מעכשיו ולמה אין עושין כן בתנאים ראשונים מפני שיריאים שמא יחזור אחד מהצדדים לכן אין מחייבין עצמן רק בהקנס משום בושת אבל בגוף הנדוניא והמתנות אינם רוצים להתחייב אז [סמ"ע] ובזמנינו זה שרוב בני אדם אין כותבין תנאים אחרונים ומ"מ לא שמענו שלא יחייבו הדיינים להצדדים שיקיימו מה שהבטיחו צ"ל או דתפסינן לדינא כדיעה אחרונה או דאנן סהדי דכוונת הצדדים בשעת התנאים לשעבד גופם לזה או דכוונת העתיד הוא להוה כמ"ש בסעי' הקודם דאתן אינו מוכח בוודאי על הבטחה אלא שע"פ זה הכתב מתחייבים עתה ליתן ומנהג פשוט הוא בזמנינו לחייב ע"פ התנאים כל ההתחייבות שהתחייבו הצדדים ואין לשנות דכל המתחייב מתחייב ע"פ המנהג וע' באה"ע סי' נ"א [כ"ל]:

ד האומר נתתי שדה פלונית לפלוני והוא אומר לא נתת לי ולא שממאן בהמתנה אלא שאומר האמת שאינו יודע מזה אמרינן ששניהם אומרים אמת וזה הנותן זוכה לו ע"י אחר והולכין אחר דברי הנותן ואינו יכול לחזור בו אפילו כשאומר אח"כ לך לעצמך נתתי וכיון שאתה כופר בה הודאת בע"ד כמאה עדים דמי

דאין הנותן נאמן לחזור מהודאתו ותלינן שזיכה לו ע"י אחר דבזה דברי שניהם אמת וזה יותר נראה ממה שהוא עושה פירוש לדבריו שנתן לעצמו דבזה מכחיש את המקבל ואע"ג דלפרש דבריו הראשונים קיי"ל דטוען ותוזר וטוען כמ"ש בסי' פ' מ"מ בכאן אינו נאמן מטעם שנתבאר [כ"ל] ואם יש להנותן בעלי הובות אין גובין משדה זו כל זמן שיש לו לפרוע משארי נכנסים אבל אם אין לו אינו נאמן בהודאתו להוב לבע"ח כיון שהחוב קדים והקרקע היתה עד עתה בחזקתו [טור] ונ"ל דבכה"ג אף אם המקבל מודה שכבר נתן לו קודם החוב אינו נאמן דכיון שהיתה עד כה בחזקת הנותן חיישינן לקנוניא [ולכן כתב הטור כ"מ זו ודלא כפירש"י ומיושב קושית סע"ז וזו"ק]:

ה אמר כתבתי שדה פלונית לפלוני ונתתי השטר בידו והלה אומר לא נתת לי אם המקבל מתנה בעצמו אומר כן הודאתו דמי כמאה עדים ואוכל הנותן את פירותיה ואע"ג דגבי נתן יש ג"כ הודאת בע"ד אפשר לומר שטעה שסבור מתוך שהיה רצונו ליתנה לו דוודאי נתן לו כשא"כ המקבל אלו נטלה לא היה אומר שלא נטלה [סמ"ע] ועוד דהוא מוחזק ואם המקבל מת ובן המקבל הוא שאומר לא נתת לאבי שדה זו והוא אומר כתבתי ונתתי לו מניחים את הפירות ביד שליש עד שיתברר הדבר דשמא טעה היורש וכבר שאביו לא קבלה ובאמת קבלה וזהו דווקא כשהבן אומר אני הייתי במעמד זה שאתה אומר שנתת לאבי וידעתי שלא נתת לו ומ"מ משלישין הפירות ולא אמרינן הודאת בע"ד כמאה עדים דמי כיון שהבן לא קבל השטר בידו אלא שאומר על קבלת אביו שלא קבל ואיכא למימר שמא טעה וסבר שלא קבל ובאמת קבל אבל אם אינו אומר שהיה במעמד זה הוי הדין כבסעי' הקודם ואמרינן שזיכה לאביו ע"י אחר ולכן אע"פ שהבן אומר ששמע מאביו שלא קבל מ"מ אמרינן שמא גם האב לא ידע מזה שזיכה לו ע"י אחר [ע"ז] וכל זה כשאין יורש אלא הוא אבל כשיש עוד יורשים אינו נאמן בכל עניין על חלקם לחוב אותם [כ"ל]:

ו שטר מתנה שכתוב בו איך שפלוני אמר לנו כתבו וחתמו עלי בכל לשון של זכות ותנו לפלוני ולא נזכר בהשטר שנותן אלא שצוה ליתן אין זה כלום רצה ליתן אבל לא נתן ומה מועיל ציווי להעדים וכך צריכים לכתוב איך שפלוני אמר לנו הוו עלי עדים שנתתי וכו' וכתבו והתמו וכו' או איך פלוני אמר לנו הוו עלי עדים שאני נותן וכו' וכתבו וחתמו וכו':

ז מקבל מתנה שבא בע"ח לגבות כמנו ואמר שאינה מתנה בידי אלא שוכר אני עליו או שאמר בטילה היתה מתחלתה נשבע היסת ותחזור לבעליה ואין הבע"ח גובה ממנה ואע"ג דלא היה לו להיות נאמן בשבועה לחוב לבע"ח בדבר שהוא מוחזק מ"מ מאחר שידוע שקרקע זו לא היתה שלו מקודם ועדים אין מעידים שנתנה לו במתנה לכן נאמן בשבועתו שאינה שלו והשבועה הוא כשהבע"ח טוען ברי אבל אם טוען שמא שלך היא א"צ רק קבלה ונראה דאם הנותן טוען נתתיה לו אינו נאמן בשבועה להפקיע לבע"ח אע"פ שלגבי הנותן עצמו היה נאמן כמו שנתבאר מ"מ להפקיע הובו אינו נאמן:

ח אם הנותן טוען שומר אתה עליה או שאמר שהייתי אונס בהכתנה או גזולה היא בידך וזה אומר נתת לי במתנה ברצונך הטוב אם החזיק בה המקבל שני חזקה אז כשהמתנה הוא מטלטלין והם ת"י המקבל נשבע המקבל היסת ועומד במתנתו ופרטי דין זה נתבאר בסי' ק"מ וקמ"ו ע"ש:

ט ראובן נתן לשמעון שדהו במתנה וכתב לו שטר מתנה ואח"כ ההזיר שמעון את שטר המתנה לראובן וגם עשה לו מחילה עכ"ז לא נתבטלה המתנה בכך דכיון שכבר זכה בה באחד מהקניינים אינה חוזרת להנותן עד שיחזור ויקנה לו ג"כ באחד מהקניינים וחזרת השטר אינו מועיל ומחילה ג"כ לא שייך אלא בחיוב ממון עומדת המחילה במקום פרעון אבל בחפץ לא שייך מחילה כמ"ש בסי' רמ"א:

י מקבל מתנה שאמר לאחר שבאת המתנה לידו מתנה זו מבוטלת היא או תיבטל או אי אפשי בה אינה כלום אלא שלו היא אם המתנה היא קרקע ואם בא בעל חובו גובה ממנה דלשון זה משמע להבא והרי כבר קבלה והחזיק בה אבל אם אמר בטילה היא או אינה מתנה דבריו קיימים דלשון זה משמע לעבר וכיון שמודה שהיתה בטילה מקודם שלא כיון כלל לזכות בה הודאת בע"ד כמאה עדים דמי וחוזרת להנותן וי"א דזהו דווקא כשאינו חב לאחרים אבל אם חב לאחרים כגון שיש לו בע"ח שיש לו לגבות ממנה אינו נאמן [טור] וי"א דנאמן גם ביש לו בע"ח [סס] ולדיעה זו הסכים הרא"ש ז"ל והטעם מפני שלא היתה הקרקע בחזקתו עד עתה ונ"ל דזהו דווקא כשאמר כן קודם שבא הבע"ח לגבותה אבל אם אמר כן אחר שתבעו הבע"ח נראה שעושה זה להבריח חובו ואינו נאמן וכמ"ש בסעי' ז' ולפ"ז אפשר דשני הדיעות לא פליגי רק דיעה ראשונה מיירי כשאומר אחרי תביעת הבע"ח וזה שאמרנו דלשון אי אפשי בה לא אמר כלום זהו בקרקע אבל במטלטלין שתחת ידו הוי לשון זה לשון הפקר וכל הקודם בה זכה אבל קרקע אינה ת"י האדם ואין לשון זה בקרקע לשון הפקר אלא אינו חפץ שתהא המתנה קיימת [רש"י כריתות כ"ד.] ונראה דגם לשון מבוטלת היא או תיבטל במטלטלין הוי לשון הפקר כמו בביטול חמץ דמדין הפקר נגעו בה אמנם אין ראיה מחמץ דאינה בפסח ברשותו של אדם אלא שהכתוב עשאה כאלו היא ברשותו לעניין לעבור בבל יראה לפיכך בגילוי דעתא סגי להוציאה מרשותו

משא"כ

משא"כ בדבר שהיא ממש שלו [ר"ן ריש פסחים] וע' מ"ש בסעי' י"ב דגם מתנה אינה שוה לנכסי עצמו ולפ"ז מועיל כמו בחמץ:

יא וכתב הטור בשם הרא"ש הכותב נכסיו או נתן מתנה לפלוני ואמר המקבל מיד איני רוצה בה לא קנה וחזרה ליד הנותן אבל שתק תחלה ואח"כ אמר אי אפשי בה אם הנותן בריא לא זכה עד שיגיע השטר לידו וכיון שאמר אי אפשי בה קודם שהגיע לידו חוזר לנותן ואם הנותן שכ"מ דבריו ככתובים וכמסורים דמי ומיד ששתק זכה וכשחזר ואמר אי אפשי בה הפקירה וכל הקודם בה זכה בה אם הן מטלטלים ואם היא קרקע לא יצאה מת"י בשביל זה עכ"ל וי"א דבשכ"מ אין השתיקה כקבלה רק בשותק אחר מיתת הנותן אבל מה ששתק בחיים אין זה כלום כיון דהקניין הוא לאחר מיתה [כמק"י]:

יב הרמב"ם ז"ל כתב בפ"ד מזכייה המקבל את המתנה וזכה בה ואחר שבאה לידו והוא שותק חזר בו ואמר איני רוצה בה או איני מקבלה או הרי היא בטילה או שאמר מום זה נראה לי בה לא אמר כלום וכשם שאין הנותן יכול לחזור בו כך המקבל אינו יכול לחזור בו אחר שזכה ומתנה זו שאמר המקבל איני רוצה בה אחר שבאת לידו הרי היא הפקר וכל הקודם בה זכה בה שהרי הפקירה המקבל אחר שזכה בה אבל אם היה צווח מעיקרו לא קנה המקבל וחוזרת לבעלים הראשונים עכ"ל וס"ל דאף כשאמר לשון להבא נהי דאינה הוזרת להנותן מפני שכבר זכה בה המקבל מ"מ גם הוא אינו זוכה בה מעתה והרי היא הפקר כמו במטלמלין לדיעה הקודמת ואע"ג דבנכסי עצמו אם יאמר אדם איני רוצה בהם או בטילים הם וודאי דאינם יוצאים מרשותו כדמוכח ברמב"ם פט"ו מעדות דין ד' ע"ש מ"מ במתנה אף שכבר זכה בה הוי לשון זה כהפקר וכתב רבינו הרמ"א דמ"מ אם יש לו בע"ח גובה ממנה דלאו כל כמיניה להפקירה ולהפסיד לבע"ח ואפילו היא מלוה ע"פ כיון שאין בידו לשלם רק מזה אין בידו להזיקו בהפקירו [ע"ז] ואם יש לו במה לשלם והוי הפקר וזכה הבע"ח מההפקר אינו יכול לפוטרו בזה מחובו דלמה יגרע הבע"ח מאחר דלא כיש מי שרצה לפטור את המקבל מחובו בכה"ג [קל"ח] וזה שכתב הרמב"ם דכשחוזר בו מצד מום הוי נ"כ הפקר אינו אלא במום נגלה שבוודאי ראה את המום מקודם ונתרצה ועתה חוזר בו אבל במום שאינו גלוי פשיטא שחוזר לנותן דהא אומר מפורש שמצד המום שנתגלה לו אינו רוצה לקבלה והוי מתנה בטעות וחוזר לבעלים [סמ"ע] ובלשון עבר גם הרמב"ם מודה שחוזר להנותן ול'שון איני רוצה בה שכתב הרמב"ם זהו עצמו לשון אי אפשי שכתבנו [סס]:

יג זיכה לו המתנה ע"י אחר וכששמע המקבל שתק ואח"כ צווח ואמר איני מקבלה ה"ז ספק אם זה ששתק כבר נתרצה ועתה חוזר בו והרי זה הפקר לדעת הרמב"ם ולדיעה ראשונה נשארת בידו במתנת קרקע או ששתק מפני שעדיין לא קבלה ולמה יצווח אז ועתה הוכיח כופו על תחלתו שגם מתחלה לא רצה וחוזרת להנותן לפיכך אם קדם איש אחר וזכה בה לעצמו אין מוציאין מידו במטלטלין ולהרמב"ם גם בקרקע דשמא המקבל זכה בה וכיון שאמר איני רוצה בה הרי הפקירה וזה שקדם ולקח מההפקר זכה בה ואם חזרו הבעלים הראשונים, והוא הנותן ותפסוה מיד זה שקדם וזכה בה אין מוציאין מידם דשמא לא זכה המקבל ואע"נ דבס' קל"ט נתבאר בדין כל דאלים גבר דאם תפס האחד אינו מועיל אח"כ תפיסת השני ממנו שאני הכא כיון דהנותן ידוע לבעלים הקודמים לכן יכול לתפוס גם אח"כ ולפ"ז ממנו אין עוד בכולת לתפוס [סמ"ע] ויש מי שחולק על עיקר כלל זה וס"ל דבכל ספיקא דדינא כשתפס האחד יכול אח"כ השני לתפוס ממנו וכן לעולם ורק בשם בדין כל דאלים גבר דסמכו חכמים שמי שבאמת שלו יתאמץ לתפוס לפיכך אינו מועיל אח"כ תפיסת השני ממנו משום דאמרינן דהראשון שתפסה הוי כנתוודע שהיא שלו [ט"ז] אבל לפי הטעם שכתב הרא"ש בפ"ג דב"ב שלא רצו חז"ל שיהיו כל ימיהם בקטטות ומריבות שייך טעם זה בכל התפיסות כדיעה ראשונה ובאמת היא פלוגתא דרבוותא [עס"ך כס] ואי תפיס השני לא מפקינן מיניה בכל עניין אמנם דהרא"ש חולק בעיקר דין זה וס"ל דלא הוה ספק כלל ובשתק ולסוף צווח ודאי קנה מקודם ועתה חוזר בו לפיכך במטלטלין הוה הפקר ובקרקע תחזור להנותן לדיעה ראשונה [וכ"מ במרדכי פ"ד דגיטין ע"ב]:

יד כתב רבינו הב"י על דין הקודם די"א שאם היתה מתנת שכ"מ כיון ששתק בשעה ששמע קנה והשיגו רבינו הרמ"א דאין מי שמחלק בדין זה בין שכ"מ לבריא וגם לא נראה לחלק בכך מאחר שזיכה לו ע"י אחר דין בריא כדין שכ"מ וכן הסכימו האחרונים ודברי רבינו הב"י נדפסו בטעות ושייך אקודם על הדין שבארנו בסעי' י"א אמנם י"א דזהו דעת הרא"ש שהבאנו דלא הוה ספק וס"ל דלא מיירו רק בשכ"מ ולא בבריא [סמ"ע]:

סימן רמו [דיני אומדנות ובו כ' סעיפים]:

א אע"פ שבמתנה אין לנו לראות רק מה שכתב בשטר ס"מ אמרו חז"ל דלפעמים כשהאומדנא גדולה דלא

כיון

כיק הנותן לכך או שטעה בעיקר המתנה או שכוונתו מסתמא היתה לדבר אחר עושין כפי האומדנא ומבטלינן לשטרא אמנם אין לנו לעשות אומדנות מעצמינו אלא מה שאמרו רז"ל וכיוצא בהם ובכאלה אומרים לעולם דעת הנותן אם היו הדברים מראים סוף דעתו עושים ע"פ האומד אע"פ שלא פירש וע' בסי' ת"ח ועיקר דין אומדנא הוא בב"ב [קמ"ו]:

ב כיצד מי שהלך בנו יחידו למדה"י ושמע שמת וכתב במתנה גמורה כל נכסיו לאחרים ואח"כ בא בנו אין מתנתו קיימת ובטילה היא שהדברים מוכיחים שאלו ידע שבנו קיים לא היה נותן לאחרים כל נכסיו והיה מתנה בטעות ונ"ל דה"ה אם היו לו בנים הרבה ואחד מהם הלך למדה"י ושמע שמת וקודם מיתה האב חלק כל נכסיו להבנים שבכאן ואחרי מותו בא הבן נוטל חלקו בירושה דאלו ידע שבנו זה בחיים לא היה מעבירו מחלק ירושתו ונמצא דחלוקתו היתה בטעות וכתב הרמב"ם בפ"ו מזכייה בדין שהלך בנו למדה"י וכתב כל נכסיו לאחרים ואח"כ בא בנו בטלה המתנה דזהו דווקא כשלא שייר כלל מנכסיו אבל אם שייר כל שהוא בין קרקע בין מטלטלין אין מוציאין מהמקבלים דיש מקום לומר שזה המעט שהניח הניח בשביל בנו אם חי הוא דאל"כ למה הניח זה המעט ויראה לי דהרמב"ם ז"ל שכתב דבשייר מעט מתנתו קיימת כוונתו דווקא כשהמקבל מוחזק אבל אם לא החזיק עדיין אין מוציאין מיד היורש דזהו כעין ספיקא דדינא וי"א עוד דהדיעה שיתבאר בסי' ר"ן במתנת שכ"מ דלא מקרי שיור אלא כששייר כדי פרנסתו ה"ה כאן [ט"ז] וי"א דבכאן גם כל שהוא הוי שיור משום דאין האומדנא גדולה עתה כל כך להוציא מהמקבל מתנה [סמ"ע] ונראה עיקר כדיעה ראשונה [דבב"ב קמ"ו: מדמה להו לכדדי ועוד דהמגיד כתב בה דלהכי לא הסיב ר"נ בדי ק"ן: בהכי המוסה מפני שמוסה שכ"מ ולאי דיקן חלוק קשה ודו"ק]:

ג יש מי שאומר שדין זה אינו אלא בשכ"מ דשפיר הוה אומדנא אבל בבריא נסתלקה האומדנא דכשם שלא חש לעצמו שיהא לו במה לפרנס כמו כן לא חשש בשביל בנו ולא יפה אומדנא דבנו משל עצמו לפיכך בבריא שכתב מהיום ולאחר מיתה דכל ימי חייו שייכים הנכסים לעצמו הזרה האומדנא למקומה ובטלה המתנה דהא לנפשו חשש ויש מי שאומר דאפילו בבריא הוי אומדנא ובטלה המתנה דיותר אדם חושש לבנו מלעצמו [דיעה זו בטור ובב"ב קמ"ו: נשמע קלת כדיעה ראשונה]:

ד יש מי שאומר דלמדנו מזה דה"ה בריא שכתב כל נכסיו לאחר מפני שהיה צריך לברוח מפני אויבים או מסיבה אחרת ואח"כ עשה פשרה עם אויביו או שמתו אם נתברר שלא כתב מתנה זו אלא מחמת כן הואיל ונדחית השעה מפניו בטלה המתנה דלא גריעא אומדנא זו מאומדנא דשמע שמת בנו ואפילו לדיעה שאין זה רק בשכ"מ פשיטא שזה דומה לחולה כיון שהיה צריך להבריח נכסיו [ב"י]:

ה מעשה בראובן ושמעון אחים שנצרך להם למכור חצר שירשו מאביהם וראובן לא היה במקום המכירה וכתב לו שמעון שאין ביכולתו למכור אם לא ישלח לו ראובן שטר מכירה על חלקו ועשה ראובן כן ומכר שמעון את החצר ובשם היה המנהג שנשאר להמוכר איזה חזקה וזכות ותבע ראובן חצי החזקה והזכות ושמעון השיב דכבר מכרת לי הציך ואין לך מחצה בזכות זה ופסקו דהדין עם ראובן דאין לך אומדנא גדולה מזו שכל מכירתו לאחיו לא היה רק כדי שיהיה ביכולת שמעון למכור החצר ולא להסתלק עצמו מכל זכות [רשד"ע סי' רכ"ג]:

ו ראובן שלא היה לו זרע וכתב כל נכסיו לאחרים מהיום ולאחר מיתה ואח"כ זכה לזרע אומדנה גדולה היא שאלו ידע שיזכה לזרע לא היה כותב נכסיו לאחרים [מהר"ם] ואע"ג דאינו דומה לאומדנא שמת בנו דנתגלה ששקר היה ומתנת טעות היתה והכא לא היה טעות מ"מ היא דומה למתנת שכ"מ בכולה דאם עמד חוזר משום דאנן סהדי שלא היתה כוונתו אלא אם ימות וה"נ אנן סהדי שלא כיון אלא אם לא יזכה לזרע:

ז עוד אומדנא אמרו רז"ל [קל"א] דמי שהיו לו בנים הרבה וכתב כל נכסיו לאחד מבניו לא עשאו אלא אפטרופס ואין לו בהנכסים רק כאחד מהאחים ואפילו האריך בלשון השטר בכל שופרי דשטרא מ"מ אומדן דעת היא שלא נתכוין אלא שאחיו יהיו נשמעים לו ובין שהיה בריא ובין שהיה שכ"מ ואפילו אותו הבן שכתב לו כל נכסיו הוא קטן ומוטל בעריסה מ"מ אמרינן דמפני שאהב אותו מכל בניו רצה שיכבדוהו אחרי שהוא יהיה האפטרופס כשיגדיל וטעם האומדנא משום שאין סברא כלל שאב יתן כל נכסיו לבן אחד ויעביר נחלה משארי בניו ולכן אם שייר כל שהוא בין קרקע בין מטלטלין זכה הבן בהמתנה דאם היה מכוין לאפטרופסת למה לא עשאו גם על זה השיור אבל אם כתב לשון זה שיהא בני פלוני מושל ושליט בכל אשר יש לי אפילו בבה"ג אינו לשון מתנה אלא אפטרופסת כדכתיב באליעזר עבד אברהם וכי הוא מושל בבל אשר לו שהיה בן משק ביתי [סל"ל כוונת הרמ"א בסוף סעי' ד והלעיל קאי דאל"כ מאי קמ"ל ודו"ק]:

ח ואם פירש בשטר שמקנה לו הקנאה גמורה ולא בתורת אפטרופסת או שפירש בשטר שיהא רשאי למכור ולתת לאחרים ניכר שכיון למתנה גמורה וכן אם כתב לו מטלטלי אג"ק ניכר שכיון למתנה גמורה דאם היתה כוונתו לאפטרופסת לא היה צריך לקניין וכן אם הקנה לו בקניין וכתב הקניין בתוך השטר דכיון שיפה

כחו כל כך וודאי דלמתנה גמורה איכוין ויש מי שאומר שאע"פ שנתן לו בקניין וכתבו בשטר לא עשאו אלא אפטרופס [נמק"י] וי"א עוד דאף במייפה כחו שאמר תנו כל נכסי לפלוני בני ואף כתובו אפ"ה לא קנה אף בקניין [טור]:

ט וכל שכתוב בשטר המתנה לשון שיש להוכיח ממנו דלמתנה גמורה נתכוין קנה וכ"ש אם כותב אמתלא בהשטר למה נותן לו כל נכסיו דקנה וכל היכי דאיכא לאסתפוקי בלשון המתנה אם נתכוין למתנה גמורה על המקבל להביא ראיה דהנכסים עומרים בחזקת כל היורשים והוא לבדו בא להוציא מהם והממע"ה:

י וזה שאמרנו שעשאו אפטרופס זהו דווקא כשכתב לו בשטר את לשון המתנה או שצוה לעדים לכתוב לו וכתבו לו בחייו או שאמר לעדים תנו לפלוני בני נכסיי וכתבו לו שטר לזכרון או שאמר תנו לו ואף כתבו דאז אף אם לא כתבו בחייו הוי אפטרופס דכיון שאמר ואף כתבו נילה דעתו שלא הקפיד על כתיבת השטר אלא להעדפא בעלמא וכ"ש כשאמר שיכתבו לזכרון או שלא הזכיר כלל כתיבת השטר אבל אם אמר לעדים כתבו ותנו לו כל נכסי ולא הספיקו לכתוב בחייו אין לו אפילו דין אפטרופס דחיישינן שמא לא גמר לעשותו אפטרופס אלא בשטר ואין שטר לאחר מיתה [נמק"י וזהו כוונת הטוש"ע בסעי' ח']:

יא מי שרצה לומר דזה שאמרו חכמים לא עשאו אלא אפטרופס אינו אלא אם שארי היורשים הם קטנים דצריכום להשגחה אבל כשהם גדולים וודאי דלמתנה גמורה איכוין וחלקו עליו כל הגדולים דאין חילוק בזה וכוונתו היתה שיהלוקו כבוד לבן הזה ושיהא הוא המנהיג מהנכסים כדי שאחיו יכבדו אותו אכנם לפ"ז יש לשאול דכיון דדין זה הוא גם כשהם גדולים עד מתי יהיה זה אפטרופס דאין סברא לומר שיהיו לעולם ביחד שלא יחלקו ביניהם ויראה לי דזהו רק עד שכולם יתרצו לעשות חלוקה ביניהם וכל זמן שכולם אינם מתרצים הרי הוא אפטרופס וצ"ע:

יב כיון דדין זה הוא כהלכתא בלא טעמא לעקור מתנה כפורשת מפני אומדנא לבן אין לך בו אלא מה שאמרו חז"ל ודין זה אינו אלא בבן בין הבנים אבל אם כתב לבן בין הבנות והבנות יורשות כגון שהן בנות בניו שמתו בחייו או לבת בין הבנות או לבת בין הבנים או שאין לו זרע ושארי קרובים המה יורשיו וכתב לאחד מהקרובים כל נכסיו מתנתו קיימת וי"א דבת בין הבנים או בין הבנות דינה כבן בין הבנים דגם באלו חושש לכבודם ששארי היורשים יכבדום אבל בבן בין הבנות וודאי לא שייך שחשש לכבודו דגם בלעדי זאת יכבדו אותו:

יג וי"א עוד דדין זה אינו אלא כשכתב לשון מתנה דאפטרופסת הוא קצת בגדר מתנה כיון שהוא המוציא והמביא בהנכסים אבל אם כתב לשון ירושה שהיה חולה ואמר או כתב פלוני בני יירש כל הנכסים יורש את כולם כמ"ש בסי' רפ"א וי"א דדווקא אמר אבל בכתב לא עשאו אלא אפטרופס דבכותב אמרינן דדעתו היה להחשיבו ולכבדו דכתיבה יש לה פירסום אבל אמירה בכל עניין זכה לגמרי בין שאמר לשון ירושה ובין לשון מתנה דוודאי למתנה גמורה ולירושה גמורה איכוין דאין כאן כבוד באמירה בעלמא וזהו דעת הרי"ף והרמב"ם פ"ו מנחלות ע"ש:

יד הכותב כל נכסיו לאחד מבניו ולאיש אחר שכתב כל נכסיי לפלוני בני ולאיש פלוני האחר קנה חצי הנכסים לגמרי והבן הוא רק אפטרופס על החצי השני ולא מיבעיא אם כתב החצי לאחר תחלה והשאר לבנו דבשעה שכתב להבן הוה כל נכסיו אלא אפילו כתב להבן ולהאחר בבת אחת חשבינן ליה ככותב כל נכסיו להבן כיון שלא שייר כלום בהנכסים אחר מתנת בנו [טור] וי"א שאם כתב בהשטר חצי נכסי לבני וחצי נכסי לפלוני הוה מתנה גמורה גם להבן דכיון שהקדים להבן ה"ל כנותן מקצת נכסים מדלא כתב כל נכסיי נתונים לבני ולפלוני ולכן אם כתב שני שליש לבני ושליש לפלוני וכיוצא בזה שאין החלקים שוים אינו אלא אפטרופס דהא לא היה יכול לכוללם יחד כיון שאין חלקם שוה:

טו היו לו הרבה בנים וכתב כל נכסיו לשנים מהם שניהם אפטרופסים ואם כתב חצי נכסיי לבני פלוני וחצי לבני פלוני הראשון מתנה דאצלו היה שיור והשני הוא אפטרופס על החצי השגית דמדלא כללם יחד נראה שכן היתה כוונתו וגם הראשון יש לו חלק בהחצי האחר כשארי הבנים:

טז דבר פשוט הוא שכל זה הוא כשכותב נכסיו על אחרי מותו אבל בכתב מתנת בריא לאחד מבניו כיון שנתן לו מתנה בחייו קנה הבן אפילו כתב לו כל נכסיו ואין לשארי האחים חלק בהם כלל אבל אם כתב מהיום ולאחר מיתה דדינה כמתנת שכ"מ כמ"ש בסי' רנ"ז לא עשאו אלא אפטרופס [כ"ל]:

יז וכן הכותב כל נכסיו לאשתו לא עשאה אלא אפטרופא ונתבאר באהע"ז סי' ק"ז וכ"ש כשכתב שתהא גברת הבית או מושלת ושולטת דאינה אלא אפטרופא ושם בסי' ק"ו נתבאר בכותב נכסיו לבניו וכתב לאשתו קרקע כל שהוא דאבדה כתובתה וכן בכותב כל נכסיו לאשתו ויצא עליו שטר מוקדם למתנה זו דאבדה כתובתה וכן נתבאר שם בסי' ק"ח בשכ"מ שאמר תטול אשתי כאחד מהבנים נוטלת כאחד מהבנים יותר על כתובתה ושם בסי' צ' נתבאר דין מברחת ע"ש:

יח כל הנותנים כל נכסיהם והמתנה נתבטלה והנכסים חוזרים לבעלים הראשונים כמו בשמע שמת בנו ובא הבן או שהיה בירח וחזר או שכ"מ שעמד מחליו

כל

כל הפירות שאכל המקבל עד זמן ביטול המתנה מה שאכל אכל ואינו חייב להחזיר דלא גרע זה ממתנה ע"מ להחזיר לזמן קצוב דאוכל הפירות עד אותו הזמן דלא אמרו שצריך להחזיר אלא כשעצם הנתינה היתה בטעות אבל כל אלו לא שייך לקרותם מעות דהא גם עתה רוצה במתנתם אלולי נתהפך העניין נמצא דלעניין הפירות היתה מתנה גמורה עד עכשיו אבל הפירות הנמצאים בעין בידו משמע מהטור שצריך להחזירם ויש מי שאומר דא"צ להחזירם [סמ"ע] ונראה עיקר כדיעה ראשונה [והמחבר נקט לשון הרמב"ם דאל"כ הוי מקור הבית לשון שאכל בלשון הרמב"ם ש"מ דס"ל אם כוונת הרמב"ם כן הוא] עוד נ"ל דבמתנת שכ"מ בבולה צריך להחזיר הפירות שאכל דהא מתנת שכ"מ אינו קונה רק לאחר מיתה והיאך אכלם בחייו [ודברי הסמ"ע סקכ"ג ל"ע] ויש מי שאומר עוד שגם בשמע שמת בנו מחזיר הפירות שאכל דזהו וודאי מתנת טעות ואין דין זה רק כשכתב לשם הברחה [לח"מ פ"ו מזכי' הל' י"ג]:

יט כתב רבינו הרמ"א בסעי' י"ז האומר לחבירו אכול עמי צריך לשלם לו ולא אמרינן מתנה קא יהיב ליה עכ"ל דכיון שנהנה צריך לשלם ולא דמי למ"ש בסי' שס"ג דאם א"ל דור עמי בחצירי פטור משכר דהתם לא נהנה כיון דהוא גברא דלא עביד למיגר וכ"ש דלא דמי לקרע את כסותי שיתבאר בסי' ש"פ ואין זה יכול לומר אני הייתי מתענה או הייתי אוכל לחם ומים דהא עכ"פ נהנה משל אחר וצריך לשלם מה שנהנה [קצה"ח] והרי אפילו בהמתו שאכלה משלם מה שנהנית וכל זה הוא כשנראה שזה שקראו לאכול לא היתה כוונתו להאכילו בחנם כמו מי שמוכר בביתו לפעמים דבר מאכל או בעל אכסניא וכיוצא בזה אבל אם הדבר ניכר שקראו לאכול בחנם כמו בעה"ב הקורא לאוהבו וכיוצא בזה או שהקרוא רגיל לאכול תדיר אצל אחרים בחנם וכ"ש אם הוא עני דפטור מלשלם ועמ"ש בסי' ס' ואף כשצריך לשלם נ"ל דאינו משלם אלא בזול וע' בסי' שצ"א:

כ עוד כתב ולכן מי שמאכיל לחתנו עם בתו יותר מזמן שקצב לו מזונות צריך החתן לשלם לו מזונותיו כשיתבע ממנו אבל לא מזונות אשתו עכ"ל ואפילו היה רגיל ליתן לחתניו מזונות יותר מהתחייבותו מ"מ יכול לומר להם הייתי רוצה ליתן ולך איני רוצה ליתן [סמ"ע] וממזונות אשתו פטור דבלא"ה הזן את אשת חבירו הניח מעותיו על קרן הצבי כמ"ש באהע"ז סי' ע' עוד כתב דזהו דווקא דליכא הוכחה שנתן לו לשם מתנה אבל היכא דמוכח דנתן לו לשם מתנה רק אח"כ נפלה קטטה ביניהם ולכן תובע ממנו פטור עכ"ל והנה זהו פשיטא כשרגיל ליתן לחתניו יותר מחיובו אין לך הוכחה גדולה מזה שנתן לו לשם מתנה דלמה נאמר ששינה לחתנו זה מלהאחרים ואף אם הוא חתנו הראשון הרי אנו רואים מעשים בכל יום שנותנים יותר מזונות מהחיוב ואין לך מי שיתבע מחתנו דמי המזונות אם לא ע"י קטטה והרי כל עיקר טעם דין זה הוא משום שכל המפרנס סתם אינו מפרנס בתורת מתנה אלא בתורת הלואה [ר"ן נדרים ל"נ:] דמעטים הנותנים מתנות ולפ"ז בין אבות ובנים הרבה יש שמפרנסים בתורת מתנה וגם נותנים מתנות ולא דמי למ"ש בירושלמי פ"ג דכתובות דיש מי שסובר דחתנא שהלך למדה"י ופירנס חותנו אשתו שחייב הבעל לשלם דוודאי כשאינם סמוכים על שולחנו והבעל עזב את אשתו יש סברא לומר דהאב הוכרח לפרנס בתו דמה יעשה ולא כיון למתנה אבל כשמחזיקם על שולחנו מי בקש זאת מידו אם לא כיון לשם מתנה ועוד דלהלכה קיי"ל דפטור החתן בבואו מלשלם כמ"ש באה"ע סי' ע' ולכן נ"ל דאין דין זה אלא כשגילה החותן דעתו שכוונתו לתשלומים ולא בחנם ולכן רבינו הרמ"א כתב בדין זה כשיתבע ממנו ולא בדין הראשון ור"ל שבתוך משך המזונות גילה לו דעתו שאינו מאכילו בחנם ומ"מ אם הגילוי דעת זה היה ע"י קטטה פטור דאמרינן שלא כיון לתשלומין גם על להבא אלא שאמר כן מתוך הקטט אבל אם בתוך משך המזונות לא גילה דעתו כלל אינו יכול לתבוע ממנו אח"כ אבל בדין הראשון יכול גם אח"כ לתבוע עוד נ"ל דגם בדין הראשון אם מת המאכיל ולא תבעו אין היורשים יכולים לתבעו דמדלא תבעו וודאי כיון למתנה וכ"ש במאכיל לחתנו שאין היורשים יכולים לתבוע בשלא תבע בחייו:

סימן רמז [השולח חפיצים לבני ביתו ולא פירש למי הם היאך יחלקום ובו ה' סעיפים]:

א מי ששלח כלים ממרחקים לביתו ואמר ע"י השליח או כתב ינתנו אלו לבניי והיה לו בנים ובנות נותנים לכולם דבלשון בני אדם גם בנות בכלל בנים דכן הוא לשון בניין דהזרע של אדם הם בניינו וגם אונקלס תרגם על ויולד בנים ובנות בנין ובנן וגם בלה"ק בריבוים הן לשון בניין אלא ביחידה נחסר הנון להפריש בין זכר לנקיבה ואע"ג דשכ"מ שאמר נכסי לבני אין הבנות בכלל כמו שיתבאר זהו דכיון שעושה בצוואת ירושה מסתמא כוונתו רק להבנים כדין התורה שבת במקום בן אינה יורשת אבל בהא השולח מתנות לביתו

לביתו מסתמא כיון לכולם ולפיכך חפיצים הראוים רק לזכרים כמו ספרים וכלי מלחמה יטלו הבנים והראוים לנקיבות כמו כלי משי צבועים ותלי זהב יטלום הבנות והראוים לזכרים ולנקיבות כתב הטור בשם הרמ"ה דיתנו לשניהם והרמב"ם כתב בפ"ו מזכייה דינתנו לבנים לבד והטעם דמ"מ לשון בנים שייך יותר על הזכרים ואינו מועיל מה שבנות בכלל אלא לדברים הראוים רק להבנות [כ"מ] ואם אמר לבני ביתי גם הרמב"ם מודה ששייך לשניהם [מל"מ] ובכה"ג מיירי הטור ואינו חולק עם הרמב"ם [סס] וכן משמע מלשון הטור דלא פליגי ע"ש עוד נ"ל דוודאי כשמספיק לשניהם נותנים לשניהם והרמב"ם מיירי כשאינו מספיק לכולם ומה שאין ראוי רק לנקיבות שייך להבנות אפילו כשהן נשואות ואין צרכיהן עליו מ"מ שלח להן ואם גם הבנים נשואים י"א דיותר מסתבר ששלח לכלותיו דהדעת קרובה לבנו יותר מלבתו [סמ"ע] ואם בנותיו פנויות אפילו הבנים נשואים שייך הכל להבנות כיון שעליו להשיאן [סס] ואם היא אלמנה או גרושה שחזרה לבית אביה יש להסתפק ונראה שחולקות בשוה הבת וכלתו וצ"ע:

ב המשלח כלים לביתי סתם ולא פירש למי הראוי לבנים ולבנות יחלוקו והראוי רק לבנות נוטלין הבנות והראוי רק לבנים נוטלים הבנים ואם כולם נשואים יטלו כלותיו דדעתו של אדם קרובה לבן יותר אבל כשהבנות פנויות נוטלות הן ולא הכלות וכשהבנים אינם נשואים יטלו הבנות אף כשהן נשואות ויראה לי דהבנים והבנות שאינם סמוכים על שולחנו אינם נוטלים כלל כשלא פירש להדיא וכן אם אין לו רק בנים אף שיש לו בנות בניו נוטלים רק הבנים את הכל וכן אם אין לו רק בנות אף אם יש לו בני בנותיו נוטלין הבנות הכל דבמקום זרע עצמו אין נכדיו נוטלים בסתמא אא"כ פירש [וזהו כוונת סמ"ע במ"ש ואם אין לו בנות וכו' דאל"כ מאי קמ"ל] ויש מי שאומר דכשאמר לבני לעולם אין לכלותיו כלום במקום בנותיו אף כשהן נשואות [ב"ח] וגם בשלח לביתו סתם י"א דה"מ כשאין לו אשה אבל יש לו אשה ושלח לביתו סתם וודאי דברים הראוים לנשים לדידה שדר לה אפילו יש לו בנות פנויות אבל כשפירש לבניו אין לאשתו בזה כלום [סס]:

ג אבל בעניין ירושה כגון שכ"מ שאמר נכסי לבניי והיו לו בנים ובנות הכל לבנים ולא עוד אלא אפילו אין לו רק בן אחד ובנות ואמר לבניי לשון רבים מ"מ אין להבנות כלום ומצינו בקרא ובני דן חושים דכל מה שאנו יכולים להעמיד הלשון בדין התורה אנו מעמידים אותו ומ"מ בני בנים אינם כבנים אף כשראוים לירש שאביהם מתו והבן האחד נוטל את הכל דבלשון בני אדם אין בני בנים בכלל בנים כמ"ש ביו"ד סי' רי"ז דהנודר הנאה מבנים מותר בבני בנים ובנדרים הולכין אחר לשון בני אדם וכ"ש שאין בת הבן בכלל אע"פ שראוים לירש מן הדין ופשיטא דבני הבת אינם בכלל ואם אין לו רק בנות ובני בנים י"א דבני הבנים נוטלים הכל כיון שהם ראוים לירש מפני שלשון בני שקיל אצל בני בנים ובנות ומוקמינן אדין תורה ויראה לי דאם אין לו רק בנות ובנות בנים אע"ג דבנות הבנים ראוים לירש מ"מ נוטלין גם הבנות דכיון דבע"כ לשון בנים הוא לאו דווקא וודאי דלא גריעא לפי לשון בני אדם הבנות מבנות הבנים ואפשר עדיפא מנהון ואם אין לו רק בנות בנים ובני בנות ג"כ חולקין ואם אמר לבניי ולבנותיי במה ששייך לכולם כמעות וקרקע חולקין וכלים ותכשיטין הראוי לבנים לבנים והראוי לבנות לבנות כמו בבריא מיהו בע"כ שצריך להגיע איזה חלק לכל אחד [ע"ז] ומעשה באחד שצוה שכל אשר יש לו יהיה לבנו רק שיתן סכום מה לכל אחת מבנותיו והיה לו בת אחת שמתה בחייו והניחה בן ופסקו דאין לו כלום דלהם ולא ליורשיהן קאמר ועוד דאין בן בנו בכלל בנו כמ"ש וכ"ש דאין בן בתו בכלל בנות אמנם כשמתה הבת אחרי מותו זכה בנה או בתה בחלקה [סס] ושכ"מ שאמר נכסיי ליוצאי חלצי או ליתמי כולם בכלל וכן פסק הרא"ש באחד שחלק נכסיו מחמת מיתה וכתב והשאר יחלוקו שתי אחיותי ויתמי אחותי ויש ביתמי אחותו זכרים ונקיבות גדולים וקטנים דכולם בכלל אפילו נקיבות נשואות שאין בלשון יתמי חילוק:

ד האומר נכסי לפלוני ולבניי חולקים את הנכסים ומחצה נוטל פלוני ומחצה נוטלים הבנים אמר לפלוני ופלוני ולבני פלוני נוטלים בני פלוני מחצה והשנים מחצה ואפילו הנפרטים מרובים והנכללים מועטים ויגיע לכל אחד מהנפרטים פחות מלכל אחד מהנכללים כגון שאמר נכסיי לפלוני ופלוני ופלוני ולבני ראובן ואין לראובן רק שני בנים וכן הדין בשארי דברים כגון שאמר הלוו לפלוני ולבני פלוני וכן בכל תנאי וכתב רבינו הרמ"א דלכן איש ואשה שהתנו ביניהם שאם ימות אחד מהם יחזירו הנכסים לקרוביהם קרוביו נוטלין ההצי וקרוביה החצי עכ"ל וכל הפסולין לעדות מחמת קורבה נקראים קרובים ואין חילוק בין קרוב יותר לאינו קרוב יותר כגון בין אחיו לבין בן אחיו וכיוצא בזה וגם אין חילוק בין זכרים לנקיבות ומ"מ תמיהני על דין זה דוודאי בתנאי כזה הכוונה הוא שלא יירשו זא"ז אלא שיחזרו הנכסים להקרובים והוא שכשימות הוא יחזרו נכסיו לקרוביו וכשתמות היא יחזירו נכסיה לקרוביה ואיזה עניין הוא שיטלו קרובותיה כשימות הוא או קרוביו כשתמות היא ומקור הדין הוא מהגהת מיימוני פי"א מזכייה ובשם עניין אחר הוא באיש ואשתו שהתנו ביניהם לתת כך וכך לקרוביהם ומת אחד שאין השני יכול לשנות דנדר הוא וזכו קריביו במחצה וקרובותיה

וקרובותיה במחצה עכ"ל הרי שנדרו לקרוביהם לצדקה בכל שנה ופסק שאף אם מת אחר מהם צריך לנהוג כן תמיד ובזה וודאי דכן הוא אבל בתנאי שלעניין ירושה בוודאי מוריש כל אחד לקרוביו ואולי כצ"ל שהתנו ביניהם שאם ימותו וכו' ור"ל כששניהם ימותו ובזה וודאי דכן הוא וצ"ע:

ה כתב רבינו הרמ"א מי שהיו לו בנים מאשה אחת ונשא אשה אחרת והתנה עם בניו הראשונים שבניו מן השנייה יטלו חלק בירושה כמו הם [ר"ל שיחלוקו בהנכסים עם הבנים שיהיה לו מתנה אף שיהיו יותר או פחות מהם] ולא היה לו מן השנייה רק בנות אין לבת במקום הבנים כלום עכ"ל דכוונתו היתה רק לבנים ואף אם כוונתו היתה גם לבנות אינו מועיל כלום דבת בין הבנים אינו טועיל לשון ירושה אף כשהיא בעולם וכ"ש כשאינה בעולם [כ"ה במרדכי רפ"ע דכ"ב ועסמ"ע סק"ד ול"ע] ומי שצוה ליתן לבתו מעות כך וכך לנשואיה נותנין לה מיד אם היא גדולה ובת דעת ואין ממתינים עד זמן נשואיה וכן האומר תנו מנה לפלוני למזונות אין נותנין לו מעט מעט אלא נותנים לו המנה בבת אחת [ב"י בשם הרשב"א] וכן כל כיוצא בזה:

סימן רמח [הנותן מתנה לחבירו וא"ל ואחריך לפלוני ובו כ"א סעיפים]:

א אמרו רבותינו ז"ל [ב"ב קל"ז.] דהאומר נכסי לך ואחריך לפלוני ואחריו לפלוני מת ראשון קנה שני מת שני קנה שלישי מת שני בחיי ראשון הנכסים של יורשי ראשון וכן דין השלישי עם השני כשמת בחיי שני הנכסים של יורשי שני עוד אמרו ז"ל שלכתחלה אסור להראשון למוכרם אבל אם מכרן מכירתו קיימת ואין להשני כלום וכן הדין כשהן ביד השני נגד השלישי וביאור הדברים הוא דלשון אחריו הוא אחר מותו כדכתיב מי יגיד לאדם מה יהיה אחריו תחת השמש וזה הנותן נתן באופן זה שכל ימי הראשון יאכל וישתמש בהנכסים בהגוף ובהפירות ואין זה קניין פירות דלאו כקניין הגוף דמי אלא נתן לו הגוף והפירות ויכול לעשות בה כל חפצו רק מה שישאר אחריו יהיה להשני וכן מה שישאר מהשני יהיה להשלישי ולכן אם הראשון מכרם אין לו להשני כלום דכיון דנתן לו הגוף והפירות לכל ימי חייו מה שעשה עשוי מיהו לכתחלה אסור למכור דעובר ע"ד הנותן וכ"ש שאסור לאיש אחר להשיאו עצה שימכרם ואמרו חז"ל דהמשיאו לעצה זו נקרא רשע דאע"ג דהמוכר עצמו לא נקרא רשע דעושה להנאתו אלא שעובר ע"ד הנותן ולא עשה כהוגן אבל אחר רשע הוא דאין אדם חוטא ולא לו [סמ"ע] ולכן אם מת שני בחיי ראשון הנכסים של יורשי ראשון משום דהשלישי אינו זוכה רק אחרי מית השני והשני אינו זוכה רק אחרי מות הראשון נמצא דהשלישי אינו זוכה מהראשון אלא מהשני וכיון דהשני כשמת בחיי ראשון לא זכה מעולם לכן גם השלישי אינו זוכה וממילא דנשארו ביד יורשי ראשון וכן בשלישי כשמת כחיי שני נשארו ביד יורשי שני:

ב עוד אמרו רז"ל דכשהראשון ראוי ליורשו אין להשני כלום דירושה אין לה הפסק כגון שאמר שדה פלונית אני מוריש לראובן בני ואחריו לשמעון בני כיון דראובן יורשו מן התורה אע"ג דבחייו היה יכול ליתנה למי שירצה מ"מ כיון דהגרישו אין הפסק בירושה דדווקא מתנה יכול האדם להתנות בה כרצונו אבל היורש כיון שקבלה ע"פ לשון ירושה היא שלו לעולם ולכן לא מיבעיא אם אמר על כולם לשון ירושה דאין להשני כלום אלא אפילו אמר בלישון מתנה נכסי לך ואחריך לפלוני כיון שהוא ראוי ליורשו אין זה לשון מתנה אלא לשון ירושה וירושה אין לה הפסק ודווקא בשכ"מ דכשהאדם חולה מוריש נכסיו לכן דיינינן לה כלשון ירושה אבל בריא שאמר נכסי לך ואחריך לפלוני אפילו ראוי ליורשו הדין כבסעי' א' דבבריא הוי זה לשון מתנה ולא עוד אלא אפילו אמר בלשון ירושה אינו כלום דהבריא אינו יכול ליתן בלשון ירושה [סס]:

ג וכ"כ הרמב"ם פי"ב מזכיה שכ"מ שאמר נכסי לפלוני ואחריו לפלוני אין לשני אלא מה ששייר ראשון ואם היה הראשון ראוי ליורשו כגון שהיה בן מכלל הבנים אין לשני כלום שכל לשון מתנה ליורש הרי הוא כלשון ירושה וירושה אין לה הפסק ואע"פ שאמר ואחריו לפלוני אבל הבריא שנתן מתנה על דרך זה וכתב לו נכסי לך ואחריך לפלוני אין לשני אלא מה ששייר ראשון אפילו היה הראשון ראוי ליורשו עכ"ל:

ד מה נקרא ראוי ליורשו לאו דווקא שהראשון ראוי והשני אינו ראוי אלא אפילו גם השני ראוי כגון בן בין הבנים ובת בין הבנות ואח בין האחים כשהם היורשים וכתב לאחר מהם מקצת נכסיו או כל נכסיו באופן שאין בה חששא דאפטרופסות שנתבאר בסי' רמ"ו כיון ששייך בירושה זו וביכולת המוריש להוריש לכל מי שירצה מהיורשים מקרי ראוי ליורשו ואין לזה הפסק אבל בת בין הבנים או אח בין הבנות אינו ראוי ליורשו מקרי דכיון שיש לו הקודמים בירושה מזה אין לזה שם יורש ובמקום שאין לה הפסק אפילו אמר אחריך להקדש אינו כלום וכ"ז כשאמר בלשון אחריך או שאמר ואם תמות יהיו נכסים אלו לפלוני או להקדש אבל אם נתן לזמן קצוב כגון שאמר נכסי לך לעשר שנים ואח"כ יהיה לפלוני או שאמר תהא ביתי לך כל

זמן

זמן שתדור בו ואחר שתצא מהבית תהיה הבית לפלוני אזי לאחר הזמן או לאחר שיצא מהבית שייך לפלוני ובנתן לזמן אין הראשון יכול למכור ואם מכר השני מוציא מיד הלקוחות וי"א דהוה כמו נכסי לך ואחריך לפלוני דבתוך הזמן הגוף והפירות שלו ומה שעשה עשוי [קצה"ח בשם רמב"ן] אבל אם אמר כל זמן שתדור בו וודאי דמכירתו מכירה [כ"מ בתשו' מהר"ם מבב"י] ואם אמר סתם אחר שימות בני יהיו הנכסים לפלוני לא אמרינן בזה ירושה אין לה הפסק [נה"מ] כיון שלא אמר נכסי לך ואחריך לפלוני ומ"מ אם מכרן מכור [כ"ל] וי"א דאפילו בכה"ג כיון שראשון ראוי ליורשו אין לו הפסק [ע' בב"י]:

ה כתב הרמב"ם ז"ל שכ"מ שאמר נכסי לך ואחריך לפלוני והיה הראשון ראוי ליורשו ופירש ואמר לא משום ירושה אני נותן לך שאין לה הפסק אלא במתנה והרי הפסקתיה השני קונה מה ששייר ראשון לפיכך אם נתן המעות ע"י שליש או שאמר תנו לבניי שקל בכל שבת ולא משום ירושה אני נותן להם והנשאר מהנכסים אחר מותם יהיה לפלוני אין נותנים להם אלא שקל אע"פ שאינו מספיק להם עב"ל וס"ל דכשצוה ליתן להם כך וכך שלא מחמת ירושה וכשנתן לשליש אע"פ שלא אמר שאינו נותן מחמת ירושה אין לזה דין ירושה שלא יהיה לה הפסק ויתבאר עוד בזה בס"ד בסי' רנ"ג ואם נתן למי שראוי ליורשו על תנאי וגם אמר ואחריו לפלוני ולא נתקיים התנאי אין לזה דין ירושה ונתבטלה כל המתנה [סמ"ע בשם]:

ו זה שנתבאר דאם קדם הראשון ומכרו מכור בד"א כשמכר או נתן מתנה לאחרים ואפילו נתנם להנכסים עצמם כגון שהמתנה היא עבדים והוציאם לחירות ואף שעשה איסור מ"מ מה שעשה עשוי וכן אפילו אסרם בהנאה כגון שהמתנה היא בגדים ועשאן תכריכין למת שאסורים בהנאה ואפילו הרבה להמת תכריכין יותר מהצורך דיש בזה קצת איסור שעובר על בל תשחית כמ"ש ביו"ד סי' שמ"ט מ"מ מה שעשה עשוי אבל אם מכרן לאחד ביורשיו או נתנם לו במתנה לא עשה כלום דוודאי בזה היה דעת הנותן לעיכובא שלא יועיל דאל"כ לתנם א"ל ואחריך לפלוני דהא בוודאי יתנם המקבל ליורשיו אבל למכור לאחרים לא חשדו שיעבור בזה על דעתו ולכן לא היה דעתו לעיכובא בזה דבלא זה ג"כ לא חשדו ולכן אם עבר ועשה מה שעשה עשוי [סמ"ע] ועוד דיורשיו בעצמו רמיא וכשם שאחר מותו אינו יכול לעכב לעצמו כמו כן אינו יכול ליתנם ליורשיו וכן אם הראשון נתנם במתנת שכ"מ אפילו לאחרים אינו כלום שאין מתנת שכ"מ קונה אלא לאחר מיתה וכשעת קדם האחריך זכות בהם דהוא קונה כשהראשון גוסס ספני שהנותן שאמר ואחריך לפלוני היתה כוונתו כשלא יצטרך הראשון מיד יזכה השני ובגסיסתו של אדם א"צ לכלום ואף אם היו חלין בבת אחת והיינו רגע אחר מיתתו צריכים יותר לקיים פקודת הנותן מפקודת הראשון שלא עשה כהוגן וכן י"א כשאמר הראשון מהיום אם לא אחזור בי ג"כ זכה האחריך כיון שזה יכול לחזור בו כל ימי חייו ונמצא שהקניין הוא לאחר מותו כבר קדמו האחריך [קצה"ח] וי"א דאע"ג דאין הראשון יכול ליתנם במתנת שכ"מ מ"מ אם הוציא המתנה מידו ומסרה לשליש שקונה המקבל דזכה בה מיד שמסרן לשליש [ס"ך] וכ"ש כשמסר לידו אף שאמר שיקנם במתנת שכ"מ:

ז דווקא מכירה או מתנה מוציא מיד האחריך אבל שיעבוד אינו מוציא כגון שהראשון לוה מעות ושיעבדם אפילו עשאן אפותיקי או שהיה עליו חיוב כתובה וגאו הבע"ח או האשה לב"ד להגבותם מנכסים אלו אע"פ שהראשון קיים ואם היה מוכרן מכירתו מכירה מ"מ אין ב"ד מגבין אותם מגוף הנכסים אלא מהפירות לכל ימי חיי הראשון והטעם דכיון דיכול לסלקם במעות לא זכו בהם עדיין לגמרי וסמילא כשימות זכה בהם האחריך ואם הראשון מת ובאו הבע"ח והאשה להגבותם אין מגבין להם אפילו הפירות אלא הם של האחריך דהא אחר מותו אין לו עוד ולא מהני אפותיקי או אפילו ייחד לאשתו נכסים אלו בכתובתה וכן נראה עיקר אע"פ שיש חולקים בזה וזהו דווקא כשב"ד מגבים להם אבל אם הלוה עצמו הגבם מה שעשה עשוי דהוי כמכירה [נה"מ] ואע"ג דשומא הדרא כשמסלקם במעות כמ"ש בסי' ק"ג ואינה כמכירה גמורה זהו בשומת ב"ד ולא כשהלוה עצמו הגבם [שם]:

ח בזה שנתבאר דירושה אין לה הפסק זהו דווקא כשהחולה עשה הצוואה בדיני ישראל אבל אם עשה ע"פ ערכאות וכתב נכסי לך ואחריך לפלוני וראשון ראוי ליורשו ובאו אח"כ לדון בב"ד לא אמרינן דירושה אין לה הפסק ואע"ג דלענין דיני ירושה הולכין אחר הדין כמ"ש בסי' שס"ט מ"מ כיון שהוא עשה הצוואה בערכאות ובלשונם כשכתב ואחריך לפלוני הכוונה אף כשהראשון ראוי ליורשו ויש הפסק ע"פ לשונם א"כ בע"כ דכוונת המצוה לא היתה לשם ירושה רק לשם מתנה [סמ"ע שם] אבל רבים חולקים בזה דהא לא בכוונת המצוה תליא והרי גם כשעשה בב"ד רצה הוא לעשותה כמתנה ולהפסיקה אך התורה גזרה שאין לה הפסק א"כ אין חילוק באיזה מקום שעשה הצואה אם לא שכתב מפורש שאינו נותן בתורת ירושה א"כ גם בדינינו כן הוא כמ"ש בסעי' ה' וכן עיקר לדינא:

ט אין כל הדברים הללו אמורים שאם מכר הראשון מכור אלא באומר ואחריך לפלוני ולא אמר מהיום אבל אם א"ל ואחריך מהיום לפלוני ומכר הראשון מוציאם השני מיד הלקוחות דכיון דאמר מעכשיו בע"כ דלא

דלא נתן להראשון רק הפירות והגוף נתן מעתה להשני ואיך יוכל הראשון למוכרם וכן אם מת שני בחיי ראשון יתנום ליורשי שני אחר מיתת הראשון דהשני כבר זכה בהגוף ואם הם שלשה שאמר ואחריך מהיום לפלוני ואחריו מהיום לפלוני ראשון ושני לא קנו רק הפירות והשלישי קנה הגוף מהיום והפירות לאחר מיתת השני ודווקא כשבאו ליד שני דהרי השלישי אינו זוכה רק מיד השני לפיכך אם מת שני בחיי ראשון יחזרו הנכסים ליורשי הנותן דהשלישי לא זכה ולהראשון אין לו רק הפירות [סמ"ע] :

י וי"א דבאמר מעכשיו אפילו הראשון ראוי ליורשו לא אמרינן בזה דירושה אין לה הפסק כיון שלא נתן לו רק הפירות ויש חולקין וס"ל דלעניין ירושה שאין לה הפסק אין חילוק בין אמר מהיום להאחריך או לא אמר וכן חולקים על זה שנתבאר דבמעכשיו אין מכירתו מכירה [כ"ה בהג"ה שהביא הב"י] דס"ל לדיעה זו שאע"פ שאמר מעכשיו מ"מ לכל ימי חיי ראשון נתן לו הגוף והפירות ואמירת מעכשיו אינו הכרח שאין הגוף להקודם לו והרי אם נתן לשלשה ואמר על השני מעכשיו ועכ"ז אין לו הגוף כמו שנתבאר א"כ אמירת מעכשיו אין הכרע לזה ומ"מ כתב רבינו הרמ"א דדיעה ראשונה נראה עיקר [ובב"ב קכ"ה. ס"ל לרב הונא דאחריך כמעכשיו וס"ל שם קל"ג. דירושה אין לה הפסק ל"ל דאינו כמעכשיו אלא כשהשני ראוי ליורשו ולא הראשון כהאי דשמעתא שם ודו"ק] ויש מי שאומר דגם לדיעה אחרונה מ"מ לעניין מכירה מודים דאין כח לראשון למכור במעכשיו [סמ"ע סקכ"ב וזהו לרשב"ם שם] :

יא אין כל הדברים אמורים אלא כשאמר נכסי לך ואחריך לפלוני אבל אם אמר ואחריך לי או ליורשיי אם מכרם הראשון מוציא הנותן או יורשיו מיד הלקוחות כשמת הראשון דוודאי לא נתן לו רק הפירות ולא הגוף ודווקא לגבי אחר אמרינן דאע"ג שרצון הנותן היה שישייר הגוף להשני וכבר שהראשון לא יעבור על דעתו מ"מ אקניה הגוף גם להראשון דלא אלימא ליה האי מהאי אבל לגבי עצמו ויורשיו וודאי דלא אקניה רק הפירות ואפילו לא אמר כלל ואחריך לי או ליורשי אלא שאמר נכסי נתונים לך כל ימי חייך אין לו בהן רק פירות ואם מכרן הנותן או יורשיו מוציאין מיד הלוקח מיד כשמת המקבל :

יב כתב רבינו הרמ"א בסעי' ז' אמר אחריך ליורשי והיה לו בת ומתה בחיי המקבל והניחתה זרע הזרע עומד במקומה אבל אם אין לה זרע אין שאר יורשים עומדים במקומה אא"כ אמר מעכשיו ליורשי דאז זכתה הבת מחיים עכ"ל והקשו עליו דהרי בשיור לעצמו או ליורשיו לא הקנה לו רק הפירות כמ"ש א"כ גם בלא מעכשיו כמעכשיו דמי דמעולם לא יצא הגוף מרשותו או מרשות יורשיו ונ"ל דס"ל דוודאי אם אמר בלשון זה אחריך לי או ליורשי לא נתן להראשון רק הפירות ולעצמו שייר הגוף ואם ימות היורשים שיהיו אז יעמדו במקומו אבל כשאמר רק אחריך ליורשי א"א לומר ששייר הגוף מעכשיו לעצמו וליורשיו דא"כ היה לו לומר אחריך לי וממילא דכשימות יורשיו יעמדו במקומו או עכ"פ היה לו לומר אחריך לי או ליורשי ופירושו לי כשאחיה אז וליורשי כשלא אחיה אבל כשאמר רק אחריך ליורשי אין היורשים באים מכחו ואף אם הוא בעצמו יחיה אז נ"ב לא ישובו לו רק להיורשים וזהו כמ"ש כאומר ואחריך לפלוני דמה לי אם אומר ואחריך לפלוני או אם אומר ואחריך ליורשי שהם בניו או בנותיו ומעיקר הדין היה צריך להיות דאם ימות היורש בחיי הראשון כדין מת שני בחיי ראשון אלא שמפני שהזכיר עכ"פ לשון יורש אמרינן דכוונתו כן הוא שזרעה וזרע זרעה הן כמותה שהם היו אז יורשיו אבל יורשים אחרים כמו אחים וכ"ש בעלה שבשעת המתנה אינם מכונים כלל בשם יורשי נותן אין להם כלום ולכן כתב עוד דאם אמר נכסי לפלוני ואחריו ליורשי והיה לו בשעת הנתינה בת אחת ואח"כ נולדו לו בנים י"א דזוכה בהן הבת דלא היה כוונתו רק על היורשים שהיו לו בשעת המתנה כן נ"ל עכ"ל וזהו מטעם שבארנו דלא היתה כוונתו על ירושה שמכחו אלא על המכונים יורשיו בשעת המתנה ולא מפני כחו אלא שכן היתה רצונו והוה כאחריך לפלוני [ובזה א"ש גם קושית הב"ש באה"ע סי' ל' סקי"ג וכל דקדוקי הקצה"ח והנה"מ וזהו כוונת הטור ג"כ ואינו חולק עם הרמב"ן ומיושב קושית הב"י וקושית הר"ן שהביא ומפרשי בשמעתא שבב"ב קכ"ה: כגירסת רשב"ם ולא כפירושו לגמרי והה"מ שהוקשה להטעם שאין הבעל יורש משום ראוי ואינו אומר מפני שאינו מזרעה מפני שנשואה היתה בשעת המתנה ונקרא הוא היורש ודו"ק] :

יג עוד כתב דאם אמר נכסי לך ואחריך ליורשיך י"א דהוה כאלו אמר ואחריך לפלוני ואם מתו יורשין בחיי המקבל אין יורשי יורשיו נוטלין כלום אא"כ אמר ואחריך ליורשיך מעכשיו עכ"ל וגם בזה דחו דבריו ממה שבעצמו כתב מקודם דזרע זרעה עומד במקומה וגם דחו מהש"ס שם שמבואר ההיפך דרק הבעל אינו יורש אבל שאר יורשיה יורשים [דק הוא בשמעתא לגי' הרי"ף] ולי נראה דדבריו אמיתים דבזה שהוסיף היורשים גרע כחו של המקבל דהא גם בלא זה יורשים אחריו יורשיו אלא וודאי דה"ק דרק יורשיו ולא יורשי יורשיו וזה שנתבאר דזרע זרעו כזרעו דמי זהו ביורשי עצמו אבל ביורשי המקבל אמרינן דעתו שלא נתן רק להיורשים ולא ליורשי יורשים ובגמ' שם דיורשים הוי גם יורשי יורשים לבד מבעל דס"ל שם להגמ' דאחריך כמעכשיו דמי ומ"מ לגבי הבעל מקרי ראוי דס"ל דמעכשיו דינו כמו בלא מעכשיו כמ"ש בסעי' י' ולכן הוה ראוי [נמק"י] אבל כיון דקיי"ל דמאחריך לאו כמעכשיו דמי הוי ליורשיו דווקא ולא ליורשי יורשיו

ועוד

ועוד דבגמ' מיירי שנתן נכסיו לאמו ואחריה ליורשיה דהם קרובים להנותן בזה אמדינן דעתו שכיון ג"כ לזרע זרעו אבל כשהמקבל אינו מקרובי הנותן כוונתו ליורשיו דווקא כי מאין לנו להוסיף על דבריו ולז"ע עצמו שאני דכל זרע זרעו כזרעו דמי דיוצאי חלציו הם עוד כתב דדווקא שאמר אחריך ליורשיך אבל מה שכותבין בשטרות לך וליורשיך אינו אלא לשופרא דשט"א עכ"ל ואדרבא שחיזק כח המקבל שיהא יכול לעשות בה כל חפצו למוכרה ולנותנה כבשלו וכתב עוד דיש חולקין והוא הרא"ש בתשו' הביאו בטור סעי' י"ד וכוונתו דהרא"ש ס"ל דאפילו כשאמר מעכשיו אין יורשי יורשיו נוטלין כיון דקפיד לכתוב ליורשיו הוה הכוונה דרק ליורשיו ולא ליורשי יורשיו והרא"ש ס"ל כמ"ש בסעי' י"ב [כני' לסמ"ס] אבל באחריך ליורשיך דאין כאן קירוב כלל לא נתן ליורשי יורשיו אפילו כשאמר מעכ"ז:

יד כתב רבינו הב"י בסעי' ט' האומר נכסי לאמי ואחריה ליורשיה והיתה לה בת נשואה ומתה הבת בחיי בעלה ובחיי אמה [כל"ל] אין הבעל יורש אותם נכסים מפני שהם ראוים לאשתו ולא זכתה בהם האשה אלא אחר שמתה אבל אם הניחה הבת בן או בת היו יורשים הנכסים שמשמע יורשיה ואפילו יורשי יורשיה ואלו אמר לכשתמות הזקנה הרי הם לבתה מעכשיו היה הבעל יורש אותם אחר מיתת אשתו עכ"ל דהוא קודם במוחזק בנכסי אשתו לכל יורשיה [דין זה סוף סמעשה סבגמ' ססבאנו בסעי' י"ג] ולפי מה שבארנו בסעי' י"ג [לתירוץ סשני] אפשר שגם רבינו הרמ"א מודה בדין זה [ולפ"ז צרמב"ס פ"ב מזכי' סגירסא כרסב"ס נאפשר גם בס"ע ל"ל כן ולכן נכתב על סבת לסון זכר וה"ס ני' אס אביס]:

טו שכ"מ שאמר לאשה פנויה נכסי לך ואחריך לפלוני ולא אמר מהיום ועמדה ונשאת שייכים הנכסים להבעל ואין האחריך מוציא מטנו דקיי"ל בעל בנכסי אשתו דינו כלוקח וכיון שאם מכר הראשון מכור ממילא הוי כמו שמכרה לבעלה אבל אם אמר לה כשהיא נשואה ומתה מוציא האחריך מיד הבעל דהרי כיון שזיכה אותה בהנכסים ואמר לה ואחריך לפלוני הרי זה כאלו אמר מפורש לפלוני ולא לבעלך לפיכך אם מכרה נכסים אלו בעודה תחת בעלה ומתה יעמדו הנכסים ביד הלוקח ובאה"ע סי' צ"א נתבאר עוד מזה ע"ש:

טז ראובן שנתן מתנה ללוי והתנה עמו איזה תנאי ושאם יעבור התנאי יהיו הנכסים של שמעון מעכשיו ואח"כ נתן שמעון כל זכות שיש לו במתנה זו ללוי מעכשיו ומת אע"פ שלוי עבר על התנאי מ"מ זכה בהם מכחו של שמעון ואף אם לוי עבר אחר שנתן לו שמעון ונמצא דבשעה ששמעון נתן לו לא היתה עדיין של שמעון מ"מ כיון שעבר אח"כ זכה שמעון למפרע כיון שאמר מעכשיו וממילא דנתינתו ללוי הוי נתינה ומעשה בראובן שהלוה לבניו שמעון לוי ויהודה מעות ומשכנו לאביהם את הבתים שלהם ומת האב וקודם שחלקו את הירושה כתב שמעון ללוי שטר מתנה מחלק ירושתו ועמד לוי ותבע משמעון חוב זה וטען שמעון כיון שאבינו מת נמחל שיעבוד שטר זה מעלי ופסק הרשב"א ז"ל שהדין עם שמעון מפני שבגמר מיתת האב זכה במה שהיה חייב לאביו ונמחל שיעבודו אף קודם חלוקה וראובן שכתב לבנו ולאשתו בית וכתב שלא יגבו אלא שניהם ביחד ואח"כ מת אחד מהם אם יכול השני לגבות נתבאר בסי' ע"ז ע"ש:

יז הנותן מתנה ואמר מטלטלין שיש לי אני נותן לפלוני נוטל כל כלי תשמישו אבל לא חטין ושעורים וסחורות וכיוצא בזה דאע"ג דהמה מטלטלין מ"מ בלשון בני אדם לא נקראו מטלטלין רק כלי תשמיש ואם אמר כל מטלטלין שלי אני נותן לפלוני נוטל הכל לבד ס"ת וספרים שאין נכללין בסתם [ס"ך] ועבדים בכלל מטלטלין בלשון בני אדם אבל לא רחים התחתונה אף שמעיקרה היא מטלטלין מ"מ כיון שמחוברת לארץ ואין דרך לטלטלה אחרי שהוקבעה בארץ וגם בשעה שרוצים לנקרה מנקרים אותה במקומה משא"כ רחים העליונה דכשבאים לנקרה מטלטלין אותה ממקומה היא בכלל מטלטלין [סמ"ע] ורחים שלנו פשיטא שהם כקרקע ורחים קטנים של יד פשיטא שהם כמטלטלין ואם אמר כל המטלטל נוטל גם רחים התחתונה וכיוצא בזה דכל המטלטל משמע כל מה שביכולת לטלטל וכ"ש ס"ת וספרים [כ"ל] ואם נתן ספרים במתנה אין ס"ת בכלל לפי לשון בני אדם וכ"ש ראיי ספרים בכלל ס"ת [נ"ל]:

יח אמר נכסי לפלוני נוטל כל המטלטלין וכל הקרקעות ובגדים ועבדים ועופות ובהמות וספרים ותפלין אבל ס"ת יש ספק בגמ' אם הוא בכלל נכסים או לאו לפיכך אם תפס המקבל אין מוציאין מידו לא מיבעיא לדעת הפוסקים דבספק שבגמ' מהני תפיסה אלא אפילו להפוסקים דלא מהני תפיסה מ"מ בזה שהספק הוא לא בדין אלא בלשון בני אדם איך הוא וכשיבא אליהו ויאמר שכן הוא הלשון יתברר הדבר [ע' יבמות מ"ה:] וכל ספק העומד להתברר במקום שנמצא הממון תקום בידו [כנ"ל מסמ"ע סקנ"ה] ויש מי שאומר דזהו רק לדעת הרמב"ם דמהני תפיסה בספיקא דדינא [סגר"ה] ותמיהני דא"כ למה לא הגיה רבינו הרמ"א די"א דלא מהני תפיסה כמו שהגיה בכ"מ ועוד דגם הטור כתב דמהני תפיסה ויש מי שרוצה לומר דמלוה בע"פ אינו בכלל נכסי ולא נ"ל ומעות ג"כ בכלל נכסים [ב"ב ק"ן:] ומלוה בשטר יתבאר בסעי' כ"א:

יט אמר לתת לאשה בגדיה כל הבגדים בכלל בין בגדי חול בין של שבת ויו"ט וכל מיני בגדים בכלל זה כתונת ופוזמקאות וגם כל מיני בגדים קטנים

וגדולים

ונדולים הכל בכ"ל בגדים אבל בגד שאינו תפור עדיין אינו בכלל בגדים אמנם התפור אף שעדיין לא לבשה הם בכלל ותכשיטין אינן בכלל בגדים ודע דכל דבר שהוא מעשה אורג הוא בכלל בגד [שבת ס"נ:] וכל דבר מכסף וזהב ושארי מתכיות שעשוי שלא ע"י אריגה הוא תכשיט ודבר שחציו אריג וחציו תכשיט הולכין אחר רובו [כ"ל וע"ש]:

כ הכותב לחבירו שנתן לו ד' אמות קרקע ואגבן כל מטלטלין שיש לו בין זהב וכסף בין שאר כל כלים גדולים וקטנים ובגדי פשתן וצמר ומשי וכל מה ששמו ממון וכל מה ששמו נכסים לא קנה קרקעות אף שהן בכלל נכסים מפני שאין קרקע נקנה בא"ב ולא עבדים משום דקיי"ל בסי' ר"ב דהחזיק בקרקעות לא קנה עבדים ולא ס"ת ולכן אם רוצה להקנות לו קרקע ועבדים יקניהו בקניין אחר וס"ת יפרש להדיא:

כא מעשה באחד שנתן לחבירו כל נכסיו מטלטלי אג"ק ולא שייר ליורשיו אלא ה' זהובים והיה לו שטרי חובות ופסק הרא"ש דאם היתה מתנת שכ"מ ומצוה מחמת מיתה דקנה בלא קניין גם בשיור כמו שיתבאר קנה השטרות דהם בכלל נכסים וא"צ כתיבה ומסירה דדברי שכ"מ ככתובין וכמסורין דמי אבל אם היתה מתנת בריא או בשכ"מ באופן שצריך קניין לא קנה בלא כתיבה ומסירה ויחזרו להיורשים ואפילו היה המקבל עצמו חייב להנותן בשטר צריך לשלם ליורשיו דכיון שלא מחל לו החוב אלא שהקנה לו השטרות ומאחר דלא קנה השטר גם החוב לא נמחל:

סימן רמט [הנותן מתנה וחוזר בו ודנותן לעבד ואשה ובו ד' סעיפים]:

א האומר ליתן מתנה מועטת לחבירו וחוזר בו ה"ז ממחוסרי אמנה אבל במתנה מרובה אין בזה משום מחוסר אמנה דהמקבל לא סמכה דעתו ובעני אין חילוק וחייב מדין נדר וכבר נתבאר זה בסי' ר"ד ובסי' רמ"ג ואמרו הז"ל [סוכה מ"ו:] שלא יאמר לתנוק אתן לך מתנה אם אין בדעתו ליתן שלא להרגילו לשקר ולאנס אסור ליתן מתנה שנאמר לא תחנם אא"כ הוא מכירו או שיש בזה מפני דרכי שלום:

ב הנותן מתנה לעבד ולאשה קנו הרב והבעל אך יש חילוק ביניהם דהרב קונה גם הגוף והבעל לא קנה אלא הפירות אבל הגוף שלה כשיגרשנה או תתאלמן ונתבאר באה"ע סי' פ"ה והכותב כל נכסיו לעבדו קנה עצמו בן חורין דגם הוא בכלל נכסים ונתבאר ביו"ד סי' רס"ז ואם נתן מתנה לעבד ע"מ שאין לרבו רשות בו לא מהני אבל אם נתן לו ע"מ שיעשה דבר פלוני מהני [גס בס"ד וד"פ] דלא כיש מי שחולק בזה וכן מפורש ברמב"ם פ"ג מזכייה:

ג דבר פשוט הוא שזה שקנה עבד קנה רבו הוא אפילו במה שקנה קודם שנמכר לו לעבד ויש לזה ראיות הרבה וכן מפורש בירושלמי גיטין [הל' ה'] בחציו עבד וחציו בן חורין דכשמצא ביום של עצמו למחר היא של רבו [וכ"פ כק"ע ופי' הפ"מ דחוק] ומאי דאיתא בש"ס דילן בגיטין [מ"ב.] שאם נגחו שור יום של עצמו לעצמו וודאי כן הוא אם רצונו לאכלו ולשתותו בעד מעותיו ביכולתו לעשות כן וכן ביכולתו ליתנה לאחר באותו יום אבל אם נשארו אצלו עד מחר הוי לרבו [ולהגס כדמק הקלס"ח בזס ועסה מחלוקת בין בבלי וירושלמי וסדבר פשוט כמ"ס]:

ד כתבו הרמב"ם והטוש"ע מדת חסידות שלא לקבל מתנה אלא לבטוח בה' שיתן לו די מחסורו שנא' ושונא מתנות יחיה ובגמ' [חולין מ"ד:] משמע דמי שיש לו מדה זו מאריך ימים ואין לשאול דלפ"ז איך אמרינן זכין לאדם שלא בפניו לעניין מתנה דילמא לא ניחא ליה דהטעם הוא משום דהולכין אחר רוב בני אדם דניחא להו במתנות ועוד דבכל זכות וחובה אין לילך בזה שיהיה דווקא כולו זכות וכולו חובה אלא כל שהחוב רבה על הזכות נקרא חובה [תוס' גיטין י"ג.] וכל שהזכות רבה על החוב נקרא זכות וזכין לו שלא בפניו:

סליק בס"ד הלכות מתנה

סימן רנ [דיני מתנת שכ"מ במקצת ובכולה ודין מצוה מחמת מיתה ובו מ"ב סעיפים] :

א תקנת חכמים בחולה שנותן מתנה שא"צ קניין ודברי שכ"ם ככתובין וכמסירין דמי ואף שאין המקבל קונה רק לאחר מיתת הנותן עשאוה כאלו כתב ומסר לו בחייו ולכשימות יקנה למפרע משעת נתינה [טור] ובהכרת היה להם להתקן כן דאל"כ איך יקנה המקבל לאחר מיתה הלא יורשיו קודמין שיורשין מן התורה לכן עשאוה כאלו מסר מחיו בקניין גמור ואם המתנה היא קרקע הוי כאלו כתב השטר בחייו אף שאינו קונה רק לא־ר מיתת השכ"ם [וזהו כוונת הטור] ולכן אמרו חז"ל [ב"ב קמ"ט.] דמתנת שכ"ם כירושה שויה רבנן דכמו דהיורש אימתי הנכסים שלו לאחר מיתת מורישו ומ"מ נם מחיים הויין כשלו לכשימות מפני גזירת התורה כמו כן מתנת שכ"ם הוה מחיים כשלו אף שהקניין הוא לאחר מיתה ולכן יתבאר בסי' רנ"ו שבמקום שאינו יכול להוריש אינו יכול ליתן במתנת שכ"ם ולמה לא תקנו חכמים שבאמת יזכה לגמרי משעת אמירתו כדי שיהיה ביכולת השכ"ם לחזור בו אם יקום מחליו ואלמוה רבנן לדין מתנת שכ"ם שעשאיה כדין התורה [שם קמ"ז:] לעניין שאם נתן שט"ח במתנת שכ"ם אין היורש יכול למחול אף דבמוכר שט"ח יכול למחול כמ"ש בסי' ס"ו ואין חילוק בין שצוה להת לו מיד לאחר מותו או צוה ליתן לאחר זמן ולא אמרינן איך ביכולתו ליתן לאחר זמן הרי דק־ימוהו היורשים דכיון שעשאוהו כמסורים בחייו להמקבל לא חלה הירושה על זה ולכן אף שבמתנה הולך לאו כזכי דמי כמ"ש בסי' רמ"ג אבל במתנת שכ"ם הולך הוי כזכי ואף שמת המקבל קודם הנותן זכו יורשי מקבל דמשעה שמסר לשליח הוה כאלו זכה המקבל כמ"ש בסי' קכ"ה מפני שעשאוה כמסורים בחייו ולפיכך אע"ג דאינו קונה רק לאחר מיתה מ"מ כשהוציאה מרשותו ומסרה לשליח שימסור לו קונה באמת המקבל מחיים [וזהו כוונת התוס' ספ"ק דגיטין בד"ה הא בשכ"מ וכרא"ם שם ומתורץ קושית הר"ן שם וא"ש כל מה מדקדק הקצה"ח ודו"ק] :

ב ולכן אם השכ"ם בעצמו לא צוה לתת דבר אלא מינה אפטרופסים ונתן להם רשות לחלוק נכסיו כפי מה שירצו ועשייתם תהי כעשיתו י"א דאין בדבריו כלום דמיד כשמת נפלו הנכסים לפני היורשים ונתבטלה מתנותיו ולא שייך לומר בזה דדבריו ככתובים וכמסורים דמי דאף אם יכתוב שאחרים יתנו נכסיו אין ממש בזה וי"א דדבריו קיימים דעשית אפוטרופס הוי כמו צוואתו ודבריו קיימים דכיון דמעיקר הדין אין בדברים קניין רק דבשכ"ם תקנו שדבריו יתקיימו מה לי אם אמר בעצמו ליתן לפלוני או צוה לאחרים שיתנו דהרי רצונו צריכים לקיים ודיעה ראשונה ס"ל כיון דעיקר התקנה היתה שלא תטרף דעתו כמו שיתבאר אין זה רק כשנתן בעצמו אבל כשלא נתן בעצמו אינו חושש כל כך ואלמלי רצה שיתקיימו דבריו היה אומר בעצמו למי ליתן [ע' לבוש וסמ"ע] ואפילו צוה לב"ד שיתנו למי שירצו אינו מועיל ולא אמרינן בזה כח ב"ד יפה [מרדכי ספ"ח דב"ב] ואף שיש לאפוטרופס כח לפרוש תרומות ומעשרות זהו כדי שלא יאכלו היתומים איסור [רמב"ם סוף נחלות] :

ג ו־מה חקנו חכמים כן מפני שהחולה דעתו חלושה ולא כל העיתים מוכשרים אצל החולה לעשות קניינים וחששו חז"ל שאם יהיה ידוע להחולה שאין דבריו קיימים יצטער כזה והטרף דעתו עליו ויבא לסכנה לכן תקנו שמה שירצה לעשות בנכסיו יתקיים בדיבור בעלמא ולמה לא נעשה לו רצונו בנכסי עצמו :

ד ומה נקרא שכ"ם דאין סברא לומר דמי שחושש מעט בבריאותו יהיה דינו כשכ"ם כתב הרמב"ם ז"ל בפ"ח מזכיה דהסומא או הפיסח או הגידם או החושש בראשו או בעינו או בידו או ברגלו וכיוצא בהן שלא נתפשטה המחלה בכל הגוף הרי הוא כבריא לכל דבריו במקחו וממכרו ומתנותיו אבל החולה שתשש כח כל הגוף וכשל כחו מחמת החולה עד שאינו יכול להלך על רגליו בשוק והרי הוא נופל על המטה הוא הנקרא שכ"ם אע"פ שלא אמר שמצוה מחמת החולי ובשכ"ם עצמו יש חלוקי דינים שכ"ם ומצוה מחמת מיתה כיצד שכ"ם שנתן נכסיו ולא הזכיר שמחמת דאגת המיתה הוא נותן אין דבריו קיימים בלא קניין אלא אם נתן כל נכסיו דאז אמרינן דמסתמא מחמת דאגת מיתה הוא נותן וחששו חכמים שלא תטרף דעתו ולא הצריכו קניין ואם עמד מחליו חוזר בו אבל אם נתן מקצת נכסים דינו כבריא וצריך קניין ואם עמד מחליו אינו חוזר בו דכיון ששייר לעצמו נראה שלא נתן מחמת דאגת מיתה אבל במצוה מחמת מיתה שהזכיר בשעת המתנה שנותנה מחמת דאגת מיתהו או שאמר בפירוש שנותנה במתנת שכ"ם שלא יקנה אותה המקבל אלא לאחר מיתתו אין חילוק בין מתנה בכולה למקצתה וא"צ קניין ואם עמד חוזר וי"א דבג' ימים הראשונים מחליו אם לא הזכיר כפורש שנותן מחמת דאגת מיתה צריך קניין כשלא נתן כל הנכסים דבג' ימים ראשונים אינו נותן מחמת דאגת מיתה אם לא שהזכיר מפורש או שנתן כל הנכסים דמוכח שנותן מפני דאגת מיתה אבל לאחר ג' ימים או שקפצה עליו המחלה אפילו תוך ג' דינו כמצוה מחמת מיתה זהו כללות הדברים ובפרטיות יתבאר לפנינו ויש עוד

שדינם

שדינם כשכ"מ שא"צ קניין ואם יצא מעניין זה חוזר במתנתו כמו נשתתק ומפרש בים ויוצא בשיירה למדבריות והיוצא בקולר לדון למיתה ויתבארו בסעי' כ"ט :

ה שכ"מ שכתב כל נכסיו לאחרים ולא שייר כלום אם עמד ונתרפא לגמרי בטילה המתנה ממילא אפילו אינו אומר מפורש שחוזר בו מפני שמן הסתם חוזר בו בלבו ואע"פ שהיה קניין והיה לנו לומר דלא גרע מבריא ולא תהא ביכולתו לחזור בו מ"מ כיון שחלק כל נכסיו אנן סהדי שכוונתו היתה כשקבל קניין דווקא אם ימות דאין אדם נותן כל נכסיו לאחרים והוא ישאר בלא כלום ובאומדנא גדולה כזו אזלינן בתרה אע"פ שלא פירש ואפילו כבר באה המתנה ליד המקבל [פ"ך] ואפילו התנה בשעת המתנה שלא יוכל לחזור בו מ"מ אם עמד חוזר דבזה לא תקנו חז"ל שיהיו דבריו ככתובים וכמסורים שלא יוכל לחזור בו כשיעמוד ולכן אם התנה וקנו מידו בפירוש שלא יהא יכול לחזור בו אינו יכול לחזור דזהו ממש כמתנת בריא ויש מגמגמים גם בכה"ג דכיון דבשכ"מ הולכין אחר אימדנא פשיטא דגם בכה"ג לא נסתלקה האומדנא [סג"ה] דכיון דקניינו אינו מועיל לעניין הזרה מה יוסיף התנאי ושכ"מ שעמד מחליו אף שבתוך המתנה היה גם מחילות ממון שא"צ קניין מ"מ אם עמד חוזר גם מזה וצריך הבע"ח לשלם לו דלא עדיף מחילה מחוב ממתנה בקניין [סמ"ע] וי"א דגם בחליו יכול לחזור בו ממחילות חובות [נה"מ] כמו בכל מתנותיו שחוזר בו גם בחליו כמו שיתבאר ובעמד מחליו גם בסתמא הוי כחזרה כמ"ש :

ו אם לא נתרפא לגמרי אלא שניתק מחולי זה לחולי אחרת אם לא עמד ולא הלך במשענת על מקלו בשוק אע"פ שבביתו הלך על משענתו מתנתו קיימת כשמת דהא לא עמד בנהים שתתבטל ממילא ואם עמד בין החולי שעשה הצואה ובין החולי שמת ממנה והלך בשוק נשען על מקלו אומרים אותו ע"פ רופאים אם אומרים שמחמת חולי הראשון מת מתנתו קיימת דהא לא הבריא לגמרי וגם מת מאותה מחלה ואם אומדים שלא מת מאותה מחלה אינה מתנה דלעניין מחלה זו שהיתה צוואתו הרי הבריא ונתבטלה המתנה ממילא ואם הלך בשוק בלא משענת כלל א"צ אומד אפילו כשמת אח"כ אלא בטלו מתנותיו הקודמים :

ז כבר נתבאר דקניין אינו מועיל לעניין שלא יהא יכול לחזור בו ולאו דווקא ק"ס אלא ה"ה כל קניין שהוא כמשיכה ומסירה והגבהה או חזקה בקרקע בכולם יכול לחזור בו וגם תפיסה לא מהני דתפיסה אינו מועיל רק בדבר שיש בו ספק אבל במתנת שכ"מ בכולה אין בו ספק כלל דוודאי יכול לחזור בו ולאו דווקא חזרה כשיעמיד מחליו שזהו חזרה בשביל עצמו דבזה א"צ חזרה כלל דמן הסתם הוי חזרה אלא אפילו בחליו יכול לחזור בו וליתן לאחר וכ"ש לעכב לעצמו וכך אמרו חז"ל שכ"מ שכתב נכסיו לאחר וחזר וכתב לאחר האחרון קנה [ב"ב קנ"ב:] מפני שיש בידו לחזור עד שימות בין שחזר בכולה ובין שחזר במקצתה דחזרה במקצת הוי חזרה בכולה כמו שיתבאר וכן במתנה במקצת אם פירש שתהא במתנת שכ"מ דינה כמתנה בכולה כמ"ש ולא עוד אלא אפילו כתב שטר מתנה לראובן וזיכה לו את השטר ע"י אחר או שאמר לאחר לך חזק וקני בשביל ראובן ואח"כ כתב וזיכה לשמעון ואפילו כתב לשמעון בלא זיכוי קונה שמעון ששכיב מרע שזיכה עדיין היא מתנת שכ"מ ויכול לחזור בו והפיסה לא מהני אבל אם כתב וזיכה וקנו מידו אינו יכול לחזור בו לא לאחר ולא לעצמו אפילו נתן כל נכסיו דכיון דחיזקה כל כך וודאי נתכוין למתנה גמורה כמתנת בריא וכן אם כתב והגיעה המתנה ליד המקבל עצמה שצוה לו לקבלה כתב הטור דמהני ואינו יכול לחזור בו ואפילו לדיעה שכס"מ קכ"ה דגם כשבא ליד המקבל אינו מועיל רק שלא יכול ליתנה לאחר אבל לעצמו כשעמד חוזר בו מ"כ כיון דגם כתב לו אינו יכול לחזור בו אף לעצמו [ט"ז] וזה שאמרנו דמשיכה ומסירה אינו קונה ויכול לחזור בו אף לאחר זהו כשהמסירה לידו לא היתה בתורת קניין אלא שמסרה לידו שיקחנה לביתו או א"ל משוך אותה כדי שתהיה בביתך ולא משיכה בתורת קנין וכן להיפך כשהמשיכה והמסירה היתה רק בתורת קניין לבד אבל אם היתה בתורת קניין וגם צוהו ליקחנה לביתו וודאי דלאחר אינו יכול לחזור בו רק לעצמו כשעמד מחליו [כ"מ מסמ"ע סקט"ו] :

ח וכ"ז במתנת שכ"מ סתם בכולה אבל במצוה מחמת מיתה מפורש אפילו כתב וזיכה וקנו מידו יכול לחזור בו ואפילו מסרו לידו [כ"ל] דאנן סהדי אף שעשה כל החיזוקים מ"מ לא היתה כוונתו רק לכשימות דהרי אמר בפירוש שמחמת מיתה הוא נותן אלא דעתו שכשיקום יחזור בו משא"כ במתנת שכ"מ בכולה בסתם אף שתלינן שמחמת מיתה הוא נותן מ"מ כיון שלא דיבר מחמת מיתה מפורש ועשה הרבה חיזוקים תלינן דלא מחמת דאגת מיתה הוא נותן ויש מי שאומר דאף במצוה מחמת מיתה זהו דווקא כשפירש בהדיא שמחמת מיתה הוא נותן אבל סתם מצוה מחמת מיתה כגון שאמר וי דקא מיית האי גברא וכיוצא בלשונות כאלו דיני כשכ"מ כשעשה החיזוקים ואינו יכול לחזור בו וכן אפילו במצוה מחמת מיתה מפורש אם פירש בהדיא שנותנה במתנת בריא מעכשיו וקנו מידו אינו יכול לחזור בו :

ט ואין כל הדברים הללו אמורים אלא בנותן כל נכסיו ולא שייר כלום אבל אם שייר כלום שלא נתן אין בזה כלל דין מתנת שכ"מ והרי היא כמתנת בריא שאינה נקנית אלא בקניין ובלא קניין אינו קונה אפילו בשמת ולפיכך אם עמד אינו יכול לחזור בו וכ"ש

וכ"ש שאינו יכול ליתנה בר"א כשנתן סתם אבל אם פירש שנותן מחמת מיתה או אפילו לא פירש להדיא אלא שנראה מתוך דבריו שהוא נותן מחמת מיתה כגון שמתאונן על מיתתו וכיוצא בזה או שנתנה בפירוש במתנת שכ"מ שדינו כמצוה מחמת מיתה א"צ קניין ואם עמד הוזר וכן יכול ליתנה לאחרים ואפילו קנו מיניה כדין מתנה בכולה וכמה הוא השיור אפילו כל שהוא בין קרקע בין מטלטלין וי"א דבעינן שיור כדי פרנסתו כגון אם הוא עובד אדמה ישייר לו קרקע כדי פרנסתו ופרנסת ׳נש ביתו ואם הוא סוחר או מלוה בריבית ישייר לעצמו כדי שיוכל להתפרנס מזה הוא ואנשי ביתו דבזה הוה סימן שלא נתן מחמת דאגת מיתה אבל בשיור פחות מזה הוי כמתנה בכולה:

י כבר נתבאר דמתנת שכ"מ בכולה או מצוה מחמת מיתה אף במקצתה וכן כשנתן מפורש במתנת שכ"מ דיכול הנותן לחזור בו בין לעצמו בין לאחרים ואפילו כתב לו שטר או קנה בק"ס ואדרבא אמרו חז"ל דבכל אלו שא"צ שטר וקניין כשכתב שטר או קנה בק"ס מגרעי כח המתנה אא"כ במיפה את כחו וביאור הדברים הוא דזהו ברור לנו דבכל אלו היתה כוונת הנותן שיקנה המקבל לאחר מותו וחכמים עשאוה ככתובין וכמסורין מחיים כמו שנתבאר ולכן זה הנותן שהוסיף לעשות קניין או שטר וודאי אם היה מפרש שנותן מעכשיו ומקנה לו מחיים הרי היא כשארי מתנות בריאים שהגיע השטר ליד המקבל או כשקנו מיד הנותן אינו יכול לחזור בו אבל אם נתנה סתם כשארי מתנות שכ"מ והוסיף על זה קניין לא קנה אפילו כשמת ואפילו נכתבה בשטר לראיה ומסר לו השטר מחיים לא קנה דשמא לא נמר להקנותו אלא בקניין ואין קניין לאחר מיתה וכן בכתב לו שטר קניין אף בלא ק"ס לא קנה או שצוה השכ"מ שיכתבו שטר מתנה למקבל ומת אין כותבין ונותנין דשמא לא גמר להקנותו אלא בשטר ואין שטר לאחר מיתה ולכן צריך יפוי כח להקניין או להשטר לגלות שהנתינה לא היתה מפני הקניין או השטר אלא מפני צוואתו והקניין או השטר הוא רק ליפוי כח כמו שיתבאר ולפ"ז צריך לדעת שבכל מקום שהזכרנו במתנת שכ"מ קניין ושטר במקום שא"צ פירושו הוא ביפוי כח דאל"כ לא קנה כלל אף כשמת:

יא ביצד הוא היפוי כח כגון שכתב בהשטר של הצוואה וקנינא מיניה מוסיף על מתנתא דא דבזה נראה מפורש שהמתנה היא בלא קניין ואין הקניין רק לתוספת בעלמא וכן אם אמר בע"פ אקבל בקניין לחזק הדבר וכן אם יש שאר דבר שמוכיח שלא היתה המתנה על הקניין בלבד וכן אם כתב דשטר זה יהיה בכל אופן המועיל הוי כאלו כתב יפוי כח וקנה ויפוי כח דשטר הוא כגון שאמר תנו לפלוני כך וכך אף כתבו לו שטר דנראה להדיא דהשטר הוא רק להעדפא בעלמא אבל בלא יפוי כח אף כשנכתב השטר מחיים אין נותנים לו לאחר מיתה כמ"ש וכן י"א דאם הנותן עשה הקניין והשטר לבקשת המקבל שבקש ממנו לעשות לו שטר או לקבל בק"ס הוי כיפוי כח דלא עשה כן רק למלאות רצון המקבל וכן אף כשהנותן עשה מעצמו ואחר הקניין או השטר אמר בפיו שתתקיים המתנה הוי כיפוי כח דהרי הקנה בפיו כדין מתנת שכ"מ וגילה בדעתו שהקניין והשטר אינו אלא ליפוי כח ואין חילוק בכ"ז בין ת"ח לע"ה ואין אומרים כיון שהנותן ע"ה לכן צוה לעשות שטר או הקניין ולא מפני שכוונתו לא להקנותו בעניין אחר דאדרבא כיון שהוא סובר שצריך קניין או שטר הרי אינו מקנה בלעדי זאת ומה לי אם אין רצונו להקנות בלא זה או שם בר שא"א להקנות בלעדי זאת סוף סוף אינו מקנה בלעדם ואין קניין ושטר לאחר מיתה וי"א דאם ראינו גילוי דעת מהנותן שהוא סבור שצריך קניין אינו מגרע כח המתנה [ט"ז] דאלו ידע שא"צ קניין היה נותנה בלא קניין וממילא דהוה כיפוי כח:

יב הא דאמרינן דשטר מגרע כח המתנה שאפילו הגיע השטר ליד המקבל מחיים לא קנה אא"כ ייפה את כחו זהו דווקא כשאין השטר כתוב בלשון צוואה אלא בלשון מתנה שמקנה לו בשטר זה כגון שכתוב בו שדי נתינה לך שזהו קניין שטר במתנת בריא דאז אמרינן שמא לא גמר להקנותו אלא בקניין שטר ואין שטר לאחר מיתה דמסירת השטר הוי כקניין וצריך יפוי כח אבל אם השטר כתוב בלשון צוואה כדרך שמצוה אל ביתו כגון שמפקד ומצוה ליתן שדה פלונית לפלוני ששטר כזה הוא רק לראיה ולא לקניין הדין הוא שא"צ יפוי כח אמנם אם בצוואה זו לא נכתב עניין אחר רק מתנה זו אם הגיע השטר ליד המקבל מחיים קנה אבל כשלא הגיע לידו מחיים לא קנה ואף שאין זה שטר קניין מ"מ כיון שלא נכתבה בצוואה זו רק מתנה זו אמרינן דאולי היתה כוונתו בדווקא למסור לו מחיים שטר זה וכן אם כתב בכת"י שדי נתונה לפלוני אף שלא כתב בלשון צוואה מ"מ אין זה רק כצוואה ולא כשטר קניין מדלא כתב לנוכח שדי נתונה לך קנה בלא יפוי כח כשבא השטר לידו מחיים אך אם בשטר הצוואה כתוב עוד עניין אפילו לא הגיע ליד המקבל מחיים קנה דוודאי לא היתה כוונתו למסור לו השטר כיון שכתוב בו עוד עניין וכן אם אמר להמקבל קודם כתיבת השטר אני נותן לך שדי פלונית במתנת שכ"מ או שאמר לאחרים תנו לפלוני שדי פלונית אין מעכב נתינת השטר צוואה ליד המקבל אפילו אין כתוב בו עניין אחר דוודאי לא היתה כוונתו למסור לו מחיים השטר הזה כיון דנתנה לו קודם כתיבת השטר ועוד יתבאר זה בסעי' ט"ז:

יג וכן מה שנתבאר שאם צוה השכ"מ שיכתבו שטר מתנה להמקבל ומת אין כותבין ונותנין דחיישינן

שמא לא נגמר להקנותו אלא בשטר זהו ג"כ דווקא בכה"ג אבל שכ"מ שמסדר ענייניו ונומר צוואתו ומצוה לכתבה אינו אלא לזכרון בעלמא וגמר להקנות לו מיד וא"צ יפוי כח ואם אין בשטר זה רק מתנה זו צריך להגיע השטר ליד המקבל מחיים ואם יש בה עניין אחר א"צ להגיע לידו מחיים [ובזה א"ש מ"ש הרמ"א בסעי' כ"א וכבר נתבאר וכו' שתמהו עליו האחרונים ודו"ק]:

יד ודע דזה שאמרנו דשטר צוואה אינו כשטר קניין זהו כשלא היה ק"ס וכן אין כתוב קניין שטר בתוך הצוואה אבל אם היה ק"ס או שכתוב קניין שטר בהצוואה שמקנה לו בשטר זה דינו כשאר שטר מתנה וצריך יפוי כח ומ"מ בצוואה שכתוב בה קניין במקום שנהגו שכולם מקנים בצוואה בעלמא ואין מכוונין להקנות בשטר א"צ יפוי כח דזהו בעצמו כיפוי כח שנהגו ליפות כח המקבל ולכתוב הצוואה בקניין וכן מי שמבקש מיורשיו שיעשו לאחר מותו כך וכך בנכסיו ליתן לפלוני שדה פלונית ולפלוני חפץ פלוני וכיוצא בזה מקרי צוואת שכ"מ וקונים המקבלים ולא אמרינן כיון שלא עשה בעצמו דינו כמ"ש בסעי' ב' דאינו דומה לשם שלא פרט כלל מה לעשות אבל בזה הרי פרט לעשות כך וכך והוי כנתינה ממנו ומה שבקש מהם לעשות כך וכך לא עשה רק לחזק הדברים שלא ישנו מכל מה שצוה אבל אם אמר להם לעשות בכלל נכסיו כרצונם דינו כבסעי' ב' [כצ"ל לבאר דברי הסמ"ע מן סעי' י"ז עד סעי' כ"ב]:

טו יש מי שאומר דזה שנתבאר דכשצוה לכתוב שטר צריך יפוי כח ובלא זה לא קנה אין חילוק בין שאומר כתבו ותנו ובין שאומר תנו וכתבו ויש מי שאומר דא"צ יפוי כח רק באומר כתבו ותנו מנה או שדה לפלוני דמשמע פירושו כתבו מנה או השדה לפלוני ותנו לו את השטר אבל כשאומר תנו מנה או שדה לפלוני וכתבו לו את השטר כיון שאינו מזכיר שיתנו לו השטר לא נתכוין בכתיבת השטר אלא לזכרון דברים ולא שיקנה לו בהשטר ולא בעינן שיגיע לידו השטר מחיים וכן כשאומר כתבו לפלוני ותנו לו המנה או השדה כיון שלא הזכיר הנתינה על השטר רק על המתנה אין נתינת השטר מעכב [נ"ל] דלא קפדינן שיגיע השטר ליד המקבל מחיים אלא כשיש לתלות שהיתה כוונת השכ"מ ליתן דווקא השטר ליד המקבל:

טז וכן שכ"מ שאמר תנו מנה לפלוני או תנו שדה זו לפלוני ואחר כדי דיבור אמר כתבו ותנו לו את השטר אף שהקפיד על נתינת השטר מ"מ אמרינן דמסתמא לא היתה כוונתו לחזור ממה שהקנהו בדיבורו הקודם והכתיבה הוא ליפות כחו שיהיה לו לראיה אך העדים יזהרו לכתוב כן שצוה ליתן לפלוני המנה או השדה ושאח"כ צוה לכתוב ושתן לו את השטר דאם יכתבו שאמר לנו כתבו מנה לפלוני ותנו לו והב"ד שיראו לשון זה ידונו שאמר בבת אחת או תוך כ"ד ויבטלו המתנה מהטעם שנתבאר שמא לא כיון להקנותו אלא בשטר ואין שטר לאחר מיתה ואף אם יכתוב השטר בדרך ציואה יכול להיות קילקול ג"כ כגון שלא ימסרו השטר ליד המקבל מחיים ויבטלו ב"ד הצוואה וכמ"ש בסעי' י"ב וכן שכ"מ שאמר לאחר הנני נותן לך במתנת שכ"מ או אני מצוה מחמת מיתה ליתן לך מנה או שדה פלונית ואחר כדי דיבור קנה בקניין או כתב שטר או צוה לכתוב שטר הוה כיפוי כח וקנה ולא אמרינן דבהקניין או השטר ביטל המתנה של דברים בעלמא אלא כוונתו היתה ליפות כחו וכמ"ש בסעי' י"ב כללו של דבר כל שניכר שכוונת השכ"מ היה להקנות בדברים בלבד תלינן שקניינו או כתיבת השטר היתה רק ליפוי כח ולכן בתנו וכתבו אף לדיעה ראשונה שבסעי' הקודם אם לפי סידור הדברים ניכר שכוונתו היתה רק על נתינת המתנה ולא על נתינת השטר גם לדיעה זו קנה וא"צ יפוי כח וזה שהצרכנו שיאמר אחר כדי דיבור דחקא זהו כשאמר מפורש ליתן לו את השטר אבל כשניכר לפי הלשון דהנתינה לא קאי על השטר קנה אף כשאמרם בדיבור אחד:

יז יש מי שאומר דאע"ג דנתבאר דבכתב והקנה אינו מועיל מ"מ אם כתב לאחר והקנה לו וחזר וכתב לשני והקנה לו קנה השני אף בלא יפוי כח דאמרינן דקניין וכתיבה דשני הוי ליפוי כח דמפני שהיה סבור שלא יקנה השני אם יפחות כחו מהראשון לכן עשה כן וקנה השני אף כשלא הגיע השטר לידו מחיים וכן אם כתב ומסר וזיכה לזה וחזר וכתב ומסר וזיכה לשני קונה השני אף בלא יפוי כח מטעם שנתבאר דס"ל לדיעה זו דכל מה שאנו יכולים לקיים המתנה ולתת טעם להקניין והשטר שלא יבטלו המתנה מקיימין המתנה אבל רבים חולקים בזה דאין להוציא ממון בסברא קלה כזו ואף לסברא ראשונה זהו דווקא כשלא ייפה כח להראשון אבל אם ייפה להראשון ולא להשני לא שייך טעם זה דהרי פיחת כחו [סמ"ע] ושניהם לא קנו הראשון מפני שחזר בו והשני מפני שלא ייפה כחו וכיון שלא הגיע השטר לידו מחיים לא קנה:

יח מעשה בשכ"מ שנתן קרקעותיו לאחר במתנת שכ"מ ואמר שגם כל מטלטלין נותן לו אגב דקרקעות ופסק הרשב"א ז"ל דלא קנה המטלטלין דאם היה בדעתו להקנותו המטלטלין ג"כ במתנת שכ"מ לא היה לו להקנותן אג"ק והיה לו לומר אני נותן קרקעותי ומטלטלי לפלוני והיה קונה אותם לאחר מיתת הנותן אלא וודאי גילה בדעתו דאינו רוצה להקנותם במתנת שכ"מ אלא בקניין אגב וממ"נ אם היה בדעתו שיקנם לאחר מיתה בקניין אגב אין קניין לאחר מיתה ואם היה בדעתו שיקנם מחיים אגב הקרקע הרי אין דקרקע עדיין שלהם. שיקנה את המטלטלין בקניין אגב קרקע

שאינו

שאינו שלו עדיין ויראה לי דלפ"ז אם היתה סתם מתנת שכ"מ בכולה כיון שבטלה מקצתה בטלה כולה כמו שיתבאר וכ"ז הוא כשהקנם רק בקניין אגב אבל אם אמר מטלטלין שלי אני נותן לו וליפוי כח אני נותן לו אג"ק קנה הכל דאע"ג דהקניין אגב אינו כלום מ"מ כיון דזהו רק יפוי כח לא חיישינן לה וכן אם קנו מידו שמקנה קרקעותיו מעכשיו אע"פ שפירש שהמתנה לא התקיים רק לאחר מיתה דבריו קיימים וא"צ יפוי כח דכיון דהקנם מהיום הוה כמתנת בריא שמתקיימת מיד ויכול להקנות גם מטלטלין אגבן וזה שאמר שלא התקיים רק לאחר מיתה כוונתו שיהיה ביכולתו לחזור בו אבל אם לא חזר בו איגלאי מילתא שהמתנה הוי של המקבל משעה ראשונה של הנתינה [ככ"ל כוונת סרמ"ה בס"ס י"ז] :

יט כלל העולה מכל מה שנתבאר דמתנת שכ"מ בכולה א"צ קניין ואם עמד חוזר ובמקצת צריך קניין ואם עמד אינו חוזר בר"א בסתם אבל אם נתן מקצת נכסיו בפירוש במתנת שכ"מ א"צ קניין ואם עמד חוזר ואם לא עמד קונה זה המקצת וכן במצוה מחמת מיתה ואם יש בהם קניין אינו קונה אא"כ כתב כמייפה את כחו דאל"כ שמא לא גמר להקנותו אלא בקניין ואין קניין לאחר מיתה וכן בשטר בלא קניין ואם כתב כל נכסיו ומפרש שנותן מעכשיו ומקנה לו מחיים הרי היא כשאר מתנת בריא שאם הגיע השטר ליד המקבל בחיי הנותן או שקנו מיד הנותן קנה הכל ואינו יכול לחזור בו וי"א דה"ה מתנת שכ"מ שנמצא כתוב בה שמקנה לו מהיום אף שלא שמענו כן מפיו אלא שנמצא כתוב כן בהצוואה הוי כמתנת בריא וצריכה קניין או ק"ס או קניין שטר או שאר קניין ולכן יש ליזהר בצוואות שכ"מ שלא לכתוב בה שנתן במתנת בריא או מהיום אם לא צוה כך ואם צוה כך אסור לשנות ואינו נקנה רק בקניין ואם לא נכתב בהשטר שהיה קניין בטלה המתנה ולא אמרינן דמסתמא היה קניין והסופר הוא ששכח מלכותבה בשטר כמו דאמרינן אחריות ט"ס הוא דלא מצינו זה בקניין וכן לא תלינן טעות סופר במה שכתוב בה מתנת בריא דאין אומרים ט"ס במה שנכתב לומר שבטעות נכתב לבד דסברא דט"ס אינה אלא באחריות משום דלא שדי אינש זוזי בכדי כמ"ש בסי' ל"ט :

כ שכ"מ שנתן הנכסים שלו ולא אמר כל נכסי דלפי הלשון י"ל שהם מקצת נכסים אלא שהדבר נראה שהם כל נכסיו מ"מ יש לה דין מתנה במקצת דאינו קונה בלא קניין מפני שהיורשים יכולים לומר שמא יש לו עוד נכסים במקום אחר ואם קנו מידו ועמד אינו חוזר מטעם זה אע"ג דספק הוא מ"מ מדלא אמר כל נכסי משמע יותר שהם מקצת [ע"ז] אא"כ הוא מוחזק שאין לו נכסים אלא אלו ואז דינה כמתנה בכולה ואם אמר כל נכסי אלו שדה פלוניה ופלונית וכו' אף די"ל כל נכסי אלו שבכאן ויש לו עוד נכסים במקום אחר מ"מ כיון שאמר כל נכסי דינה כמתנה בכולה אף שאין לנו חזקה שאין לו עוד נכסים במקום אחר [סמ"ע] וי"א דאף בלא לשון כל ובלא חזקה כיון שאין ידוע לנו שיש לו עוד נכסים גם בלא קניין אין ביכולת היורשים להוציא מיד המקבלים ותמיד יד המקבל על העליונה בין בלא קניין ומת שאין היורשים מוציאים מידו וכן בקניין ועמד שאינו יכול לחזור בו ותלינן שיש לו עוד נכסים ומקיימין המתנה מכל צד שאנו יכולים [הס"מ פ"ח מזכי'] דאין בכח לבטל מתנה וודאית אם לא בדבר ברור :

כא אין חילוק במתנת שכ"מ בכולה בין אם נתן לאחד בין למאה כאחד לפיכך שכ"מ שחילק כל נכסיו להרבה אנשים אם לא הפסיק בין אחד לחבירו אלא אמר חלק זה לפלוני וחלק זה לפלוני וכו' ומת קנו כולם אף בלא קניין וכ"ש בקניין ביפוי כח ואם עמד חוזר בכולם אפילו בקניין דכולם מתנה אחת היא בלא שיור אבל אם הפסיק הרבה בין אחד לחבירו וניכר הדבר שמקודם לא רצה ליתן כל נכסיו אלא מקצתן ואח"כ נמלך ליתן כולם יש על כל המתנות לבד האחרון דין מתנה במקצת שצריכה קניין אפילו כשמת ולכן אם עמד אינו חוזר והאחרון יש לו דין מתנת שכ"מ בכולה וקונה אם מת גם בלא קניין ואם עמד חוזר וכן אם ניכר שמהשלישי או מהרביעי נתיישב לחלק כל נכסיו יש מהם ואילך דין מתנה בכולה ואם יש ספק אם היה כמחלק או כנמלך מוקמינן הנכסים בחזקת הנותן והיורשים כמו שיתבאר בהקדש ולא דמי למ"ש בסעי' הקודם דשם הלשון מוכיח כמ"ש שם [כ"ל] :

כב שכ"מ שנתן כל נכסיו וחזר במקצתם מסתמא חזר בכולם אף שלא פירש ואם מת הנכסים להיורשים ואפילו נתנם לשני בני אדם ובשטר וחזר מאחד מהם גם השני בטל ולא אמרינן אלימא מילתא דשטרא וכשלא ביטל להשני בפירוש מתנתו קיימת דכיון דבשטר אחד הם מסתמא כל השטר בטל אבל אם הם בשני שטרות וביטל את האחד לא ביטל את השני אא"כ פירש [סמ"ע] מיהו אם פירש שאינו חוזר רק במקצתה קנה השני הנשאר בכל ענין ואע"ג דלפי חזרתו הוה מתנת השני מתנה במקצת ואיך יקנה כשימות בלא קניין דמ"מ כיון שבשעה שנתן היתה מתנה בכולה שא"צ קניין לא נתבטלה עתה בחזרתו ממקצתה וי"א דדווקא אם נתן אותה המקצת שחזר בו לאחר דסוף סוף היא מתנה בכולה אבל אם חזר בה לעצמו גם הנשאר ביד זה שלא חזר בו בטל עד שיקנו ממנו דכיון דיש יכולת ביד השכ"מ לחזור בו ואחרי שחזר בו הוה כגילוי דעת גם על השני שיצאת מכלל מתנת שכ"מ כדין מתנה במקצת שצריכה קניין כמתנת בריא ואם כתב נכסיו מקצתן לאחרים ומקצתן ליורשים וחזר בחלק היורשים לא נתבטלה מתנתן של

האחרים

האחרים כדין חזרה במקצת דהוה חזרה בכולה דשל יורשין אינו אלא כירושה בעלמא ומ"מ לעניין מתנה בכולה שלא יצטרך קניין מתחשבת מתנתם ג"כ משום דחילקן ביחד אמנם חזרתם לא הוה חזרה להאחרים אך אם חזר בחלק היורשים ולא נתנם לאחרים צריכים האחרים קניין להי"א דנשארו עכ"פ כמתנה במקצת [סס]:

כג כיון שנתבאר דחזרה במקצת הוה חזרה בכולה לפיכך אם נתן כל נכסיו לראובן וחזר ונתן מקצתן לשמעון ראובן לא קנה אף כשימות שהרי חזר בהמקצת שנתנם לשמעון והוה חזרה בכולה ושמעון יש לו דין מתנה במקצת שהרי שייר לעצמו בהמותר שלא נתן לו ומראובן הוי חזרה לפיכך אם יש בה קניין קונה שמעון אפילו לא מת ואם אין בה קניין אינו קונה אפילו כשמת ואם נתן מקצתן לראובן בקניין והמותר לשמעון ראובן קונה אף כשלא מת כדין מתנה במקצת ולשמעון הוה כמתנה בכולה ואם מת קנה גם בלא קניין וכ"ש בקניין ביפוי כח ואם לא מת לא קנה אפילו היא בקניין ונתינת הראשון נחשבת כמתנה במקצת אפילו כשלא הפסיק בין מתנתו למתנת שמעון דכיון שקבל בקניין אמרינן דהיה דעתו לתת אותו המקצת בקניין כמתנת בריא [ע"ז] וי"א דדווקא כשהפסיק בין זל"ז אבל כשלא הפסיק דינה כמתנה בכולה גם להראשון [ג"ח] וכן נראה עיקר [נס"מ]:

כד זה שנתבאר דקניין בלא יפוי כח מחליש את כח מתנה שכ"מ בכולה זהו רק במתנות אבל שכ"מ שצוה שפלוני ופלוני יהיו אפוטרופסים על נכסיו וקנו מידו דבריו קיימים וא"צ בזה יפוי כח דאינו מקנה שום דבר שנאמר הלא כיון להקנות אלא בקנין ואין קניין לאחר מיתה דבזה הקניין אך למותר וכן בשטר הדין כן:

כה מעשה בראובן ואשתו שהתנו ביניהם שאם ימות בחייה יטלו אחיו שני שלישי ממונו והיא תטול השליש והגיע השטר ליד האחים וקנו ממנו [טור] וחלה ראובן וצוה לתת משני שלישי הממון שלהם גם לאחרים ומת ובאו האחים לבטל הצוואה באמרם שכבר זכו ע"י הקניין והשטר ופסק הרא"ש ז"ל דאין בדבריהם כלום וצוואתו קיימת ורק אצל האשה מועיל התנאי שסילקה עצמה בשליש שלה מחיוב כתובתה [ע"ז] אבל לגבי היורשים אינה מתקיימת רק לאחר מיתה ויכול לחזור בו ואע"ג שנתן כשהיה בריא בקניין ובשטר מ"מ כיון שכתב לשון זה שאם ימות בחייה וכו' הוה כמו שאמר מהיום אם לא אחזור בי עד לאחר מיתה דהוה כמתנת שכ"מ ומ"מ צריך קניין כמ"ש בסי' רנ"ז [זהו כוונת הגר"א סקל"ס]:

כו אע"פ ששכ"מ שכתב כל נכסיו יכול לחזור בו כשעמד מ"מ אם כתב כל נכסיו לעבדו ועמד חוזר בנכסים ואינו חוזר בעבד לפי שיצא עליו קול שהוא בן חורין וכיון שהאדון יודע שבמתנתו תצא הקול מסתמא גמר בדעתו להוציאו בן חורין מעכשיו אבל אם כתב לו בפירוש מהיום אם ימות יכול לחזור בו דחזינן שלא גמר בדעתו להוציאו לחירות מעכשיו [ר"ן פ"ק דגיטין] ודבר פשוט הוא שגם לעניין חירות העבד אמרינן דברי שכ"מ ככתובין וכמסורין דמי כמו בכל הדברים וא"צ קניין ושטר כשהיא מתנה בכולה וכשמת צריך גט שיחרור מהיורשים כמ"ש הטור ביו"ר סי' רס"ז וע' מ"ש בסי' רנ"ו [ע' תפו' פרח מ"ח סי' ע']:

כז השכ"מ שנותן מתנותיו צריך שיהא שפוי בדעתו ומ"מ צוואת שכ"מ שאינו כתוב בה שהיה שפוי בדעת אין פוסלין אותה ובוודאי ראו העדים שהיה בדעת צלולה דאל"כ לא היו כותבין הצוואה דחזקה על עדים שאין חותמין על שטר אא"כ נעשה כהוגן ומה שנוהגין לכתוב בצוואות שכ"מ שהיה שפוי בדעתו אינו אלא לשופרא דשטרא:

כח גם הגוסס יכול ליתן מתנה אם הוא שפוי בדעתו דגוסס הרי הוא כחי לכל דבריו ומתנתו וגיטו וכל שארי דברים יכול לעשותם ומעשיו מהקיימים כבכל החולים ודווקא גוסס שיכול לדבר אבל אם אינו יכול לדבר אין מתנתו קיימת [תוס' קדושין ע"ח:] אפילו אם ירמוז בכל מיני רמיזות [נ"ל] ואדם שנשתתק ואינו יכול לדבר ורמז ליתן מתנה בודקין אותו כדרך שבודקין לגט שנתבאר באהע"ז סי' קכ"א ואם השיב על לאו לאו ועל הן הן מתנתו מתנה דניכר שהוא שפוי בדעתו ואם לאו אין מתנתו מתנה ולמה אין בודקין את הגוסס מפני שקשה לעמוד על בדיקתו ואין סומכין על רמיזתו מיהו אם כתב בכתב פשיטא דמהני רק רחוק הוא שתהא ביכולתו ליכתוב [נ"ל] ואע"פ שבשם נתבאר בשחוט ומגוייד וצלוב שכותבין גט לאשתו ע"י רמיזתו ואין לך גוסס גדול מזה גוסס פתאומי שאני דדעתו צלולה בתחלתו [גיטין ע':] אבל גוסס שע"י חולי יש לחוש שאין דעתו צלולה [ככ"ל פי' התוס' סס] והנה אף שיש מרבותינו דס"ל דגוסס אין מעשיו כלום [רמ"י סס בקדושין] מ"מ כל הפוסקים חולקים בזה וכ"כ רבותינו בעלי הש"ע:

כט כתב הרמב"ם בפ"ח מזכייה המפרש בים והיוצא בשיירא והיוצא בקולר והמסוכן והוא שקפץ עליו החולי והכביד עליו חליו כל אחד מארבעתם כמצוה מחמת מיתה והרי דבריו ככתובים וכמסורים דמי ומקיימין אותן אם מת ואם ניצל ועמד אפילו קנו מידו במקצת חוזר כדין כל מצוה מחמת מיתה עכ"ל ויש חולקין במפרש בים ויוצא בשיירא שאין דינם כמצוה מחמת מיתה ולכן במתנה במקצת צריך קניין אבל במתנה בכולה מודים דדומים לשכ"מ [ככ"ל מלשון הטור] ואפילו להרמב"ם אין זה רק כשסמוך לפרישתו לים וליציאתו בשיירא צוה אבל אם צוה ימים מקודם דינו כבריא לגמרי:

ל כמו שהדין במתנת שכ"מ להדיוט כמו כן שכ"מ שהקדיש כל נכסיו ולא שייר כיום או שחלקם לעניים או שהפקירם אם עמד נתבטל הכל כדין נותן מתנה וכן יכול לחזור גם בהם בחליו ולעכבם לעצמו או ליתנם לאחרים ואע"ג דבש"ס [ב"ב קמ"ח:] נשאר בספק אם דינם כהדיוט או אפשר כיון שהוא חולה גמר בדעתו להקדישן או לחלקן לעניים מ"מ מדספיקא הוא מוקמינן הנכסים בחזקת יורשים כשמת וכ"ש כשלא מת דעומדים בחזקתו ואפי' אם תפסו הגזברים או העניים מוציאין מהם ולא דמי למ"ש בס"ס רמ"ח באומר נכסי לפלוני ותפס המקבל ס"ת דאין מוציאין מידו אף שיש ספק אם היא בכלל נכסי אם לאו שאני התם דהמתנה היא וודאית והספק אם היא בכלל אם לאו ולכן התופס יכול לומר שהיא בכלל המתנה אבל בכאן שהספק הוא אם עיקר המתנה נתקיימה אם לאו מוקמינן הנכסים בחזקת מרא קמא ובחזקת היורשים שבאים מכחו [כ"ל] ויש חולקין וס"ל דמהני תפיסה דכיון דאמירה לגבוה כמסירה להדיוט וכן בעניים באמירת פיו הוי כנדר וכן הפקר בפיו הוי הפקר אלא שאנו באים לבטלה מכח אומדנא ואין לנו לבטלה אלא באומדנא ברורה אבל בלא זה מוסרים הנכסים להקדש ולעניים אפי' כשלא תפסום עדיין [טור] ולמי שזכה בהם מן ההפקר וי"א עוד דגם לדיעה ראשונה אינו אלא כשעמד יכול לחזור בו אבל בחליו אינו יכול לחזור בו וכשמת נתקיים ההקדש וההפקר והצדקה [כס"מ] ודלא כיש מי שאומר דבמת לכ"ע שייכים הנכסים להיורשים ולא לצדקה מטעם דצדקה הוא כנדר והנודר ומת אין היורשים חייבים לקיים נדרו כמ"ש בסימן רנ"ב דזה אינו אלא כשאמר אתן מנה לצדקה או שצוה תנו מנה לצדקה דעדיין חסר הקיום אבל זה שהתפים דבר מיוחד לצדקה כמו זה שאמר נכסי לצדקה כבר נתפסו הנכסים ונתקיים הנדר [טס] והרמב"ם ס"ל כדיעה זו כמו שיתבאר בסי' רנ"ה:

לא אם מכר נכסיו כשהיה שכ"מ אם מכר מקצתם ממכרו קיים כמו הבריא כיון שמכרם באחד מדרכי הקנייה ואם מכר את כולם והמעות קיימים אם עמד חוזר דאנן סהדי שלכן החזיק בידו את דמי המכירה ולא הוציאן כדי שיחזור בו אם יעמוד ואם הוציא המעות אינו יכול לחזור בו וכל שכן כשמת שאין היורשים יכולים לבטל המכירה אפי' כשחזר בו בחליו ואם המעות קיימים וחזר בו בחליו ומת נ"ל שהיורשים מבטלים המכירה דכיון שאם עמד חוזר יכול גם בחליו לחזור בו וי"א דבחליו אינו יכול לחזור בו וכשמת המכירה קיימת [טס] וזה שאמרנו דאם עמד חוזר זהו דוקא כשחזר בו בפירוש אבל אינו כמתנה שבטילה מן הסתם כשעמד [רשב"ם] ולכן אם לא חזר בו מיד כשעמד אינו יכול לחזור בו עוד ולא דמי למתנה דהא מכרן וקבל דמי שווין ונ"ל דאם מכרן בזול הרבה דינה לגמרי כמתנה ובכל מקום שחוזר במתנה במקצת חוזר גם בזה:

לב אם הודה בחליו על נכסיו שהם של פלוני קנה הלה בכל ענין ואפי' יעמוד מחליו אינו יכול לחזור בו דמה שייך חזרה בהודאה ולא עוד אלא אפי' ידוע לנו שמעולם לא היה של אותו פלוני וה"ז כמתנה ממש מ"מ מדהוציא בלשון הודאה אמרינן שעשה כן כדי שלא יהיה ביכולתו לחזור בו [סמ"ע] ודוקא באופן שאין חששא דלא להשביע א"ע אמר כן ע"פ פרטי הדינים שנתבארו בסי' פ"א אבל ביש חשש זה בלא"ה אין בדבריו כלום אבל להשטאה לא חיישינן שאין אדם משטה בשעת מיתה כמ"ש שם והעדים יש להם להבחין אם הוא לשון מתנה או לשון הודאה כגון אם אמר רוצה אני שיהיה מטלטלין אלו לשמעון ה"ז לשון מתנה אבל אם אמר מטלטלין אלו לשמעון או יש לשמעון בידי הוי לשון הודאה וכיוצא בזה יש לדקדק לפי הלשון המדובר שמה:

לג מעשה ביעקב שנתן לראובן בנו שדה אחת במתנת בריא מהיום ולאחר מיתה דהגוף הוא מהיום והפירות הוא לאחר מיתה ואחר כמה שנים עשה יעקב צוואה מחמת מיתה וחלק כל נכסיו לבניו ואותה השדה שנתן מכבר לראובן נתן עתה לשמעון בנו ומדינא אין ביכולתו ליטלה מראובן כיון שהיתה מתנת בריא אך בסוף צוואתו צוה לכתוב שכל מי מיורשיו שיסרב או יערער בשום דבר מכל מה שצוה עכשיו לא יטול כלום בנכסיו וחלק ירושתו יהיה לאחיו האחרים והשיב הרשב"א ז"ל דשניהם אינם יכולים לירד להשדה ראובן אין ביכולתו מפני התנאי ושמעון אין ביכולתו דהרי היא של ראובן ולכן כל ימי חיי ראובן לא יכנסו לשדה זו ואחרי מותו יטלוה יורשיו דשלהם היא רק אביהם לא היה יכול לירד לה מפני התנאי [ב"י] ומ"מ אם שמעון השתמש בה אין יכולין לתבוע ממנו שכר דכיון שראובן לא היה יכול לירד לתוכה הוה כלא קיימא לאגרא וגם אינו יכול למחות בשמעון אף לכתחלה שלא יעבור על הצוואה ולאחר יכול למחות [כס"מ]:

לד מעשה באשה אחת שהיתה חולה וחלקה נכסיה במתנת שכ"מ ואמרה בפני עדים כל נכסי לפלוני ופלוני חוץ ממה שנתתי לצדקה ומתה ואח"כ ראו ביד ראובן קצת מנכסיה והיא לא הזכירה מזה שביד ראובן ותבעו מקבלי המתנה את שביד ראובן והשיב ראובן שהיא נתנה לו אותם נכסים מקודם שנתנה להם ונתנה לו במתנת שכ"מ ופסק הר"מ מר"ב ז"ל דאלו היתה מצוה מחמת מיתה בהמתנה של ראובן ודאי דזהו חזרה במה שחלקה כל הנכסים אח"כ והיו נוטלין אותם מראובן אבל כשלא נתברר שהיתה מצוה מחמת מיתה והוא משך כבר את הנכסים ע"פ ציויה או שמקודם היו אלו הנכסים אצלו ואמרה קנה מה שבידך קנה ראובן כדין מתנת שכ"מ במקצת בקנין [תשו' מיי' קנין סי' י"ב]

ויכוליו

ויכולין להטיל קבלה על ראובן שכן הוא [כ"ל] :

לה בריא שאמר כתבו ותנו מנה לפלוני ומת אין כותבין ונותנין לאחר מיתה דאין שטר לאחר מיתה וגם במטלטלין אינו מועיל שטר ואף במייפה את כחו שאמר תנו אף כתבו אינו מועיל דדיבורו של בריא לאו כלום הוא וי"א כיון שמצוה לקיים דברי המת שייך גם בבריא כשצוה ומת כמ"ש בסי' רנ"ב לכן אם אמר תנו ולא אמר כתבו נותנים משום מצוה לקיים דה"מ אבל בכתבו ותנו אין שטר לאחר מיתה ואפי' ייפה כחו שאמר תנו אף כתבו מ"מ כיון שהזכיר כתיבה אין כותבים ונותנים [כנ"ל מסמור סעיף ל"ח] ולדיעה שיתבאר שם דלא אמרינן מצוה לקיים דה"מ אלא היכא דאתפים ביד שליש לא מהני גם בתנו לחוד אם לא שהשלישם מקודם אמנם אם לא מת אין נותנים בכל ענין דבבריא בלא איזה קנין לאו כלום הוא [סס] וזהו רק בממון אבל בריא שאמר כתבו ותנו שדה זו לפלוני אם הוא בחיים כיון דשטר הוי קנין בקרקע כותבין ונותנין אם לא חזר בו קודם שהגיע השטר ליד המקבל אבל כשמת אין כותבין ונותנין דאין שטר לאחר מיתה אא"כ קנו מידו דאז זכה משעת הקנין והשטר הוא רק לראיה בעלמא וכותבין אף לאחר מיתה אבל מעות ומטלטלין אינם נקנים בשטר ולא מהני רק משיכה והגבהה ואגב קרקע ובמטלטלין מהני גם ק"ם ולכן אם זיכה לו ע"י אחר בקנין המועיל זוכה בהם בין שמת הנותן או לא מת ואם צוה גם לכתוב כותבין אף לאחר מיתה דאין זה רק לראיה בעלמא [כנ"ל מסמור] :

לו מעשה בראובן שתבע לשמעון ואמר שאמו הפקידה פקדון בידו וכשמסרתו לידו אמרה לו שיתנו לאחר מיתה לראובן בנה והשיב שמעון היא אמרה לי בלשון זה אם אצטרך לעצמי תשיבנו לי ואם לאו תתנו לאחר חיי לראובן בני ופסק הר"מ מר"ב דשייך לכל היורשים דכיון דהיתה בריאה אינה יכולה ליתן בדברים בעלמא ותן כזכי לא אמרינן במתנה ומה גם שאמרה ליתנו לו לאחר מיתה ואין מתנה לאחר מיתה בבריא ועוד שאמרה אם אצטרך תתנו לי ולא החליטה לראובן ומצוה לקיים דה"מ ג"כ אין כאן כיון דלא השלישה ביחוד לראובן בנה דעיקר ההשלשה היתה לצורך עצמה כשתצטרך ואם ראובן טוען בריא שהשלישתו רק לצורכו ישבע שמעון שהחשלשה היתה כמו שאמר הוא [מרדכי פ"ח דב"ב] :

לז מעשה ברחל שהיתה חולה וחלקה כל נכסיה בצוואת שכ"מ להיורשים ולאה קרובתה היתה אצלה ומסרה לה המפתחות ולאה היתה יוצאת ונכנסת בחדרים שלה אחרי מותה נודע שתפסה לאה מעות ומטלטלין ותבעוה היורשים לדין ואמרה שכבר נתנה לה רחל במתנה וקנתה במשיכה ופסק הר"מ מר"ב אם מטלטלין אלו ידועים שהן של רחל ועדים ראו עתה את המטלטלין ביד לאה דאין לה מיגו דהחזרתי צריכה להחזירם להיורשים דאינה נאמנת ואם לאו תשבע לאה שכדבריה כן הוא ותחזיקם ולכן במעות דאין עליהם סימן תשבע היסת שרחל נתנם לה במתנה [סס פ"ע] :

לח מעשה בשכ"מ שאמר תנו ח' זקוקים לפלוני במצוה מחמת מיתה ולאחר שעה אמר תנו ח' זקוקים לפלוני במצוה מחמת מיתה ורצה המקבל שיתנו לו ט"ז זקוקים ופסקו דאין לו אלא ח' דהכל מתנה אחת היא מדלא אמר תנו עוד ח' זקוקים ומה ששינה דבריו הוא רק לחיזוק הענין [סס בהגהות] :

לט מעשה באלמנה אחת שצותה בשעת מיתתה ליתן מנכסיה לפלוני קרובה כך וכך ובנה היורש היה אצלה ושתק ואחר מותה לא רצה ליתן באמרו שאמו לא נשבעה על כתובתה ואין ביכולתה ליתן שהכל הוא של האב ומה ששתק מפני שלא רצה לצערה ופסק ראבי"ה ז"ל שמחוייב ליתן דכיון ששתק הוה שתיקה כהודאה שהודה שיש לה מעות ושמא מעיסתה קימצה או מציאה מצאה וכיוצא בזה [סס פ"ג דסנס'] :

מ מתנת שכ"מ אינה אלא כשצוה לפני עדים אבל מ שמת ונמצאת שטר מתנת שכ"מ בחפיציו ואפי' השטר קשור על יריכו שברור לנו שהוא כתבה ואפי' עדים חתומים בה אינה כלום דשמא לא גמר להקנות אלא בשטר ואין שטר לאחר מיתה [רשב"ס קל"ס:] והרמב"ם הוסיף עוד דאפי' קנו מידו ונכתב הקנין בהשטר כדי ליפות כח אלו שנתן להם ג"כ אינה כלום שאני אומר כתבה ונמלך וזהו במתנה בכולה [הס"מ פ"ט מזכי'] אבל במקצת כבר נתבאר שאינו יכול לחזור בו ובמקום שיכול לחזור גם במקצת כמו במצוה מחמת מיתה דינו כמו בכולה [כ"ל] ואם השכ"מ זיכה להמקבלים ע"י אחרים כגון שמסר דבריו לשום אדם ואמר מה שכתוב בשטר זה ינתן לפלוני ופלוני דבריו קיימים דדברי שכ"מ ככתובין וכמסורין דמי וכ"ש אם מסר השטר להאחר וא"ל זכה בשטר זה בשביל פלוני ופלוני שינתן להם מה שכתוב בו וזכו גם בלא קנין [נמק"י] ואפי' זיכה ע"י אחד מהיורשים בין בע"פ בין שזיכה את השטר על ידו ג"כ כל הדברים שבהשטר קיימים בכל מתנות שכ"מ ולא אמרינן כיון שהוא יורש של השכ"מ הוי כאלו לא יצא מת"י השכ"מ [טור] ודוקא בחולק קרקעות אבל במטלטלין לא מהני מסירת השטר דאין שטר למטלטלין [סס] ובמטלטלין צריך שיזכם בע"פ [כ"ל] וכן אם זה הזוכה הוא אחד ממקבלי המתנה ומסר לו השטר שיזכה זכו כולם בקבלתו לדעת הרמב"ם שהרי גילה דעתו שהוא חפץ שתתקיים המתנה [סס"מ] וכ"ז הוא כשהיתה מתנת שכ"מ שאינה חלה עד לאחר מיתה או שמפורש בהשטר מהיום אם לא אחזור בי עד לאחר מיתה שגם בזה יכול תמיד לחזור בו עד שימות [טור] אבל בריא שכתב שטר בקנין מתנה לאחד ונמצא אצלו השטר לאחר מותו קנה המקבל מתנה דבבריא אין לאחר קנין כלום אפי' כשלא הגיע השטר ליד

ליד המקבל [סס"מ סס] ויש חולקין כמו שיתבאר בסוף סעיף הבא:

מא כמו דחיישינן בשטר צוואה שמא כתב ונמלך כמו כן בשט"ח כתב הרמב"ם בפ"ט מזכיה דמי שכתב שט"ח על עצמו בשם אחר או בשם אחד מבניו ונתן השטר על יד שליש וא"ל יהי זה אצלך ולא פירש לו כלום או שא"ל הנח עד שאומר לך מה תעשה ומת אינו כלום עכ"ל דכיון דכותבין שט"ח ללוה אע"פ שאין מלוה עמו חיישינן שמא כתב ללות ולא לוה עדיין [טור] ונראה מדברי הרמב"ם דה"ה שטר צוואה שמסר לשליש ולא א"ל כלום או שא"ל הנח עד שאומר לך מה תעשה ג"כ אינו כלום ודוקא כשזיכה ע"י אחר שא"ל זכה שטר זה לפלוני או שאמר מה שכתוב בשטר זה ינתן לפלוני מועיל כמ"ש בסעיף הקודם אבל מסירת שטר בלא דברים אינו כלום דחיישינן שמא חזר בו וה"ה כשנמצא אצלו או אצל שליש שטר מכירה אינו כלום כיון דכותבין שטר למוכר אע"פ שאין לוקח עמו חיישינן שמא כתב למכור ולא מכר [סמ"ע] אבל שטר מתנת בריא בקנין כשנמצא אצל שליש אע"פ שלא אמר כלום להשליש קנה המקבל מתנה כמו בנמצא לאחר מותו שבסעיף הקודם דמשעת קנין שעבד נפשיה והשטר אינו אלא לראיה בעלמא וי"א דגם בשט"ח ובשטר מכר כשיש קנין בשטר לא חיישינן לשמא כתב ללות ולא לוה או כתב למכור ולא מכר דמשעת קנין שעבד נפשיה וכמ"ש בסי' ל"ט [ס"ך] ודיעה ראשונה ס"ל דודאי אין לאחר קנין כלום אמנם זהו דוקא בשידוע בעדים שהקנה לו אבל בכאן חיישינן שוימן השטר אבל עדיין לא הושוו ביניהם בהמקח או בההלואה וגם אולי כבר פרעו וכיוצא בזה אבל במתנה שא"צ לקבל מהמקבל שום דבר ברור הדבר שעשה קנין ואין לאחר קנין כלום ואפי' במתנה יש מי שאומר דדוקא בנמצא ביד שליש אבל שטר מתנה בקנין הנמצא אצל הנותן עצמו ואין עידי הקנין לפנינו שיעידו שהקנה לו סתם אינו כלום וה"ה בשטר הקדש הנמצא ברשותו וכך פסק אחד מהגדולים [תבי"ט] באחר שנמצא כתוב אצלו שהקדיש כך וכך שאין מוציאין מהיורשים דאולי הכין על איזה תנאי ולא נתקיים ובסימן נ"ו סעיף כ"א נתבאר ג"כ מזה ע"ש:

מב הנותן סתם מטלטלין לאחר מעכשיו ולאחר מותו ונמשך זמן הרבה עד שמת ואחר שמת טוענים היורשים הבא ראיה שמטלטלין אלו היה לו בשעת המתנה ושמא לקחם לאחר מכאן ואין אדם מקנה דשלב"ל אין בדבריהם כלום דמסתמא כאן נמצאו וכאן היו מקודם ויש חולקין על זה ובסימן ס' סעיף י"ג בארנו פרטי דינים בזה ע"ש ולפמ"ש שם בדעת הרבינו הרמ"א אין זה אלא כשפרטם בשם כגון שאמר שני שולחנות וכסאות שבביתי וכה"ג דלא חיישינן שמא אחרים היו אז אבל בסתם מטלטלין או במיני סחורות שדרך להוציאם על המקבל להביא ראיה ע"ש ובסי' קי"ב סעיף ד':

סימן רנא [לשון השטר של מתנת שכ"מ ובו ה' סעיפים]:

א כבר נתבאר שסתם מתנת שכ"מ יש חילוק בין מתנה בכולה בין מקצתה ובמצוה מחמת מיתה וכן אם נתן בפירוש במתנת שכ"מ אין חילוק בין כולה בין מקצתה ולכן בכל מתנת שכ"מ צריך להתבאר בהשטר שהיה חולה ומוטל במטה ונתן לפלוני כך וכך ולפלוני כך וכך ובזה יש החילוק שנתבאר ואם מבאר שנותן מחמת מיתה או מפורש במתנת שכ"מ אין חילוק ובמתנת בריא צריך לבאר בהשטר שהיה בריא ואמרו חז"ל שצריכים העדים להזכיר בהשטר שמת מתוך חולי זה דאל"כ שמא הבריא בנתים וכך היו העדים רגילים לכתוב כשכותבים אחר מיתת הנותן [רשב"ם קנ"ג.] אבל כשכותבים הצוואה בעודנו בחיים כמו שהמנהג אצלינו לא שייך להזכיר זה בהצוואה [נ"ל] ואף גם הכתובים אחרי מותו אין מעכב בדיעבד כשלא כתבו כן ודי שהעדים יעידו שהיה חולה ומת מחולי זה:

ב ועוד אמרו חז"ל [סס] שמתנת שכ"מ שכתוב בה שדה זו או חפץ זה אני נותן לפלוני בחיים ובמות או מחיים ובמות אין מבטל המתנה בזה שכתב מחיים דכיון שהזכיר מיתה יש לזה דין מתנת שכ"מ שאינו קונה אלא לאחר מיתה ויש לזה דין מצוה מחמת מיתה כיון שהזכיר מיתה [סמ"ע] ומה שהזכיר מחיים הוא רק לסימן טוב ליישב דעתו שיחיה מחולי זה ושלא לפתוח פיו לשטן ואין חילוק בזה בין מתנה מקצת למתנה בכולה וצריכים לדון בה כל דיני מתנת שכ"מ וכן אם כתוב במות ובחיים [ס"כ] ואפילו כתוב בה קנין אין חילוק בכ"ז [סמ"ע] אבל בריא שנתן מתנה וכתב בהשטר בחיים ובמות או מחיים ובמות ה"ז מתנה גמורה מחיים וזה שכתב בה ובמות הוא כמי שאומר מעתה ועד עולם וכנוי השטר הוא וכן אם כתוב במות ובחיים הוי ג"כ כאומר מעולם ועד עולם [נ"ל] וצריך קנין כדין מתנת בריא אבל אם כתוב בה מחיים ולאחר מיתה קונה הגוף מהיום והפירות לאחר מיתה ואם כתוב בו מהיום אם לא אחזור בי עד לאחר מיתה או סתם אם לא אחזור בי הרשות בידו לחזור בו כל ימי חייו ואף שיש בו קנין אינו קונה רק לאחר מיתה דהרי התנה כן ויתבאר בסי' רנ"ו:

ג אם בהשטר אינו מבואר אם היה חולה או בריא וקנין יש בתוך השטר ועתה הוא בריא ואומר שנתן במתנת שכ"מ וקם מחליו ונתבטלה מתנתו והמקבל אומר שבריא

היה

היה ונתנה במתנת בריא ואינו יכול לחזור בו והעדים אינם לפנינו על המקבל להביא ראיה משום דהנכסים עומדים ברשות הנותן והממע״ה ואם אין לו ראיה ישבע הנותן היסת שכדבריו כן הוא ונוטל הנכסים לעצמו ואפי׳ נכתב הקנין ביפוי כח כדרך קנינים שעושין בשכ״מ מ״מ אין ראיה דגם בבריא כותבים לפעמים ביפוי כח [סמ״ע] אמנם אם כתוב בהשטר וקנינא מיניה מוסיף על מתנתא דא הוי ראיה ברורה שהיה שכ״מ דלשון זה אין כותבין בבריא כלל רק יפוי כח דתנו אף כתבו כותבין לפעמים אבל לשון הוספה נראה להדיא דא״צ קנין ולכן א״צ הנותן לישבע [ט״ז] ותפיסה לא מהני בענין זה אך במטלטלין כשיש לו מיגו לומר ששלו הן כגון שאין ידועין שהם של הנותן או שלא ראו עדים את המטלטלין עתה בידו אבל בלא זה לא מהני תפיסה [ש״ך] ואם מסר לו הנותן מדעתו מהני תפיסה תמיד והמקבל נאמן [כס״מ] ובכל מקום שיש מחלוקת הפוסקים אם זכה המקבל אם לאו על המקבל להביא ראיה דהנכסים עומדים ברשות הנותן:

ד וכן מתנת שכ״מ שאין כתוב בה שמתוך החולי הזה מת והיורש אומר שנתרפא קודם שמת ונתבטלה המתנה והמקבל אומר שמתוך החולי מת ואין העדים מצוים לשאול להם אע״פ שהמצוה מת והיה לנו לומר כיון שמת לפנינו יעמדוהו על חזקת חליו שלא נתרפא מ״מ המתנה בטילה שאין מיתתו ראיה דשמא מחולי שנתן בה המתנה נתרפא ואח״כ חלה חולי אחר ומת ולפיכך הנכסים בחזקת היורשים עד שיביא המקבל ראיה שמתוך החולי הזה מת ואין היורשים צריכים שבועה אף שהמקבל טוען ברי והוא עצמו היה צריך לישבע כמ״ש מ״מ יורשיו אין נשבעים שהיורשים נשבעין לגבות ולא לפטור [סמ״ע] ואם המקבל טוען שהיורש הודה לו שמת מחולי זה נשבע היורש להכחישו שלא הודה לו [ע״ז] ואם תפס המקבל מטלטלין של המתנה אם הוא באופן שיכול לומר שלי הן נאמן לומר שמת מחולי זה במיגו ששלי הן:

ה העדים יכולים להעיד שמת מתוך חולי זה ע״פ משמשי החולה אפי׳ הם נשים ועבדים כשאומרים שממחלה זו שבשעת הצוואה מת מעידים על פיהם וכן אם נראה להעדים עצמם ע״פ אומדנא שלהם שמחולי זה מת יכולים להעיד כן בב״ר דאין זה רק כגילוי מילתא בעלמא וא״צ לזה דיני עדות לגמרי [כ״ל]:

סימן רנ״ב [עוד דיני מתנת שכ״מ ודין מצוה לקיים דה״מ ובו ה׳ סעיפים]:

א כבר נתבאר דמתנת שכ״מ נקנית לאחר מיתת הנותן והיא ממש כירושה לפיכך מוציאין מזה לכל שיעבוד שנשתעבד הנותן בחייו ואפי׳ בדבר שבמתנה גמורה אין מוציאין כמו מזון אשתו ובנותיו שנתחייב בתנאי כתובה שבנותיו יתזונו מנכסיו לאחר מותו עד שיתבגרו ואשתו עד שתטול כתובתה שאין מוציאין ממשועבדים ואפי׳ ממה שמכרו היורשים אין מוציאין כמ״ש באהע״ז סי׳ צ״ג וכן לכתובת בנין דיכרין כמ״ש שם סי׳ קי״א מ״מ ממתנת שכ״מ מוציאין כמו שמוציאין מן היורשים ואפי׳ ממטלטלין מוציאין למזון האשה והבנות לפי תקנת הגאונים שנתבאר שם דכיון דהמתנה לא חלה עד לאחר מיתה ואלו החיובים חלו ג״כ לאחר מיתה לא דחי מתנתו לתקנתא דרבנן שתקנו לטובת האשה והבנות ועוד דתקנה זו חלה מיד כשמיואש מן החיים כשהוא גוסס והמתנה לא חלתה עד מיתה ממש ונמצא שהתקנה קדמה לזכות בהנכסים ממתנתו ומ״מ כשיש אצל היורשים נכסים אחרים גובין מהם ולא מהמתנה דנכסי היורשין לגבי המתנה הוי כבני חורין אצל משועבדים דהרי היורשים עומדים ממש במקום מורישם וכן מלוה בע״פ נגבית ממקבלי מתנות שכ״מ כשאין נכסים אחרים אבל כשיש בני חורין אפילו זיבורית אין גובין מהם אפילו כשהם טובים מהזיבורית כמ״ש בסי׳ קי״א [ב״י] ומתנת בריא במהיום ולאחר מיתה אין דינו לענין זה כמתנת שכ״מ אלא כמתנת בריא [שם] וכן במהיום אם לא אחזור בי [כ״ל]:

ב כתב רבינו הרמ״א אחד שנתן במתנת שכ״מ ושמעה אשתו ולא מחתה ואח״כ חזר ונתן [מתכס זו] ואז מחתה אשתו אין גובאת כתובתה ממתנה זו שהרי המתנה הראשונה קיימת ולא אמרינן דשנייה בטלה הראשונה דהרי לא חזר בראשונה רק בא להחזיקה וי״א דאע״פ ששתקה בשעת המתנה גובאת כתובתה ממתנתו עכ״ל ודיעה ראשונה ס״ל דכיון ששתקה בשעת המתנה מחלה שיעבוד כתובתה ממתנה זו אף שאין לה מקום לגבות דאם היה לה מקום אחר ממה לגבות לא היו הי״א חולקים בזה וכ״כ באה״ע סי׳ ק״ו שני דיעות אלו ותמיהני על דיעה ראשונה דלא מצינו שאמרו חז״ל סברא זו שמחלה שעבוד כתובתה אלא במחלק לאשתו חלק בין הבנים ושתקה דאבדה כתובתה כמ״ש שם והטעם מפני שהחשיב אותה כאחד מבניו כדאיתא בגמ׳ [ב״ב קל״ב: ורשב״ם שם] והמקור מדין זה הוא ממרדכי פ״ט דב״ב בשם ראב״ן ושם ביאר טעמים אחרים שהמעשה היה שהשכ״מ צוה ליתן לאביו שהוא יורשו והיא לא נשבעת עדיין על כתובתה ומן הדין היה צריך ליתן להיורש וס״ל לראב״ן ז״ל דאין מוציאין מטלטלין מהיורשים לכתובה ע״ש אבל בסתם מתנת שכ״מ ששמעה ולא מחתה שתאבד כחה מנכסים אלו לא שמענו [גם סמ״ח סס״ג שם עליו ודברי סב״ם תמוהים למעיין במרדכי שם] לכן העיקר לדינא כהי״א ויותר מזה כתב הריב״ש בסי׳ רמ״ד באלמנה שקבלה קנין לשכ״מ לקיים צוואתו בנכסיו מ״מ גובאת

גובאת

גובאת כתובתה תחלה ע"ש:

ג קיי"ל דמצוה לקיים דברי המת ואפילו בריא שצוה ומת מצוה לקיים דבריו ויש מרבותינו שהקשו דא"כ למה הצריכו חז"ל לתקן בשכ"מ שיהיו דבריו ככתובין וכמסורין תיפוק ליה משום דמצוה לקיים דה"מ ולכן אמרו דמצוה לקיים דה"מ אינו אלא כשהושלש ביד שליש לשם כך אבל אם הושלש בידו שלא לשם זה שצוה ליתן לו או שבא לידו אחר הצוואה וכ"ש כשלא הושלש כלל אין בזה משום מצוה לקיים דה"מ אמנם עוד יש ג' חלוקות בין מצוה לקיים דה"מ ובין דברי שכ"מ ככתובין וכמסורין דמי האחת כשהיה בריא ואמר תן מנה לפלוני שאני נותן לו ומת המקבל בחיי הנותן ואח"כ מת הנותן אין בזה משום מצוה לקיים דה"מ כיון שהמקבל לא היה בחיים כשמת והמצוה חלה בשעת מיתת הנותן ואז אין המקבל בעולם אבל כשהיה הנותן שכ"מ כשצוה קנה גם בכה"ג משום דדבריו ככתובין וכמסורים דמי והשנית כשאמר יפוי כח כגון תנו אף כתבו דמטעם דברי שכ"מ קנה אף כשלא כתבו בחייו ומטעם מצוה לקיים דה"מ כשהיה בריא אם לא כתבו מחיים לא קנה דשמא לא גמר להקנות אלא בשטר ואין שטר לאחר מיתה [דו"פ בסס ר"י]:

ד והשלישית דמטעם דברי שכ"מ הוי קנייה גמורה ולכן כל דבר שנקנה במתנת שכ"מ אם קדמו היורשים ומכרו את המתנה יכול המקבל להוציאו מיד הלוקח בין קרקע בין מטלטלין [ס"ך וט"ז] דלא כיש מי שחולק בזה ויכול לגבות ממי שירצה ואם הלוקח לא ידע שנתנה לו במתנת שכ"מ צריך להחזיר להלוקח דמיו מפני תקנת השוק ויגבה מיורשים אבל בריא שצוה ומת אף שמצוה לקיים דבריו מ"מ אם קדמו היורשים ומכרו מה שעשו עשו כמו כל מכירות שבעבירה דממכרו ממכר וכן להיפך במתנת שכ"מ במקצת בלא קנין לא קנה המקבל ומשום מצוה לקיים דה"מ יש כאן אם נתנה ליד שליש לשם כך [ד"מ] ואף שיש מראשונים דמשמע מדבריהם דאמרינן מצוה לקיים דה"מ אפילו בלא הושלש מתחלה לכך מ"מ רוב רבותינו ס"ל כן וכן סתמו בטור וש"ע והסברא נותנת כן דמצוה לא שייך אלא השליש שצריך לקיים דברי המת אבל בלא זה על מי מוטלת המצוה הזאת ואפשר שעל בניו מוטלת המצוה לקיים דברי אביהם וכן משמע ממה שיתבאר:

ה מי שנשבע או נדר ליתן לפלוני כך וכך ומת ולא נתן יורשיו פטורים דאין נדר לאחר מיתה דהא לא נדר בחייו שחפץ זה הוא לפלוני דאלו נדר בלשון זה היה חל הנדר אבל כשנדר ליתן ועדיין לא נתן לא חל הנדר על בניו ואין בזה גם משום מצוה לקיים דה"מ כיון שלא השליש המתנה גם לא צוה להם שיתנו ובסי' רי"ב נתבאר מזה ומי שהפקיד מעות או חפיצים אצל חבירו וא"ל שאם ימות יעשה בהן המוטב יתנם ליורשיו דאין טוב מזה דכל המעביר נחלה מבניו אין רוח חכמים נוחה הימנו וע' בסי' רפ"ב:

סימן רנג [איזה לשון מועיל לשכ"מ ועוד הרבה דינים ובו מ"ב סעיפים]:

א שנים נכנסו לבקר את החולה וצוה בפניהם כותבין כל מה שמצוה אבל אין עושין דין לקיים הצוואה ולהחזיק לכל אחד לאחר מותו בכל מה שצוה או כשיש איזה ספק בהצוואה לא ידונו בעצמם דהם אינם אלא עדים ולכן ימסרו את כל דברי הצוואה לב"ד והב"ד ידונו בזה ויקיימו ויחזיקו לכל אחד אבל אם היו שלשה הראוים לדון אם רצו כותבין הצוואה ומוסרין לב"ד אחר ואם רצו עושים הדין בעצמם ואע"פ שהשכ"מ לא ייחדם לדיינים אלא שנכנסו מעצמם לבקרו מ"מ כיון שהם ב"ד ובפניהם מסר צוואתו רשאים לעשות הדין בעצמם להחזיק לכל אחד כשימות במה שצוה ולדון בכל דבר ספק ואין אחד מהיורשים או ממקבלי המתנות יכולים לומר נלך לב"ד אחר וכ"ש אם שלח לקרא אחר הדיין לעשותו לדיין על הצוואה דאז אפילו הוא יחידי רשאי לדון [כ"ל] וחז"ל למדו זה מפסוק שבפרשה נחלות דכתיב והיתה לבני ישראל לחוקת משפט לומר דאותם העומדים שם בשעה שמנחיל את בניו אף בשריבה לאחד ומיעט לאחר ידונו הם את משפט החלוקה כפי צוואתו אם הם ראוים לב"ד ומתנת שכ"מ ג"כ כירושה שויוה רבנן כמ"ש בריש סי' רנ"ב וזה ששלשה אם רצו עושין דין זהו דווקא כשהיתה הצוואה ביום שאז ראוי לעשות דין ואע"פ שדיינים צריכים לשמוע מפי עדים זהו בדבר שהם בעצמם אינם יודעים אבל בדבר שרואים בעצמם לא תהא שמיעתם מהעדים גדולה מראיית עצמם ולכן אם היתה הצוואה בזמן שאין ראוי לדון כמו בלילה ושבתות ויו"ט כותבין הצוואה בלילה ובשבת ויו"ט שומעים הצוואה ואין עושין דין בעצמם אח"כ דבשעת הצוואה כיון שלא היה הזמן ראוי לדין לא היו אז אלא עדים ואין עד נעשה דיין אח"כ כמ"ש בסי' ז' ולכן ימסרו הצוואה לדיינים אחרים וכבר בארנו בסי' ה' דלהרמב"ם ז"ל אין העניין הזה רק בריבה לאחד ומיעט לאחד ע"ש בסעי' י':

ב יש מרבותינו שאומרים דדין זה דכשהם שלשה עושין דין זהו כשצוואת השכ"מ היתה באופן שאינו יכול לחזור בו כמו במעכשיו בקנין או במתנה במקצת בקנין דשייך לעשות דין אבל במתנה בכולה או במצוה מחמה

מיתה

מיתה מה שייך שם דין בשעת מעשה הרי יכול לחזור בו [רסב"ס קי"ד, וכמק"ין] וכן משמע שם בגמ' דשקיל וטרי בזמן הקנין שיכול לחזור בו כל זמן שעסוקין באותו ענין והטור דחה דיעה זו וכתב דבמתנה במקצת יש לה דין מתנת בריא לכל דבר ואין עושין דין אלא בשכ"מ שמחלק נכסיו ואין יכולין לעשות דין עד דמשהה לבתר דסליק מההוא עניינא בענין שאינו יכול לחזור בו אבל מקמי דסליק מההוא עניינא אין להם לדון עכ"ל ורבינו הב"י דחה דבריו דהא במתנת שכ"מ בכולה לעולם יכול לחזור ויש שרצה לומר דכוונת הטור ג"כ כשאינו יכול לחזור בו כגון שאומר מעכשיו [ב"ח] וא"א לומר כן דא"כ מה בין מתנה במקצת למתנה בכולה [אחרונים] ומהרא"ש מבואר דאף במקום שיכול לחזור בו עושין דין וכן משמע מהרמב"ם ונ"ל בביאור דברי הטור דוודאי לא עדיף מתנת שכ"מ ממתנת בריא בקנין וכשם שבמתנת בריא לא חלה המתנה עד שנסתלקו מהענין כמ"ש בסי' קצ"ה כמו כן בשכ"מ לא הלה עלה שם מתנה עד שיסתלקו מהענין וקודם זמן הזה אין עדיין שם מתנה כלל שיהא שייך לעשות דין אבל לאחר הזמן הזה חלה עליה שם מתנה ויכולין לעשות דין ואף שיכול לחזור בו זהו ענין אחר כמו במתנה ע"מ להחזיר דעד החזרה חיילא המתנה כמו כן עד שהשכ"מ חוזר בו חיילא המתנה ואח"כ בחזירתו נתבטלה מאז ולהבא אבל עד הזמן הזה שם מתנה עליה ויכולין לעשות דין וגם סוגית הגמ' מתפרש שפיר לפ"ז ואם דנו בתוך הזמן הזה כתב הטור שיש מחלוקת הפוסקים אם דיניהם דין אם לאו ומהרמב"ם נראה דדעתו דתמיד הוי דין [ע' ברמב"ס פ"ג מסכס']:

ג יש מי שאומר דמתנת שכ"מ אינה מתקיימת ע"פ אחר אפילו הוא חכם גדול דאין עד אחד נאמן להוציא מהיורש ולכן אם אין שנים בצוואה יתאמץ האחד שהשכ"מ עצמו יחתום על הצוואה וכן לפ"ז פסולי עדות אין יכולין לעשות צוואה מיהו אם היורשים יודעים שהיחיד אומר אמת שכן צוה השכ"מ מחוייבים לקיים צוואתו ודבר זה לפני יודע תעלומות גלוי כשיודעים שאומר אמת ואינם מקיימים יפרע מהם [כ"ל] וכן אם השכ"מ מסר מעות וחפיצים ושטרות לידו מחוייב לקיים כל אשר צוהו כיון שעשהו לשליש [כ"ל]:

ד שכ"מ שצוה ואמר יטול פלוני כל נכסי או מקצת נכסי או יחזיק או יזכה או יקנה כולם לשון מתנה הם וה"ה אם אמר יהא דבר זה לפלוני הוי מתנה [ס"ך] וכן אם אמר יחסין או יירש על מי שראוי ליורשו כגון בן בין הבנים או בת בין הבנות ה"ז קנה מצד ירושה אבל אם אמר יהנה פלוני מנכסי או יעמור בהם או יראה בהם או ישען בהם לא קנה דאין זה לשון מתנה ברורה ובגמ' נשארו לשונות אלו בספק ואפי' קנו מיניה י"א דלא מהני דהוה קנין דברים וי"א דמהני [סמ"ע] ולשונות אלו של מתנה המועילים בשכ"מ י"א שהוא הדין שמועילים במתנת בריא כשמקבל קנין על לשונות אלו וי"א שאינם מועילים דדוקא בשכ"מ שאין דעתו מיושבת עליו לדבר בלשון מבורר הקילו בלשונות אלו אבל הבריא צריך לדבר בלשון מתנה ברור ובשכ"מ מהני גם אם אמר לשון אני מניח לפלוני כך וכך דבשכ"מ הוי לשון זה לשון מתנה ופירושו הוא שמניח לו מעזבונו כך וכך ואם אמר יפול לפלוני כך וכך הוי לשון ירושה ואם המקבל ראוי ליורשו מהני לשון זה דמצינו לשון נפילה בירושה כמו שכתוב זאת הארץ אשר תפול בנחלה אבל אם אמר סתם כך וכך לפלוני בנכסי לאו כלום הוא דאין זה לא לשון מתנה ולא לשון ירושה וי"א דזהו לשון מתנה ופירושו ליתן לפלוני כך וכך [ע"ז]:

ה כתב רבינו הרמ"א בסעיף ב' האומר לפרוע לאשתו כתובתה במעות מזומנים אין זה לשון מתנה ואין יורשין צריכין לקיים משום מצוה לקיים דה"מ כמ"ש בסי' רנ"ב עכ"ל דאין זה לשון מתנה שתטול מפני מתנת שכ"מ ומצוה לקיים דה"מ אין כאן כיון שלא השליש מתחלה לכך ואפי' לפי מ"ש שם דבבנים אפשר שיש מצוה גם בלא השליש לכך זהו כשמצוה להם עצמם אבל כשאמר שלא בפניהם לא חלה עליהם מצותו כלל [סס בב"י בסס ריטב"א] ואם השליש מעות לזה חייבים לקיים דבריו [ע"ז]:

ו מה שכותבין בשטרי מתנות תלך ותזכה ותירש ותמשכן ותעשה ממנו חפצך ורצונך אין לשונות אלו אלא שופרא דשטרא ואף שלא נכתבו הוי לשון מתנה בין בבריא בין בשכ"מ ורק כשכתוב לשון מתנה דיו ואם כתוב בשטר צוואה לשון דאפשר לתלות בט"ס אם נראה לפי הענין שהוא טעות תלינן כמ"ש בסי' מ"ט ולשון אתן בשכ"מ הוא טעות דמוכח דכיון דמתנתו היא לאחר מיתה איך יתן אז [ח"ס] וכלל גדול יש במתנות שכ"מ דאם נתן מתנה למי שראוי ליורשו כגון בן בין הבנים או בת בין הבנות או אח בין האחים ונתן לו יתרון על חלק ירושתו זוכה בין שנתן לו בלשון מתנה ובין שנתן לו בלשון ירושה אבל כשנתן מתנה למי שאינו יורשו אינו זוכה רק בלשון מתנה ולא בלשון ירושה ולכן צריך לזהר במקום שיש בנים ורוצה ליתן גם לבנותיו לא יכתוב להן לשון ירושה דבמקום שיש בנים אין הבנות יורשות וכן אחים במקום בנות:

ז שכ"מ שאמרו לו נכסיך למי ואמר כמדומה היה לי שיש לי זרע או שאשתי מעוברת ועכשיו שאינו כן נכסי אני נותן לפלוני ואח"כ נודע שיש לו בן או בת שאשתו מעוברת והוא לא ידע מזה בשעת הצוואה נתבטלה מתנתו דבכה"ג אזלינן בתר אומדנא אף כשלא פירש דבריו כמ"ש בסי' רמ"ו וכ"ש כשפירש ולא עוד אלא אפי' מת הבן אח"כ או הפילה אשתו כיון שבשעת הצוואה חי הבן או הבת או שהיתה מעוברת והיתה נתינתו אז בטעות לא חלה גם אח"כ ויטלו קרוביו הראוים ליורשו:

ח שכ"מ שאמר נכסי לפלוני או אפי' לא אמר בעצמו אלא שאחרים שאלו לו נכסיך למי שמא לפלוני והשיב להם אלא למי אם הוא ראוי ליורשו נוטלן משום ירושה ואם לאו זוכה בהם משום מתנה דלשון זה סובל גם לשון ירושה גם לשון מתנה ויראה לי שאם שאלו לו מי יירש נכסיך שמא פלוני והשיב להם אלא מי וזה הפלוני אינו ראוי ליורשו אינו יורש אותם כיון שהשיב על שאלת ירושה וזה אינו ראוי ליורשו ואם שאלו לו נכסיך למי אתה נותן שמא לפלוני והשיב להם אלא למי אף שראוי ליורשו נוטלן משום מתנה והלשון שסובל ירושה ומתנה אם אינו ראוי משום ירושה נוטלן משום מתנה ועמ"ש בסי' רמ"ח :

ט זה שאמרנו דכשהיה יורש נוטלן משום ירושה זהו בשארי יורשים אבל בבן לא עשאו אלא אפטרופס כמ"ש בסימן רמ"ו ולי"א שם גם בבת כן ואין דין זה רק באין לו בן ובת ושארי יורשים יורשים אותו ולפמ"ש שם דבלשון ירושה לא הוי אפטרופס וקני לגמרי גם בכאן אם אמר לשון שיש לפרשו גם לשון ירושה אף בן בין הבנים נוטלן משום ירושה [ס"ך] וי"א דבלשון הסובל שניהם תולין בבן בין הבנים שלא עשאו רק לאפטרופס דמסתברא דכל כמה דיכולין לומר שלא העביר נחלה תולין כן [ע"ז] ולפ"ז גם בבת בין הבנות תולין כן לדיעה זו להי"א שם וכן בת בין הבנים [כ"ל] ואם אמר לשון התמנות על נכסיו פשיטא דאין זה רק לשון אפטרופסות :

י שכ"מ שאמר תנו מאתים זוז לפלוני בני בכורי כראוי לו או לאשתי כראוי לה או לפלוני בעל חובי כראוי לו נוטלים המאתים זוז עודף על חלק הבכורה והכתובה והחוב דאם היתה כוונתו רק לפרעם כפי המגיע להם למה הוסיף לומר כראוי לו וכללא בידינו דכל לישנא יתירא לרבויי אתי כמ"ש בסי' רי"ד ואם אמר מפורש תנו מאתים זוז לבני בבכורתו או לאשתי בכתובתה לא יטלו שני דברים המתנה והבכורה או הכתובה אפי' אמר כראוי לו [נס"מ] ואין נוטלין אלא אחד מהדברים וידם על העליונה אם המאתים זוז הם יותר מהבכורה והכתובה נוטלין המאתים זוז ואם הבכורה או הכתובה יותר נוטלין חלקן ודין זה אינו רק בחלק בכורה דגזירת התורה היא שאין ביכולת האב לפחות מחלק בכורה כמ"ש בסי' רפ"א אבל בבן פשוט ביד האב להוסיף על חלק האחד ולפחות מחלקו כמ"ש שם ואין לו רק מה שצוה אביו וכן בבע"ח אם אמר תנו מאתים זוז לפלוני בעל חובי בחובו אם החוב יותר נוטל החוב אבל אם המאתים יתירים על החוב אסור לו ליטול יותר מחובו דהוי ריבית ואם אמר כראוי לו לא מחוי כריבית דהוא מתנה בפ"ע ואין שייך להחוב כלל אבל כשכללם בהחוב והחוב אינו עולה כל כך מחוי כריבית [כ"ל] ואפי' תפס מוציאין מידו [ס"ך] ואם אמר מאתים זוז לבני פלוני בירושתו והוא אינו בכור אין לו רק הסכום הזה כמ"ש ואם לא אמר לא כראוי לו ולא בבכורתו ולא בכתובתה ולא בחובו אלא אמר תנו ר' זוז לפלוני בני בכורי תנו ר' זוז לאשתי תנו ר' זוז לפלוני בעל חובי בכולם ידם על העליונה ואפי' הבע"ח אם המתנה מרובה מהחוב ביכולתו ליטלן ולא מחזי כריבית דכיון שלא הזכיר החוב הוי מתנה בעלמא והחוב אינו גובה כלל וי"א שאם אמר סתם לבני פלוני או לאשתי או לפלוני והוא בע"ח כיון שלא הזכיר כלל הירושה והכתובה והחוב אמרינן דנתן להם מתנה יתר על המגיע להם ואפי' בבן פשוט הדין כן ולא נצרך היתור לשון דכראוי לו אלא במקום שהזכיר הבכורה והכתובה והחוב אמנם בבע"ח אם רק הזכיר פלוני בע"ח אף שלא הזכיר בחובו הוי כאלו הזכיר החוב ואינו נוטל רק החוב דאל"כ למה היה לו להזכיר בע"ח דבשלמא בבנו ואשתו לחביבותם הזכירם אבל לבע"ח לא היה לו לומר רק לפלוני [סמ"ע] וי"א דאפי' הזכיר בע"ח כיון שלא אמר בחובו הוי מתנה לבד החוב וזה שאמר בע"ח הוא רק לסימן מי הוא הפלוני ובבן הבכור כשרק הזכיר לבני בכורי הוה כאלו אמר בבכורתו דאל"כ למה היה לו להזכיר בכור לא היה לו לומר רק לבני פלוני אלא ודאי דבבכורתו קאמר ולכן הדין כמקודם דידו על העליונה ורבינו הרמ"א כתב דסברא ראשונה נראה עיקר ודלא כיש חולקין וכל אלו הדברים לא נאמרו רק כשלא הזכיר לשון מתנה ולכן אנחנו מסופקים בכוונתו אבל אם אמר בפירוש אני נותן במתנה ר' זוז לפלוני בעל חובי או לאשתי נוטלין זה מלבד המגיע להם ומי שאמר שבתו תטול בנכסיו כך וכך ולא הזכיר לצורך נשואיה נוטלת המתנה מלבד עישור נכסים המגיע לה בשעת הנשואין כמ"ש באהע"ז סי' קי"ג וע"ש בסי' ק"ט :

יא שכ"מ שאמר תנו מאתים זוז לפלוני ושלשה מאות לפלוני וארבע מאות לפלוני אם שתק בנתים והיינו שכשנתן להראשון לא היה בדעתו ליתן להשני אלא שאח"כ נמלך וכן בין שני לשלישי נמלך ג"כ ונתן להראשונים במצוה מחמת מיתה או בפירוש במתנת שכ"מ או אפילו נתן להם ביחד אלא שאמר תנו ר' לפלוני ואחריו ש' לפלוני ואחריו ת' לפלוני ולא נמצא כל הסכום אצלו כל הקודם בשטר זכה והנשאר יזכה השני והנשאר ממנו יזכה השלישי ואם יצא שט"ח על הנותן קודם שקבלו המעות לדינא דגמ' ועתה אפי' אחר שקבלו המעות כמו שיתבאר בסעיף י"ד או שנתן להם קרקע ששוות כך וכך אפי' לאחר שגבו בע"ח גובה מהם כשם שגובה מן היורשים דמתנת שכ"מ כיורש שויוהו רבנן [רשב"ס קל"ח.] וגובה מתחלה מהאחרון דנחשב כבני חורין לגבי הקודמים ואם לא הספיק להבע"ח כפי חובו גובה משלפניו ואם גם זה אינו מספיק גובה משלפני פנ[illegible] אבל אם אמר תנו מאתים לפלוני

לפלוני וש׳ לפלוני ות׳ לפלוני ולא נמלך בנתים יד כולם שוה ואין אומרים כל הקודם בשטר זכה ואם לא נמצא כל הסכום הזה חולקין את הנמצא לתשעה חלקים ויקח בעל המאתים שני חלקים ובעל הג׳ מאות ג׳ חלקים ובעל הד׳ מאות ד׳ חלקים ואם יצא עליו שט"ח גובה מכולם מכל אחד לפי ערך זה והוא אם החוב הוא צ׳ זהובים משלם בעל המאתים עשרים ובעל הג׳ מאות שלשים ובעל הד׳ מאות ארבעים ואם היה החוב ת"ן בעל המאתים נותן מאה ובעל הש׳ ק"ן ובעל הת׳ נותן מאתים ואם נתן לכולם בשוה כגון שנתן לכל אחד ר׳ זוז אפי׳ אמר ביחד בלי המלכה בנתים מאתים לפלוני ומאתים לפלוני ומאתים לפלוני כל הקודם בשטר זכה ובע"ח גובה מהאחרון אף שלא אמר אחריו לפלוני דודאי כן היתה כוונתו דאל"כ היה לו לומר תנו ת"ר זוז לאלו השלשה אבל יש חולקין בזה דכיון שלא אמר אחריו לפלוני מסתמא היתה כוונתו שיהיו כולם שוים וזה שלא כללם ביחד מפני שדרך בני אדם לדבר כן ליתן לזה כך ולזה ג"כ כך ובסימן קי"א נתבאר ג"כ בזה ע"ש :

יב וכ"ז הוא בשכ"מ שמקנה בדיבור בלא קנין ולכן בלא המלכה ובלא אחריו אין ניכר שהקנה לאחר קודם לחבירו אבל בריא שנתן מתנות ואמר לראובן אני נותן לך ר׳ זהובים והקנהו בקנין המועיל למעות ואח"כ אמר לשמעון והקנה לו ואח"כ ללוי הדבר ידוע למי הקנה תחלה וכל מי שקדם בקנינו הוא קודם להאחרים כמו בשכ"מ בלשון אחריו [סס] ופשיטא דכשמסר המתנות לידם כל מי שקבל תחלה הוא קודם אבל אם זיכם ע"י אחר דינם כמו בשכ"מ כגון שנתן לאחד ט׳ מאות וא"ל זכה בעד ראובן שני מאות ובעד שמעון ג׳ מאות ובעד לוי ד׳ מאות אין ניכר הקדימה וכולם שוים וכן אם הקנה בקנין לכולם ביחד אין בהם דין קדימה ואם זיכם ע"י אחר מקודם לראובן ואח"כ זיכה לשמעון ואח"כ ללוי כל הקודם זכה [סמ"ע] :

יג אע"פ שמתנת שכ"מ כירש שויוהו רבנן מ"מ נחשב כמשועבדים לגבי יורשים לענין גביית חובות לפיכך שכ"מ שנתן מתנה והשאר הניח ליורשיו אם יצא עליו שט"ח גובה כולו מהיורשים דנחשב כבני חורין לגבי מתנתו ואם לא הספיק הירושה אז גובה ממקבל המתנה את השאר ודוקא כשפירש חלק המתנה ולא פירש חלק היורש כמה שנותן לו אבל אם פירש גם חלק היורש יש לו ג"כ דין מקבל מתנת שכ"מ דאטו מפני שהוא יורש גרע כחו הרי הוא נתן לו כדרך מתנה דאל"כ למה פירש כמה יטול היורש ולכן אם הקדימו להאחר כגון שאמר תנו מאתים זוז לפלוני בני ואחריו מאתים לפלוני בנו קודם שהרי הקדימו ודינו כמו אחר שהקדימו :

יד כיון דמתנת שכ"מ כיורש שויוה רבנן לכן כל בע"ח שגובין מיורשין גובין ממקבלי מתנות שכ"מ ולפי תקנת הגאונים שגובין ממטלט[illegible] דיתמי וממעות שהניח כמ"ש בסי׳ ק"ז ואפי׳ מלוה בע"פ אם רק ידוע שלא פרע בחייו כמ"ש בסי׳ ק"ח כמו כן גובים ממקבלי מתנות שכ"מ וכ"כ רבינו הב"י בסי׳ ס"ט בשם הרי"ף והרמב"ם והרשב"א והריטב"א דגובין ממתנת שכ"מ בכת"י וכת"י דינו כמלוה ע"פ ורק נגד היורשים עצמם דינם כמשועבדים ואף שיש מי שחולק ע"ז הלכה כרבים אבל מתנת שכ"מ במקצת בקנין דינה כמתנת בריא ודע דאע"ג שהוא כיורש מ"מ גובין ממקבל מתנה המוקדם בינונית כשיש אצל המאוחר אף זיבורית דכל מקום שאין הפסד להבע"ח שויוה כמשועבדים לענין זה [כ"כ ספוסקים] :

טו שכ"מ שאמר תנו מנה לפלוני נותנים בין שאמר מנה המונחת שם במקום פלוני ובין שאמר מנה סתם נותנים ממעותיו הנמצאים אצלו בכל מקום שהם ולא חיישינן שמא כוונתו היתה על איזה מנה הטמון אצלו באיזה מקום ונ"מ בין מנה זו למנה סתם דאם אמר מנה המונחת שם ונאבדו אותן המעות הפסיד מתנתו ואם אמר מנה סתם ונאבדו אח"כ איזה סכום מעות הזיקו לפי חשבון כגון אם הניח חמשה מאות ונתן לו מנה ונאבדו מנה יסביל הוא היזק חלק חמישית והיורשים ד׳ חלקים ודווקא כשכל הת"ק זהובים היו מונחים במקום אחד אבל אם היו מונחים כל מנה ומנה במקום מיוחד ונאבדה אחת מהן ידו על התחתונה ויכולים היורשים לומר שלך נאבדה דנכסי קיימי בחזקת יורשים והמוציא מהם עליו הראיה [ר"ן ספ"ק דגיטין] ואם לא נמצא אצלו כלל מעות מזומן אינו נוטל כלל כיון שלא אמר מנה מנכסיי אלא מנה סתם [סס] ואע"פ שיש לו מנה בהלואה ובשטר על אחרים אינו נוטל [ט"ך] דכיון שאמר מנה משמע מזומן אבל אם היה לו פקדון ביד אחרים נוטל מהם דפקדון הויין כברשותו של מפקיד וכ"ש אם אמר ליתן לו מעות או זהובים דדוקא קאמר ואם לא נמצא מזומן הפסיד כיון שלא אמר מנכסיי או לשון אחר שמשמעו כמו נכסיי ויתבאר בסעיף כ׳ אבל בזה שאמרנו שאם הונחו מנה מנה בפ"ע ונאבדה אחת מהן ההפסד עליו זהו אפי׳ כשאמר מנה מנכסיי דודאי אף כשאמר לשון זה כיון שהיה לו מזומן בוודאי כוונתו היתה על המזומן וכיון שנאבד אחת מהן יכולים היורשים לומר שלך נאבד אמנם בעיקר דין זה חולק הרא"ש ז"ל וס"ל דכל זמן שלא נתברר חלקו ההפסד לפי חשבון ויתבאר בסעיף י"ז אך בש"ע השמיטו דיעה זו :

טז ודע דשכ"מ שאמר מנה זו לפלוני או צוה ליתן מנה מנכסיו אינו מועיל אלא במצוה מחמת מיתה או במחלק כל נכסיו להרבה בני אדם וצוה לתת מכללם מנה לזה דדינו דא"צ קנין וקונה באמירה אבל היכא דלא אקני אלא מנה אחת בסתם דהוי מתנת שכ"מ במקצת דצריך קנין והוא לא אקני ליה הפיצים במנה אלא מנה עצמה אפי׳ בקנין סודר לא קנה דאין מטבע נקנה בחליפין וצריך להקנות לו אג"ק או למסור המעות ליד שליש מחיים שיזכה בעדו ואף כשלא יזכה בעדו יש בזה משום מצוה לקים דברי המת :

שכ"מ

יז שכ"מ שאמר תנו שוה מנה לפלוני מייני והחמיץ מקצת יין ההפסד לפי חשבון ואפילו עמדו יין בכמה מקומות והחמיץ במקום אחד אין היורשים יכולים לומר שלך החמיץ ולא דמי למנה שבסעיף ט"ו דודאי אם היה מזכיר שם חבית היו יכולים לומר שהחבית שלך החמיץ אבל כיון שהזכיר יין בכולל הרי כל היין נתערב למתנה זו ולכן ההפסד לפי חשבון [ר"ן פ"ו דגיטין] וי"א דאפילו אם אמר חבית אחת מחביותי או כך וכך חביות תתנו לו והחמיצו מקצתן אינו מפסיד רק לפי חשבון כיון שלא נתברר חלקו מעולם הוי איהו שותף בכל היין [סס ברא"ש ס' ע"ז] ולפ"ז יש חילוק בשני דעות אלו באם נתן לו דבר מסויים כגון חבית אחת מן החביות ונאבדה אחת מהן דלדעה ראשונה ההפסד על המקבל וכן פסק רבינו הרמ"א בסעיף י"ג ולי"א ההפסד לפי חשבון כיון שלא נתברר חלקו מעולם [ב"ח] ולדעה זו גם מה שנתבאר בסעיף ט"ו במנה שאם נאבדה מנה אחת נאבדה למקבל אינו כן לדעה זו אלא ההפסד לפי חשבון ויש מי שרצה לומר דכונת דעה זו ג"כ אינו אלא כשאמר יין כשעור חבית אחת או כשתי חביות אבל אם אמר חבית ממש מודה לדעה ראשונה [דו"פ וק"ן סס] ולפ"ז לא פליג על מנה שבסעיף ט"ו ולא נראה כן מלשון בעל דעה זו ע"ש [ועס"ך]:

יח וכן אם אמר השכ"מ תנו לו מדמי ייני מנה ונמכר ונאבדו קצת מהמעות ההפסד לפי חשבון אבל אם החמיץ היין לא הפסיד כלל שהרי צוה ליתן לו מדמי היין והיינו לאחר שימכר היין ולא דמי לשוה מנה שבסעיף הקודם [סמ"ע] אבל אם אמר השכ"מ תנו לו מנה מייני בין אם החמיץ קצת מהיין או שנמכרו ונאבדו קצת מהמעות כל האחריות על היורשים ונוטל המקבל מתנתו בשלימות דכיון דאמר מנה מייני ואין עושין מעות מיין היתה כוונתו ליפות את כחו שיהיה כל היין באחריות עד שישלמו לו המנה ובכל הלשונות איך שאמר אין שייך בעל המתנה ליוקרא וזולא כלל שאם נתייקר היין הריוח להיורשים וכן אם הוזל ההפסד עליהם דאינו שותף עמהם לענין יוקרא וזולא דהוא צריך רק לקבל המנה שלו:

יט כתב רבינו הרמ"א בסעיף י"ג מי שצוה ליתן לאחר מנה מנכסיו וצוה לאפוטרופסין לברור לו היפה ובררו לו מנה יפה ונאבד צריכים ליתן לו מנה אחר הואיל ולא סיים הנותן רק אמר ליתן מנכסיו עב"ל מפני שלא מסרו ליד המקבל דכן היתה כוונתו לברור היפה וליתן לו ולא קיימו צואתו וכל הנכסים באחריות המקבל אבל אם לפי הלשון שאמר נראה כוונתו לא למסור לו מיד אלא לברור חלקו ובררו ונאבד לכל הדעות ההפסד על המקבל [סמ"ע וט"ז] ונ"ל דעת רבינו הרמ"א דכיון שצוה ליתן ולברור היתה כוונתו לברור וליתן אע"פ שהקדים הנתינה [ומתורץ קושית הט"ז] ויש מי שאומר דעכ"פ ההפסד לפי חשבון ולא נ"ל כיון שצוה לברור לו היפה הוי יפוי כח שכל זמן שלא הגיע לידו משועבדים כל נכסיו לזה וכ"מ בתשו' הרשב"א שהביא הב"י ע"ש:

כ דבר פשוט הוא שהאומר תנו מנה לפלוני סתם או מנכסי אפילו אם נאברו איזה מנכסים נותנים מהמזומן שנמצא ואם לא נמצא מזומן אם עבר מנכסי מוכרין מקצת נכסים ונותנים לו המנה ובזה אם נאבדו מקצת מהנכסים לאחר מותו ההפסד לפי חשבון אבל אם נפסד בחייו אין מנכין לו דמשמע מה שישאר מנכסיו [נס"ת] וכן אם יש לו מזומן אלא שניכר מלשון צואתו שאם יהיו בשלמות כל נכסיו שחשב יתנו לו כגון שאמר יש לי כך וכך נכסים או מעות ביד פלוני וכך וכך ביד פלוני והיה מונה והולך את כל הנמצא שלו ומיד בלי הפסק אמר תנו לפלוני מנה הדבר ניכר שכוונתו היתה שלא ליתן לו המנה מיד אלא לפי חשבון מה שיקבצו שהרי גילה דעתו שממה שיש לו רוצה לתת לו לפי חשבון ואם נפסד מקצתם ההפסד לפי חשבון [בס] כללו של דבר שהשומעים צריכים לדקדק הלשון שאמר השכ"מ וימסרו לב"ד וידונו בזה וכל ספק שיפול בהצואה יד היורשים על העליונה דנכסים הם בחזקתם ואם הספק בהצואה הוא גם דבר שנוגע לאחר מהיורשים מוקמינן כל ספק על נחלה דאורייתא:

כא שכ"מ שנתן מתנה בתנאי כגון שאמר תנו מנה לפלוני אם ישא את בתי אע"פ שלא כפל את התנאי והקדים המעשה קודם לתנאי מ"מ תנאו קיים דכיון שדבריו ככתובין וכמסורין דמי א"צ לכל דיני תנאי אפילו למי שסובר דבד"מ ג"כ צריכים לכל דיני התנאי ולכן אם נשא בתו נותנים לו המנה ואם לאו אין נותנים לו [ס"ך] ואפילו במתנה במקצת בקנין דדינו כבריא א"צ בזה תנאי קודם למעשה דא"צ זה אא"כ המעשה מתקיימת מיד כגון המוכר על תנאי דהמכירה היא מיד וכן בגיטין וקדושין דהגט והקדושין הם חלין מיד ולכן אם אין התנאי קודם למעשה התנאי בטל והמעשה קיים אבל בשכ"מ שקיום המעשה אינה מיד אלא לאחר זמן א"צ לזה דאיך נאמר לקיים המעשה בלי התנאי הלא אינה נעשית עדיין ולאחר זמן אין לעשות בלא התנאי [סס בסס רמב"ן]:

כב וכ"ז כשתלה זה בזה בתנאי אבל אם אמר שני דברים אע"פ שיש לומר שכן היתה כוונתו מ"מ מדלא הקדים זה ש"מ שלא תלאן זה בזה כיצד שכ"מ שאמר תנו מנה לפלוני וישא את בתי ה"ז כמו שנתן לו שתי מתנות ואיזה שירצה יקח לפיכך אם רצה ליטול המעות ולא לישא הבת הרשות בידו דאם היתה כוונתו לתלות המעות בנשואי בתו היה לו להקדים נשואי בתו ל[ה]מעות ולכן אם באמת אמר כן יקח בתי ויתנו לו מ[נ]ה ה"ז בתנאי ולא זכה בהמעות אם לא ישא הבת ו[נר]אה לי אם השומעים מעידים שמקודם דבר השכ"מ שרצונו שפלוני ישא בתו ויתן לו כך וכך אע"פ שבשעת

הצואה הקדים המעות מ"מ מהני גילוי דעתא דמעיקרא דלהוי כתנאי ולא דקדק בלשונו וכה"ג צריכין לדון בכל הענינים וכן האומר תנו מנה לפלוני או לבתי ויעשו בהם כך וכך ומת המקבל נותנין ליורשיו ואע"פ שעתה לא יעשו בהמעות מה שאמר השכ"מ כיון שמת מ"מ המתנה קיימת דלא תלאן בתנאי ע"מ שיעשו כך וכך רק גילה רצונו שיעשו כך וכך אבל המתנה לא נתבטלה ע"י זה ורבים חולקים בזה וס"ל דאם ניכר שכוונתו היתה רק כדי שיעשו דבר זה אם לא יעשה אינו קונה ופשיטא שאין נותנין ליורשי המקבל אא"כ גם הם ביכלתם לעשות דבר זה שצוה [כ"ל] :

כג בגמ' [ב"ב ע"ה:] הובא מעשה בשכ"מ שאמר תנו לפלוני בית המחזיק מאה חביות ולא נמצא לו בית כזה והקטנה שבביתיו היתה מחזקת ק"ך ואמרו חכמים שזכה באותה בית דנותן בעין יפה נותן ולא אמרינן שלא נתן לו רק חמשה חלקים מהבית וחלק הששית תשאר ליורשים דאין דרך ליתן בית לחלקים כשלא פירש להדיא וה"ה אם היתה מחזקת יותר נותנין אותה לו ג"כ כיון שלא נמצא קטנה ממנה אמנם אם נמצא אצלו בית פחותה מן ק' חביות ובית יותר מן ק' נוטל הפחותה דכיון דמאה בצמצום לא נמצא רק פחות או יתר נכסי בחזקת ירשי קיימי והמוציא מהם עליו הראיה [ע"ז] אבל במטלטלין כה"ג כגון שאמר תנו לפלוני כים מעות שיש בו מנה ונמצא מאתים אינו נוטל אלא מנה וכן כשאמר תנו לפלוני חבית יין המחזקת עשרים מדות ונמצא שמחזקת יותר אינו נוטל אלא כ' וכה"ג בכל המטלטלין הנפרדים [סס] אבל בחתיכה סחורה המחוברת יחד דינה כבית [כ"ל] ואם נמצא פחות ממה שאמר אם בכדי שהדעת טועה נוטל הפחות ואם בכדי שאין הדעת טועה אינו נוטל כלל דסבור היה שיש לו ובאמת אין לו והוי מתנה בטעות [כ"ל] :

כד שכ"מ שאמר תנו ת' זוז לבתי בכתובתה או לכתובתה וזהו נכסי צאן ברזל שהאשה מכנסת לבעלה ודרך אנשי המקום לשום לכבודה מה שמכנסת כפלים משויים כמ"ש באהע"ז סי' ס"ו ויש ספק בכוונתו אם צוה ליתן ת' שהן בשומא ת"ת או צוה ליתן מאתים שהן בשומא ת' ידה על התחתונה ואינה נוטלת אלא ר' כיון שלא אמר ליתן ת' אלא אמר בכתובתה או לכתובתה ויש לפרש שבהכתובה יהיה ת' [כ"מ בב"מ ק"ד: שסוף מסוס ספק ובטור משמע שכן עיקר הדין ותלוי בשני פירולי שתוס' בכתובות ספ"ד ע"ש ודו"ק] :

כה שכ"מ שצוה ליתן לאשה ת' זוז לנדוניא ולא פירש אם ליתן מיד או לעת נשואיה אם אמר תנו בת' זוז לפלונית בנדוניתה דהפירוש הוא ליתן לה חפצים בעד ת' זוז אינה נוטלת עד שתנשא ותצטרך לכך קודם נשואיה ואם מתה בינתים אין יורשיה יורשים זה ואם תתייקר הנדוניא או תוזל עד העת הזאת אין לה נ"מ בזה ביון שנותנין לה אז צריכים ליתן מה שבאותה שעה יעלה ת' זוז אבל אם אמר תנו ת' זוז לפלונית לנדוניתה דפירושו ליתן לה מעות ת' זוז והיא בעצמה תכין לה צרכי נדוניתה חייבים ליתן לה מיד וזה שאמר שהוא לצורך נדוניא מראה מקום הוא לה מה שתעשה בהמעות ואף אם תעבור ע"ז עברה רצון המצוה אבל המתנה קיימת ומה שעשתה עשתה ואם מתה נותנים ליורשיה ויש חולקין וס"ל דאין נותנין להיורשים דכיון שאמר לנדונייתה הקפיד שלא ליתן לה רק לצורך הנשואים ולא לדבר אחר וכן הכריע רבינו הרמ"א ומיהו צריכים ליתן לה מיד כמ"ש ביו"ד סי' רנ"ג ואם מתה אח"כ אף שכבר קבלה מ"מ חוזרין המעות להיורשים של המצוה וה"ה ראובן שנתן מתנה לשמעון שישיא בזה את בתו ולא השיאה חוזרים המעות לראובן לדעה זו [ס"ך בסס רס"ל] ובכל זה אין חילוק בין מתנת שכ"מ למתנת בריא בקנין וכן הכריעו גדולי אחרונים דלא כיש מי שחולק בזה [עסמ"ע סקל"ס] :

כו שכ"מ שאמר תנו לבני שקל בכל שבת או אפי' אמר דרך אזהרה אל תתנו לו אלא שקל מ"מ אם אינו מספיק לו ואין יורש אחר בלעדו נותנים לו כל צרכו דהנכסים שלו הן ואין שייך בזה מצוה לקיים דה"מ אפילו השלישם ביד שליש משום דאמדינן דעתו דלאו בדוקא צוה כן אלא כדי לזרזו שיצמצם בהוצאה אבל לא כוון שיחיה חיי צער אבל כשיש עוד יורשים או שאמר שכשימות בנו יירשו אחרים תחתיו דאין המעות שלו לעולם אין נותנין לו אלא כפי מה שצוה אפילו לא אמר בלשון אזהרה דהרי לא הניח לו רק שקל לשבת לכל ימי חייו ולא יותר ואם לא יספוק לו יטול מן הצדקה או יחיה חיי צער ואיך יטול מה שאינו שלו שהרי ביד המצוה לעשות בממונו כרצונו ולכן אף כשיש בנים להבן אין יורשים אותו אלא האחרים יורשים כפי הצואה ואפילו אותם האחרים אינם יורשים כלל [ע"ז וס"ך] ואף שלשון ירושה אינו מועיל במי שאינו ראוי לירש מ"מ לשון תנו שאמר על בנו מועיל גם להם [סס] ובסי' רמ"ח נתבאר כל דיני אחריך לפלוני :

כז כלל גדול צריך לידע דאע"ג דמתנת שכ"מ קונה בדברים בעלמא מ"מ במקום שבבריא לא קנה בקנין כמו דבר שלב"ל או לדבר שלא בא לעולם או דבר שאין בו ממש בכל אלו גם בשכ"מ לא קנה דחכמים עשאו דברי שכ"מ כקנין בבריא אבל לא עדיף מיניה לפיכך שכ"מ שאמר ידור פלוני בבית זה יאכל פלוני פירות דקל זה לא אמר כלום שלא הקנה להם דבר שיש בו ממש שהדירה והאכילה הרי הם כדבור וכשינה שאין נקנים בקנין אבל אם אמר תנו בית לפלוני כדי שידור בו עד זמן פלוני או תנו דקל זה לפלוני כדי שיאכל פירותיו דבריו קיימים שהרי הקנה להם הגוף לפירות והגוף הוא דבר שיש בו ממש וכן כל כיוצא בזה וכן לא יקנה לו פירות דקל עד שלא באו לעולם אבל יקנה לו דקל לפירותיו וכן אין לו ליתן להילד שיולד אפילו לעובר אם

העובר

העובר אינו שלו אבל דבר שאינו ברשותו נ"ל דיכול ליתן במתנת שכ"מ אע"ג דבריא אינו יכול להקנות והטעם דהרי אמרו חז"ל [ב"ב קמ"ח:] דמה דאיתא בירושה איתא במתנת שכ"מ ופשיטא דהיורש יורש גם דבר שאינו ברשותו ולכן נקנית במתנת שכ"מ אבל דבר שלב"ל לא שייך לומר שיורש היורש דהא יורש גם הגוף ודבר שאין בו ממש ליתא בירושה ולפ"ז אם גנבו ממנו חפץ ולא נתייאש עדיין יכול ליתנו במתנת שכ"מ אף שאינה ברשותו :

כח ומ"מ שכ"מ שאמר הלואתי שמגיע לי מפלוני מלוה ע"פ תנו לפלוני דבריו קיימים אף שבבריא לא נקנה בקנין דהיא להוצאה ניתנה ואין קנין תופס אלא דבר שהוא בעין [רסב"ס] מ"מ כיון דישנה בירושה וגם בבריא ישנה ע"פ מעמד שלשתן לכן בשכ"מ דבריו קיימים וכ"ש אם אמר פקדוני שביד פלוני תנו לפלוני וכן אם אמר שט"ח שיש לי על פלוני תנו לפלוני זכה במה שיש בהשטר אפילו אם לא אמר תנו לו וכל שעבודא דאית ביה [ס"ך] דכיון שישנו בבריא בכתיבה ומסירה עומדים דברי השכ"מ במקום הכתיבה והמסירה ואע"ג שבסי' ס"ו נתבאר דהמוכר שט"ח לחבירו יכול היורש של המלוה למחול להלוה מ"מ אם נתנו במתנת שכ"מ אין היורש יכול למחול כדי שלא תטרף דעת החולה אם יודע שיכולין לבטל דבריו ועוד כיון דמקבל מתנת שכ"מ כיורש שוינהו רבנן אין יורש זה יכול למחול מה שביד היורש האחר [לבוש] והא דאמרינן שזכה בחוב זהו דוקא במתנה בכולה בלא שיור או במצוה מחמת מיתה דאל"כ הוי לה מתנת שכ"מ במקצת דלא קנה אא"כ עשה קנין ובהלואה אין הקנין מועיל וגם בפקדון בממון אין ק"ס מועיל דאין מטבע נקנה בחליפין [ומתורץ קושית סגר"ח סקמ"ב] וי"א הא דשכ"מ יכול להקנות הלואה שלו שביד אחרים היינו בהלואה שיש לו ביד ישראל אבל לא בהלואה שביד עו"ג דהנותן עצמו לא סמכא דעתו שיפרע לו ולאו למתנה גמורה איכוין ואף שיש לו שטר או משכון יש להסתפק אם יכול להקנות דישראל מעו"ג לא קנה משכון [פסחים ל"א] וכן פסק רבינו הרמ"א ואם הקנה לו גוף המשכון במתנת שכ"מ קנה כמו בבריא [נס"מ] דהא עכ"פ המשכון בידו הוא ואם עשה להמקבל מתנת שכ"מ ליורש בחלק נכסיו נוטל חלק גם בחוב העו"ג דלא שייך סמיכת דעת כיון שכללו בכלל הירושה [סס] :

כט וכן אע"פ ששכ"מ אינו מקנה לדבר שלב"ל ואפילו הקנה לעובר לא קנה העובר מ"מ שכ"מ שצוה לתת מתנה לעובר שבמעי אשתו זכה העובר מפני שדעתו של אדם קרובה אצל בנו כמ"ש בסי' ר"י ודוקא כשכבר היא מעוברת כמ"ש שם ואפילו בבריא בקנין הדין כן אם הקנה מטלטלין או קרקע להעובר שלו [ס"ך] :

ל שכ"מ שצוה שיתנו דקל לפלוני והיה לו הרבה דקלים ושני דקלים היה לו חצאי דקל שהיה לו בהם שותף יכולים היורשים לדחות את המקבל להשני חצאים ויש טורח מרובה בשני חצאים מבדקל אחד שלם ויכולים לומר שקרא להשני חצאים דקל וי"א דכיון שיש לו גם דקל שלם שלו ודאי כן היה דעתו לפי לשונו שאמר דקל ונוטל השלם אא"כ אין לו דקל שלם דאז בהכרח שכוונתו היתה על שני החצאים ופסק רבינו הרמ"א כדעה ראשונה. ונ"ל דאף לדעה ראשונה אם אמר תנו לו שדה בת מאה אמה והיו לו שדות בת מאה אמה ושדות בת נ' אמה אין ביכלתם ליתן לו שתי שדות בנות חמשים דשדה אחת אמר ולא שתי שדות דבדקל אדם קורא לשני חצאים דקל משא"כ בשדה אין שיעור לשדה וכה"ג בשארי דברים :

לא שכ"מ שאמר תנו מנה לעניים או ס"ת או ספרים לבהכ"נ צריכים ליתן לעניי אותה העיר שדר בה השכ"מ והס"ת והספרים יתנו להבהכ"נ שהיה רגיל בה להתפלל דמסתמא כן היתה כוונתו כשלא פירש ואם היה רגיל בשתים יתנו לשתיהן וחולקין ביניהן וס"ת שא"א לחולקה נותנין למקום שהיה רגיל יותר וביו"ד סי' רנ"ח נתבאר דאפילו מת השכ"מ במקום אחר והניח לצדקה או לבהכ"נ סתם מוסרין לעירו שהיה דר בה ואם הניח סך מרובה דניכר שאינו לעיר אחת מחלקין לכמה ערים ע"פ מומחים :

לב שכ"מ שאמר נכסי לפלוני ופלוני חולקים בשוה אפילו הם מאה אמר נכסי לפלוני ולבניי נוטל הפלוני מחצה והבנים מחצה אמר לפלוני ופלוני ולבני פלוני נוטלין בני פלוני מחצה ושנים הראשונים מחצה וכן אם אמר יחלוק פלוני בנכסי נוטל מחצה אבל אם אמר תנו חלק לפלוני בנכסי אין הכוונה חלוקה לחצאין אלא חלק בעלמא וכתב הרמב"ם בפי"א מזכיה דיטול אחד מט"ז דאין חלק פחות מזה וכתב דיש מי שהורה שיטול רביע נכסים דסתם חלק הוא רביע וכן כתב דשכ"מ שאמר תנו חלק לפלוני בבור יין שיש לי יטול רביע הבור אמר תנו חלק בו לפלוני לחבית הרי מיעט ויטול שמינית אמר תנו לו בו לקדירה נוטל חלק משנים עשר מן היין אמר תנו לו בו לטפיח והיא כלי קטן לשתות בו נוטל חלק מט"ז מהיין שבבור שהרי גילה דעתו שלחלק מועט נתכוין ואין למדין מהשיעורים האלו-לדין אחר עכ"ל דלהם היה ידוע אלו השיעורים ויש מרבותינו דס"ל דגם בכל אלו אין לו רק חלק היותר קטן דשיעורים אלו שנאמרו בגמ' [ב"ב ס"ג:] אינו אליבא דדינא דזהו אליבא דסומכוס דס"ל ממון המוטל בספק חולקין אבל אנן דקיי"ל כרבנן הממע"ה וכ"ז הוא במתנה אבל במכר אמרינן הרמים מודיעין דבזה הכל מודים דאזלינן בתר הדמים :

לג שכ"מ המחלק נכסיו לבניו ואמר יטול פלוני חלק בנכסי נוטל חלק כאחד מהבנים וכן מי שנתן נכסיו לבניו ולבתו נוטלת חלק כאחד מהם דתלינן שכן היתה כוונתו ואם התנה נוסף לזה שאם ישיאוה האחין או תנשא בעצמה תטול נדוניתה ותסתלק וכוונתו היתה אע"פ שלא תכנים לנדוניתה כל החלק שיש לה לא תטול

עוד

עוד יותר דבריו קיימים ודוקא שכל האחים השיאוה או היא בעצמה אבל אם אחד מן האחין השיאה ופסק לה פחות מהחלק המגיע לה לאו כל כמיניה ונוטלת המותר שלא התנה אלא כשכולם ישיאוה או היא בעצמה וכן אם פסק לה אחד יותר מחלקה לאו כל כמיניה [סמ"ע] אא"כ כולם פסקו לה ונ"ל דזה שפסק נוטלין מחלקו לפי ערך ההוספה:

לד האומר אם תלד אשתי זכר יטול מנה ואם תלד נקבה תטול מאתים אם ילדה זכר נוטל מנה ואם ילדה נקבה נוטלת מאתים ואם ילדה זכר ונקבה נוטל הזכר מנה והנקבה מאתים ואע"ג שלא אמר כן מפורש מ"מ אמרינן דעתו שכן היתה כוונתו שכשתלד זכר ונקבה יטלו שתיהם מפני שרעתו של אדם קרובה אצל יוצאי ירכו וה"ה אם ילדה שני זכרים נוטל כל אחד מאה ואם ילדה שתי נקבות נוטלת כל אחת מאתים [כ"ל] וכל זה ביוצאי ירכו אבל אם אמר לאשה אחת אם תלד זכר יהיה לו מנה ואם תלד נקבה יהיה לה מאתים וילדה זכר ונקבה אינה נוטלת אלא מאתים [רח"ס פ"ע דכ"ב] ויש חולקים אפילו ביוצאי ירכו [רסב"ס ק"מ:] והרמב"ם והש"ע פסקו כדעה ראשונה ואם ילדה טומטום או אנדרוגינוס נוטל כפחות שבשניהם ולא אמרינן דלאו ולד הוא כלל שלא כוון רק על זכר ונקבה ודאים דמן הסתם כוון על איזה ולד שהוא ואם ילדה שנים כאלו נוטל כל אחד כפחות שבשניהם לדעה ראשונה [כ"ל] ואם אח"כ נקרע הטמטום ונמצא זכר או נקבה יטול כפי התנאי ודין זה אינו אלא בשכ"מ ולא בבריא דבבריא הרי צריך קנין ואין מטבע נקנה בחליפין ועוד דהוה אסמכתא דכל דאי הוה אסמכתא ולא קנה וי"א דגם בבריא הדין כן ונוטל חפצים שוים מנה או מאתים ואין זה אסמכתא שהיא ככל מתנה שמתנה על תנאי וכן עיקר [ס"ך]:

לה מעשה בשכ"מ שאמר אם תלד אשתי זכר ינתן לו שני שלישי ממוני ושליש לאחי ואם תלד נקבה ינתן לה שליש ולאחי שני שלישים וילדה זכר ונקבה ופסק הרא"ש ז"ל דנתבטלה המתנה שנתן לאחיו וחוזר הדבר לדין תורה והכל לבן והטעם דאע"פ שנתבאר דכוונתו גם לשניהם זהו כשהתנאי אינו נוגע לאדם אחר אבל בזה שהתנאי נוגע לאחיו ותלה המתנה בהתנאי ודאי דוקא קאמר וכיון שלא נתקיים התנאי בטלה כל המתנה ולאו דוקא אדם אחר אלא אפילו היה זה המקבל בנו או בתו ג"כ נתבטלה המתנה וחוזר לדין תורה דבתנאי שנוגע לענין אחר ודאי דדוקא קאמר [ס"ך]:

לו בכתובות [פ"ס:] הובא מעשה בשכ"מ שאמר נכסי לטוביה ומת ולא פירש מי הוא אלא סתם טוביה ובא אחד ששמו טוביה ואמר לי צוה ליתן אמרו חכמים שנותנין לו ואפילו ידוע לנו שיש בעיר עוד מי ששמו טוביה והיה ג"כ מקורב עם השכ"מ מ"מ אין ממתינים עליו דזה שבא מרהקדים א"ע לבא מסתמא יודע שאליו כוון ולא חיישינן בזה לרמאי מדלא נתיירא שמא יבא אחר ויתגלה הרמאות ומ"מ צריכים ב"ד לחקור ולדרוש אם היה לו קורבא עמו ושיכול להיות לפי האומדנא שלו כתב כל נכסיו [כ"ל] ואמרו חז"ל דאם זה האיש טוביה הוא ת"ח ונקרא בפי כל ר' טוביה אין נותנין לו דהא השכ"מ לא אמר לר' טוביה אמנם אם השכ"מ היה רגיל עמו מילדותו ותמיד לא קרא אותו במורנו נותנין לו דאין זה ריעותא מה שלא אמר ר' טוביה ואם באו שנים לבקש ושמם טוביה ובשניהם היה מקורב השכ"מ אם היה אחד מהם ת"ח הוא קודם דמסתמא לו צוה ליתן אא"כ ידוע שלהשני היה מקורב יותר ורש"י ז"ל שפירש הטעם משום דמסתמא כל אדם מצדיק מעשיו קודם מיתתו ומסתמא יש יותר מצוה להניח לת"ח ולפ"ז אף אם היה להשני מקורב יותר הת"ח קודם ואם אין בהם ת"ח והיה אחד מהם שכן אצלו בעסקיו אפילו לא היה שכנו בדירה אלא רגיל עמו במשא ומתן הוא קודם דמסתמא כוון לו וי"א דצריך להיות גם שכן בדירה [ע"ז] ואם היה אחד קרוב הראוי ליורשו מן הדין הוא קודם אפילו לת"ח [ס"ך] ואם היו שניהם קרובים או שכנים או שניהם ת"ח פסקו בזה חז"ל שודא דדייני שיעשו הדיינים לפי אומד דעתם למי כוון השכ"מ ונותנים לזה וכן אם יש הרבה שביכולת לחשוב שעליהם אמר השכ"מ ידונו בזה שודא דדייני ואין להקשות דהא גם בלא שודא צריכין לראות לפי אומד הדעת למי אמר ליתן כמו אם אחד ת"ח או שכן וכיוצא בזה די"ל דבאמת שודא דדייני אינו הכרע גמור כמו באחד מהם ת"ח או שכן דתלינן דבודאי כוון לזה אלא קצת אומד דעת ולכן כפי הנראה להם באומדנא ראשונה כן יעשו אף שאח"כ יתהפך אצלם האומדנא ורק דיין מומחה לרבים יכול לדון שודא ולא אחר אף שהוא ת"ח דאין זה דין קבוע שאינו יכול להתהפך בדעות אלא זהו רק כמו זריקת השכל בהשקפה ראשונה דלשון שודא הוא לשון השלכה [לפמ"ס ח"ס כל מס ססקסו רבותינו על פירס"י וסרמב"ס דזסו כתעם סתלוי ברלון סדיין והתוספתא דסילסי כ"ב ס"ל כמ"ד יחלוקו ספ"ק דגיטין ואין סלכס כן עתוס' ורח"ס ור"ן כתובות ס"ס: וב"ב ל"ס: וספ"ק דגיטין]:

לז וכתב רבינו הרמ"א הא דאומדין דעת הנותן היינו דוקא בנותן להם מתנה אבל אם אמר שחייב לטוביה ובאו שנים שוים יחלוקו ביחד דהא ליכא אומדנא מאחר שחייב להם עכ"ל דבמלוה או פקדון אין כאן אומדנא כלל ממי הלוה או מי הפקיד אצלו דלפעמים אדם לוה אף מאינו מכירו ומקבל פקדון ממנו וכיון שבאו שנים ששמותיהם שוים ויוכל להיות שלוה מהם או הפקידו אצלו וא"א לברר חולקין בכל ענין וי"א דדוקא כשבאו שניהם שוין אבל הקדים אחד מהם נותנין לו מדהקדים א"ע [סמ"ע] ויש חולקין דבשלמא במתנה שייך לומר דהשני שלא הקדים א"ע היה לו לחשוב דהראשון יקדימו ומדלא חשש לזה ש"מ דבאמת לא עליו היתה כוונת השכ"מ אבל בחוב ופקדון למה יעלה ע"ד שיבא שקרן

ויאמר

ויאמר שהוא המלוה או הפקיד ולכן אפילו בא השני אח"כ חולקין [ע"ז] וכן נראה עיקר ויש חולקין על כל זה וס"ל דבחוב ופקדון נמי אמרינן שודא דדייני אמנם בחוב יכולין היורשים לדחות לשניהם כבסי' מ"ט בשני יוסף בן שמעון ולכל אחד יכולין לומר הבא ראיה שאתה הוא המלוה ולכן בהכרח שיכתבו הרשאה זל"ז ויגבו החוב [ס"ך] וכן במתנה ופקדון יכולין לדחות לכל אחד בלא הרשאה כששניהם שוים [סס] ויש חולקין במתנה ופקדון וס"ל שאין יכולין לדחות [ענס"מ]:

לח שכ"מ שצוה שלא יספדוהו שומעין לו דהספד אינו אלא מפני כבוד המת וזה מחל על כבודו ומצוה לקיים דה"מ אבל אם אמר שלא יקברוהו מנכסיו אין שומעין לו וכופין את היורשים לקברו מנכסיו דקבורה חובה היא ומוציאין מהם כל ההוצאות כמ"ש ביו"ד סי' שמ"ח והוצאות הקבורה הוא על היורשים אפילו נתן מתנות הרבה ושייר מעט ליורשיו חייבים היורשים לקברו אבל אם לא ירשו כלל אין מוטל עליהם ומ"מ עני שמת ויש לו בן בעל יכולת כופין אותו שיתן הוצאות הקבורה [בס"י] ואף גם בהספד היה מעשה בגדול הדור אחד שצוה שלא להספידו והספידו גדול הדור אחר ואמר שאין בזה משום מצוה לקיים דה"מ דההספד הוא על אבדן תורתו מן העולם כמו ר"ע שהכה בבשרו עד שירד דם מבשרו כשמת ר"א ולא חשש משום שרט לנפש דמשום תורה קעביד [ספ"ז דסנסדרין]:

לט שטרי צוואה העולים בערכאות כשרים דכל שטרי ראיה כשרים בערכאות כמ"ש בסי' ס"ח ולפמ"ש שם בדעת הרמב"ם אינו כשר רק במצוה מחמת מיתה או במתנה בכולה או מתנה במקצת ובק"ס אבל בקנין שטר אינו מועיל [עסמ"ע סקע"ב] וע"ש דבמקום שיש דינא דמלכותא כשר בכל ענין:

מ שכ"מ שאמר מנה לפלוני בני ולא יירש יותר ומנה לפלוני בני ויירש והיו לו נכסים הרבה ואין לו רק אלו השני בנים השני יורש הכל ואין להראשון רק המנה שנתן לו ואין לומר דא"כ למה אמר על השני ומנה לפלוני בני והרי יורש הכל אלא ודאי דחזר בו ממה שאמר ורצונו עתה שהשני לא יעדיף על הראשון רק במנה והשאר יירשו שניהם לא אמרינן כן דא"כ היה לו לומר בלשון רבים ויירשו אלא ודאי דנתן הכל להשני ומה שהוצרך לומר על השני המנה אולי היה בידו מאתים זוז שלא היה בכלל ממונו וחלקן לשני בניו [טור] ומעשה היה בשכ"מ שאמר נכסי לבני שמעון הזכרים אם יהיה לו ואם לא יהיה לו יהיה לבני נפתלי הזכרים ונפתלי היו לו זכרים בשעת הצוואה ושמעון לא היו לו זכרים ואחר מותו מיד ירדו בני נפתלי להנכסים ואחר זמן נולדו זכרים לשמעון ופסק הרשב"א ז"ל דלא זכו במתנה זו לא בני שמעון ולא בני נפתלי בני שמעון לא זכו משום דאין אדם מקנה לדבר שלב"ל ואפילו היתה אשת שמעון מעוברת לא מקנה בכה"ג רק לבנו ולא לאחר ואפילו לבן בנו ובני נפתלי לא קנו דאע"ג דאין אדם מקנה לדבר שלב"ל מ"מ יכול להתנות ע"ז כמ"ש בסי' ר"ט והרי לא נתקיים התנאי נגד בני נפתלי ולכן בטלה המתנה וחוזרת הירושה לדין תורה:

מא מי שנתן לחבירו לדור בבית אחד מבתים שלו וכתב לו בצוואה תנו לפלוני אחד מבתים שלי לדור בו וכתב שהמקבל מתנה ביכלתו לברר איזה בית שירצה הן מבתים התחתונים הן מהעליונים ביכלתו לברר גם מהאמצעיים כיון שתחלה כתב שיכול לברר איזה בית שירצה ומה שכתב הן מעליונים הן מתחתונים לא כתב לו אלא ליפות את כחו להרחיב דבריו וכה"נ בכל עניני צוואות שכ"מ שהדבר הסובל לפי לשון הכלל שאם אף לפי לשון הפרט לא נראה כן אמרינן שאין זה רק ליפוי כח ולא לגרוע מהכלל ודוקא כשחשב הפרטים אמר בלשון הן הן דמשמע יפוי כח כמו בהבית שנתבאר אבל בלא לשון זה אין בכלל אלא מה שבפרט [כ"מ מלסון סרסב"א ע"ס]:

מב העדים שכתבו כל צוואת השכ"מ ביחד כל הדברים שצוה ובא אחד ממקבלי המתנות ובקש מהעדים שיכתבו לו חלק צוואתו לבד כדי שיהיה בידו לראיה אם רוצים העדים יכולים לעשות כן ולא אמרינן כבר עשו שליחותן דכיון דאין זה לגוביינא רק לראיה בעלמא על חלקו למה לא יהיה ביכלתם לעשות כן דזהו רק זכרון דברים ואם יאמרו היורשים פרענו יהיו נאמנים והתועלת הוא רק שלא יהיה ביכלתם לכפור מתנתו דכל שטר צוואה יכולים העדים לכתוב מה ששמעו מפי השכ"מ אף שלא אמר להם כתבו דאין לזה דין שטר והיורשים יהיו נאמנים לומר פרענו אבל הוראת שכ"מ בחוב שהוא חייב זהו שטר גמור ואין יכולין לומר פרענו וגובה גם ממשועבדים ואף גם זה א"צ לומר כתובו ויתבאר בסי' רנ"ה [סמ"ע] וי"א דאין חילוק בין שטר צוואה לשטר הודאה דאם העדים כתבו מעצמם לזכרון בחייו או לאחר מותו אפילו נתנו השטר ליד המקבל אין לו דין שטר גמור ונאמנים לומר פרענו אבל אם צוה להם לכתוב בין במתנה בין בהודאה מחוב יש לזה דין שטר גמור ואין נאמנים לומר פרענו דכיון שהגיע השטר צוואה ליד המקבל מחיים לא היה להם לפרוע בלי חזרת השטר לידם [ב"ח] וכן נראה עיקר [ס"ך]:

סימן רנד [שכ"מ שבקש לעשות קנין במתנותיו ובו ב' סעיפים]:

א אע"פ שמתנת שכ"מ א"צ קנין מ"מ אם בקש שיקנו ממנו קונים ממנו כדי להניח דעתו ואפילו בשבת מותר לקנות ממנו וכך אמרו חז"ל [ב"ב קנ"ו:] קונין משכ"מ אפילו בשבת ולא מפני שצריך קנין אלא כדי שלא

שלא תטרף דעתו וכתב הרמב"ם ז"ל שזה הקנין א"צ ועושין רק כדי להניח דעתו ויש שדקדקו מדבריו דבמקום שצריך קנין מדינא אין קונין ממנו בשבת וי"א שאפילו צריך קנין כגון שכתב כל נכסיו ומפרש שמקנם מהיום ושלא יחזור בו אפילו אם יעמוד מ"מ קונים בשבת דהתירו חכמים לשכ"מ כדי שלא תטרף דעתו עליו ולא גרע מאיסור דרבנן שהתירו לחולה שאין בו סכנה כמ"ש בא"ח סי' שכ"ח אבל במתנה במקצת לא התירו כשאינו מצוה מחמת מיתה ומשייר לעצמו דינו בזה כמתנת בריא וי"א דאפילו במתנה במקצת דצריכה קנין אף שאינו נותן מדאגת מיתה מ"מ קונים ממנו בשבת כיון שהוא עתה חולה חוששין שלא תטרף דעתו :

ב ויראה לי דגם הרמב"ם ס"ל כן דבכל ענין קונים ממנו דכיון שחששו חכמים שלא תטרף דעתו הוה כפקוח נפש והרי התירו חז"ל לקבל ממנו קנין לענין גט [ריש פ"ח דגיטין] והרמב"ם העתיק לשון הגמ' שהבאנו בסעיף א' וזהו שאמר שא"צ קנין ור"ל לא מפני שצריך קנין ורבותא קאמר לא מיבעיא במקום שצריך קנין דוראי קונים ממנו שלא תטרף דעתו כשידע שאין דבריו קיימים אלא אפילו במקום שא"צ קנין ודבוריו מתקיימים גם בלא קנין ואין כאן טריפת דעת במה שלא יתקיימו דבריו דהא יתקיימו מ"מ חוששין דכיון שמבקש קנין אין לנו לעבור על דעתו מפני שיש חשש שלא תסמוך דעתו בלא קנין אמנם יש מהראשונים דס"ל כן דבמקום שצריך קנין אין קונין ממנו בשבת [מחור ס"פ מ"ס] :

סימן רנה [שכ"מ שאמר יש לי מנה ביד פלוני או של פלוני בידי ובו ט' סעיפים] :

א שכ"מ שאמר יש לי מנה ביד פלוני כותבים העדים כך וכך אמר פלוני השכ"מ אע"פ שאינם יודעים אם האמת כן לפיכך כשהיורשים באים לגבות צריכים להביא ראיה ואע"פ שלא צוה למסור המעות לאחרים שיהיה תועלת בכתיבתם לגבות בזה אם היה אומר לגבות מנכסיו והרי אדרבא שצוה לגבות מאחרים ולמסור ליורשיו וכיון שהם צריכים ראיה איזה תועלת יש בהכתיבה מ"מ מצות חכמים על העדים שיכתבו דבריו ויהיה קצת תועלת דאותו הפלוני לא יעיז פניו לכפור להיורשים כשיראה בידם צוואה כתובה בעדים שכן אמר מורישם ואע"פ שיש לסמוך על העדים שיעידו זה בע"פ מ"מ יש לחוש שמא ילכו למדה"י [סמ"ע] :

ב כבר נתבאר בסי' פ"א דטענת משטה אני בך ליכא בשכ"מ דאין אדם משטה בשעת מיתה וטענת שלא להשביע א"ע שייך גם בשכ"מ וטענה זו אינה אלא כשלא תבעוהו לפיכך שכ"מ שאמר מנה לפלוני בידי אם לא אמר תנו אין נותנין דשמא לא אמר כן אלא כדי שלא להשביע את יורשיו שלא יאמרו שיש להם ממון הרבה אבל אם אמר תנו נותנין דכיון דצוה ליתן לא שייך סברא זו ונותנין לאחר מותו כמו שצוה ודוקא כשאין חשש שמא פרעו קודם מותו אחר שצוה ליתן [ש"ך] וכן אף בלא אמר תנו אם אמר דרך הודאה גמורה ולא דרך שיחה נותנים לדעת הרמב"ם אף שלא אמר תנו ואף שלא היתה ההודאה בפני המקבל [סס] ואף שלא אמר אתם עדים [שם] ולדעת הטור צריך שיאמר אתם עדים כמ"ש שם ואע"ג ששם נתבאר דטענת שלא להשביע אין טוענין לו כשאינו טוען בעצמו מ"מ ליתומים טוענים בשבילם דכללא הוא שב"ד טוענים ליורשים כל מה שהיה מורישם יכול לטעון בעצמו וכמו שבדרך הודאה גמורה לא שייך טענת שלא להשביע כמו כן אם הודה בכתב ידו הוי הודאה גמורה דכולי האי לא הוה עביד אם לא היה אמת ואפילו לא הגיע הכת"י ליד המקבל [סמ"ע] ובכל מה שהדין שנותנים להמקבל אפילו ידוע לנו בבירור שלא היה של המקבל מעולם מ"מ נותנין ע"פ צוואתו דהנכסים שלו הן ולמי שרצה נתנם [סס] ורק כשיש ספק שמא לא רצה כלל ליתן אלא שאמר כן מפני איזה טעם אבל כשברור שרצה ליתן נותנים ואע"ג שאמר מנה לפלוני בידי דמשמע שהוא חייב לו אולי רצה לומר כן נגד יורשיו שלא יתרעמו עליו שנתן מתנות לכן אמר כלשון חוב ולא לשון מתנה :

ג כתב הרמב"ם בפ"ז מערכין המקדיש כל נכסיו ואח"כ גירש אשתו וגבתה כתובתה מיד הפודה מן ההקדש אינה גובה עד שידירנה הנאה שמא קנוניא עשו על ההקדש ואין אומרים אלו רצה היה אומר בטעות הקדשתי וישאל על הקדשו לחכם ויחזור לו וכן אין נאמן לומר אחר שהקדיש מנה לפלוני חוב עלי או כלי זה של פלוני הוא שמא יעשו קנוניא על ההקדש ואפילו היה שטר ביד בע"ח אינו גובה ע"פ זה אלא כדרך שגובין כל בעלי חובות בד"א בבריא אבל חולה שהקדיש כל נכסיו ואמר בשעה שהקדיש מנה לפלוני בידי נאמן שאין אדם עושה ערמה על ההקדש בשעת מיתתו וחוטא לאחרים שהרי הוא הולך למות לפיכך אם אמר תנו אותה לו נוטל בלא שבועה ואם לא אמר תנו אין נותנין אא"כ היה בידו שטר מקויים ה"ז נוטל מן ההקדש מפני הצוואה ואם אחר שהקדיש אמר תנו אין שומעין לו אלא הרי הוא כשאר בע"ח אם נתקיים שטרו נשבע וגובה מן הפודה לא מן ההקדש ומי שיצא עליו קול שהפקיר את נכסיו או הקדישן או החרימן אין חוששין לו עד שתהיה שם ראיה ברורה עכ"ל וס"ל להרמב"ם ז"ל דאף שנתבאר בסי' ר"ן סעיף ל' דשכ"מ שהקדיש כל נכסיו חוזר בו אם עמד מ"מ בחליו אינו יכול לחזור בו כדעת י"א שכתבנו שם דאל"כ למה אחר שהקדיש

אין

אין שומעין לו וגם בשעה שהקדיש למה לו לומר הטעם מפנ שאינו עושה הערמה כיון שיכול לחזור בו [כס"מ] ועוד הסכימו רוב הפוסקים דאע"ג דבכל הדברים תוך כדי דבור כדבור דמי ויכול לחזור בו מ"מ בהקדש אינו יכול לחזור בו אף תוך כ"ד וכ"כ הרמב"ם בפט"ו ממעה"ק ולכן זה שכתב בבריא אחר שהקדיש אינו נאמן לומר מנה לפלוני בידי זהו אפי' תוך כ"ד [וקושית הס"ך מב"ק ע"ג: הרי דמקדוש לקדוש שאני אך הרמב"ם ספ"ב מתמורה לא משמע כן ול"ל דסוגיא זו נדחית כמ"ש הל"מ פט"ו ממעה"ק] וזה שכתב דבריא אין נאמן לומר אחר שהקדיש ושכ"מ נאמן לומר בשעה שהקדיש בחד גוונא הוא והיינו תיכף אחר שהקדיש ומה שכתב בבריא לשון אחר שהקדיש משום דבגט בע"כ הכוונה אחר זמן דא"א לעשות גט ברגע אחד ובגט הוצרך לכתוב אח"כ ולכן כשכתב וכן אין נאמן לומר וכו' בהכרח היה לו לכתוב לשון אחר שהקדיש דאל"כ אין חילוק בין בריא לשכ"מ [וא"ש הכל] ואין להקשות למה באמת אינו נאמן במיגו שהיה יכול לישאל לחכם על הקדשו די"ל דלאו בכל עת מזדמן חכם ועוד דאחר שבא ליד הגזבר אפשר דלא מהני שאלה כמו בתרומה אחר שבא ליד כהן ואף אם מהני שאלה בתרומה כשבא ליד כהן מ"מ זהו נראי כשהכהן אכל התרומה לא מהני שאלה דאם ישאל הלא אכל הכהן טבל וכן בהקדש כשבא ליד גזבר ואחר מעל בו והביא קרבן מעילה אם נאמר דמהני שאלה הרי הביא חולין לעזרה וזה שכתב דהגבייה הוא מיד הפודה מן ההקדש נתבאר שם מקודם דמהקדש עצמו אסרו חכמים לגבות בכל ענין כדי שלא יתראה כמוציא מהקדש לחול [ולפמ"ש א"ש מה שהשמיט הרמב"ם בפ"ד מתרומות דין תרומה ביד כהן משום דס"ל דאינו תלוי בזה ועוד א"ש מה שפסק דלא כר"י בערכין כ"ג וטעמו נ"ל מפני סוגיא דשבועות מ"ב: ולפמ"ש אין הסוגיות סותרות דודאי הלכה כר"י אלא משום דלאו בכל פעם אפשר לישאל החמירו חז"ל וא"ש דברי הרמב"ם והשו"ע בכאן ובאהע"ז סי' ק"ב ודוק] :

ד וי"א דבשעה שהקדיש אם היתה שם הודאה גמורה נאמן בין בבריא בין בשכ"מ ואחר שהקדיש אינו נאמן בשניהם רק בבריא הוי הטעם משום קנוניא ובשכ"מ הוה הטעם מפני שאין בו כח להוציא ממשועבדים בלתי שטר מקויים ובשעה שהקדיש מהני תוך כדי דבור דכדבור דמי והחלוק בין בריא לשכ"מ כשלא היתה הודאה גמורה דבבריא אינו נאמן כלל ובשכ"מ נאמן כשאמר אח"כ תנו וגובה מהקדש עצמו ולא כשאר בע"ח שצריך לגבות רק מן הפודה מההקדש וכן כשיש ביד הבע"ח שטר מקויים אפילו לא אמר תנו גובה מההקדש עצמו מפני צוואתו אבל אם בשעת הקדש לא אמר כלום אינו מועיל מה שיאמר אח"כ אפילו יאמר תנו ואפילו בשטר מקויים אינו גובה מההקדש עצמו אלא מהפודה מן ההקדש [ט"ז להרמב"ם] :

ה וי"א דהמקדיש נכסיו יכול לחזור בו תוך כדי דבור ולאחר כ"ד אם אמר מנה של פקדון בידי אינו נאמן אפילו במקום שיכול לשאול על נדרו ויש לו מיגו מש"ם דהוי מיגו במקום חזקה דחזקה כל מה שתחת יד אדם הוא שלו ואם מודה במנה של הלואה אם מלוה בע"פ אפילו יש לו מיגו אינו מוציא מן ההקדש שהיא כמשועבדים ואין מלוה ע"פ גובה מהן אבל אם מודה שיש לאחר שטר עליו נאמן במיגו דשאלה ואם הקדיש ע"ד רבים או שמסר ליד הגזבר או שהקנה להקדש בקנין שאז א"א בשאלה אינו נאמן כלל ואם אמר סתם מנה לפלוני בידי תלינן בפקדון ולא במלוה בד"א בבריא אבל בשכ"מ אפילו בהקדש שאי אפשר בשאלה נאמן אפילו אין לזה שטר כלל דמן הסתם כוונתו על פקדון אבל כשאומר מפורש הלואה אינו יכול לגבות אם לא שמודה ג"כ שיש שטר ודוקא כשאמר תנו או דרך הודאה גמורה או שיש שטר מקויים דבכל אלו ליכא חששא דשלא להשביע ונאמן אפילו לפטור את חבירו משבועה וכ"ז כשידוע שלא נפרע אחר הצואה דאל"כ טענינן שמא פרע אח"כ ואם השכ"מ אומר אני חייב לפלוני מלוה בע"פ ורצוני לישאל על נדרי מתירין לו אפילו נדר ע"ד רבים מפני שפריעת בע"ח מצוה וכשהותר נדרו אין חוששין שמא עשה שלא להשביע דזהו כהודאה גמורה ושכ"מ כשנאמן הוא אפי' כשהקדיש כשהיה בריא ואפילו מסר נכסיו ליד הגזבר שחזקה שאין שכ"מ עושה קנוניא על ההקדש ולכן דוקא נגד הקדש נאמן אבל לא לגבי בע"ח אחרים או לגבי לקוחות [ס"ך] והרבה מהאחרונים הסכימו דבהקדש גם תוך כדי דבור אינו יכול לחזור בו דכיון דאמירה לגבוה כמסירה להדיוט הוי כקנין אמנם הקדשות שבזמה"ז דינם כהדיוט כמ"ש בסימן צ"ה ואין להם דינים אלו דלא הוי כמסירה אלא רק מדין נדר וכן צדקות [קצה"ח] ויש מי שמחמיר בצדקות דאמירתם הוי כמסירה [וסס"כ] :

ו שכ"מ שאמר מנה לפלוני בידי באופן דאין בזה חששא דשלא להשביע כגון שאמר אתם עדים או להרמב"ם כשאמר דרך הודאה גמורה ומת ואמרו יתומים פרענו אינם נאמנים שהרי לא אמר תנו שיתברר אצלם שאין לו כל ספק בזה ומנין ידעו שחייבים בבירור ליתן ואין דרך לשלם כל זמן שלא אמר תנו אבל אם אמר תנו ואמרו פרענו נאמנים בהיסת שפרעו וי"א דנאמנים בכל ענין לומר פרענו דכיון שמדינא חייבים לשלם למה לא נאמין להם ששלמו ונשבעים היסת ונפטרים וכן הסכימו האחרונים :

ז שכ"מ שהודה בהודאה גמורה שיש לפלוני בידו מנה ואמרו יתומים שאביהם חזר ואמר להם אחר הצואה פרעתיו או אפילו אמרו שאמר להם שחזר ונזכר שהודאתו היתה בטעות נאמנים ואפילו הודה לפני עדים ועל הפרעון אין עדים [סמ"ע] ונשבעים ע"ז היסת שכן אמר להם אביהם אח"כ ודוקא כשהתובע טוען ברי שלא אמר להם אביהם כך צריכים לישבע היסת [ס"ך] ודי שישבע אחד מהיורשים אבל אם אמר תנו ואמרו יתומים חזר ואמר לנו

בנו אבינו פרעתיו אם אמרו שאמר שפרע אח"כ נאמנים לשבועה אבל אם אמרו שאמר שנזכר שפרעו קודם שהודה וכ"ש אם אמרו שאמר טעיתי בההודאה ואין מגיע לו כלל אינם נאמנים דכיון דאמר תנו ודאי היה ברור לו הדבר וגם השכ"מ עצמו לא היה נאמן לומר כן אבל לומר פרעתי אח"כ היה נאמן דאפילו המלוה חבירו בעדים א"צ לפורעו בעדים וכ"ש בהודאה [טור] ודוקא שיש עדים בההודאה אבל כשאין עדים בההודאה נאמנים הוא והיתומים לומר שטעה במיגו שלא היו מודים בההודאה כלל [סס] וי"א דבתנו אין נאמנים אפילו לומר פרעתי אח"כ ובלא תנו אין נאמנים רק לומר פרעתי אח"כ ולא קודם [סס בסס רמ"ס ועפ"ך וט"ז] וכ"ז בשיש עדים על ההודאה אבל כשאין עדים נאמנים בכל ענין ולרעה ראשונה אפילו לא אמר כלל פרעתי ואפילו בתנו יש לנו לחשוש שמא פרע אח"כ [ס"ך]:

ח כל זה הוא כשאין שט"ח ביד המלוה אבל כשיש שט"ח בידו אין נאמנים לא השכ"מ ולא יורשיו לטעון פרעתי כמ"ש בסימן פ"ב ויותר מזה כתב הטור בשם הרא"ש דשכ"מ שצוה מחמת מיתה לתת מנה לשמעון ומת ומכרו היורשים כל הנכסים שלא מצא שמעון לגבות את שלו גובה מהלקוחות דמתנת שכ"מ הוי חוב גמור ואין מכירת היורשים מועיל כלל כמ"ש בסימן רנ"ב ואם היורשים נאמנים לומר פרענוהו לאחר מות מורישנו אם שטר הצוואה יוצא מת"י המקבל אין נאמנים כשידעו שיש בידו שטר צוואה [ט"ז] דאם היו פורעים לו היו נוטלים ממנו השטר אבל אם אין שטר הצואה יוצא מת"י או שלא ידעו ממנו נאמנים לומר פרענו ולא עוד אלא אפילו אומרים שלא פרעוהו אם הדבר נוגע לאחרים חיישינן לקנוניא וכבר נתבאר בס"ס רנ"ג די"א דדוקא בהודאת חוב הוי כשטר גמור ולא בשטר צוואה של מתנה וי"א דאין חילוק אלא החילוק הוא בין שהעדים כתבו מעצמם ובין שכתבו בצוויו ע"ש:

ט ראה שהטמין אביו מעות ואמר של פלוני הם או של הקדש הם אם אמר דבריו בלשון צוואה כמוסר לו הענין דבריו קיימים אפילו אם אמר כשהיה בריא [סמ"ע] ואם אמר דבריו לא כדרך צוואה אלא דברים בעלמא אין זה רק כמערים על נכסיו שלא יחזיקוהו כעשיר ושבניו לא יפזרו יותר מההכרח וא"צ לקיים דבריו אפילו היה שכ"מ ואם בא איש אחד ואמר ראיתי לאביך שהטמין מעות במקום פלוני ואמר שהמעות הם של פלוני או של הקדש אם הם טמונים במקום שזה היה יכול ליטלם נאמן במיגו דאלו רצה היה בעצמו מוסרם לאותו פלוני ואם היו טמונים במקום שאינו יכול ליטלם אינו נאמן דאינו רק עד אחד ואין לו מיגו ולכן אפילו אמר שאביהם אמר כמוסר דבריו אינו נאמן ונ"ל דאם היורשים יודעים שזה האיש לא ישקר צריכין לצאת י"ש ולקיים ככל אשר אמר אמנם אם זה האיש אמר שאביהם לא אמר כמוסר דבריו א"צ לקיים ואף הוא עצמו אינו רשאי לקיים אפי' יש בידו לקיים [נ"ל] ואם היה דבר של אביו מוטמן באיזה מקום ולא ידע איפה מוטמן ובא בעל החלום ואמר לו בחלום כך וכך הם ובמקום פלוני הן ושל פלוני הם או של הקדש ושל מעשרות או צדקה והקיץ משנתו ומצאן במקום זה וכמנין שאמר בעל החלום מ"מ בא מעשה כזה לפני חכמים ואמרו דדברי חלומות לא מעלין ולא מורידין [סנהדרין ל'] והרי הם שלו דאין מוציאין ממון ע"י חלומות ואפילו למי שמחמיר בנודר בחלום כמ"ש ביו"ד סי' ר"י מ"מ אין זה ענין לממון ואף שבעל החלום כוון במנין ובמקום מ"מ אין חלום בלא דברים בטלים ובזה אולי לא כוון האמת:

סימן רנו [כותי שנתגייר [בימים קדמונים] שנתן מתנת שכ"מ או שחרר עבדו ובו ו' סעיפים]:

א כבר נתבאר דמתנת שכ"מ כירושה שויוה רבנן לפיכך גר שיש לו בן שאין הורתו בקדושה כשם שאינו יורשו כמ"ש בסימן רפ"ג כמו כן אינו יכול ליתן לו נכסים במתנת שכ"מ לא כולן ולא מקצתן אם נותנן במתנת שכ"מ מפורש או במצוה מחמת מיתה דירושה ומתנת שכ"מ דין אחד להם ואם נאמר שיקנה במתנת שכ"מ יאמרו ג"כ שראוי ליורשו ואם נתן לאחר לא לבנו אפילו לגר אחר מתנתו קיימת ולא גזרו רק בבנו בלבד כדי שלא יצא מזה קלקול בעריות אם יחשב כבנו וזהו דעת הרמב"ם בפ"ט מזכיה אבל הרבה מרבותינו ס"ל שאין חילוק בין בן לאחר דאינו יכול ליתן לשום אדם במתנת שכ"מ משום דמתנת שכ"מ הקנין הוא לאחר מיתה ואין קנין לאחר מיתה אלא דשויוה רבנן כירושה ולכן זה שאינו בר ירושה שיירשו אותו דכקטן שנולד דמי אין בכחו ליתן במתנת שכ"מ וצריך ליתן במתנת בריא בקנין או דרך הודאה ואם לאו נשארו נכסיו הפקר לאחר מותו ומי שזוכה מן ההפקר זוכה והכריע רבינו הרמ"א כרעה זו ולכן י"א שאם יש לו בן אחד שהורתו בקדושה ויורש אותו יכול ליתן אפילו לבנו שלא היתה הורתו בקדושה במתנת שכ"מ כיון שיש לו מי שיורש אותו ואע"ג דהמקבל אינו בר ירושה אזלינן אחר הנותן [תוס' ב"ב קמ"ט]:

ב י"א אע"ג דמתנת שכ"מ שלו אינו כלום מ"מ אמרינן בו מצוה לקיים דה"מ אם הוא בדרך שנתבאר ס"ס רנ"ב שמסרם ליד שליש דמצוה לקיים דה"מ אינו מצד ירושה אלא היא מצוה ככל המצות ויש חילוקים בין זל"ז כמ"ש שם ויש חולקין כיון דעכ"פ גם בזה אין החפץ של המקבל רק לאחר מיתה דינו כמתנת שכ"מ:

ג שתוקי שנולד בזנות ואין ידוע מי אביו שאין לו ירושת

האב

האב ומת בלא זרע שיוכל להורישם י"א דגם הוא אינו יכול ליתן מתנת שכ"מ ואף שאמו אומרת שמפלוני נתעברה ונאמנת להכשיר הולד כמבואר באהע"ז סי' ד' מ"מ לענין ירושה אינה נאמנת אם אין הפלוני מודה [תס"ד] ואף שידוע שעכ"פ מישראל נתעברה ויש לו יורשים אלא שאינו ידוע מי הם מ"מ כיון שעכ"פ אינו מוריש אינו במתנת שכ"מ [כס"מ] וי"א דשתוקי הוי כישראל גמור והואיל שיש פלוגתא דרבוותא דיינינן בזה דין הממע"ה ומי שהוא מוחזק בנכסיו אין ביכולת להוציא ממנו ואם שנים החזיקו כאחד חולקין וי"א דודאי לענין מתנת שכ"מ אינו יכול ליתן כמ"ש בסעיף א' להדעה השניה העיקרית להלכה רק לענין מצוה לקיים דה"מ הוי ספיקא דדינא [ע"ז וס"ך]:

ד מעשה בזמן הקדמונים בגיורת אחת שנתנה נכסיה במתנת שכ"מ לראובן ובכל הנכסים היו אחרים מוחזקין ורק מנה היה ביד ראובן וצותה לו בצוואתה שאותו מנה יתן ליתומה פלונית ומתה הגיורת ונשארו הנכסים ביד המוחזקין והמתנה נתבטלה כמ"ש לדעה השניה שבסעיף א' ורצה ראובן לעכב המנה לעצמו בטענה דכיון שהמתנה בטלה והנכסים הפקר גם הוא יזכה מן ההפקר ומה שצותה ליתן להיתומה הלא אין בצוואתה כלום ופסק הרא"ש דמ"מ קנתה היתומה ונהי דלא קנתה מכח מתנת שכ"מ מ"מ ראובן זה זכה בשביל היתומה ואם אינו מועיל מכח מתנת שכ"מ מועיל שזכה מההפקר לצרכה והוי כמגביה מציאה לחברו שקנה חבירו ואע"ג שהוא לא כוון לזכות בעדה מן ההפקר אלא מכח מתנת שכ"מ מ"מ כיון שהשאיל לה כחו ורשותו לזכות בעדה אם אינו מועיל מכח מתנה יועיל מצד ההפקר ויש מקשין על פסק זה דהא ראובן לא נתכוין לשם קנין אלא שהיה שומר של היתומה שקנתה לפי דעתו בצוואת שכ"מ וכיון שהצוואה אינו כלום במה קנתה וה"ז דומה לעודר בנכסי הגר וסבור שלו הן דלא קנה כיון שלא נתכוין לשום קנין כלל [קנ"ה] ואינה קושיא כלל דודאי אם גם הוא לא היה קונה היה הדין כן אבל כיון דבע"כ אם היא לא תקנה יקנה הוא מטעם הפקר שרשותו זוכה לו וכיון שהוא שומרה ונתן לה רשותו זה הרשות בעצמו זוכה לה דזהו כאלו הם ברשותה [ככ"ל ועע"ז ונס"ת וכפמ"ס ח"ס והדין דין אמת]:

ה אע"ג שנתבאר דגר אינו יכול ליתן במתנת שכ"מ מ"מ כשהודה בחליו שיש לפלוני אצלו כך וכך והודה בהודאה גמורה וצוה ליתן לו הודאתו הודאה ואפילו הודה לבנו שאין הורתו בקדושה או לכותי נותנין לו בין הודאה של מלוה ובין של פקדון וגם בבריא מהני הודאה גמורה [רסד"ס] ואפילו ידוע שלא היה לאותו פלוני אצלו מעולם זכה בהודאתו אבל שכ"מ שצוה ליתן לאנס מתנה אין שומעין לו:

ו שכ"מ שאמר פלוני עבדי עשו אותו בן חורין או שאמר עשיתי אותו בן חורין או הרי הוא בן חורין כופין את היורשים ומשחררין אותו ואע"ג דהמשחרר עובר בעשה זהו כשאין בזה טובת המשחרר כמו שמקבל מעות וכיוצא בזה שרי דעושה בשביל טובת עצמו ותלינן שהגיע לשכ"מ איזה טובה בזה ואם אמר פלוני עבדי עשו לו קורת רוח אין כופין לשחררו אלא שלא יעבוד עבודת עבד אלא עבודה קלה שרוצה לעבוד וי"א שאם העבד לא נתקררה דעתו רק בשחרור כופין אותם לשחררו ועמ"ש בסי' ר"ן סעיף כ"ו וביו"ד סי' רס"ז:

סימן רנז [הכותב נכסיו מהיום ולאחר מיתה ומתנת בריא בכה"ג ובו ט' סעיפים]:

א יש מתנת בריא שהיא כעין מתנת שכ"מ דעיקר הקנין הוא לאחר מיתת הנותן כגון הכותב נכסיו לבנו או לאיש אחר מהיום ולאחר מיתה הכוונה הוא שיזכה המקבל בגוף הנכסים מהיום ובהפירות לאחר מיתה ועד מותו יאכל הנותן את הפירות ולפיכך הנותן אינו יכול למכור מפני שהם של המקבל והמקבל אינו יכול למכור מפני שהפירות הם ברשות הנותן כל ימי חייו וכ"ש אם כתב מפורש כן שמקנה לו הגוף מהיום והפירות לאחר מיתה ואע"ג דאין יכול לשייר דבר שלב"ל ואיך שייר לעצמו הפירות אמנם כבר נתבאר בסי' ר"ט דלעצמו שייר גם מקום הפירות ולכן אף גם יכול למכרם כמו שיתבאר מפני שמקום הפירות הם בעילם:

ב עבר הנותן ומכר את הנכסים מכורים הם עד שימות ויאכל הלוקח את הפירות כל ימי חיי הנותן וכשימות מוציא המקבל או יורשיו מיד הלקוחות ואפילו מת בחיי הנותן מפני שהגוף הוא של המקבל מזמן המתנה ואם עבר המקבל ומכר את הנכסים אין לו ללוקח כלום עד שימות הנותן וכשימות נוטל הנכסים דמכירת המקבל מכירה גמורה היא ואפילו מכר המקבל בחיי נותן ומת המקבל ואח"כ מת הנותן קנה הלוקח שלא היה להנותן אלא פירות וקנין פירות לאו כקנין הגוף דמי והגוף הוא של המקבל ומכירתו מכירה ודע דזה שכתבנו עבר ומכר בשניהם דמשמע דלכתחלה אין להם למכור זהו לשון הרמב"ם בפי"ב מזכיה והש"ע ויראה לי דזהו כשמוכרים סתם אבל כשהנותן מוכר מפורש רק הפירות וכן המקבל מוכר הגוף ולא הפירות יכולים לכתחלה למכור ואם אחד מהם מכר סתם דמשמע הגוף והפירות ואח"כ נתוודע הלוקח דאין לו אלא פירות או הגוף ביכלתו לבטל המכירה דאין לך מקח טעות גדול מזה אבל אם ידע הלוקח שזה המוכר לו אין לו אלא פירות או גוף אינו יכול לבטל המכירה אף שמכר לו סתם [נמוק"י ספ"ח דב"ב] וזה שנתבאר שכשמכר הנותן לא מכר אלא הפירות אם

אם אפילו אח"כ חזר ולקח הגוף מיד המקבל או שמת המקבל והוא יורשו מ"מ לא קנה רק הפירות כיון שבשעה שמכר לו הנותן לא היה הגוף שלו וכן המקבל שמכר אפילו קנה אח"כ גם הפירות מהנותן מ"מ לא קנה את הפירות דבעת שמכר לא היו הפירות של המקבל ומה שקנה אח"כ אינו מכור במכירה הקודמת:

ג מת הנותן והניח פירות תלושים מן הקרקע או אפילו מחוברים אלא שהגיע זמנם להתלש הרי הם של יורשי הנותן דכתלושים חשיבי וי"א דכיון שהם מחוברים אפילו הגיע זמנם להתלש הרי הם כמחוברים אצל בנו כמו שיתבאר [ס"ך]:

ד הניח פירות מחוברים הצריכים עוד לקרקע אם המקבל אינו בנו הרי הן של הנותן ואע"ג דמחובר לקרקע כקרקע דמי מ"מ אמדינן דעתו שלא רצה ליתן רק הנכסים בלא הפירות אף כשיהיו מחוברים לקרקע כמו שהיה בעת נתינתו [סס] אבל כשהמקבל הוא בנו הרי הן של בנו מפני שדעתו של אדם קרובה אצל בנו ולי"א שבסעיף ג' בבנו הוי של הבן אפילו בהגיע זמנם להתלש ובלא הגיע זמנם להתלש אפילו באחר הוי כקרקע ממש ושייכים להמקבל [סס] ובתו כבנו דמי ואחיו דמי כאחר ובאב יש להסתפק ואם כתב לבן בנו הוי כבנו לענין זה ואע"ג דבמזכה לעובר לא אמרינן דבן בנו כבנו כמ"ש בסי' ר"י מ"מ בזה דגוף הקרקע ודאי קנה אמרינן דגם הפירות המחוברין הקנה לו [נ"ל] ואם מכר הבן כחו לאחר אין להלוקח כח הבן והרי הוא כאחר וכך אמדינן דעת הנותן שכשהבן ימכור לאחר לא יקנה המחוברים והן של יורשי האב ואם הלוקח רוצה לקבל הפירות ישלם להיורשים כפי שוויין בשעה שמת האב או אם רוצה מניחם בקרקע עד שיגמרו לדעה ראשונה שגם הצריכין לקרקע הן של הנותן ונותנן להיורשים וא"צ לשלם לו בעד מה שהיה בשרהו עד שנגמרו [סמ"ע] כיון שהיה ביכלתו לקבלם ולשלם כפי שויים וכן במכר האב הפירות לאחר אין דין האחר כדין האב והמחוברים שיש שם בשעת מיתתו הצריכים לקרקע שמין אותם מה שהן שוים עתה ונותן הבן דמיהם ללוקח ואם היו תלושין או הגיעו להתלש הרי הן של לוקח דאע"ג דדעתו של אדם קרובה אצל בנו ומוחל לו הפירות המחוברין כמ"ש אבל הלוקח ממנו אינו מוחל ואין ביכולת האב לגרוע כח המקבל ולהי"א בפירות הצריכים לקרקע הוי של הבן דהא גם באחר הוי שלו וי"א שדין הבן עם הלוקח כמו עם האב דהאב לא מכר לו אלא זכותו שהיה לו בו וכן נראה עיקר [סגר"ח]:

ה כלל הדברים שמתנת בריא שכתוב בה מהיום ולאחר מיתה הרי היא כעין מתנת שכ"מ שאינה קונה אלא לאחר מיתה ויש מתנת בריא שהיא לגמרי כמתנת שכ"מ שיכול לחזור בו כל ימי חייו אף מהגוף כיצד בריא שכתב מתנה מהיום אם לא אחזור בי עד לאחר מיתה דכיון שנתן בתנאי זה יכול לחזור בו כל ימי חייו ולא שייך בזה כל דיני תנאי מפני שנתן לו על אופן זה שתהא כמתנת שכ"מ ומ"מ צריך קנין כיון שהיא מתנת בריא וכשמת ולא חזר בו קונה מזמן המתנה ולכן צריך קנין דאינו כמתנת שכ"מ ממש שהקנין הוא לאחר מיתה אלא רק שיכול לחזור בו אבל כשלא חזר בו קונה מקודם ולכן אין שייך לומר דדבריו ככתובין וכמסורין דמי דלא אמרו זה אלא בשכ"מ ולא בבריא:

ו ולכן בריא שרוצה לחלק נכסיו אחר מותו שיורשיו לא יריבו ורוצה לעשות צוואה בעודו בריא אין לו תקנה לכתוב צוואה בעלמא דהרי דבריו אינם ככתובים וכמסורים אלא צריך להקנות להם בקנין גמור ויכתוב בהצוואה שהקנה להם בקנין ובמעות שאין קנין סודר מועיל יקנה להם אגב קרקע ואם רצונו לאכול הפירות כל ימי חייו יכתוב מהיום ולאחר מיתה ואם רצונו שיהיה ביכלתו לחזור בו כל ימי חייו יכתוב מהיום אם לא אחזור בי עד יום המיתה ודע דקנין אינו מועיל רק לנכסים שבידו ובאו לעולם אבל אם רוצה ליתן להם דבר שאינו בידו או שלא בא לעולם דאינו נקנה בשום קנין אינו מועיל רק שיודה בדרך הודאה שחייב לזה כך וכך ולזה כך וכך דאין לך דבר בעולם שלא יועיל על זה הודאה ועמ"ש בסי' ס':

ז בריא שכתב כל נכסיו לבניו מדינא אין הוא ואשתו נזונים מהם ומ"מ ראוי לב"ד לכופם בדברים שיעשו לפנים משורת הדין ויזונום [כתובות כ'] ואם שייר בפירוש מזונות שוכרין לו שמש או משיאים לו אשה ותשמשנו כי הכל בכלל מזונות [כ"י] והכותב נכסיו לבניו והתנה לדור בהן כל ימי חייו ולהיות נזון מהם כשיהיה נצרך לזה יכול לדור בהן עם אשתו ושמשים הנצרכים אליו וכן נותנין לו מזונות אם אין לו ממקום אחר והמזונות יותן לו כפי ערכו וגם אשתו נזונית וכן השמש שצריך נזון גם הוא ואם צריך לשלם שכירות להשמש משלמין מהנכסים וגם בגדים ומנעלים וכל צרכיו בכלל המזונות [נ"ל] ואם מכרו לצורך מזונותיו ושארי צרכיו ובא לו ממון אח"כ א"צ לשלם מה שלקח דשלו לקח כפי התנאי וע' ביו"ד סי' רנ"ג ויכול למכור וליתן זכותו זה לאחר ובלבד שהאחר לא יצטרך יותר ממנו [סס]:

ח הכותב כל נכסיו לבנו או לאחר מהיום ולאחר מיתה ויש בהם מטלטלין או חובות צריך למכרן ולקנות בדמיהן קרקע ולאכול מהם הפירות כדין בעל בנכסי אשתו כדי שלא יופסד הקרן אא"כ התנה לעשות בנכסיו כל ימי חייו כל מה שירצה:

ט בזה שנתבאר דכשכתב מהיום ולאחר מיתה הכוונה הוא הגוף מהיום והפירות לאחר מיתה אין לשאול למה בגט כשאמר מהיום ולאחר מיתה הוה ספיקא אי תנאה הוי מהיום אם לא אחזור בי עד שאמות או שחזור בו ממה שאמר מהיום ואין גט לאחר מיתה כמ"ש באהע"ז סי' קמ"ה דודאי כן הוא במתנה שנוכל לקיים שניהם על הגוף והפירות לא מפרשינן לה לא בתנאי ולא בחזרה

בחורה אבל בגט דלא שייך גוף ופירות בהכרח לפרש תנאי או חזרה ולכן פסק רבינו הרמ"א במקדיש קרקע מהיום ולאחר מותו או מהיום ולאחר שלשים יום לא קדיש כלל דהא א"א לומר גוף מהיום ופירות לאחר זמן דא"כ יונקים הפירות משדה הקדש ובע"כ צריך לפרש תנאי או חזרה ומעמידים הקרקע בחזקתו שכיון לחזור בו ממה שאמר מהיום ואין הקדש לאחר מיתה ובמהיום ולאחר שלשים יום ג"כ יכול לחזור בו בתוך הל' יום אבל אם לא חזר בו הוי הקדש סמ"נ דאפילו אם חזר בו והקדישו לאחר ל' ג"כ קדוש וכ"ז הוא בהקדש בזמן הבית אבל שבזמה"ז דינם כהדיוט כמ"ש בסי' צ"ה ולכן בהקדיש או הפקיר או נתן לעניים במהיום ולאחר מיתה שייך הגוף מהיום והפירות לאחר מיתה כמו בהדיוט [אחרונים] אך בירושלמי פ"ז דגיטין מבואר דהפקר דמי לגט דא"א שתהא השדה מופקרת והפירות לבעלים [וכ"כ סרסב"א] וכן משמע שם דבהקדש לאחר ל' יום אינו יכול לחזור בו וכן האומר סלע זו לצדקה לאחר ל' יום אינו יכול לחזור בו [ר"ן פ"ג דנדרים]:

סימן רנח [מתנה שכתוב בה לאחר מיתה ויש בה זמן ובו ג' סעיפים]:

א כבר נתבאר דמתנת בריא שכתוב בה מהיום ולאחר מיתה קונה הגוף מהיום והפירות לאחר מיתה ויש לפעמים שאפילו אינו כתוב בה מהיום רק לאחר מיתה לבד מ"מ קונה הגוף מהיום ומה שכתב לאחר מיתה הוא על הפירות כגון שטר מתנה שיש בו זמן מתי שנכתב אע"פ שכתוב בו שיקנה פלוני שדה פלונית לאחר מיתה מ"מ כיון שהזמן כתוב בו והיה חי באותו זמן אמרינן זמנו של שטר מוכיח עליו שהקנה לו את הגוף מהיום דאל"כ למה כתב הזמן דכיון שכתב שנותן לו לאחר מיתה והזמן שימות גם עתה אינו מתברר מזמנו של שטר ובהכרח להתברר מתי שימות ויקנה אז וא"כ למה כתב לו הזמן אלא ודאי שהקנה לו הגוף מזמנו של השטר וכן אפילו אין בו זמן רק יש קנין בהשטר קונה הגוף מיד כשהגיע השטר ליד המקבל וקנוע למפרע מזמן כתיבתו דכל קנין הוא מעכשיו [ט"ז] ואע"ג דבגיטין החמירו ולא אמרינן זמנו של שטר מוכיח עליו כמ"ש באה"ע סי' קנ"ד זהו מפני חומר א"א החמירו לילך לחומרא אבל בדיני ממונות אמרינן ואף שיש מהראשונים שחולקים בזה מ"מ רוב רבותינו פסקו כן:

ב וכ"כ הרמב"ם פי"ב מזכיה שטר מתנה שכתוב בו שיקנה פלוני שדה פלונית לאחר מיתה בין שהיה בשטר קנין בין שלא היה בו קנין כיון שכתוב בו זמן ובזמן הזה חי היה הזמן מוכיח שמחיים הקנה לו ואינו זוכה אלא לאחר מיתה שאלו היה ברעתו להקנות לו בשטר זה לאחר מיתה לא היה כותב בו זמן לפיכך אע"פ שאין כתוב בו מהיום ולאחר מיתה קונה לאחר מיתה וזה שכותבים בכל המתנות והממכרות מעכשיו אע"פ שיש בשטר זמן להרויח הדבר כותבין כן אע"פ שאינו צריך עכ"ל וכן פסקו הרי"ף והרא"ש והטוש"ע:

ג והא דאמרינן זמנו של שטר מוכיח עליו היינו בכותב לו לאחר מיתה אבל בכותב לו לאחר ל' יום אין אומרים זמנו של שטר מוכיח עליו דהיה צריך לכתוב הזמן כדי לידע מתי יכלו השלשים יום ולא שם אל לבו לכתוב אותו הזמן אלא שכתב זמן הכתיבה ומזה יתוודע הל' יום [סמ"ע] ולכן אם מת הנותן או המקבל תוך ל' בטלה המתנה וה"ה דנותן יכול לחזור בו תוך ל' יום ויש חולקים וס"ל דגם בלאחר ל' אמרינן זמנו מוכיח [ש"ך] אמנם גם במהיום ולאחר ל' י"א שאינו דומה למהיום ולאחר מיתה דבלאחר ל' פירושו שיתחיל מהיום ויגמור לאחר ל' ויכול לחזור בו ואם מת הנותן או המקבל בטלה המתנה [קלס"ח וע' קדושין ס"ג] וי"א דבזה שאמרו זמנו של שטר מוכיח לאו דוקא זמנו של שטר אלא בע"פ נמי הזמן מוכיח וביאור הדבר כשכתב המתנה בסתם וכתוב בה זמן וכשנתן לו השטר התנה עמו בע"פ שנותן לו לאחר מיתה אפילו הכי אמרינן דזמן הכתוב בשטר הוי כמו שפירש הגוף מהיום ופירות לאחר מיתה [ש"ך] והא דאמרינן זמנו של שטר מוכיח עליו היינו שצוה הנותן לכתוב זמן או שצוה לעדים לעשות שטר מעליא אבל צוואה שלא נכתב בה זמן רק לזכרון בעלמא אין אומרים זמנו של שטר מוכיח עליו וכן אם אמר או כתב מפורש שלא יקנה הגוף רק לאחר מיתה הדבר פשוט שאינו מועיל לא הזמן ולא הקנין כיון שמפורש אמר כן ובטלה המתנה דאין מתנת בריא לאחר מיתה וכן אם נראה להדיא שכן היתה כוונתו [כ"ל]:

הלכות השבת אבידה

סימן רנט [דיני השבת אבידה ומאיזה מקום חייב להשיבה ובו י"ז סעיפים]:

א כתיב לא תראה את שור אחיך או את שיו נדחים והתעלמת מהם השב תשיבם לאחיך וכן תעשה לכל אבידת אחיך אשר תאבד ממנו ומצאתה לא תוכל להתעלם והזהירה התורה שהרואה אבידה חייב לטפל בה להשיבה לבעלים ואם העלים עין ולא נטלה והבעלים לא נתיאשו עדיין עבר על עשה דהשב תשיבם ועל ל"ת דלא תוכל להתעלם

להתעלם [ט"ז] דלא כיש מי שאומר דכשלא נטלה לידו אינו עובר על עשה אלא על הלאו [דלסדית כתב כן סרמב"ס בפי"ת מגזילס וסכמק"י בס"ב דב"מ]:

ב נטל את האבדה ע"מ לגזולה ועדיין לא נתיאשו הבעלים ממנה עובר בעשה דהשב תשיבם ועובר בשני לאוין בלאו דלא תגזול ובלאו דלא תוכל להתעלם ואפילו אם יחזירנה אח"כ כבר עבר על לאו דלא תוכל להתעלם וצריך תשובה אבל הלאו דלא תגזול והעשה דהשב תשיבם תיקן בחזירתה להבעלים דלאו דלא תגזול הוא ניתק לעשה כדכתיב והשיב את הגזילה אשר גזל וכן העשה דהשב תשיבם דהרי השיבה אבל הלאו דלא תוכל להתעלם אינו אלא בשעה שאינו נוטלה להחזירה וכיון שנטלה כדי לגזולה הרי עבר וא"א לתקנו ויש מרבותינו דס"ל דלא תיקן גם הלאו דלא תגזול ואת העשה דהשב תשיבם ומה שנתנה לו עתה אינה אלא כמתנה בעלמא וטעמייהו דהנה בחפץ זה יש שני איסורים איסור גזילה ואיסור אבידה וזה שנטלה ע"מ לגזולה הוי לענין אבידה כמונחת בקרקע כיון שלא נטלה להשיבה וכשנתייאשו הבעלים ממנה קנה אותה ביאוש ככל אבידות הנמצאות אחר יאוש ואע"ג דאבידה שבאה לידו קודם יאוש אינו מועיל היאוש אח"כ כמ"ש בסי' רס"ב זהו מפני שנחשב כשומרו של בעל האבידה ולכן אינו מועיל יאוש הבעלים כיון שהשומר עומד במקומו והשומר לא נתייאש והוי יאושו ביאוש טעות אבל כשנטלה ע"מ לגזולה נקנית לו לגמרי ביאוש מטעם אבידה [רמב"ן בפס גאון וס"ך ומתורץ קושית סקלס"ח ועגס"מ ודו"ק]:

ג ואם נטלה לפני יאוש על דעת להחזירה ולאחר יאוש נתכוין לגזולה אינו עובר אלא משום עשה דהשב תשיבם אבל בלאו דגזל לא עבר דגזל לא מקרי אלא כשנוטלה בשעת נטילה לגזולה כענין ויגזול את החנית מיד המצרי דבניהו בן יהוידע ואם המתין עד אחר יאוש ונטלה אינו עובר אלא משום לאו דלא תוכל להתעלם ואע"פ שאמרנו שהרואה אבידה והעלים עין ולא נטלה עובר גם בעשה זהו כשהלך ממנה והניחה אבל זה שהמתין היה ביכלתו עדיין לקיים העשה וכשנתייאשו הבעלים ועברה העשה לא מחמתו עברה אלא מחמת היאוש אבל על לא תוכל להתעלם עבר בזה שהיה דעתו להמתין [ע' נמק"י וט"ז]:

ד מתנאי האבידה שתהא מונחת במקום שהוא חייב להשיב משם כגון במקום שישראל מצוים שם ובמקום שראוי להסתפק בה באבידה ויתבאר בסי' ר"ס ושתהא בענין שמוכח שהיא אבידה ויתבאר בסי' רס"א ובמקום שראוי להסתפק בה שהיא אבידה ושלא נתייאש ממנה ושאינה אבידה מדעת כמו המשליך כים לרה"ר ויתבאר שם ושיהיה בה שוה פרוטה ושיש סימן בגופה או במקומה ויתבאר בסי' רס"ב ושיהיה מטפל בה אם היתה שלו לאפוקי אם הטיפול אינו לפי כבוד המוצא ויתבאר בסי' רס"ג ושתהיה של מי שחייב להשיב אבידתו ויתבאר בסי' רס"ו ואם חסר אחת מכל הפרטים אינו חייב להשיב:

ה מקום שהוא חייב להשיב כיצד המוצא מציאה במקום שישראל מצוים שם חייב להכריז דמסתמא לא נתיאשו הבעלים שחושב דישראל מצא ויחזירנה לו. וסדר ההכרזה יתבאר בסי' רס"ז ואפילו העיר מחצה עכו"ם ומחצה ישראל או אפילו רובה עכו"ם רק שמצאה במקום שרוב העוברים שם ישראל חייב להכריז אבל אם העוברים מחצה על מחצה במקום שרובה עכו"ם אינו חייב להכריז [סמ"ע] וכן אפילו רוב העיר ישראל רק שמצאה במקום שרוב העוברים שם עכו"ם אינו חייב להכריז ואפילו ידע שמישראל נפלה ויש בה סימן מפני שהבעלים נתיאשו שיתלו שעכו"ם מצאה ולא יחזירנה לו וכגון שהוא מדברים שיש לתלות שידע מיד בנפילתו כמ"ש בסי' רס"ב וי"א שאם המציאה היא ספרים וכיוצא בזה דברים שאין מדרך לקנותם אלא ישראל לא מייאש מינייהו אפילו במקום שרובה עכו"ם דבעל האבידה חושב שאפילו ימצאנה עכו"ם ימכרנה לישראל והקונה יכריז ואתן בה סימן [סס] ואם העיר מחצה על מחצה וגם העוברים שם מחצה על מחצה חייב להכריז ולא תקשה לך כשרוב העיר עכו"ם ורוב עוברים שאמרנו שחייב להכריז למה לא נתלה ברובה והלא רוב וקרוב הולכין אחר הרוב די"ל דכיון שיש לברר ע"י הכרזה מבררינן אבל כשרוב העוברים עכו"ם בעל האבידה ודאי מתייאש [ט"ז] ולפ"ז במחצה למחצה עוברים אף ברובה עכו"ם חייב להכריז מטעם זה [נ"ל]:

ו לפיכך המוצא חבית יין במקום שרובה עכו"ם אסור היין בהנאה והקנקן מותר וצריך הכשר ואם בא ישראל ונתן בה סימן אז מותר היין בשתיה אם החבית סתומה שאין חשש שפתחה עכו"ם ונגע בהיין דאלו פתחה מי היה מכריתו לסותמה ומ"מ א"צ להחזירה לבעל האבידה והרי היא של מוצאה דמסתמא אתייאש מינה ואינו נאמן לומר שלא נתייאש כיון שרובה עכו"ם וע' ביו"ד סי' קכ"ט:

ז ואמרו רז"ל [ב"מ כד:] דאף במקום שמן הדין אינו אינו חייב להחזיר מ"מ טוב וישר לעשות לפנים משוה"ד להחזיר לבעל האבידה כשנתן בה סימן ואם הוא עני ובעל אבידה עשיר א"צ לעשות לפנים משוה"ד ואם המוצא עשיר י"א דכייפינן ליה להחזיר [ס"ך] ומפני מה כופין במציאה על לפנים משוה"ד מפני שאין לו היזק מכיסו [נ"ל]:

ח מצא בהמה או עוף שחוט במקום שרובן עכו"ם ורוב הטבחים ישראל ובאופן שאין לחוש לטריפה כגון שניכרת השחיטה מותרת באכילה והיא של המוצא מפני שהבעלים מתייאשין מהם דיתלה שעכו"ם ימצאנה ולכן אפילו יודע שמישראל נאבדה הרי היא שלו ואפילו כשאין רוב טבחים ישראל כיון שיודע שכשרה היא ומישראל נאבדה ואם העוף חטפה בשר לפנינו ופרחה והשליכה למקום

למקום אחר הרי היא של המוצא שהבעלים נתייאשו אפילו ברוב ישראל מפני שדרך העוף להוליך למרחוק ועיו"ד סי' א' וסי' ס"ג:

ט המציל מהארי והדוב ומזוטו של ים והוא במקום שחוזק הים שוטף ומשלילותו של נהר והוא כשזרם הנהר שוטף ומוליך למרחוק אפילו הבעלים עומדים שם ומצווחים הרי אלו של המציל דנעשה כצווח על ביתו שנפל ועל ספינתו שטבעה בים וחז"ל סמכו זה אקרא דאשר תאבד ממנו ומצאתה מי שאבודה ממנו ומצויה אצל כל אדם לאפוקי כל אלו הם אבודים מכל אדם והוי הפקר והזוכה מהם כזוכה מן ההפקר ועמ"ש בסי' רס"ב סעיף ז' ולכן אם יש מכשולות בנהר שע"י כן דבר הצף בו עומד ונתעכב שם אם הוא דבר שיש בו סימן לא הוי יאוש מסתמא כשלא שמענו בפירוש שמתייאש:

י ואם הוא דבר שאין בו סימן ונפל לזרם הנהר שיש בו מכשולות שמתעכב שם כתב הטור וז"ל נפלו בו קורותיו ועציו שהוא דבר שאין בו סימן שיחזירן על ידן אם הבעלים מרדפין אחריהן [תיכף כששמעו ולא עמדו שם בעת השטיפה] אז הוי הוכחה שהן שלהן ומחזירה להם [כשנתעכבה ביד אחר] והוא שיהא בענין שאם היו עומדים שם הבעלים ורואין ששטף היו יכולין להציל מיד [שלא היו מניחין לילך למרחוק] נמצא שודאי לא נתייאשו [בעת ששמעו] ואז [כל"ל] אפילו אם אינם שם כששטף ובא אחר והצילו לא זכה אפילו נתייאשו אח"כ כיון שלא היה ראוי להתייאש [דהוי יאוש שלא מדעת] ואם הוא בענין שלא היו הבעלים יכולים להציל מיד ממקום ששטף [אף אם היו עומדים שם בעת השטיפה] אלא עד שילך למרחוק ושם לא יועיל מה שיכול להציל כי בטרם הגיעו שמה שמא תבא הקורה שמה ולא ידעו אנשי המקום ההוא שהיא שלו שיחזירו לו בשביל רדיפתו אחריו וראוי שיתייאשו [אף כשעמדו בעת השטיפה מפני שאין ביכלתו להשיגן טרם ביאתן אל המקום ואנשי המקום לא יתנו לו כיון שאין סימן] או אם עמדו שם כששטף ונתייאשו שלא רדפו אחריו הוי יאוש [אפילו ביכולין להציל מיד ממקום השטף כיון שלא רדפו אין לך יאוש גדול מזה] ואם סתמא הוא שלא ידענו אם נתייאשו אם לאו לא הוי יאוש [כגון שאין ביכולת לברר דבר זה כשלא התעסקו ברדיפה וממילא דלא ידענו אם נתייאשו אם לאו לא הוי יאוש באם שהיו יכולין להציל מיד] כן נ"ל פירוש הטור שהמפרשים נתקשו בו למאד:

יא ולדעת הטור בדבר שיש בו סימן אפילו עמדו שם הבעלים ולא רדפו להציל צריך להחזיר דלא הוי יאוש בזה שלא רדפו דחשבו למה לנו לרדוף הלא יתעכב באיזה מקום ואתן סימן ואטלם וכן אף אם לא היו יכולין להציל מיד בעת השטיפה אף כשעמדו שם והחפצים היו ממהרים לבא לאיזה מקום קודם הבעלים ג"כ צריכים בעלי אותו המקום להחזירם לבעלים כיון שיש סימן ואין זה דומה לזוטו של ים שמוליך למרחוק הרבה כיון שאין מכשולות שיעכבן:

יב ואם בעת רגע השטיפה היו הבעלים יכולין להציל בקל ואח"כ ביכלתן להציל בדוחק אם עמדו שם בעת השטיפה ולא חשו להציל תיכף בקלות ודאי נתייאשו דלמה היה להם להמתין אלא ודאי נתייאשו ומה שמטריחים אח"כ להציל חזרו בהם ואינו מועיל אם זכה בהן אחר ואם לא היו שם בעת השטיפה צריכין להחזיר להם כיון שביכלתם להציל בדוחק ודאי לא נתייאשו כיון שרדפו בעת שמיעתם ומה היה להם לעשות ואפילו לא ידעו מזה כלל עד אחר שנשטפו לרשות אחר ונתייאשו צריך להחזיר דהוי יאוש שלא מדעת דאין זה דומה לזוטו של ים דשם אין יכולין להציל אפילו ע"י הדחק [תוס' ב"מ כ"ב ומרדכי שם]:

יג וזה לשון רבינו הרמ"א בסעיף ז' ואם הוא דבר שאין בו סימן אם הבעלים יכולים להציל [אם היו עומדים שם] והן רודפים אחר האבידה [כששמעו] או שאינו שם [כלל כיון] שאלו היה שם אפשר שהיו מצילין לא זכה בהם המוצא [אפילו נתייאשו כששמעו דהוי יאוש שלמ"ד] אבל אם הוא דבר שאינו יכול להציל מיד [אף באם היו שם] והוא עומד [או שהוא עומד. סמ"ע] ואינו רודף אחריו [מיד] ודאי מייאש [ולא מהני רדיפתו אח"כ] וסתמא לא הוי יאוש עכ"ל [וזהו ממש כדברי הטור והמליין כתב בסוף מהתוס' והמרדכי וכ"כ המפרשים ולע"ד נראה כמ"ש ודו"ק]:

יד ואע"פ שמדינא אינו חייב להחזיר מ"מ טוב וישר להחזיר כמ"ש בסעיף ז' ומעשה בספינה שטבעה בים וגזר המושל והקהלות שכל מי שיקנה מן העכו"ם שהצילו מן האבידה ההיא שיחזיר לבעליו ופסק רגמ"ה שחייבין להשיב ואין לו מן הבעלים רק מה שנתן ואע"ג דהוי הפקר מדינא מ"מ דינא דמלכותא דינא והפקר ב"ד הפקר אפילו ב"ד שבכל דור [מרדכי שם]:

טו אווזין ותרנגולין שברחו מהבעלים באופן שא"א להבעלים להחזירן כגון שפרחו למרחוק הוי הפקר וכל המחזיק בהן זכה בהן דיצאו מרשות הבעלים ומיהו טוב וישר להחזיר וע' בסי' ר"ם סעיף י"ט ובסי' ש"ע סעיף ב':

טז נהר שעושים בו סכר לצוד בו דגים שעושין סתימה בנהר שיהיו הדגים נצודים ועומדים שלא יעברו משם והלאה ופועלים ישראלים רגילים לעשותו ולתקנו כשמתקלקל המוצא בו מציאה חייב להכריז דודאי של ישראל היא ודוקא כשרוב העוסקים שמה ישראל דאל"כ מתייאש ממנו ודימה שמצא עכו"ם ולא יחזירנה לו וכן להיפך מקום ששומרים שם עכו"ם בקבע אף שרוב הנכנסים והיוצאים ישראלים אינו חייב להכריז:

יז כתיב לכל אבידת אחיך ודרשו חז"ל [ב"מ ל"א:] לרבות אבידת קרקע שחייב להשיב ג"כ כגון שראה שטף מים באים לשדה חבירו חייב לגדור בפניהם כדי להציל

להציל וכן בכל עניני הפסד שיכול להיות אצל חבירו וביכלתו למנוע ההיזק חייב למנוע ואם לא עשה כן עובר בעשה דהשב תשיבם ובלא תעשה דלא תוכל להתעלם :

סימן רם [לדעת מה היא אבידה ועוד דינים ובו כ"ג סעיפים]:

א המוצא מטמון בגל ישן או בכותל ישן שאין זוכרים מי בנה את הכותל וכותל זה אינה מוחזקת מימות עולם בחזקת אבותיו שדר בו עתה המטמון של המוצא אף שזה שדר בו מוחזק בשנים ושלשה דורות מאבותיו מפני שי"ל שהמטמון הוא של קדמונים וכתב הרמב"ם [סס] והוא שימצאנה מטה מטה כדרך כל המטמונים הישנים והטור כתב והוא שהעלה חלודה אבל אם מראית הדברים שזהו מטמון חדש אפילו נסתפק לו אם הוא חדש אם לאו ה"ז לא יגע בהן [ס"ך] דכל ספק הנוח לא יטול ושמא הונח שם בכוונה ואין חילוק בין מונחת בהכותל מחציו ולחוץ או מחציו ולפנים [סמ"ע] :

ב ואין לשאול נהי דהמטמון הוא של קדמונים למה לא יזכה בו בעל החצר דהא חצירו של אדם קונה לו שלא מדעתו הטעם הוא דאין חצר קונה בדבר שיכול להיות שלא ימצאנה לעולם [תוס' ב"מ כו׳] והרמב"ם ז"ל בפט"ז מגזילה תירץ ג"כ מפני שאינה ידועה לא לו ולא לאחרים והרי זה המטמון אבוד ממנו ומכל אדם וק"ו מאבידה שנפלה לים שהיתה שלו התירה התורה מפני שאבודה ממנו ומכל אדם כ"ש בזו שלא היתה שלו מעולם עכ"ל ואין חצירו קונה בדבר שיכול להיות שלא ימצאנה לעולם [ומתורץ קושית הראב"ד] וטעם הדבר נ"ל דהא חצר קונה משום יד או משום שליחות ודבר שבידו של אדם בהכרח שיודע מזה וכן בשליח שעושה ולכן אין בחצר זה לא תורת יד ולא תורת שליחות ויש שאמרו הטעם מפני שאין חצר קונה בלתי ידיעתו רק מידי דשכיח ורגיל למצא בחצר אבל דברים שאינם מצוים למצא בחצר כמו מעות ושארי מטלטלין אין החצר קונה ורק בעלי חיים שרגילים לילך קנה החצר אם הם של הפקר [מרדכי סס] ובסי' רס"ח יתבאר עוד מזה בס"ד ועוד יש מי שאומר דאין חצר קונה רק בדבר הפקר גמור אבל לא באבידה אפילו נתייאשו הבעלים כיון דאלו הוה ידע לא היה מפקירה אבל מרוב ראשונים נראה להדיא דלא ס"ל כן [נס"מ] וגם עצם הסברא תמוה ואולי ס"ל דקניית חצר שלא מדעתו הוא מטעם שליחות והוי החצר תופס למשלחו במקום שחב לאחרים וגם אין לומר דבשעה שקנה הראשון החצר מהמוכר שהטמין האוצר הלא קנה החצר עם כל הנמצא שם וכן כשמכר זה לאחר דכיון דלא ידע הלוקח מזה ולא כוון לקנותו וגם המוכר לא כוון להקנות לו אינו קונה [מרדכי סס] :

ג ואם ניכר שהאוצר הונח שם מזמן לא כביר או שהוא גל חדש אסור ליטלו דודאי הונח שם מדעת והמניח יטלו במשך זמן וכן כותל חדש דהיינו שידוע שאבותיו של זה שדר שם בנאוהו ולא יצא מרשותם מציאה הנמצאת בו מחציו של הכותל לצד חוץ הוא של מוצאו אפילו יש בו סימן והוא שהעלה חלודה רבה שודאי נתייאשו בעליו ממנו כיון שארך לו שם הימים ואם לא העלה חלודה רבה לא יגע בו דיבואו הבעלים ויטלוהו ואם נמצא מחציו ולפנים הרי היא של בעה"ב אפילו העלה חלודה רבה מפני שבעה"ב אינו שוכח חפצו ימים רבים ולא יגע בו המוצא ובנמצא לצד חוץ אפילו נמצא מטה מטה כדרך מטמון לא חיישינן שאחר עשה כאן מטמון ולא נתייאש דאין דרך לעשות מטמון בכותל שמשתמשים בו ובודאי נתייאש [נס"מ] :

ד ואם נמצא בו חפצים שממלאים את כל הכותל והעלו חלודה רבה חולקים ונוטל המוצא מחצה והבעה"ב מחצה ואפילו נמצא חתיכה אחת ארוכה מקצה לקצה כיון דלא ניכר אם הונח מצד פנים או מצד חוץ חולקין דאין להבעלים חזקה בזה ולכן בספק ממון כזה ודאי יחלוקו [סמ"ע] ואף אם כל הכותל משופע לאיזה צד לא אמרינן דממקום הגבוה הוא ונתגלגל למקום השפל מפני שאין זה הוכחה ברורה ומ"מ אם לפי ראות העין ניכר מאיזה מקום בא הולכין אחר ההיכר :

ה בד"א שחולקין במוכין או בנסכא שאין הוכחה מאיזה מקום בא לשם אבל סכין או כיס וכיוצא בו הוא מוכיח על עצמו מאיזה מקום בא שאם יד הסכין ורצועת הכים לצד חוץ ודאי מחוץ בא לשם והיא של מוצאו ואפילו מחציו ולפנים ואם הם לצד פנים הם של בעה"ב אפילו מחציו ולחוץ ובד"א שמחציו ולפנים של בעה"ב כשהוא טוען שהוא שלו או שהיה יורש שאנו טוענין לו שמא של אביו היא אבל אם הודה שהיא מציאה הרי היא של מוצאה דחצירו אינו קונה לו כמ"ש בסעיף ב' וכ"ז כשהחור מפולש בפנים ובחוץ אבל אם מצד אחד מפולש ומהשני סתום הדבר פשוט שהולכין אחר הצד המפולש [ס"ך] :

ו דבר פשוט הוא שכל דבר הנמצא טמון ברשותו של אדם בביתו וחצירו ושדהו ומרתפו ורפתו וגגו אם אין הדבר נראה כאוצר שמונח מהרבה דורות מלפנים שייך לבעה"ב ולא יגע בזה המוצא אפילו הוא דר שיש בו סימן ויש תקנה בהכרזה והבעה"ב יתן בה סימן מ"מ כיון שהוא מקום המשתמר והבעלים הניחו שם מדעת לא יגע בו ואם אינו מקום המשתמר יתבאר בסמוך ואם הבעה"ב דר בחצירו עם שכנים ונמצא במקום שיש להשכנים רשות להשתמש שם ביחד עם הבעה"ב אם העלה חלודה שניכר

שניכר שהונח שם קודם שבאו השכנים ה"ז לבעה"ב ואם לאו יכול כל אחד לומר שלי הוא וכשיש ביניהם הכחשה יחלוקו דאין לאחד יותר חזקה מלחבירו ואם אין מוחזקין בו כל דאלים גבר ויכול כל אחד להטיל שבועה על חבירו מיהו המוצא לא יגע בזה כיון שלא נמצא דרך אבידה ואם נמצא דרך אבידה אם יש בזה סימן נוטל ומכריז ואם אין סימן הוא שלו ויתבאר בסי' רס"ב:

ז ואם החצר מושכר לאחרים והבעה"ב אינו דר עמהם ודאי אינו של בעה"ב ושייך להשוכרים וזהו כשעדיין דרים שם אבל אם עתה יצאו כולם מהחצר אם יצאו כולם כאחד הרי כמו כולם דרים בו ואם יצאו בזה אחר זה הרי הוא של האחרון וכן אם דרו שמה זה אחר זה הרי זה של השוכר האחרון דהקודמים שיצאו משם ודאי חפשו ובדקו והוציאו מהבית כל מה שהיה שייך להם ואע"ג דבע"כ אחד מהם שכח חפץ זה מ"מ נוח יותר לתלות בהאחרון שלא חשש לבדוק כל כך כהקודמים לו שחששו לבדוק יפה כדי שלא יטול הבא אחריו אמנם י"א דזהו רק בדבר שאין בו סימן כיון שאין תקנה בהכרזה יותר נוח לתלות בהאחרון אבל בדבר שיש בו סימן ויוכל להתברר ע"י הכרזה מוטב יותר להכריז וכ"ז הוא בדבר שלא העלה חלודה [סג"ה] דאם העלה חלודה אינו של השוכרים אלא של בעה"ב וכיון שכתבנו שהוא של השוכר האחרון לפיכך אם האחרון הוא אנס הרי הוא של המוצא [סור] וכן כשנמצא דברים קטנים כמו מטבעות בסדקים בענין שאפשר שלא נמצא ע"י בדיקה אין לתלות בהאחרון יותר מכולם וקרוב הדבר שחפשו ולא מצאו ונתייאשו והרי הוא של המוצא [ס"ך] ובזה אין חילוק בין שדר עמהם הבעה"ב אם לאו וגם אם הבעה"ב נשאר יחידי אחרי שיצאו השכנים מ"מ לא קנה לו ביתו ורשותו אם היה באפשרי שלא ימצא הדבר לעולם כמ"ש בסעיף ב':

ח אם עשה אכסניא לנכרים או שהשכירו לשלשה נכרים כאחת דזהו ג"כ כפונדק כל הנמצא בתוך הבית הרי הוא של מוצאו אפילו הבעה"ב דר עמהם [גס"מ] ואף אם אחד הטמין שם כבר נתייאש בחשבו שהנכרים מצאוה [סמ"ע] ולכן אפילו יש גם ישראלים עמהם הרי הוא של המוצא ואם האורחים או השוכרים יצאו ממנה ונמצא שם חפצים קנה חצרו להבעה"ב [גס"מ] וזהו בדבר שעומד להמצא דאל"כ לא קנה לו חצירו כמ"ש בסעיף ב' וכן אם מונח במקום שאינו משתמר הרי הוא של המוצא [סס] ואם עשה פונדק רק לישראלים נוטל ומכריז בדבר שיש בו סימן דאינו מתייאש כמ"ש בסימן רס"ב [ס"ך] וכן אם השכירו לשני נכרים וכ"ש לאחד אין זה מקום שרבים מצוים שם ואם הוא שלו לא נתייאש מזה כמ"ש שם [עס"ך וגס"מ] מיהו בדבר שהמוצא יכול לומר שחם של השוכרים היא של המוצא:

ט ראובן הדר עם שמעון בביתו ומעלה לו שכר אם צבי שבור או גוזלות שאינן פורחות נכנסו לתוך הבית או שאר מציאה באופן שהרשות קונה זכו בהם שניהם דהם כשותפים בהחצר דשכירות ליומא ממכר הוא וזהו דעת רש"י [ב"מ קב:] והרא"ש והראב"ד בפ"ו משכירות [ותפו' מסר"ס מר"ב סי' סכ"ס] אבל י"א דלענין לזכות במציאה אין להשוכר בזה כלום והכל הוא להמשכיר דלא אמרינן שכירות ליומא ממכר הוא רק לענין אונאה וזהו דעת הרמב"ם ז"ל שם וכ"כ רבינו הב"י בסימן שי"ג וכדבריו מפורש בתוספתא [ב"מ ספ"ה] אמנם לפי מה שיתבאר שם דמזבל אין ראיה אין ראיה מהתוספתא ג"כ וגם אפשר לחלק בין בית לחצר דבחצר שאין התשמיש קבוע בו אין הרשות של השוכר רק לתשמישו המיוחד אבל בבית שהוא משתמש בו יום ולילה הוי כשותף עם המשכיר ולפ"ז לא פליגי כלל ויש מי שרצה לומר דחצר השותפין אין מציאה קונה להם והמוצא זוכה בה והטעם דדוקא שנים שהגביהו מציאה כל אחד זוכה לו ולחבירו אבל חצירם שיד אחת היא והיד משותפת לשניהם לא קנה לא זה ולא זה והוי כמונח ע"ג קרקע [קלס"ה] ואינו כן דהחצר הוא ג"כ כשני ידים דלכל אחד משמש כידו וזוכה לו ולחבירו ועוד דחצר שהוא משום שליחות ודאי כששנים עשו שליח אחד זוכה לשניהם ואם נאמר דחצר שהוא משום יד לא קנה לשניהם ויש חילוק בין חצר דאיש לחצר דאשה לפמ"ש בסימן רמ"ג ולא משמע כן מהש"ס והפוסקים [ובב"ב פד: סוא לענין סיקים סשותף מחבירו ירושלמי סילסי ב"מ ענין אחר סוא ויתבאר לסניכו]:

י כבר נתבאר בסעיף ג' דבכותל חדש כל הנמצא שם לצד פנים הוא של בעל הכותל דבחזקתו הוא ובירושלמי שם יש מחלוקת בכותל שבין שני חצירות שנפל שהמקום והאבנים של שניהם כמ"ש בסימן קנ"ז אם כל מקום הכותל הוא של שניהם ואם אחד מבעלי החצרות מצא שם דבר יכול לומר דשלו הוא כיון שיש לו רשות בכולו או שמחצה לזה ומחצה לזה ובאיזו מחצה שנמצא הוא של אותו הבעלים [כנ"ל פירוסו ועיין במפרשים ובקלס"ה ובגס"מ]:

יא אע"ג דרשותו של אדם קונה לו מציאה זהו דוקא במציאה הנמצאת שם ברשותו אבל קניית מציאה כגון שנים שדרו בבית אחד בשותפות ובא אדם מן השוק וקנה אחד מהם מציאה ממנו אין לחבירו זכות בזה ואף אם אחד מן השוק קנה ממנו אין לבעלי הבית חלק בזה דאינה של הפקר שיהיה הרשות זוכה ואף אם היתה הפקר כל זמן שהוא ביד איש אחר אין הרשות קונה עד שתנוח ע"ג הקרקע [סמ"ע] ומיהו אם הנכנס עם המציאה היתה כוונתו להקנותה לבעה"ב אך לא הכיר את הבעה"ב ואיש אחר ישב שם ודימה שהוא הבעה"ב ומכר לו המציאה צריך זה הקונה למוסרה לבעה"ב דהא הנכנס כוון להקנות לו וקונה לו רשותו אפילו היא בית שאינה משתמרת דכיון שיש דעת אחרת אותו לא בעינן חצר המשתמר [ס"ך] ועיין בס"ם רס"ח:

המוצא

יב המוצא מעות בחנות ויש בהחניותים כמו תיבה הספסקת בין החנוני ובין הקונים והחנוני יושב לפנים ממנה עם סחורתו והקונים עומדים חוצה לה אם מצא לפנים מן התיבה הרי היא של בעל החנות דודאי ממנו נפל ולא נתייאש אפילו הוי דבר שאין בו סימן ואפילו רוב עכו"ם נכנסים להחנות דלפנים מן התיבה אין הולכין הרבה אנשים ואם מצא מן התיבה ולחוץ הרי זה של המוצא ואין רשותו קונה לו מפני שרבים נכנסים ויוצאים שם ואין המקום משומר אף כשעומד שם דעמידה בצד הרשות לא מהני רק כשיכול לשמרו ומקום שרבים מצוים שם אינו יכול לשמור [רא"ש] ולכן יש מי שאומר דגם בבית שרבים דורסים שם ומצא מציאה הוי של המוצא מטעם זה [ס"ך] ואף ברוב ישראל וכן מצא מעות בחנות השולחני שמחליף מטבעות והשולחני יושב על כסא שלפני השולחן והמחלפים עומדים מחוץ לשולחן אם מצא בין כסא ולשולחן הרי אלו של השולחני ואם מצא לפני השולחן הרי אלו שלו ואפילו מצא על השולחן הרי אלו של מוצאם דיש לתלות שזהו מהמחלפים ולא של השולחני וכן י"א דכן הדין בחנות במצא על התיבה דתלינן שזהו מהנכנסים והיוצאים וי"א שהוא של בעל החנות דלא דמי לשולחני דגם המחלפים מניחים מעותיהם על השולחן משא"כ בתיבת החנות אין דרך הבאים לקנות להניח חפציהן על התיבה ובירושלמי מבואר כדעה ראשונה ואין חילוק בין מציאת מעות לחפצים :

יג אם מצא דבר שיש בו סימן כמו חפץ או מעות צרורים ויש סימן בחפץ שבו צרורים המעות או במניין המעות אם מצאן לפני התיבה ולפני השולחן או על גביהן אם הנכנסים והיוצאים רוב עכו"ם האובד מתייאש דסבור עכו"ם מצא והרי היא של המוצא ואם היו רוב ישראל חייב להכריז דכיון שיש סימן אין האובד מתייאש וי"א שאפילו ברוב ישראל הרי הוא של המוצא מפני שהאובד סבור דנשאר אצל החנוני והשולחני ואומר הלא שאלתי מהם ולא השיבו בודאי דעתם לגזול ובדין לא אוכל לתובעם שיאמרו דאחר מצא אמנם לדינא העיקר כדעה ראשונה דמי יימר דהאובד אינו סבור שבאמת אחר מצא ויכריז [ס"ך] ודע דשולחנים העומדים עם שולחנם ברחובות ובשווקים ג"כ הדין כן דבין השולחן ולשולחני הוא של השולחני אמנם כשהשולחני הלך משם נ"ל דהוי של המוצא כרוב עכו"ם דמתייאש שסביר שהעכו"ם מצא אבל ברוב ישראל אינו מתייאש אף בדבר שאין בו סימן שהמוצא יודע שהוא של השולחני :

יד המוצא פירות בדרך בצד שדה אילן והפירות נפלו על הדרך רחוק מהאילן או שהענפים נוטים אל הדרך ונמצא פירות תחתיהם אם מדרך אילנות כאלו להשיר פירותיהן ויודעים הבעלים מקודם שישורו אם יש שם שקצים ורמשים או בהמות וחיות האוכלות אותן רשאי המוצא ליטלן שהבעלים מתייאשין מהן וכן אם יודע שעוברי דרכים שאינם חוששין משום גזל יטלום רשאי המוצא ליטלן [תוס' כא:] וכן אם הפירי נמאסת בנפלה מותר ליטלם דמייאש מהם אבל אם אין דרך זה האילן להשיר הפירות אע"פ דאם היו הבעלים יודעים היו מתייאשים מ"מ מדלא ידעו ובאו ליד המוצא קודם יאוש אסורין דהוי יאוש שלא מדעת וכן אם היתה השדה של יתומים אסור ליטלן בכל ענין דיתמי לאו בני יאוש ומחילה נינהו דשארי אנשים כיון שמתייאשים מוחלים ולא יתומים שאין להם דעת למחול וכן אם ידוע שבעל הפירות מקפיד אסור ליטלן כגון אם הקיף מקום האילנות בגדר שלא יכנסו בהמות וחיות שם אסור ליטלן אף כשנפלו מעבר לגדר דהוא לא ידע מזה והוי יאוש שלא מדעת אא"כ ענפי האילן הולכין עד חוץ לגדר ויש בהן הפרטים שנתבארו דאז מותר ליטלן וכן אם תיקן מקום שיפלו בו הפירות הנושרות עד שילקטם הרי אלו אסורים שהרי גילה דעתו שלא מחל וענפי אילן הנוטים להצר ישראל אחד אסיר ליטול מהפירות הנושרים שיודע שבעל החצר לא יטלן וזה שנתבאר דשדה של יתומים אסור זהו דוקא כשידוע שהשדה היא של יתומים אבל מספק אין לנו לחשוש שמא היא של יתומים [ב"מ כב:] וכן כל אבידה הידוע שהיא של יתומים לא מהני יאוש שלהם וצריך להחזיר להם :

טו וזהו לשון הרמב"ם והש"ע המוצא קציעות בדרך אפילו בצד שדה קציעות הרי אלו שלו וכן תאנה שהיא נוטה לדרך ונמצאו תאנים תחתיה מותרים שהבעלים מתייאשין מהם מפני שהתאנה וכיוצא בה עם נפילתה נמאסת אבל זתים וחרובים וכיוצא בהם אסורים ותמרים שמשירים הרוח מותרים שחזקתן שהבעלים מחלום לכל אדם מפני שהבהמות והחיות אוכלים אותם מחמת מתיקותם ואם היה של יתומים שאינם בני מחילה אסורים וכן אם הקפיד בעל השדה והקיף מקום האילנות או תיקן מקום שיפלו בו הנובלות עד שילקטם הרי אלו אסורים שהרי גילה דעתו שלא מחל עכ"ל :

טז מצא פירות מפוזרות אם מצאן דרך הינוח שניכר שהבעלים הניחום שם בכוונה ה"ז לא יגע בהן ואם מצאן דרך נפילה הרי הן שלו ולא חיישינן שמא עדיין לא ידעו הבעלים מזה והוי יאוש שלמ"ד דמסתמא בפירות מרגישים הבעלים מיד כשנאבדו אמנם לדעת הטור בסי' רס"ב צריך לידע בבירור שהבעלים נתוודעו מזה ואם מצא פירות מפוזרות במקום הגרנות שדשו שם התבואה אע"פ שניכר שאין זה דרך אבידה מ"מ אם הם כשיעור שיתבאר שהטירחא מרובה על שווי הפירות יכול המוצא ליטלם דאמרינן שהבעלים הניחום בהפקר ולא חששו ללקטן וחז"ל נתנו השיעור [רפ"ב] שאם היו מפוזרים קב פירות במשך ד' אמות על ד"א או ביותר הרי אלו שלו מפני שאין כדאי להבעלים לטפל באסיפתן ואם היה בפחות משיעור זה לא יגע בהן דשמא הבעלים הניחום לבא וליטלן דאין הטירחא מרובה כל כך וכ"ש ביותר

מקב

מקב במשך הזה ואם היה מפוזר חצי קב בב' אמות אסתפק לחז"ל דשמא כיון שאין הטירחא מרובה לא הפקירם או אפשר דנגד חצי קב הוי טירחא מרובה והפקירן וכן אסתפקו בשני קבים בשמונה אמות דשמא כיון שהשווי הרבה לא מייאש או כיון דהטירחא מרובה מאד מתייאש וכן נסתפקו בקב תמרים ורמונים בד' אמות דשמא כיון דנוחים ללקטן אינו מפקירן וכן נסתפקו בקב שומשמין בד' אמות דשמא אע"ג שהטירחא מרובה מאד מ"מ כיון דשווים הרבה לא הפקירם ולדעת הרמב"ם ז"ל נסתפקו ג"כ כשהיה הקב בד' אמות משני מינים או יותר אינו מפקירם אף בטירחא מרובה ובכל אלו הוי ספיקא דדינא ואסור ליטלן והרמב"ם כתב דאם נטלן אינו חייב להכריז דכן דעתו בכל ספיקא דדינא [סגר"א והרא"ש חולק עליו [ער"ן נדרים ז']:

יז מצא יונים קטנים שאין יכולין לפרוח עדיין שמדדין בהילוכם אם מצאן קרוב לשובך בתוך חמשים אמה הרי הם של בעל השובך דכך אמרו חז"ל דכל המדדית אינה מדדית יותר מנ' אמה מהשובך ואין להסתפק בשל אחר ולכן לא אזלינן בתר רובא דעלמא וגם אין להסתפק שמא מעוברי דרכים נפלו דאין דרך להוליך בדרך יונים [ס"ז] ואם נמצאו חוץ לחמשים אמה הרי הם של המוצא דבודאי מעוברי דרכים נפלו וממי שנפל הוא מתייאש דאין בהן סימן ואין בזה לחשוש משום יאוש שלא מדעת דמסתמא נתוודע מיד [סמ"ע] ואם נמצאו בשביל שסביבו כרמים או גנות ופרדסות אפילו חוץ לחמשים אמה הרי הן של בעל השובך שע"י הכרמים דרכן לנדד גם חוץ לחמשים אמה מפני שמלקטות הפרחים ואין לומר דא"כ ניזל בתר רובא דעלמא ונאמר שהן משובכין הרחוקים דקים להו לחז"ל דיונים קטנים המתרחקין משובכיהן אם אינם רואין את השובך כשמחזירין פניהם לא יתרחקו כל כך וכיון שהכרמים מפסיקין ביניהם לבין שובכין דעלמא אין לתלות בהן [ב"ב כ"ד:] ואם נמצאו בין שני שובכין הרי הן של השובך הקרוב ואם נמצאו שוות להשני שובכות יחלוקו בד"א כשהיו יוני שתי השובכות שווין במנין אבל אם באחד נמצאים יונים יותר מבהשני הלך אחר הרוב אע"פ שהוא רחוק מהשני דרוב וקרוב הולכין אחר הרוב אף בקורבא דמוכח [וזהו סיעת רס"י ותוס' וסמ"ע כפי גירסתו בב"ב כג: כיון דמדדי לא מלי וכו']:

יח אבל י"א שאם נמצאו בדרך בכל ענין הוא של המוצא דאזלינן בתר רובא דעלמא ותלינן שמעוברי דרכים נפלו רק אם נמצאו במקום שאין דרך לרבים כמו שביל של כרמים וכיוצא בזה אם נמצאו בתוך חמשים אמה לשובך ודאי דמשובך זה הן וחוץ לנ' אמה הרי הן של המוצא דהא יצאו מגדרן ואזלינן בתר רובא דעלמא ואם נמצאו בין שתי שובכות ובשניהם תוך נ' אמה הולכין אחר הקרוב ואם באחד יותר יונים הולכין אחר הרוב [נמק"י סס וזהו סיעת סירושלמי וכן כוונת סרמב"ס ומתורץ קושית סב"י וסט"ז ובגמ' סגירסא סב"ע בשביל של כרמים

ולא יותר וספי' דבשביל של כרמים אין רבים הולכין שם והואר מסתירוליס סקודמים ודוק]:

יט וכל זה הוא ביונים קטנים שאין פורחין עדיין אבל בפורחין הן של המוצא בכל ענין דתלינן ברובא דעלמא שבאו ממקומות אחרים ודוקא שנתראין כעין אבידה אבל לחטוף יונים מהשדה הוי גזל גמור דהרי דרכן של היונים לפרוח ולשוב לשובכיהן ובסי' רנ"ט נתבאר לענין אווזין ותרנגולין שמרדו ועמ"ש בסי' ש"ע סעיף ב':

כ המוצא דבר במקום המשתמר כגון קרדום או בגד בצד גדר או בצד בנין שדרך הבעלי מלאכה להניחם שם בין אם ידוע להמוצא שהבעלים הניחום שם ובין שספק אצלו לא יגע בו אפילו יש בזה סימן וכ"ש אם אין סימן שאין זה אבידה שמתחייב בהשבתה דודאי הניחום שם מדעת אע"פ שהוא אינו יודע אם הניחום מדעת אם לאו [וזהו כוונת סטור וסרמ"א וא"ש קושית סש"ך סק"ל] ואם נטלן להוליכן לביתו ולא הוליך עדיין יחזירן למקומן דכיון שאין זה אבידה לא נתחייב בשמירה בהגבהתן אבל אם הוליכו לביתו לא יחזירן למקומן דשמא בעוד שהלך מכאן באו הבעלים ולא מצאום ונעשה אצלם כאבידה ולכן יכריז ויתנו הבעלים סימן ויטלום ואם אין סימן לא בהחפץ ולא בהמקום יהא מונח אצלו עד שיתברר של מי הם ואם הניח שם אדם בעוד שהלך וראה שלא באו הבעלים יכול להחזירן למקומן [ס"ז]:

כא ואם מצא במקום שאין משתמר כלל אפילו אם ידוע לו שמדעת הונח שם אם אין בהם סימן הרי הן של המוצא כגון כריכות קטנות של תבואה ברה"ר שאין בהן סימן לפי שמתגלגלין ברגלי בני אדם ובודאי מתחלה הניחום הבעלים לזמן מועט להקל המשא ואח"כ שכחום ונתייאשו כיון שאין סימן לא בהחפץ ולא בהמקום ואם יש בהן סימן נוטל ומכריז ובמקום שמשתמר קצת כגון שבילין שבשדות בין אם ידוע להמוצא שהבעלים הניחום שם ובין שהוא ספק אצלו אם יש סימן בהחפץ או בהמקום נוטל ומכריז דכיון שאינו נשמר שם בטוב נוח יותר להבעלים שיטלם המוצא ויכריז משיניחן שם ויבא גנב ויטלם לגמרי ואם אין בזה סימן לא יטלם דאם יטול לא ידע למי יחזיר וטוב יותר להניחן שם ויבואו הבעלים ויטלום אם לא יגנבום ואם נטלן בידו אע"פ שלא הלך עדיין מהמקום אסור לו להחזירן למקום שלקחן כיון שאין המקום משתמר בטוב וכשיחזירן הוא כמאבד בידים ולכן יהא מונח עד שיתברר של מי הוא וימסור לו וכך אמרו חז"ל [ב"מ כה:] כל ספק הנוח לכתחלה לא יטול ואם נטל לא יחזיר דנתחייב בהשבתן ובסעיף כ"ב יתבאר דיש חולקין בזה ומה שחז"ל אמרו לא יחזיר זהו כשהוליכן לביתו:

כב כל מה שבארנו בשני הסעיפים אלו דעת רוב רבותינו וכן פסק רבינו הרמ"א דיש ג' חלוקים בדבר וכמו שבארנו והרמב"ם ז"ל בפט"ו מגזילה כתב כל המוצא

אבידה בין שיש בה סימן בין שאין בה סימן אם מצאה דרך הנחה אסור ליגע בה שמא בעליו הניחוה שם עד שיחזרו לה ואם יבא ליטלה יהיה דבר שאין-בו סימן הרי איבד ממון חבירו שהרי אין לו בה סימן להחזיר בו ואם היה דבר שיש בו סימן הרי הטריחן לרדוף אחריה וליתן סימניה לפיכך אסור לו שיגע בה עד שימצאנה דרך נפילה אפילו נסתפק לו הדבר ולא ידע אם דבר זה אבוד או מונח ה"ז לא יגע בו ואם עבר ונטלו אסור לו להחזירו לשם ואם היה דבר שאין בו סימן זכה בו ואינו חייב להחזירו וכל דבר שיש בו סימן בין ספק הנחה בין בדרך נפילה בין ברה"י בין ברה"ר חייב להכריז כיצד דרך הנחה מצא חמור או פרה רועים בדרך ביום וכו' או מצא טלית או קרדום בצד הגדר ה"ז לא יגע בהם ובסרטיא נוטל ומכריז וכן כל כיוצא בזה מצא גוזלות מקושרות בכנפיהן ומדדין אחר הגדר או אחר הגפה או בשבילין שבשדות ה"ז לא יגע בהן שמא בעליהם הניחום שם ואם נטלם הרי אלו שלו ואם היו קשורים קשר שהוא סימן חייב להכריז וכן אם מצאום קבועים במקומם חייב להכריז שהמקום סימן עכ"ל והעתיקו רבינו הב"י בש"ע וס"ל להרמב"ם דזה שאמרו חז"ל בספק הנוח דאם נטל לא יחזיר דאם הוא דבר שאין בו סימן זכה בו המוצא ואף שאפשר שהבעלים לא נתייאשו עדיין והוי יאוש שלא מדעת זהו כשנתברר של מי הוא האבידה דאז צריך להחזיר אח"כ אבל כל זמן שלא נתברר יכול לעשות בה כרצונו [ס"ך] וגם ס"ל דאפילו בדבר שיש בו סימן ובספק הנוח לא יטול וגם ס"ל דבספק הנוח אפילו בדבר שיש בו סימן לא יטול לכתחלה והעיקר לדינא כדעה ראשונה רק דר"א שאפילו לדעה ראשונה בספק הנוח כשנטלו בידו ולא הוליכו לביתו עדיין יכול להחזירה למקומה דממ"נ אם הבעלים הניחום לדעת והוא מקום המשתמר למה לא יחזיר למקום המשתמר ואם היא אבידה כיון שאין בזה סימן הרי היא שלו מדינא ולמה לא יכול להחזירה [ס"ך] ויש מי שאומר דגם הרמב"ם אינו חולק בכל מה שנתבאר רק בהנחה עד שיתברר ואיהו ס"ל דיטלנה לעצמו [עט"ז וגס"מ] :

כג מצא באשפה כלי מכוסה הרי זה לא יגע בו דאמרינן דמדעת הטמינום הבעלים שם בד"א באשפה שאינה עשויה לפנות כלל אבל אם מתחלה עשאוה לפנותה המטמין בה דבר הוי אבידה מדעת והרי היא של מוצאה ויראה לי דאם יש לחשוש שגנובה היא והגנב הטמין בה צריך להכריז דיאוש לחודיה אינו קונה בגנבה כמ"ש בסימן שנ"ג וכן אם היא אשפה שאינה עשויה לפנות ואח"כ נמלכו עליה לפנותה אע"פ שמצאה מכוסה נוטל ומכריז דיכול להיות דהמטמין אינו יודע שנמלכו לפנותה וממילא שהחיוב חל על המוצא להחזיר לו וכן אם היו כלים קטנים כגון סכין ושפוד וכיוצא בהן נוטל ומכריז בכל ענין מפני שאפשר שבכיבוד הבית השליכום שם והיא אבידה ככל האבידות :

סימן רסא [דין המוצא במקום שניכר שאינה אבידה ולהכיר אבידה ובו ד' סעיפים]:

א כבר נתבאר דכל דבר שניכר שאינה אבידה כמו קרדום או בגד בצד גדר אין ליגע בה וכן אם מצא חמור או פרה או סוס רועים בדרך ביום אין זה אבידה אפילו כמה ימים זה אחר זה שדרך בני אדם להניח בהמותיהן לרעות בדרך ובלילה או אם רואה חמור וכליו הפוכין או שרואה סוס עם עגלה רץ בלא אדם ניכר שהיא אבידה ואם ראה רועים השכם בבוקר ובפנות היום לערב אם ראה אותם שלשה ימים רצופים ניכר שהיא אבידה ונוטל ומכריז ובמדינתנו מניחים הסוסים והבהמות בהכפרים לרעות כל הלילה על השדות בקיץ מחוץ לכפר ולכן אסור ליגע בהן כללו של דבר שדבר זה תלוי לפי ראות עיני המוצא ולפי מנהג המדינה :

ב אמרו חז"ל [כ"מ לא׳] דכשראה פרה רצה בדרך אם פניה כלפי העיר אין זה אבידה ואם פניה כלפי השדה ה"ז אבידה ואם מצאה רועה בין הכרמים חייב להחזיר ואע"פ שהיא לא תאבד אבל הרי מפסדת הכרם וחייב באבידת קרקע כמ"ש בסי' רנ"ט וכן אם רואה בהמה ועז וסוס בגינת חבירו חייב לחוציאה משם משום אבידת קרקע ופשיטא שאם היא בגינת אנס שיש חשש שיהרגנה כשיראנה האנס בגינתו ולכן אם יודע שכשיוציאנה תשוב בעצמה להבעלים א"צ רק להוציאה מהגינה ואם יודע שבעצמה לא תשוב להבעלים אם יודע של מי היא מוליכה לבית הבעלים אם אין לו העדר הכבוד בכך ואם לאו נוטל ומכריז וכן במקום שפורעין קנס מבהמות הנמצאות רועות בשדה אחר חייב להוציאה ולהציל ממון הבעלים ואם אינו לפי כבודו והוא שגם בהמת עצמו לא היה מוליכה פטור כמ"ש בסי' רס"ג :

ג מצא פרה עומדת חוץ לתחום וניכר שתועה היא ויכול להיות שתברח מהבעלים חייב להחזירה ואם היתה רועה בעשבים לא יגע בה שאין זו אבידה וכן אם מצאה עומדת ברפת אף שאינה משתמרת ברפת כזו מ"מ אם הרפת אינה מתעית את הבהמה שתברח ממנה כגון שאין לה פתחים מארבע רוחותיה אין זו אבידה ויבואו הבעלים ויטלוה וי"א שאם הרפת חוץ לתחום חייב להחזירה וכתב רבינו הרמ"א דהכל לפי הענין ואין כאן מחלוקת כלל וגם הדעה הראשונה מודה שאם נראה לפי הענין שאינה משומרת שתברח או יגנבוה שחייב להחזיר :

ד המאבד ממונו וחפציו לדעת אין נזקקין לו להשיבו כיון שהוא עצמו אינו חס על ממונו כיצד ראה שאחר הניח פרתו או סוסו ברפת שאין לה דלת ולא קשרה והלך

והלך לו או השליך כיסו ברחוב והלך לו ה"ז מאבד ממון לדעת ואף שאסור להרואה ליטלן דהא לא הפקיר אותן אלא שלא שמרן כראוי מ"מ להחזירן ג"כ אינו זקוק שנאמר אשר תאבד פרט למאבד וי"א דרפת כזו לא מקרי אבידה מדעת שהרי הרבה אנשים עושים כן ולכן אם יש חשש שתאבד חייב להחזירה ובמקום שיש אבידה גמורה מדעת כמו המשליך כיסו לרה"ר י"א דהוי הפקר וכל הקודם זכה דבודאי הפקירן בלבו והפקר בלב הוי הפקר [ס"ך] ועמ"ש בסימן רע"ג אבל במה שלא חשש לשמור כראוי כגון שמסר מעות או חפצים לקטנים וכה"ג או שהעמיד בהמותיו במקום שאינו משתמר כלל נהי דאין המוצא חייב בהשבתן מ"מ אין זה הפקר ואדרבא אם נטלן לידו מחוייב בשמירתן כמ"ש בסי' קפ"ח [ולפמ"ש מתורץ מה שסקסו מג"ב פס']:

סימן רסב [איזה אבידה חייב להכריז ואיזה של מוצאו ובו כ"ה סעיפים]:

א כל אבידה שאינה שוה פרוטה בשעת אבידה ובשעת מציאה אינו חייב להכריז עליה אפילו היתה ש"פ בשעת אבידה והוזלה או שלא היתה ש"פ בשעת אבידה והוקרה אינו חייב שנאמר אשר תאבד ממנו ומצאתה והצריכה תורה שיהיה עליה שם אבידה בשעת אבידה ובשעת מציאה אבל אם היתה ש"פ בשעת אבידה ובשעת מציאה אפילו הוזלה בינתים חייב וכן אם הוזלה קודם הכרזה חייב להכריז דכיון דבשעת מציאה חל עליו החיוב לא פקע אח"כ אף שהוזלה:

ב אפילו אבידה ששוה יותר מפרוטה אם היא של שותפים הרבה שאין מגיע לכל אחד ש"פ אינו חייב להחזירה בד"א כשידוע לו שהם שותפים בהאבידה אבל בסתם שראה חפץ או מטבע שנפל מבני אדם שהלכו ביחד לא יתלה לומר שהם שותפים ויש בזה פרטי דינים כמו שיתבאר לפנינו בס"ד:

ג הרואה שנים שהלכו ביחד ונפל מאחד מהם חפץ אפי' דבר שאין בו סימן חייב להחזיר מפני שהאובד אינו מתייאש לעולם מפני שאומר הרי לא היה עמדי אלא זה שהלך עמי ודאי נטלה ואף שאינו מודה אך היום או מחר אתפיש משלו כנגד האבידה ואינו מתייאש לעולם אפילו בדבר שאין בו סימן ואף אם נתייאש אח"כ הרי בא לידו קודם יאוש והוי יאוש שלמ"ד אבל שלשה שהלכו ביחד ונפל חפץ מאחד מהם אפילו דבר שיש בו סימן אם מצאה אחר שנתוודע האובד שנאבד ממנו הרי זה שלו דודאי התייאש מפני שאומר הרי זה ודאי שאחד מהשנים שהלכו עמי לקחוה והרי בקשתי מהם ולא השיבוה לי ולתבוע מהם בחוזק יד אין ביכלתי מפני שכל אחד ידחה עצמו על חבירו ולכן גם לתפוס מהם אינו רשאי ומתייאש מיד כשיוודע מאבידתו:

ד וזה שאמרנו שבשלשה אינו חייב להחזיר זהו כשידוע להמוצא שאינם שותפים אבל אם אין ידוע לו חיישינן שמא שותפים הם ואין שותף חושד את חבירו ואף כשנודע לו שאבד ובקש מהם ואמרו שלא מצאו אינו מתייאש באמרו שהם רוצים לצערו לזמן מועט וישיבו לו האבידה לפיכך ראה שנפל סלע או חפץ משנים חייב להחזיר וכן בשלשה כשאין ידוע לו שאינם שותפים ולכן אם ראה ממי נפל יחזירנה לו ואם לא ראה ממי מהם נפל אם יש בזה סימן יכריז ביניהם ואם אין בזה סימן יהא בידו עד שיבא אליהו או יתברר ע"פ הודאתם של מי הוא ואמרו חז"ל [ב"מ כו:] דבשלשה כשאין ידוע לו שאינם שותפים אפילו החפץ אינו שוה רק שתי פרוטות חייב להחזיר אף שאין בו ש"פ לכל אחד משום דחיישינן שמא הם שותפים בזה וכיון דאין לכל אחד מהם פרוטה מחל אחד מהם חלקו לחביריו והרי יש בו שתי פרוטות לשנים ואם אח"כ נודע שלא מחלו אחד לחביריו הרי הוא של המוצא ואע"ג דבא לידו קודם שנודע לו מזה אין זה כיאוש שלמ"ד דבזה אין תלוי בידיעתו כיון שאין בו ש"פ לכ"א אבל אם היה שוה פחות משתי פרוטות הוה תמיד של המוצא ולא חיישינן שמא מחלו שנים לאחד דאין דרך ששנים ימחלו לאחד וגם אין חוששין שמא שנים מהם שותפים ואחד מהם מחל חלקו להשני דג' שהולכין אין לנו לחשוש רק או שכולם שותפים או שאינם שותפים כלל [סס בתוס'] ובשנים אפילו אין בו רק שוה פרוטה חייב להחזיר:

ה י"א דזה שנתבאר בראה שנפל משנים דחייב להחזיר מפני שחושד את חבירו שלקחה ואינו מתייאש זהו דוקא כשראה המוצא ששניהם חפשו אחר האבידה אבל בלא זה אינו חושד שחבירו לקחה וסבור שאחר מצאה ולכן אם אין בזה סימן ה"ז להמוצא אם מצאה אחר שנתוודע לבעל האבידה שנאבד ממנו או שהיו מעות שדרך למשמש בכיסו בכל שעה כמו שיתבאר וכן מ"ש דבשלשה חיישינן שהם שותפים זהו כשראה שכולם חפשוה דיש קצת ראיה לזה אבל בלא"ה לא חיישינן [תוס' סס ורי"ו ועס"ך וכס"מ ול"ע לדינא]:

ו מצא דבר שנתייאשו הבעלים ממנו כגון שאמרו וי לחסרון כיס אפילו יש בו סימן הרי הוא של מוצאו כשבא לידו אחר יאוש וכן המוצא דבר שמוכיח שיש זמן רב שנאבד מבעליו ונמצא במקום שאינו משתמר ודאי נתייאשו הבעלים והרי הוא של המוצא אפילו יש סימן בגופו או במקומו וזה שאמרנו דכשאמר וי לחסרון כיס הוי יאוש אין זה אלא באבידה וכיוצא בזה דגם מן הסתם יש לומר דאתייאש אבל מי שיש לו חוב שקשה לגבותו אף שאמר וי לחסרון כיס אין זה יאוש דמספק אמר כך ולא שמתייאש בבירור וכמ"ש בר"ס צ"ח ע"ש מיהו בחוב

שהיאוש

שהיאוש הוא גם מן הסתם כמו אנס שהיה חייב לישראל ומת ונתייאש שאמר וי לחסרון כיס הוי יאוש ואע"פ שבמשך הזמן נתגלגל הדבר שביכלתו לגבות הוי יאוש [וע"ש מ"ש בסי' קס"ג סעי' י"ב]:

ז כבר נתבאר דאבידה שבא ליד המוצא קודם יאוש צריך להחזירה אף כשנתייאש אח"כ דקיי"ל יאוש שלא מדעת לא הוי יאוש ויש בזה שאלה כיון דיאוש הוי כהפקר למה לא יקנה המוצא אף כשהוא בידו והרי זוכה מן ההפקר ומזה דקדקו רבותינו דיאוש אינו כהפקר גמור [תוס' ב"ק סו:] ובודאי כן הוא דהפקר מפקיר האדם את הדבר מדעתו ומרצונו ואינו יכול להפקיר רק דבר שברשות אבל דבר שאינו ברשותו לא יחול ההפקר ויאוש הוא להיפך שמפני האונס הוא מסתלק מדבר שאינו ברשותו ובירושלמי למדו דיאוש קונה מדכתיב אשר תאבד ממנו דדוקא שרק ממנו אבוד וביד אחר נמצאת חייב להחזיר אבל יאוש בעלים שאבוד ממנו מפני היאוש וגם אבוד מכל אדם שעדיין לא בא ליד המוצא ה"ז של המוצא וממילא מבואר מזה דכשבא ליד המוצא לפני יאוש לא קנה דהא בעת שהיא אבודה ממנו אינה אבודה מיד כל אדם ומ"ש אינו אבוד ומצוי כלומר אינו אבוד ואינו מצוי [זהו פי' הירושלמי פ"ב דב"מ וזהו כוונת רש"י בב"ק ס"ו: ד"ה מוכח אבידה וב"מ כ"ב:]

ח ויש מהגדולים שאמרו דכיון דיאוש לא דמי להפקר אין האבידה יוצא מרשות הבעלים עד שבאה ליד המוצא ואע"ג דבהפקר מיד כשהפקירה יוצאה מרשותו ואם רצונו לזכות בהפקרו קודם שאחר זכה בו צריך לעשות מעשה לקנותה ובראייה בעלמא לא יקנה אבל ביאוש אע"פ שאמר וי לחסרון כיס אינה יוצאה מרשותו עד שבאה ליד המוצא ואם הבעלים ראו את האבידה אחר היאוש רק קודם שבאה ליד המוצא זכה בה בראייתו בלבד ודברי טעם הן דכיון דיאוש הוא ע"י אונס כיון שעבר האונס אחרי שראה חפצו עבר היאוש ועוד י"ל דיאוש הוי כעין סילוק ומחילה לכל מי שימצא וכשמצא אח"כ נתגלה שהיתה מחילה בטעות [ורא"י ממ"ש בגמ' גם יתמי לאו בני מחילה ועקס"מ וקצה"ח סי' ת"ו]:

ט וכפי שנתבאר הוי דין יאוש דאבידה כיאוש דגנבה דכשם שבגנבה צריך יאוש ושינוי רשות אחר היאוש כמ"ש בסי' שנ"ג כמו כן באבידה אינו קונה רק ביאוש ושאח"כ בא ליד המוצא ואפילו להסוברים שם דשינוי רשות מהני גם קודם היאוש זהו מפני שהקונה קנאה כשלא היה החפץ ברשות הבעלים אלא ברשות הגנב משא"כ האבידה כשלא באה עדיין לרשותו של מוצא עדיין היא כברשות הבעלים וכשמצאה קודם יאוש הוי כשומר עליה כמ"ש בר"ס רנ"ט ובגנב לא שייך זה דהרי כוונתו לגנוב ולא לשמור:

י אין המוצא מציאה חייב להכריז אלא בדבר שיש בו סימן בגוף האבידה או אפילו אין סימן בגופו אלא במנינו או בקשריו או במדתו או במשקלו או אפילו אין בה אחד מכל אלו רק שיש סימן בהמקום שנמצא בו האבידה כגון שניכר שהונח שם בכוונה ואח"כ שכחוה והמוצא יכריז מצאתי אבידה פלונית והבעלים יתנו סימן במקום פלוני מצאת וזה שנתבאר בסי' ר"ס דודאי הונח לא יגע בו זהו כשהמקום משתמר קצת אבל במקום שאינו משתמר כלל נוטל ומכריז ואם אין בזה שום סימן אפילו במקומו כגון שניכר שהיה דרך נפילה אם הוא דבר שיש לתלות שהבעלים הרגישו בו מיד כשנפל ממנו כגון שמחמת כובדו הרגיש בודאי או מחמת חשיבותו ה"ז של המוצא שהרי נתייאש מיד כשידע שנפל כיון שאין בו סימן ובא לידו בהיתר ואם אין בזה פרטים אלו צריך להחזיר אע"פ שנתייאשו אח"כ כיון שבא לידו קודם יאוש וזהו שקראו חז"ל יאוש שלא מדעת ור"ל דאם האובד ה"ה יודע מהאבידה היה מתייאש רק כיון דלא ידע עדיין שאבד לא שייך לומר שנתייאש:

יא לפיכך אמרו חז"ל דהמוצא מעות מפוזרות או עיגולי דבילה והם תאנים שנדרסו יחד שעושים אותם עיגולים או ככרות של נחתום שכולן שוות ואין בהן סימן או מחרוזות של דגים שאין בהן סימן לא בקשרם ולא במנינם שכולם חורזין כן או חתיכות של בשר שאין בהם סימן כגון במקום שכל החתיכות שוות במשקלן כמ"ש בסעיף כ"א וכן לשונות של ארגמן והוא צמר סרוק ומשוך כעין לשון וצבוע ארגמן או גיזי צמר שאינם צבועים וכן אניצי פשתן והוא פשתן לאחר שסורקין אותו קושרין אותו וכולם קושרים בשוה ואין בהם סימן וכיוצא בזה משארי דברים שאין בהם סימן הרי אלו של המוצא שבכל אלו מסתמא הרגישו הבעלים בנפילתם קודם שמצאן זה או מצד חשיבותן כמו מעות דאדם ממשמש בכיסו בכל שעה או מחמת כובדן כמו אניצי פשתן וכל אלו הדברים אין דרך להניחן ובודאי דרך נפילה באו שמה וכיון שאין בהן סימן מסתמא מתייאשים הבעלים אבל המוצא ככרות של בעה"ב או גיזי צמר הצבועים או חתיכות בשר ודגים אם יש בהן סימן כגון שנחתך שלא כמו שכולם חותכים וכן כל דבר שיש בו סימן חייב להכריז:

יב מצא פירות מפוזרים אם ניכר שהניחם שם לא יגע בהם ואם ניכר שהוא דרך נפילה הרי הם שלו דמסתמא נתוודעו הבעלים מיד מזה ונתייאשו משום דהוא דבר מאכל והם כמעות שממשמש בהם בכל שעה וי"א דדוקא אם יודע המוצא שנתייאשו הבעלים אבל בסתם לא אמרינן שנתוודע ונתייאש דלא דמי למעות [טור וכמ"ש בסי' ר"ס סעיף ט"ז ושם נתבאר אם מצאם במקום הגורן ע"ש]:

יג מצא כריכות קטנות של שבלים במקום שבני אדם הולכין דרך שם כמו רה"ר וסימטא ושדות שאינן זרועות הרי אלו שלו מפני שאין בהן סימן דכולן שוות וגם מצד המקום אין בהן סימן מפני שמתגלגלין ברגלי אדם וברגלי בהמה ואינה נמצאת במקום שנפלה תחלה

ובעל

ובעל האבידה נתוודע מזה מיד ואם מצאם ברה"י או בשדה זרוע שאינה דרך לרבים אם מצאם דרך נפילה כגון שהן מפוזרין הרי אלו שלו ואם מצאן דרך הנחה חייב להכריז שאע"פ שאין בהם סימן המקום הוי סימן אבל אם מצאן אלומות שהן כריכות גדולות בין ברה"ר בין ברה"י נוטל ומכריז דאין נזוזין ממקומן בהליכת רגלי בני אדם ויש בזה סימן מקום ודע דמקום אינו סימן במקום שדרך בני אדם ליתן שם חפצים כאלו כמו חביות בשפת הנהר אינו סימן שהכל פורקין שם משאם וכן כל כיוצא בזה וע' בסעיף ט"ו ;

יד כתב הטור המוצא חבית של שמן ויין וגרוגרות ותבואה קודם שיפתחו האוצרות חייב להכריז מפני שיש סימן ברשימתן אבל לאחר שנפתחו האוצרות אין בהם סימן ואינו חייב להכריז ועוד אפילו אם יתן בהם סימן אינו מועיל שמא מכרו והוא מכיר הסימן שבו עכ"ל דכל דבר העומד למכירה חיישינן שמכרו כמו מטבע העומדת להוצאה ועמ"ש בסעיף י"ז וכתב עוד דדוקא במלאים שכל מדתם שוות אבל אם הם חסירות יש בהם סימן במדה שבהן עכ"ל וכן כל כיוצא בזה :

טו המוצא צבורי פירות או פירות בכלי או כלי כמות שהוא חייב להכריז דיש סימן בכלי ובפירות אם הם הרבה צבורים הוה המנין סימן ואם הוא צבור אחד הוי המקום סימן [גמ'] והפירות אין דרך בני אדם לדרום עליהן ולגלגלן ממקום למקום וכן אף דברים שדרכן לדרום עליהן ולגלגלן כמו כריכות קטנות שאין בהם סימן מקום כמ"ש בסעיף י"ג אם יש בהכריכות עצמן סימן אפילו מצאן ברה"ר חייב להכריז ולא חיישינן כיון שדרכן לדרום עליהן נדרס הסימן והבעלים מתייאשים מזה דקיי"ל סימן העשוי לידרס הוי סימן [גמ'] וכן כל כיוצא בזה :

טז המטבע אין בה סימן דכולם נעשים בתמונה אחת ולאלפים יש כזו הנמצאת ואפילו אמר רשומה היא בחותם מלך פלוני ואפילו אמר שמי כתוב עליה מ"מ אין מחזירין לו מפני שלהוצאה עומדת ושמא הוציאה ומאחר נפלה וי"א דסדק במטבע הוי סימן דבסימן כזה הרי היא כשאר כל הכלים ואינו דומה לשמו כתוב עליה דלא הוי סימן דכשכותב שמו על מטבעותיו מסתמא על כל המטבעות הנמצאים אצלו כתב שמו ולכן אין זה סימן אבל סדק אין בכל המטבעות ולא חיישינן שמא הוציאה ומאחר נפלה והוא בא לרמות דהרי מכירין את האיש שאינו רמאי ואם אין מכירין אותו צריך באמת להביא ראיה שאינו רמאי כמו שיתבאר בסי' רס"ז ולכן לא חיישינן בכל אבידה שמא מכרה ויודע סימניה ומאחר נפל ולדעה זו גם בשטרות המלוכה שכולם עשוין בתמונה אחת אם נתן סימן שיש עליה חתך במקום פלוני או איזה סימן אחר שאין בכל המין כיוצא בזה וכ"ש אם נותן סימן ברושם המספר שלה הוי סימן [ככ"ל לפי דעה זו] :

יז אבל מלשון הטור שהבאנו בסעיף י"ד משמע להדיא דכל דבר העשוי למכירה ולהוצאה אין הסימן כלום אפילו הסימן הוא רק על מציאה זו משום דחשדינן ליה שמכרה ויודע סימניה והוא מכיר הסימן שבו ואע"ג דלא חיישינן לרמאי מ"מ בדבר העומד למכירה או להוצאה חיישינן ובכל האבידות לא חיישינן משום דאין עיקרן למכירה ולמה לנו לחשוש באדם שאינו מוחזק לרמאי אבל חביות יין העשויין למכירה ומטבעות העשויות להוצאה ובכל עת נמסרים מיד ליד חיישינן לרמאות ולפ"ז אין במטבע שום סימן וכן משמע מלשון הרמב"ם פי"ד מגזילה דין י' שכתב דלכן מתייאש דכיון דעשוי להוצאה אינו סומך על הסימן [וכ"מ מלשון הש"ס [כ"ה:] דילמא אפוקי אפקה וכו'] ויראה לי דאפילו לדעת הטור אין זה אלא בסתם בני אדם הגם שאינם מוחזקים לרמאים מ"מ גם אינם ידועים לאנשי אמת ומוחזקים בכשרות אבל אם זה האובד מוחזק בכשרות ולאיש אמת גם הטור מודה וגם להרמב"ם י"ל כדעה ראשונה [ע"ש בסה"מ שכתב דברי הרמב"ן וכן דברי הנמק"י בשם הר"ן משמע שמודה לזה ודוק] :

יח ואם מצא הרבה מטבעות וניכר שאינן דרך נפילה אלא דרך הנוח מחוייב להכריז דבעל האבידה יכול ליתן סימן בהמנין או בהמקום וי"א דמקום אינו סימן במטבעות מפני שקטנים בכמותם וא"א לכוין המקום [רא"ש] ואין בזה סימן אלא המנין ומכריז מטבעות מצאתי וזה אומר כמה ונוטל כשמכוין המנין ובשנים אף אם הם דרך הנוח אין המנין סימן דמיעוט מטבעות שנים ואם מצאן דרך נפילה הרי אלו שלו ולכן אמרו חז"ל דהמוצא מעות מפוזרים הרי אלו שלו ואפילו היה מקצתם זה על גבי זה הרי הם כמפוזרים אבל אם מצא צבור מעות דמונחים כדרך הנחה חייב להכריז ויתן האובד סימן במניינם וכן אם מצא ג' מטבעות זה ע"ג זה ועשוין כמגדל והוא שהתחתון רחב הרבה והאמצעי קצר ממנו והעליון קצר מהאמצעי או שהיו מונחים כסולם דהיינו רובו של אמצעי ע"ג תחתון ורובו של עליון על האמצעי או שהיה אחד מכאן ואחד מכאן ואחד על גביהם באופן שאם יכנים קיסם ביניהם ינטלו בבת אחת חייב להכריז ואם היו מונחין בעיגול כטבעת או זה אחר זה בשורה שוה או שמונחים כסגול שכל אחד כנגד האויר שבין השנים שכנגדו ה"ז ספק אם זה מקרי דרך הנוח או שמא גם בנפילה יוכלו ליפול בתמונות כאלו וכיון שהוא ספק לא יטול וי"א דספק איסורא לחומרא ויטול ויכריז [סס] ודעת הרמב"ם בנטל נתבאר בסי' ר"ס סעיף ט"ז וי"א דבמונחים כמגדלים יכול ליתן סימן בהנחתם שמונחים כעין זה וכן בכסולם ובאחד מכאן ואחד מכאן ואחד ע"ג [רש"י ב"מ כ"ה ולפירושו הך מכריז מנין לא קאי אמגדלים ודוק] :

יט וכן המוצא מחטין וצנורות ומסמרים וכיוצא בהם אם מצאן שמונחים אחת אחת אפילו מצא הרבה הרי אלו שלו דאין בהם סימן אבל מצאן שנים שנים ניכר שזהו דרך הנוח ואם הם שני זוגות וכ"ש יותר חייב להכריז שהמנין הוי סימן וזה יכריז מחטין מצאתי וזה יאמר

יאמר המנין ארבעה או יותר וה״ה אם הונחו רק ג׳ ביחד הוי סימן דשלשה הוי סימן מנין ולמה לא אמרו חז״ל שלא יגע בהן ובמטבעות כשהן דרך הנוח ובמקום המשתמר יראה לי משום דלגבי דברים קטנים אין שום מקום שיהא משתמר ולכן יטול ויכריז ואין להקשות לפמ״ש בסעיף י״ג בכריכות קטנות שמתגלגלות ברגלי אדם ובהמה וא״כ גם במטבעות ובמחטין הלא האובד מתייאש מפני שיתגלגלו ברגלים ולא יהא ניכר שזהו דרך הנוח ובגמ׳ משמע שאפילו מצאם במקום שרבים דורסים שם צריך להכריז די״ל דגלגול ברגלים לא שייך אלא בדבר שגבוה מהקרקע שמעכב רגלי ההולך ולכן מתגלגלים ברגלי ההולכים משא״כ בדברים קטנים כאלו שאין מעכבים רגלי ההולך לא חיישינן לגלגול הרגלים דדורסים עליהם:

כ ראה שנפל מחבירו מטבע בתוך החול או בתוך העפר מותר לקחתו דודאי נתייאש ואפילו ראהו שהביא כברה לכבור החול או העפר לחפשו אין חוששין לו דאמרינן שודאי נתייאש ומה שמכביר את החול והעפר דסבור כשם שממני נפל כך מסתמא גם מאחרים נפל ושמא אמצא דבר מה מיהו אם אומר מיד שאבד אביא כברה ואכברנו אסור ליטלו דחזינן שאינו מתייאש [כ״ל]:

כא אף דברים שאין בגופן סימן אם נמצא באיזה שינוי שע״פ השינוי יש סימן אלא שי״ל שהסימן בא מאליו הוי סימן ויכריז כיצד מצא עיגול של דבילה ובתוכו חרש או ככר ובתוכו מעות וכן כל כיוצא בזה חייב להכריז דסימן שיכול לבא מאליו הוי סימן וי״א דלא הוי סימן דהאובד מתייאש אף שהוא נתן הסימן מפני שסבור שהמוצא יקחנה לעצמו דיסבור שבא הסימן מאליו [ערס״י כ״ג] וכן דברים שאין בהן סימן ונמצאין בעצמותן בשינוי חייב להכריז כיצד מצא חתיכת בשר משונה בחיתוכו או דג נשוך דהנשיכה הוי סימן וכן כל כיוצא באלו הואיל שיש בעצמותן שינוי חייב להכריז דהבעלים עשו זאת לסימן אבל חתיכת בשר שאינו משונה בחיתוכו הרי הוא שלו שאפילו יאמר סימן שהיא מהירך או מהצואר אינו סימן דהרבה יש כיוצא באלו ואם כוון המשקל הוי סימן אם לא במקום שכל החתיכות שוות במשקל [גמ׳] ולכן במדינתינו שאין החתיכות שוות במשקל חייב להכריז והאובד יתן סימן בהמשקל:

כב מצא דבר שאין בו סימן מונח בכלי שיש בה סימן כגון כלי ופירות בתוכו או כים ומעות בתוכו מחזיר הפירות למי שנותן סימן בהכלי והמעות בסימני הכים אבל אם אין מונחים בתוכם כגון כלי ולפניו פירות כים ולפניו מעות הפירות והמעות שלו והכלי והכים נוטל ומכריז ואם מראים הדברים שהפירות והכלי של אדם אחד הן חייב להכריז כיצד היה אחורי הכלי לפני הפירות הרי אלו שלו דאם מהכלי נפלו היה פניה לפני הפירות ולכן אם היה פני הכלי לפני הפירות חוששין שמא מן הכלי נשפכו ואם היה אוגנים להכלי אע״פ שפניה כלפי הפירות הרי אלו שלו שאלו נשפכו מהכלי היה קצת מהם נשאר בתוך הכלי דהאוגנים היו מעכבים קצת מהם ולכן אם היה מקצת הפירות בכלי ומקצתם בארץ חייב להכריז וי״א דאם היו פירות שדרכן להשתרק מהכלי בכל ענין הוא של הנותן סימן בהכלי והעיקר שתלוי לפי הענין דיש פירות שמתגלגלין עד לאחורי הכלי כתפוחים וכל מיני פירות עגולים וכן בכים ולפניו מעות אם מראים הדברים שהכים והמעות הם של אחד ומהכים נפלו מי שנותן סימן בהכים יוחזר לו גם המעות:

כג אמרו חז״ל דאם מצא חמור ואוכף עליו מי שנותן סימן בהאוכף מחזירין לו גם החמור ונראה דזהו כשנותן אמתלא על מה שאין לו סימן בהחמור כגון שחדש הוא אצלו וכיוצא בזה אבל בלא״ה הלא שקרו מוכח ואם אומר סימנים על החמור ולא נמצאו בו אין מחזירין לו את החמור וכן אם נמצא סוס אסור בעגלה דמחזירין האחר בסימני השני כשנותן אמתלא למה אינו יודע בסימני השני:

כד הלוקח פירות מחבירו או שחבירו שלח לו פירות במתנה ומצא בהם מעות אם צרורים הם במטפחת חייב להכריז שהקשר סימן אם הוא קשר משונה וכן מנין המעות הוי סימן וכן סימני מטפחת הוי סימן דהוי ככים ומעות בתוכו ואם הם מפוזרים אחד אחד בתוך התבואה הרי אלו שלו ודוקא כשהתבואה אינו משל שרות המוכר בעצמו כגון שלקחם מתגר או מבעה״ב שלקחם מהתגר דהתגר בעצמו קונה מכמה בני אדם ולכן מי שהם שלו כבר נתייאש כיון שאין במטבעות סימן אבל אם לקחן מבעה״ב שדש הפירות משדותיו בעצמו או ע״י עבדיו ושפחותיו הכנענים חייב להחזיר דודאי שלו הם ואף אם נפלו מעבדיו ושפחותיו מה שקנה עבד קנה רבו אבל אם דשן ע״י שכירי יום אין לו להחזיר לבעל התבואה דשמא מהשכירים נפלו וכן הדין בתגר עצמו שקנה מבעה״ב פירות ומצא בהם מעות צריך להחזירם לו ודוקא כשלא שהה עדיין בכדי שיוכל לערבן עם פירותיו אבל אם שהה בידו השיעור הזה ואח״כ מצאן הם שלו דודאי הבעלים נתייאשו כששיערו שעירבן עם פירותיו ובאו לידו אחר היאוש ואדם עשוי למשמש בכיסו בכל שעה ושעה ונתוודע מזה וכן אם מצאן אחר ששהה כדי למכור לאחרים הרי הם שלו דמתייאש מפני שסובר שכבר מכרם לאחר [ס״ך] וזה תלוי בערך האיש ומסחרו:

כה המוצא כלי מכלים שצורת כולם שוה שעשויים כולם בתמונה אחת אין בהם סימן אם לא שיש בה איזה סימן שלא מפני צורתה וכן חפץ העשוי בבתי מלאכה ונעשים חפצים כאלו לאלפים אין בהן סימן בתמונתן אם לא שיש בה סימן אחר שלא מפני צורתה אמנם אע״פ שאין סימנים לכלים וחפצים אלו מ״מ יש לכל אחד טביעות עין להכיר חפצו וכליו וזהו רק בכלי וחפץ שהשתמש בהם הרבה זמן ונשבע עינו לראותם אז יש לו בהם טב״ע אבל

אבל כלים וחפצים חדשים שלא שבעתן העין אין בהם טב"ע אמנם על טב"ע אין ליתן נאמנות לכל אדם שאינו משקר כיון שבזה צריך לסמוך רק על נאמנותו ולא על סימן ולפיכך אמרו חז"ל דאין מחזירין אבידה בטב"ע לבד לת"ח שידוע שאינו משנה בדיבורו כלל אלא בדברי שלום או דרך ענוה כגון ששואלים אותו בקי אתה במסכת פלונית ואומר שאינו בקי וכיוצא בזה וכן אם שואלים אותו ישנת על מטה זו והוא משיב לא ישנתי אף שישן עליה מפני שחושש שמא ימצאו בה דבר מגונה ויתגנה וכן אם שואלים אותו אם קבלך בעה"ב בסבר פנים יפות ואינו אומר שקבלו יפה כדי שלא יקפצו עליו בני אדם שאינם מהוגנים וכן כשמקפיד על חלוקו להפכו שלא יתראו התפירות ולת"ח כזה אם אינה כלי חדשה או חפץ חדש אף שאינו יכול ליתן בה סימן מ"מ חייב להראותו לו דאולי יכירנו בטב"ע ואם אומר שלי הוא מחזירין לו וכל ת"ח הוא בחזקת שאינו משנה זולת בהדברים שכתבנו עד שיביא המוצא ראיה שאינו נזהר מלשקר גם בדברי רשות ודעת הטור הוא דזהו רק כשמצא במקום שמצויים ת"ח כמו בבהכ"נ ובבהמ"ד אבל בלאו הכי אינו חייב להכריז אבל מלשון הרמב"ם משמע דבכל מקום שמצא אם בא הת"ח ואומר שמכירו בטב"ע חייב להחזיר לו ואפשר דגם הטור לא קאמר רק שאינו חייב להכריז אבל אם בא הת"ח ואומר שמכירו בטב"ע חייב להחזיר לו וגם בזמה"ז יש דין ת"ח לזה דלאו בחכמה תליא מילתא אלא ביראת ה' דמי שידוע שהוא י"א וידוע שאינו משקר נאמן ע"פ טב"ע וזה שתלו חז"ל בת"ח משום דהעוסק בתורה מסתמא הוא ירא ה' [כ"ל]:

סימן רסג [אם אינו לפי כבודו להשיב אבידה זו ובו ד' סעיפים]:

א המוצא דבר שמתבייש להחזירו כגון מצא שק או קופה והוא חכם או איש מכובד שאין דרכו ליטול כלים אלו בידיו ולנושאם אינו חייב לטפל בהם ומניחו והולך לו וכמכו חז"ל על קרא דוהתעלמת מהם שפעמים שאתה מתעלם כגון אם אינו לפי הכבוד של זה המוצא וכתב הרמב"ם ז"ל דצריך לאמוד דעתו אלו היה שלו היה מחזירה לעצמו כך חייב להחזיר של חבירו ואם לא היה מוחל על כבודו כשהיתה שלו ולא היה מטלטלה כך אינו חייב להחזיר בשל חבירו עכ"ל בפי"א מגזילה:

ב אם מצא אבידה מבעלי חיים ואינו לפי כבודו להחזירה לא יגע בה ואם נגע בה והכה אותה במקלו או בידו והזיזה ממקומה כדי להשיבה נתחייב לטפל בה ולהחזירה אע"פ שאינו לפי כבודו מפני שהרגילה לזוז ממקומה ותוכל לברוח עוד להלאה ויגרום יותר היזק אבל באבידה דלאו בע"ח לית לן בה וי"א דאפילו באבידה דלאו בע"ח כיון שהתחיל במצוה חייב לגומרה [נמק"י פ"ב בשם רש"י והרמב"ם] ויראה לי דבבע"ח אפילו לא היתה כוונתו להשיבה כיון שהזיזה ממקומו חייב להחזירה ובשארי דברים אינו חייב זולת אם היה דעתו להשבה [וא"ש מה שפסקו מב"ב פתי ודו"ק] וטעמא רבה איכא בזה דהא התורה לא פטרתו רק מלאו דלא תוכל להתעלם וזה הלאו הוא כשלא התחיל עדיין כמ"ש בר"ס רנ"ט ומשהתחיל בה נתחייב בעשה דהשב תשיבם ומזה לא פטרתו התורה:

ג אם היה דרכו להחזיר כלים כאלו בשדה ולא בעיר אם מצאן בעיר אינו חייב להחזיר ואם מצאן בשדה יש ספק אי אמרינן כיון דאין דרכו בעיר אינו מחוייב כלל או דילמא כיון דבשדה מחוייב להתחיל וכיון שהתחיל בשדה חייב להחזירה לביתו ופסק הרמב"ם שם לחומרא שחייב להחזירה לגמרי וי"א דאינו חייב להתחיל בה [ב"י להרא"ש] וי"א שחייב להחזירה עד העיר ויניחנה ובזה לא שייך לומר בבע"ח כיון שהרגילה לזוז ממקומה תברח דאדרבא הא הוליכה למקום המשתמרת יותר מבשדה [רא"ש להרי"ף ולולי דבריו י"ל דלא איירי הרי"ף בבע"ח וע"ש בנמק"י] והעיקר כדעת הרמב"ם [הגר"א]:

ד כתב הרמב"ם ז"ל ההולך בדרך הטוב והישר ועושה לפנים משוה"ד מחזיר את האבידה בכל מקום ואע"פ שאינה לפי כבודו ויש חולקין ואוסרין להחזיר כשאינה לפי כבודו מפני שמזלזל בכבוד התורה אלא אם רצה ישלם מכיסו וזה לא שייך אלא שהוא ת"ח אבל אם כבודו הוא מפני עושר או ענין אחר מודים להרמב"ם שיכול להחמיר על עצמו [וזהו שאמר רבא שם לי כל שבשלו מחזיר וכו' דבברייתא לא איירי רק בכבוד התורה והוא מוסיף גם שארי מיני כבוד וא"ש קושית הב"י ע"ש]:

סימן רסד [אבידתו קודמת לכל אדם ואבידת אביו ורבו ועוד דינים ובו כ"ב סעיפים]:

א מי שאבדה לו אבידה ופגע באבידתו ובאבידת חבירו אם יכול להחזיר את שתיהן חייב להחזיר ואם לאו יחזיר את שלו שאבידתו קודמת אפילו לאבידת אביו ורבו כדדרשינן מאפס כי לא יהיה בך אביון כאלו אומר הזהר לשמור את שלך כדי שלא תבא לידי עניות ואפי' חבירו רצונו לשלם לו בעד אבידתו רק שיציל את של חבירו ואפילו חבירו בעצמו אינו יכול להציל מ"מ אינו מחוייב מדינא מפני שיכול לומר רצוני בחפציי [סמ"ע] ומ"מ יש לו לאדם ליכנס לפנים משוה"ד ולא לדקדק ולומר שלי קודם אם לא בהפסד דמוכח ולכן אע"ג שכל אדם יכול למצוא

למצא עילה ולומר שאינו מחוייב להשיב בטענה שעי"ז יגיע לו נזק בעסקיו דלאו דוקא אבידתו קודמת דה"ה איזה הפסד שיגיע לו עי"ז פטור מהשבה וביכולת האדם לפטור א"ע מכל טובה לחבירו בטענה זו דשלו קודם לא יעשה אדם כן ואמרו רז"ל דאדם המדקדק כן פורק ממנו עול גמ"ח וסופו שיצטרך לבריות ודרשו על מקרא זה דלא יהיה בך אביון דכל המקיים בעצמו כך סופו בא לידי כך ואם אבידת חבירו מוכנת להשיב ואבידתו אינה נמצאת לע"ע אלא שאומר אלך ואחפשנה אולי אמצאנה נראה דמדינא חייב להשיב אבידת חבירו וה"ה בכל עניני טובות שביכולת האדם לעשות לחבירו מחוייב לעשות מדינא :

ב פגע באבידת אביו ואבידת רבו אם אביו שקול בחכמה כרבו אבידת אביו קודמת אפילו אם רבו הוא רבו מובהק ואם לאו של רבו קודמת אם הוא רבו מובהק שלמד רוב חכמת התורה ממנו שאביו מביאו לחיי עוה"ז ורבו מביאו לחיי העוה"ב ודוקא כשלמד עמו בחנם אבל אם אביו שילם בעדו שילמוד עמו אביו קודם לכל דבר [סמ"ע] ואפילו אם אחר שילם בעדו שכר לרבו אותו אדם קודם לרבו לאבידה [ש"ך] וכן אביו קודם לרבו אפילו אם נותן השכר אינו אביו דכיון דרבו אינו מלמדו בחנם בטלה מעלתו נגד אביו [נ"ל] ועיין ביו"ד סי' רמ"ב :

ג הניח אבידתו והחזיר אבידת חבירו אין לו אלא שכר הראוי כיצד שטף נהר חמורו וחמור חבירו שלו שוה מנה ושל חבירו מאתים והניח שלו והציל של חבירו אין לו אלא שכר הראוי כפי שאחר היה נוטל בעד טירחא כזו ואע"ג דמחוייב להשיב אבידה בחנם כמו שיתבאר בסי' רס"ה מ"מ הרי נתבאר שם דאם הוא עוסק במלאכה א"צ להפסיד בשביל האבידה ובכאן הוא מפסיד חמורו ע"י זה ואם תאמר א"כ יטול כל שווי חמורו דודאי אם בעל האבידה אינו בכאן צריך לשלם לו בעד החמור שלו בשלימות כמ"ש הטור וזה שאמרנו דאין לו אלא שכר הראוי זהו כשהבעלים בכאן דה"ל להתנות עמו שישלם לו בעד חמורו ומדלא התנה איהו הוא דאפסיד אנפשיה ואינו משלם לו רק כפי הטירחא שהיה משלם לאחר ועוד דהבעלים יכולים לומר אלו אמרת לי כן הייתי שוכר אדם אחר להצילו ולכן אם באמת אמר להבעלים אציל את שלך ואתה נותן דמי שלי והבעלים הודו לדבריו חייב ליתן לו דמי שלו דאם לא היה רצונם בכך היה להם להגיד לו שלא יתנו לו כן ומדשתקו סמך דעתו וכן אם היו שם ג' אנשים והתנה כן בפניהם ג"כ גובה כל דמי חמורו ואפילו היו הבעלים שם והתנה עם הג' אנשים ג"כ הדין כן [סמ"ע] דאם לא היה רצונו בכך היה לו למחות וי"א דאם הבעלים שם לא מהני תנאי רק עם הבעלים וזה שמהני תנאי בפני ג' אנשים זהו כשאין הבעלים שם ואע"ג דכשאין הבעלים שם נתבאר דא"צ תנאי כלל זהו כשאין שם ג' אנשים אבל כשיש ג' בני אדם שראוים להיות ב"ד אינו גובה בלא תנאי [ט"ז] וכל אלו הדברים הוא מתקנת חכמים [ע' ברי"ף גירסתו ובנמק"י ספ"ב דב"מ] :

ד וכ"ז דדוקא כשיכולים הבעלים להציל ע"י הדחק דבאינם יכולים להציל כלל יכול המציל ליקח כל החמור לעצמו דמהפקירא קא זכי דהוי כמציל מפי הארי והדוב ומזוטו של ים שנתבאר בסי' רנ"ט וכן דוקא שבאם לא היה מצילו היה ההיזק ברי אבל אם אין ההיזק ברי אין משלם לו כלל דהוי מבריח ארי מנכסי חבירו דא"צ לשלם [תוס' ב"ק נח:] מיהו אם הבעלים שם והתנו עמו שישלם לו חייב לשלם אף בלא ברי הזיקא [נ"ל] :

ה כשהתנו עם הבעלים או עם ב"ד דצריך לשלם לו כל הפסידו אמרו חז"ל [ב"ק קטז:] דאע"פ שחמורו של המציל עלה מאליו מ"מ זכה במה שהתנה עמו לשלם לו שווי חמורו דמשעה שירד להציל את של חבירו ונתייאש משלו נתחייב לו חבירו כפי התנאי ומה שחמורו עלה משמיא דרחימו עליה והוי כמציאה וכתב רבינו הרמ"א דמ"מ החמור הוא הפקר וכל הקודם בו זכה דהא משעה שהתנה עם חבירו נתייאש משלו ולכן אם קדם אחר וזכה בו זכה ויש חולקין בזה [ש"ך] ולפי מ"ש בסי' רס"ב סעיף ח' דיאוש לא דמי להפקר וביאוש אם ראוה הבעלים אחר היאוש קודם שבא ליד אחר זכה בעצמו יש להשוות שתי הדעות דאם זכה בו אחר קודם שראוהו הבעלים זכה ואם לאו לא זכה וכן פסק אחד מהגדולים :

ו כשהתנה עם הבעלים וא"ל אציל את שלך ואתה נותן לי דמי שלי וירד להציל וטרח ולא הציל אין לו אלא שכרו הראוי לו כפי טרחתו דאמרינן דכן היתה הכוונה באם שיטרח ולא יציל לא יתן לו כפי התנאי אבל שכר טרחתו יתן ואם פירש בין שאציל ובין שלא אציל תתן לי דמי שלי תנאו קיים וכן אם פירש אם לא אציל לא תתן לי מאומה תנאו קיים אבל כיון שאמר סתם אציל את שלך ואתה נותן לי דמי שלי דיש לפרש דהכי קאמר אטרח בהצלתו ולא ערב לו שיצילו ולפ"ז צריך תמיד לשלם לו דמי חמורו ואפשר לפרש דדוקא כשאציל וכשלא אציל לא תתן לי מאומה ולכן אמרו חז"ל דאמרינן דעתייהו דכוונתם הוא על הצלה ממש ומיהו אם לא יציל ישלם לו בעד טרחתו [ומ"ש בעיא דרב ותשובת רבי בב"ק קטז: ודוק] ואם הצילו מהנהר ומת ביבשה או שאבד קודם שבאו ליד הבעלים ישלם לו חמורו כפי התנאי דהא עשה שליחותו לגמרי [ס"מ סס] :

ז אם לא התנה עם הבעלים אלא ירד מעצמו להציל ולא הציל אין לו כלום כיון שלא הועיל לו מאומה ולא עוד אלא אפילו הצילו ומת או נאבד קודם שבא ליד הבעלים אינו נותן לו כלום דהרי אינו חייב לו רק מפני טובה שעשה לו וכיון שלא הגיע לו הטובה אינו נותן לו כלום [נ"ל] וכן כל טובה שאדם עושה לחבירו בלי בקשת חבירו

חבירו אף שטרח והפסיד עי"ז כיון שלא הגיע הטובה לחבירו א"צ ליתן לו כלום אבל אם הגיע לחבירו טובה ע"י פעולתו צריך לשלם לו כפי הראוי לשלם בעד טובה כזו וכ"כ רבינו הרמ"א דכל אדם שעושה עם חבירו פעולה או טובה לא יוכל לומר לו בחנם עשית עמדי הואיל ולא צויתיך אלא צריך ליתן לו שכרו עכ"ל ועמ"ש בסי' שע"ה ודוקא כשעושה לו טובה אבל אם הצילו רק מנזק הוי כמבריח ארי ופטור [נס"מ] אם אין הנזק ברי כמ"ש בסעיף ד':

ח כמו שהדין בירד להציל ולא הציל כמו כן הדין בירד להציל והחמור נצול ועלה מאליו אך י"א דזהו רק לענין אם לא התנה עמו כשעשה מעצמו אע"פ שטרח והפסיד עי"ז מ"מ כיון דהטובה לא הגיע לחבירו על ידו א"צ ליתן לו כלום אבל בהתנה עמו שיציל חמורו וישלם לו דמי חמור שלו וירד להציל והחמור עלה מאליו צריך לשלם לו חמורו כפי התנאי דכיון דהתנה עמו ותכלית כוונתו היתה להציל חמורו וזה טרח והחמור נצול אף שלא נצול ע"י טרחתו צריך לשלם כולו [מסרס"ל] ויש חולקין בזה דגם בכה"ג א"צ לשלם לו רק בעד שכר טרחתו כיון שהטובה לא הגיע על ידו [מהר"ס פאדווא] וראיה לזה ממה שיתבאר בסי' של"ד בשכר פועלים להביא מים לשדהו וירד מטר בלילה דא"צ ליתן שכרן ודעה ראשונה ס"ל דלא דמי לשם דהא לא התחילו כלל בהמלאכה אבל כיון שהתחיל בהמלאכה אף שהטובה הגיע לו שלא ע"י טרחתו של זה מ"מ חייב ליתן לו שכרו משלם ויש שהכריעו כדעה אחרונה ועמ"ש בסמוך:

ט ממה שנתבאר למדנו בראובן שטרח לעשות טובה לשמעון וגם היה לו הפסד עי"ז ובאה הטובה לשמעון מצד אחר שלא ע"י ראובן אם עשה מעצמו שלא ע"פ בקשת שמעון א"צ שמעון ליתן לו כלום ואם ע"פ בקשת שמעון עשה צריך לשלם לו בעד טרחתו ואם הושוה עמו לשלם לו בעד טובה זו הרבה יותר משכר הטירחא ובא לו הטובה מצד אחר יש בזה מחלוקת הפוסקים אם צריך לשלם לו כפי ההשוואה או רק שכר טירחא וכבר כתבנו שיש שהכריעו כדעה זו אבל מדברי רבינו הרמ"א נ"ל דס"ל כדעה ראשונה מדכתב בסעיף ד' על לא התנה עמו וכן אם עלה חמורו מאליו אבל אם הציל לא יוכל בעל החמור לומר חמורי היה עולה בלעדי הצלתך אלא חייב ליתן לו שכרו עכ"ל ש"מ דבהתנה עמו גם בכה"ג היה נותן לו שכרו משלם ועמ"ש בסעי' י"א עוד ראיה לזה:

י אם הציל את חמורו שלא ע"פ בקשתו לא יוכל בעל החמור לומר חמורי היה עולה בלעדי הצלתך אלא חייב ליתן לו שכרו כפי הראוי בעד טירחא כזו כיון שהחמור היה במקום סכנה והנזק היה ברי כמ"ש בסעיף ד' ומזה למדנו דהעושה טובה לחבירו או שהצילו מנזק ברי אע"פ שהבעלים היו יכולים להציל ע"י הרחק אם היה שם כמ"ש שם אין יכול הנצול לומר גם בלעדיך הייתי נצול או בלעדיך היה מגיע לי טובה זו אלא צריך לשלם לו שכרו הראוי אע"פ שמעצמו עשה לו מיהו אם מברר לפני ב"ד בדברי טעם איך שהיה מגיע לו הטובה בלעדו או שהיה נצול בלעדו נ"ל דפטור מלשלם לו:

יא כתב רבינו הרמ"א שנים שנתפסו והוציא אחד הוצאות אם השני יצא מן המאסר בלא השתדלות חבירו אין חייב ליתן לחבירו כלום הואיל שלא התנה עמו עכ"ל ומזה ראיה ג"כ למ"ש בסעיף ט' דס"ל כדעה ראשונה דבהתנה צריך לשלם אפילו בכה"ג [וסנס"ג נדחק לסיעתו ע"ס]:

יב וכתב עוד דאם לא יצא רק ע"י השתדלות האחר לא יוכל לומר לא הייתי צריך להשתדלותך כי ידי תקיפה אע"פ שהאמת אתו מ"מ חייב ליתן לו כפי מה שנהנה לפי ראות ב"ד כנ"ל עכ"ל ור"ל שישומו כמה אדם רוצה ליתן שלא יצטרך להשתמש באלמות [נס"מ] וכתב עוד דאם נראה לב"ד שלא הוצרך להרבות הוצאות בשבילו דאפילו בשבילו לבדו היה צריך לכל הוצאית אלו אינו חייב ליתן לו כלום דזה נהנה וזה אינו חסר עכ"ל ואפילו אם האחר לא היה יכול להנצל בלי הוצאות אלו כיון שהמציל לא ירד בההוצאות ע"ד שניהם אלא על הצלתו לבדו פטיר מטעם זה ולכן אם באמת ירד ע"ד שניהם חייב ליתן לו מחצה כיון שלא היה אפשר להנצל בלתי זה [סס] וכתב עוד דלכן יש מי שפסק מי שהציל ספריו וספרי חבירו אם לא הוצרך להרבות הוצאות בשביל חבירו אין חבירו חייב לשלם לו כלום ונ"ל דוקא שירד תחלה להציל שלו אלא שהציל ג"כ של חבירו עמו אבל אם ירד ע"ד שניהם חייב ליתן לו מה שנהנה מאחר שהציל של חבירו וכמ"ש כנ"ל עכ"ל ודוקא שלא היה אפשר להנצל בלא זה כמ"ש ולא תקשה לך הלא כתבנו בסעיף י' דאינו יכול לומר חמורי היה עולה בלעדי הצלתך ש"מ דמסתמא אמרינן כן ולמה מצרכינן בכאן לדעת על בירור שלא היה חבירו יכול להנצל בלעדי זאת שאני התם דהמציל ירד רק להצלת חבירו ובזה צריך הנצול להביא ראיה שהיה נצול בלעדו אבל בכאן שירד גם על הצלת עצמו לכן צריך הוא להביא ראיה [ככ"ל בדינים אלו לדברי סנס"מ שהבאנו וכן נראה ודוחק לומר דדא ודא אחת היא ודוק]:

יג אם אחר נתפס ובא אחר ופדאו בממון צריך לשלם לו כדי דמיו ולא יותר ואין זה דומה למבריח ארי דהא הצילו מהפסד ממון כיון שנתפס על עסקי ממון והוי ברי הזיקא ואם נתפס על עסקי נפשות אם פדאו אפילו יותר מכדי דמיו צריך לשלם לו [ס"ך]:

יד כמו שהדין בשטף נהר חמורו וחמור חבירו שבסעיף ג' כמו כן הדין בשנים שהיו באים בדרך זה בחבית יין וזה בכד דבש השוה יותר מהיין ונסדק הכד של דבש וקודם שנשפך הדבש לארץ שפך זה יינו והציל הדבש לתוכה אין לו אלא שכרו הראוי לו ואע"פ שעשה מעשה בידים להפסיד יינו מ"מ כיון דבעל הדבש היה

שם

שם ולא התנה עמו שישלם לו דמי יינו איהו דאפסיד אנפשיה ואם א"ל אציל את שלך ואתה נותן לי דמי שלי או שהתנה כן בפני שלשה ה"ז חייב ליתן לו ולא עוד אלא שיכול בעל הדבש לכוף לבעל היין שישפוך יינו ויציל דובשו כיון שמשלם לו דמי יינו והדבש יהיה ת"י בעל היין שלא יצטרך לתבעו ואין לו הפסד הרי מצווה בהשבת אבידת חבירו ויש חולקין בזה מפני שיכול לומר רצוני ביין שלי וכ"ש בחמורים דסעיף ג' דודאי יכול לומר כן ניחא לי בחמורי ועוד דיכול לומר דקשה הצלת חמורך מחמורי ושמא לא אציל את שלך ואפסיד גם את שלי ולכן אפילו לדעה ראשונה נ"ל דאין יכול לכופו אבל זהו ודאי דכשאין בעל היין בכאן יכול בעל הדבש לשפוך היין ולהציל דובשו ולשלם לו דמי יינו דהא לדעה ראשונה יכול לכופו לזה ותקנת חכמים הוא כן כמ"ש בסי' רע"ד ודעה אחרונה חולקת בזה כמ"ש שם אבל כשאין בעל היין בכאן כ"ע מודים וכן יכול ליקח סוסו וחמורו של חבירו שלא מדעתו ולשלם שכרו כדי להציל את שלו [בחס"ג]:

טו ודוקא כשביכולת להציל את הדבש ע"י הדחק דכשנשפך הדבש לארץ ה"ז הפקר וכל המציל לעצמו מציל וי"א שאפילו לא נשפך הדבש עדיין רק שנשבר הכד כל כך שהיה נשפך אם זה לא היה מציל הוי הפקר וכן כל כיוצא בזה כגון שריפה שהיתה בעיר וברחו היהודים מן העיר מפחד הדליקה והציל אחד מה שהציל הוי שלו דהוא כזוכה מן ההפקר ואם הבעלים היו יכולים להציל אף ע"י הדחק אין לו אלא שכר טרחא [ס"ך] ונ"ל דבמדינתנו שהמלכות מענשת למי שלוקח של אחרים בעת השריפה בכל ענין אינו של המציל דהבעלים אינם מתיאשים מזה ומשלמים להמציל רק שכר טרחתו וכן פסקו מגדולי האחרונים ומעשים בכל יום שדנים בב"ד להחזיר להבעלים כל מה שהצילו מן הדליקה ואם הנזק לא היה ברי א"צ לשלם לו גם בעד טרחתו כמ"ש בסעיף ד':

טז זה שנתבאר דבהתנה לשלם לו כל היזקו משלם אף שהוא יותר משכר טרחתו זהו דוקא כשהיה להמציל היזק מפני שהציל את של חבירו אבל במקום שאין להמציל היזק אלא שהוא אכזר שאין רצונו להציל ממון של אחרים אם לא יבטיחו לו ממון הרבה א"צ הבעלים לשלם לו מה שהבטיחו לו יותר מכפי שווי שכר טרחתו דהרי אנוס היה בהבטחתו והאונס גלוי לכל וכן בשעת שריפה ר"ל שהעגלונים מבקשים ממון הרבה בעד הצלתם יכולים הבעלים להבטיחם ואח"כ לא יתנו להם רק שכר הראוי:

יז וזה לשון הרמב"ם והטור והש"ע היה זה בא בכד של דבש וזה בא בקנקנים ריקנים ונסדק כד הדבש וא"ל בעל הקנקנים איני מציל לך דבש זה בקנקני עד שתתן לי חציו או שלישו או כך וכך דינרים וקבל עליו בעל הדבש וא"ל הן ה"ז שחק בו ואינו נותן לו אלא שכרו הראוי לו שהרי לא הפסידו כלום וכן מי שברח מבית האסורים של אנסים והיתה מעבורת לפניו וא"ל העבירני ואני נותן לך דינר והעבירו אין לו אלא שכרו הראוי לו ואם היה צייד וא"ל בטל מצודתך והעבירני נותן לו כל מה שהתנה עמו וכן כל כיוצא בזה עכ"ל ולמדנו מזה דאף אם המתחיל לא היה המציל אלא הנצול א"ל אתן לך כך וכך א"צ ליתן לו אלא שכר הראוי וכן יבמה שבאה לחלוץ והיבם אינו רוצה לחלוץ אם לא תבטיח לו ממון הרבה והבטיחה לו וחלץ אינה נותנת לו כלום כמ"ש באה"ע סי' קס"ט:

יח וכתב רבינו הב"י בד"א בשלא נתן לו אבל אם נתן לו בכל אלו הדברים אינו יכול להוציא מידו עכ"ל ואף אם נתן הנצול המעות ביד שליש וא"ל לכשיציל תתן לו והציל צריך השליש ליתן לו [מרדכי פ' המוכר] אבל אם לא אמר להשליש כן אלא שזה לא רצה להציל עד שיניח כך וכך מעות ביד שליש ועשה כן ולא דיבר הנצול מאומה בשעת מסירתו ליד שליש א"צ ליתן לו אלא כפי טרחתו [סס]:

יט וכתב רבינו הרמ"א די"א הא דאין לו אלא שכרו היינו בדבר שאין רגילות ליתן עליו הרבה אבל בדבר שדרך ליתן עליו הרבה כגון השבעת שדים או רפואה חייב ליתן לו כל מה שהתנה עמו עכ"ל ודוקא בשכר הגדת הרפואה שזהו מחכמתו של הרופא ויכול לומר איני מוכר חכמתי בפחות מזה אבל אם בקש ממנו בעד סמי הרפואה יותר מהראוי והוא מפני אונסו הוכרח להבטיחו לא יתן לו אח"כ יותר מהראוי וכמ"ש ביו"ד סי' של"ו:

כ מי שהבטיח לשדכן או לסרסר יותר על שכרו כתב רבינו הרמ"א דאין לו אלא שכרו אע"פ שהתנה עמו לתת לו הרבה ויש חולקים בזה [יש"ש פ"ק דב"ק] וי"א דבמקום שיש לשדכנות ולסרסרות קצבה אין לו אלא המקח הקצוב ובמקום שאין קצבה נותן לו מה שהבטיחו [ס"ך] ובכל מקום שא"צ ליתן לו מה שהבטיחו אף אם נתן לו משכון ע"ז אינו כלום דמנה אין כאן משכון אין כאן וכן אם נתן שט"ח [אחרונים] אבל אם קבל בקנין צריך לקיים בשדכנות וסרסרות ובכל דבר הרשות אבל במצוה כמו בהשבת אבידה ובהצלת גופו וממונו א"צ לקיים אפילו בקנין [נס"מ] אם לא שכבר נתן או שמסר ליד שליש ובעסק שאינו מצוי כשהיה סרסר והבטיח לו הרבה צריך לקיים כפי ההבטחה דאין בזה מקח קצוב וכן בכל הדברים אף בהמצוים אם נשבע או נתן ת"כ לקיים מה שהבטיח סרסרות צריך לקיים [קלס"ח] ואם הבטחה זו היה לאיש עני צריך לקיים בכל הדברים אף בלא שבועה ות"כ דנעשה כנדר [סס]:

כא ראובן הבטיח לשמעון להשתדל בעדו באיזה עסק בחנם וכמעט שנגמר הדבר חזר בו ראובן ורוצה שכר ושמעון היה לו הוצאות בזה והוכרח לתת לו שכר כדי שיוגמר העסק ואח"כ נפלו מעותיו של ראובן ליד

שמעון

שמעון ורוצה לעכבו באמרו שלקח ממנו שלא כדין ואנוס הייתי הדין עם ראובן ואינו דומה למ"ש בסי' של"ג בשכירות פועלים דשוכר עליהם או מטען דהתם שכר אותם בשכר והיו מחוייבים לעשות אבל זה שעשה בחנם אינו מחוייב לגמור הדבר ואע"פ שעל ידו הוציא שמעון הוצאות על העסק הרי היה לו להעלות על לבו שמא יבקש ראובן שכר ולא היה לו להוציא מעותיו ואע"ג דאנן סהדי דאנוס הוא עתה במה שנתן לו לא גרע ממוכר שאף שהוא אנוס אין לו טענת אונס כמ"ש בסי' ר"ה והטעם מפני שהגיע לו טובה והם המעות שלקח וה"נ דכוותיה ועוד דאפילו אנוס לא הוי שהרי ראובן לא הכריחו שיתן לו מעות אלא שלא רצה לעסוק עוד בזה ושמעון הוכרח מפני זה ליתן לו מה שבקש הוה כאונסא דנפשיה דלא הוה אונס [מסרי"ק סורס קל"ג] וכ"ז הוא דוקא כשראובן לא רצה לגמור העסק ומפני זה הוצרך ליתן לו אבל אם לא היה נצרך שמעון עוד לטרחתו של ראובן והעסק היה נגמר בעצמו ע"י שמעון אלא שראובן רצה לקלקל העסק אם לא יתן לו שמעון מעות בזה פשיטא שהדין עם שמעון וחייב להחזיר לו מה שנטל ממנו דזהו גזל גמור [כ"ל] וכן אם הושוה עמו בשכר כך וכך ובאמצע העסק לא רצה ראובן לעסוק עוד אם לא יוסיף לו דינו כפועל ששוכר עליו ומטעהו:

כב מעשה בראובן שתבע את שמעון תן לי י' זהובים שהבטחתני בעבור שאדבר עליך אל השר והשיב שמעון אמת נדרתי לך אבל מחמת יראה שיראתי שלא תקלקל לי העסק הוכרחתי להבטיחך ולא היה קנין בזה ופסקו הגדולים שחייב ליתן לו דהוה כפועל שא"צ קנין ומה שטוען שמחמת יראה עשה כן דברים שבלב הן ואינם דברים כיון שלא אמר שמעון לפני עדים שמחמת יראה עושה כן [סנמ"ר פ"ק דקדושין] ואם אמר שמעון כן בפני עדים שמיראתו מוכרח להבטיחו פטור מלשלם לו אם לא שעשה לו ראובן איזה טובה בהענין דאז צריך לשלם לו כפי הראוי לשלם בעד טובה כזו לפי שומת הבקיאים:

סימן רסה [אין ליטול שכר על השבת אבידה ובו ד' סעיפים]:

א הרואה אבידה חייב להחזיר בחנם אם הוא בטל ממלאכה אבל אם הוא עוסק במלאכתו אינו מחוייב לבטל ממלאכתו ולהשיב בחנם כמ"ש בר"ס הקודם ומיהו אם היה עוסק במלאכה ובטל את מלאכתו והחזיר האבידה א"צ בעל האבידה לשלם לו כפי שכר המלאכה שהפסיד אלא אמרו חז"ל [ב"מ ל:] שמשלם לו כפועל בטל של אותה מלאכה דבטיל מינה וביאור הדברים כגון שבמלאכתו היה מרויח באותה העת דינר ונתבטל ממלאכתו בחזרת האבידה ששוה האבידה הרבה יותר מ"מ א"צ לשלם לו הדינר שהפסיד אלא נותן לו שכרו כפי שהיה נוטל בעד עת מלאכתו שמרויח דינר אם לא יצטרך לעמול בהמלאכה ושישב בטל ואם היה נוטל חצי דינר אין לו אלא חצי דינר דהא בהשבת האבידה אין בה עמל ויגיעה כבמלאכה ולפ"ז אינו נוטל בעד ההשבה כלל אלא לפי ביטול המלאכה ואע"ג דגם בהשבה יש קצת טירחא מ"מ אין לחשוב שכר בעד זה דהא התורה חייבתו בטירחת השבת אבידה:

ב וי"א דה"פ דמחשבין גם טרחת ההשבה ופירושו דכפועל בטל הוא כמה היה רוצה לבטל ממלאכתו ולעסוק בהשבתה כגון שהיה עוסק במלאכה שנותנים עליה ב' דינרים ואם היה בטל לגמרי היה מפחית ג' חלקים ריוח ולא היה נוטל רק דינר ואם היו אומרים לו לעסוק במלאכה קלה כהשבת אבידה היה נוטל שני דינרין צריך ליתן לו שני דינרין ואין זה שכר השבת אבידה דהא אדרבה מפסיד ממלאכתו ורק אמדינן במה שאינו מתעמל במלאכתו ואם שכר טרחת ההשבה הוא יותר ממלאכתו א"צ ליתן לו רק כפי שכר המלאכה דאין לו להרויח מפני ההשבה והא דמותר ליקח שכר השבה זהו כשאין הבעלים שם ומעצמו השיב אבל אם הבעלים שם ולא התנה עמו איהו דאפסיד אנפשיה ואין לו אלא כפועל בטל לגמרי כפירוש הראשון ולא מה שהיה נוטל לטרוח בהשבתה ומן הדין לא היה לו ליטול כלל כיון דלא התנה אלא דאמדינן דעת בעל האבידה דכפועל בטל לגמרי ודאי דניחא ליה ולכן בסי' הקודם בהצלת חמורו של חבירו אמרינן דכשהבעלים שם נוטל שכר טרחת ההצלה ולא חשבינן היזק חמורו כלל משום דאנן סהדי דבשם ודאי דבהכי ניחא ליה להבעלים יותר דהוא הרבה פחות מערך הפסד חמורו [סמ"ע]:

ג ויש מפרשים כפועל בטל דה"פ דפעמים שהמלאכה בעיר מועטת והפועלים בטלים ובאותו זמן נשכרים בזול ופעמים שיש מלאכה מרובה והמלאכה ביוקר ואם החזיר זה את האבידה בעת שנשכרים ביוקר ונשתהה בהחזרתה כדי שהיה מרויח סלע לא יתן לו סלע אלא נותן לו כהעת שהמלאכה מועטת [רסב"ל בשם רלסוניס] וטעם הדבר דהא התורה חייבתו בהשבתה אלא שאין לו להפסיד משלו וזה דרשינן מאפס כי לא יהיה בך אביון כמ"ש שם וכיון שזה האיש רגיל גם ליטול כשער הזול הרי נתקיים בו מקרא זה ולכן בשם בחמור כשאין הבעלים שם דנוטל בעד חמורו ובכאן אינו נוטל רק כפועל בטל משום דבשם לא ימצא איש שיפסיד בידים את שלו ולכן לא נתקיים אצלו מקרא זה אלא כשנוטל בעד חמורו בשלימות אבל בפועל כיון שדרכו לפעמים ליטול גם בזול ממילא דאצלו נתקיים הקרא גם בכה"ג [ככ"ל יכל ספירוסיס ודוק] ומ"מ אין ביכלתנו לבופו בזה

מפני

מפני שיכול לומר רצוני לעמול ולהרויח יותר ולכן אם רוצה לא יתעסק בהאבידה כמו שיתבאר אבל אם עסק בה אין לו לבעל האבידה לשלם לו יותר מטעם שכתבנו:
ד אם הבעלים שם והתנה בפניהם שיטול מה שיפסיד והרשוהו הבעלים או שהתנה בפני שלשה ה"ז נוטל כפי תנאו כמ"ש שם ובבה"ג מחוייב הוא להשיב מאחר שרוצין לשלם לו דמי הפסדו ולא דמי לשם שיכול לומר רצוני דוקא בחמורי וגם הבעלים מחוייבים ליתן לו כל מה שפסקו אפילו ביותר מן הראוי כשאדם אחר היה טורח בזה כיון שיש לו היזק כל כך אבל אם פסקו לו יותר מהזיקו א"צ ליתן לו המותר דאפילו בדבר הרשות א"צ ליתן לו בכה"ג כמ"ש שם מכ"ש במצות השבת אבידה [סמ"ע] ואם אין שם בעלים ולא ג' אנשים שלו קודם אם אינו רוצה להפסיד ממלאכתו דאם ישיב לא יטול רק כפועל בטל ולא דמי לחמור כמ"ש ואין לנו לכופו על כך ולפיכך הברירה בידו שלא להתעסק כלל בהשבתה:

סימן רסו [דין אבידת אנסים שבימים קדמונים ובו ה' סעיפים]:

א אבידת אנסים מותרת שנאמר אבידת אחיך והמחזיר לו ה"ז מחזק ידי עוברי עבירה ואם החזירה כדי לקדש שם שמים כדי שיפארו את ישראל שהם בעלי אמונה ה"ז משובח וקידש השם ולכן במקום שיש חילול השם אם לא יחזיר חייב מן הדין להחזירה ובכל מקום מכניסים כליהם מפני גנבים כמו שמחוייב לעשות לישראל מפני דרכי שלום:
ב חייב להחזיר אבידת ישראל אפילו היה בעל האבידה רשע ואוכל נבילות לתיאבון אבל אוכל נבילה להכעיס ה"ז אפיקורוס מישראל והאפיקורסים ועובדי כוכבים וישראל מחלל שבת בפרהסיא אסור להחזיר להם אבידה שאנשים כאלו מורדים באלהי השמים ומלך הארץ כמ"ש ירא את ה' בני ומלך שכל מי שמתיירא מה' יש עליו יראת מלך ג"כ וכן להיפך:
ג המודר הנאה מחבירו מחזיר לו אבידתו בין שנכסי המחזיר אסורין על בעל האבידה ובין שנכסי בעל האבידה אסורין על המחזיר או אפילו כשנכסי שניהם אסורים זה על זה והטעם נתבאר ביו"ד סי' רכ"א ובמקום שנוטלין שכר על החזרת אבידה יפול השכר להקדש כמ"ש שם:
ד חתול רע או כלב רע המזיק לקטנים אין בהן משום השבת אבידה אלא כל המוצאן מצוה להורגן וזוכה בעורן דהפקר הן והבעלים המקיימים אותן עוברין עבירה:
ה א"ל אביו אל תחזיר את האבידה לא ישמע לו דלעבור עבירה אפילו דרבנן אין בזה כיבוד אב דהרי גם האב חייב במצותיו של הקב"ה וכך דרשו חז"ל איש אמו ואביו תיראו ואת שבתותי תשמרו אני ה' כלכם חייבים בכבודי ואם א"ל אביו לחלל שבת או שאר עבירה אסור לשמוע לו ולא עוד אלא אפילו א"ל אביו אל תחזיר האבידה ועסוק בצרכי שזהו עיקר כיבוד אב מ"מ השבת האבידה קודמת מפני שכיבוד אב הוא עשה והשבת אבידה עשה ול"ת ואם עסוק בכיבוד אב ואירע לו אבידה פטור מהשבתה דעוסק במצוה פטור מן המצוה [ט"ז]:

סימן רסז [כיצד היא ההשבה וההכרזה והטיפול בעודה בידו ובו כ"ב סעיפים]:

א כיצד מצות השבת אבידה אם הוא מכיר את בעל האבידה מטפל בה עד שיגיענה לידו ואפילו לא מסר לידו ממש אלא שהחזירה לגינתו או לחורבתו המשתמרת מגנבים ושלא תברח משם יצא בזה ידי חיבת השבת אבידה אף שלא ידעו הבעלים מההשבה ואע"ג דבשומר ובגנב ובגזלן מחוייב למסור לידי הבעלים דוקא כמו שיתבאר בהלכותיהן מ"מ באבידה רבתה התורה השבות הרבה שנאמר השב תשיבם אפילו השבה שלא מדעת אם הוא רק מקום המשתמר אבל אם החזירה למקום שאינו משתמר כגון גינה וחורבה שאינה משתמרת ונאבדה משם חייב באחריותה ואם החזיר למקום שאינו משתמר והבעלים רגילים ליכנס וליצא שם אינו חייב לטפל בה עוד שהרי הבעלים יראוה ודוקא בזמן שדרך הבעלים לצאת ולראות כמו בשחרית אבל בצהרים אין מדרך לצאת ולראות דכל אחד טרוד אז במלאכתו ואפילו בשחרית אין זה רק באבידה שאינה בעל חי אבל בבעלי חיים לעולם חייב לטפל בה עד שיחזירנה לרשות הבעלים המשתמרת וא"צ דעת בעלים אבל למקום שאינו משתמר אף שדרך הבעלים לצאת לשם אינה השבה דעד שיצאו הבעלים תברח כיון שמלומדת לצאת:
ב החזירה וברחה החזירה וברחה אפילו מאה פעמים חייב להחזירה שנאמר השב תשיבם והשב אינו פעולה דליהוי משמע שיעשה הפעולה ודיו אלא הוא מקור כלומר השבה אף מאה פעמים וכתבו הרמב"ם והש"ע ראה בהמה שברחה מן הדיר והחזירה למקומה ה"ז קיים המצוה וא"צ דעת בעלים עכ"ל וביאור הדברים דאע"ג דבבעלי חיים בעינן מקום המשתמר כמ"ש בסעיף א' זהו כשבריחתה לא היתה מן הדיר אבל כשברחה מן הדיר אין סברא שתתחייבתו התורה להביאה לביתו ואף שמלומדת לברוח מ"מ די בהחזרתו לדיר שהוא מקום קבוע לבהמות ומ"מ אם החזירה וברחה חייב להחזירה כמ"ש [וכ"ל דמזס גופה דייק לס דבסחזירס למקוס סמשתמר אין ברחס]:

המוצא

ג המוצא אבידה ואינו מכיר את הבעלים מכריז עליה בבתי כנסיות ובבתי מדרשות ובזמן שיש אנשים האומרים שאבידה הנמצאת ימסרוה לאנסים מודיע לשכניו ומיודעיו ודיו וכל עניני הכרזות נוהגין להכריז בבהכ"נ ובבהמ"ד אחר התפלה או בין מנחה למעריב ולא בין אשרי לובא לציון ורשאין להכריז קודם אשרי [סמ"ע] ואם הכריזו איזה דבר ובאו אנשים ואומרים שיודעים מזה אך אין ביכלתם להגיד מפני שהבעלים מסרו להם הדבר בסוד שלא יגלו אין מועיל להם ומחויבים להגיד וזהו מתקנת רגמ"ה [שם]:

ד כיצד מכריז לא יכריז סתם אבידה מצאתי דבעל האבידה לא ידע אחר מה לבדיק אם נאבדה ממנו אלא יכריז מן האבידה כגון אם מצא מעות באופן שחייב להכריז כמ"ש בסי' רס"ב סעיף י"ח יכריז מטבעות מצאתי וכן אם מצא כסות או בהמה או שטרות יכריז מצאתי כסות או בהמה או שטרות ובעל האבידה יבא ויתן סימן בגופה או במקומה או במנינה או במשקלה או במדתה כל חפץ לפי מה שהוא ויטול אותה ואין חוששין כיון שהודיע מן האבידה יבא איזה רמאי ויטלנה דהרי אינו מחזירה עד שיתן סימנים כראוי ואם באנו לחשוש שמא יודע סימניה אין לדבר סוף דגם אם יכריז סתם אבידה מצאתי שמא יעלה הרמאי על לבו בשמעו כי פלוני אבד חפץ זה אלא כיון דנותן סימנים אין חוששין יותר וגם לא חיישינן שמא מכרה לאחר כמ"ש שם סעיף ט"ז ובאמת באדם המוחזק לרמאי מחמרינן עליו כמו שיתבאר:

ה שלשה מיני סימנים הם גרועים וממוצעים ומובהקים גרועים כיצד הרי שבא ואמר בגד זה לבן הוא או אדום או ירוק או ארוך או קצר וכיוצא באלו שיש הרבה כזה אין זה סימן כלל ואפילו הרבה סימנים גרועים אינו כלום [עב"ש אה"ע סי' י"ז סקע"ג] ומובהקים כיצד הרי שבא ואמר נקב יש בבגד זה בצד ימינו בתחתיתו רחוק ג' אצבעות משפתו או רושם יש במקום הזה וכל כיוצא בזה שמצמצם המקום ממש דבסימן כזה מתירין גם בעגונה ואמצעיים מקרי כשמכוין מדתו או משקלו או מנינו וכה"ג או סימן המקום או סדר הנחתו כמ"ש בסי' רס"ב ולגבי אבידה נקראו סימנים מובהקים רק בעגונה מפני חומר א"א לא נקראו סימנים מובהקים משום דאסתפק להו לרז"ל אם סימנים כאלו שמחזירין אבידה על ידם הוי דאורייתא ומתני גם באיסור א"א או המה מדרבנן ובא"א אין מתירין בזה ודע דהרמב"ם ז"ל קורא באבידה לסימנים אמצעיים מובהקים כיון דלענין ממון הוי זה סימן מובהק ולפ"ז תלך לבטח דרכך שלא יהיה סתירה מדיני ממונות לאיסור א"א [ע' בפי"ג מאבידה ובסמ"ע ובכ"מ שם ודוק]:

ו ולכן אם בא בעל האבידה ונתן סימנים גרועים אין מחזירין לו והמוחזק לרמאי אין מחזירין לו בסימן אמצעי עד שיביא עדים שהוא שלו ובסימן מובהק מחזירין אף לרמאי ובראשונה כל מי שאבד לו אבידה ובא ונתן סימנים אמצעיים מחזירין אותה לו אא"כ הוחזק רמאי ומשרבו הרמאים התקינו ב"ד שאומרים לו הבא עדים שאין אתה רמאי אם הוא איש שהב"ד אין מכירין אותו ואם אינו מביא עדים צריך ליתן סימן מובהק דזה מועיל גם ברמאי ויש מי שאומר דבודאי רמאי לא מהני גם סימן מובהק אלא עדים [ט"ז] ולדינא נראה כדעה ראשונה והרי אף באשת איש מתירין בזה וכ"כ הראב"ד [שם] דסימן מובהק הוי כעדים וגם הרמב"ם סובר כן אלא שקורא לאמצעי מובהק באבידה כמ"ש [ורמ"א שכתב בלשון י"א אסימן אמצעי קאי לסמ"ע וגם לש"ך ע"ש ודרכו כן ודוק]:

ז באו שנים ונתנו סימנים שוים לא יתן לא לזה ולא לזה אלא תהא מונחת עד שיודה אחד לחבירו או יעשו פשרה ביניהם או שאחד מהם יביא עדים ויכול האחד לומר להשני או השבע אתה ששלך היא או אשבע אני ואם כל אחד אומר אני אשבע ואטול או אתה השבע ותטול יהא מונח ויכולין לחלקה ביניהם [ש"ך] וכן אם שניהם הביאו עדים יהא מונח ג"כ עד שיודה אחד מהם ושני עדים שוים כמאה:

ח אם אחד נתן סימנים והשני הביא עדים ינתן לבעל העדים אפילו אין מעידים שנפלה מזה אלא שמכירים שהוא שלו ואפילו הראשון נתן סימנים מובהקים ממש דבמקום עדים סימנים לאו כלום הוא [ש"ך] ולא עוד אלא אפילו בעדים ועדים לא מכרעו סימנים כגון שאחד הביא עדים וגם נתן סימנים והשני הביא רק עדים יהא מונח דסימנים במקום עדים לאו כלום הוא ויש מפקפקין בזה [שם] ואם זה נתן סימנים אמצעיים והשני נתן מובהקים נ"ל דנותנים לו ואף אם סימנים דאורייתא מ"מ ודאי דקרוב יותר שהוא של בעל הסימנים המובהקים דלא גרע מארכה ורחבה שיתבאר ואם כל אחד נתן סימנים שוים ואחד מהם הביא גם עד אחד אין זה כלום ויניח וי"א שזה שכנגד העד צריך לישבע ששלו הוא ואם אינו רוצה לישבע נותנים לבעל העד ודעה ראשונה ס"ל דכיון דגם אחר השבועה לא יתנו לו להנשבע אין ענין שבועה לזה [ט"ז] וכן עיקר לדינא [ש"ך]:

ט מצא שמלה וכיוצא בזה וזה הביא עידי אריגה שארגוה לו וזה הביא עידי נפילה יתן למי שהביא עידי נפילה דהנפילה הוי סימן ברור ועידי האריגה ג"כ אינם משקרים שאמת שזה ארגה ומכרה להשני ואם זה נתן מדת ארכה וזה נתן מדת רחבה יתן למי שנתן מדת ארכה מפני שהרוחב אפשר לשער בעת שהבעלים נשאוה ורוחב מקרי מה שהוא לקומתו של האיש ובהאורך מעוטף סביב הגוף ולמה נקראת הקומה רוחב מפני שבגדים שלהם היו קצרים וארוכים ומחברים שנים לטלית אחד כטליתי מצוה שלנו ולכן בבגדים שלנו הוא להיפך דהרוחב הוא יותר סימן שהאורך דהאורך אפשר לשער כשהיה לבוש ודבר זה תלוי בהבנת הב"ד [ש"ך] ואם זה נתן מדת ארכה

ורחבה

ורחבה וזה נתן סימן המשקל שלה יתן לבעל המשקל לפי שאין דרך לשקול הטלית הוי סימן מובהק ביותר [טור] ואפילו השני אומר מדת האורך והרוחב נותנין לבעל המשקל ודוקא טלית שאין דרך לשוקלה הוי סימן מובהק אבל כלי שדרך לשוקלה אין זה רק כסימן אמצעי [סמ"ע] ואם זה אומר כך היא מדת ארכה וכך היא מדת רחבה וזה אומר כך וכך הוא מדת האורך והרוחב ביחד אבל איני יודע כמה הוא האורך וכמה הוא הרוחב נותנין למי שאומר האורך בפ"ע והרוחב בפ"ע וכללו של דבר שדברים אלו תלוים בראיית עיני הדיינים למי שנותן הסימן היותר מהשני [ס"ך]:

י הכריז ולא באו הבעלים תהא מונחת אצלו עד שיבא אליהו שנאמר ואם לא קרוב אחיך אליך ולא ידעתו ואספתו אל תוך ביתך ואינו זוכה בה דכיון שיש בה סימן יש לחוש בכל שעה שמא יבואו בעליו וכל זמן שהאבידה אצלו חייב לטפל בה שלא תפסד וחייב להשביחה כמו לגזוז הצאן ואפילו גיזת השור שהוא דבר מועט חייב לטפל בזה אם דרך הבעלים לגוזזו [כ"ל] דכתיב והשבותו לו ודרשו חז"ל ראה היאך תשיבנו לו שלא יפסד ולכן בגיזת השור אף שהוא דבר מועט מ"מ כשיגוזנה יהיה בזה איזה שווי חייב לעשות כן וגם זה למדו חז"ל מקרא דשור [עס"ך]:

יא וצריך לבקרה ולבודקה כדי שלא תפסד כיצד מצא כסות של צמר מנערה אחת לשלשים יום ולא יותר מפני שמתקלקל [טור] ולא ינערה בשני בני אדם מפני שקורעין אותה אלא אחד ינער אותה ולא ינערנה במקל ושל פשתן לא ינער כלל שהניעור קשה לה ורש"י ז"ל פי' להיפך דשל פשתן ינער ושל צמר לא ינער וזה תלוי לפי הבגדים לכל מקום ומקום כפי עשייתם [כ"ל] ושוטחה על המטה רק אם הבגד צריך לזה ולא לצרכו ואפילו כוונתו לצרכו ולצרכה ג"כ אין לשטוח כדי שלא ישהנה על המטה יותר מצרכה וכשנזדמנו לו אורחים לא ישטחנה בפניהם אפילו לצרכה שמא תגנב אא"כ מכיר אותם שאנשים כשרים הם:

יב מצא כלי עץ משתמש בהן לצרכן מעט כדי שלא ירקבו מצא כלי נחשת משתמש בהן בחמין וכ"ש בצונן אבל לא ישים אותה על האור מפני שמשחיקה מצא כלי כסף משתמש בהן בצונן אבל לא בחמין מפני שמשחירן ובצונן אף לצרכו מותר דאין קפידא בזה [תוס'] מצא כלי זהב וכלי זכוכית ה"ז לא יגע בהן דא"צ ניקוי מצא מגרפות וקרדומות משתמש בהם ברך ולא בקשה כדי שלא יתפגמו:

יג מצא ספרים כעין ס"ת שלנו קורא בהם אחת לשלשים יום ואם אינו יודע לקרות גוללן כדי שלא יתעפשו ולעולם לא ילמד בהן דבר שלא למד לעולם מפני שבלימוד בפעם הראשון מתקלקל הספר ולא יקרא פרשה וישנה אותה פעם אחרת ולא יקרא פרשה ויתרגמה מפני ששוהה הרבה בתרגומה ולא יפתח בו יותר משלשה דפין ולא יהיו שנים קורין בה בשני ענינים אבל קורין בענין אחד ושלשה אסורין גם בענין אחד וי"א להיפך דבשני ענינים קורים שנים ולא בענין אחד מפני שזה מושך אליו וזה מושך אליו ויקרעו ובשני ענינים המקום מרווח להם ושלשה אסורין בכל ענין ובכל זה ג"כ בספרים שלנו הדין כן ואם אינו יודע לקרות פותחן על הרוח כדי שלא יתעפשו וי"א דבספרים שלנו יכול ללמוד פעם אחת אף בדבר שלא למד מעולם מפני שאין צריכים משמוש כל כך כבספרים שלהם העשוים בגלילה [רמב"ן] ואחד מהגדולים כתב דכ"ז הוא בספרי תנ"ך אבל גמרות ופוסקים שצריכים עיון רב אסור ללמוד בהם בכל ענין ולא משמע כן מהראשונים וכן הדין כשהפקיד ספרים אצל אחד שצריך לנהוג בהם כמו באבידה [טור]:

יד אמרו רז"ל דכשמצא תפילין שם דמיהן ומשתמש בהם מיד אם ירצה מפני שדבר מצוי הוא לקנותם בכל שעה וגם יכול למכרם דלמה לו לשמרם כיון שמצוי לקנותם [סס] ומזה מבואר דכל דבר המצוי לקנות א"צ לטפל בשמירתו ומוכרה [וכ"מ מנמק"י] אבל י"א דזהו רק בתפילין אבל בשארי אבידות אדם חפץ בשלו יותר [רא"ש] וכ"מ מלשון הרמב"ם אמנם כשיש טיפול מרובה או שאפשר שתתקלקל בודאי יכול למכרם ובהמה וסוס ודאי דנוח לו לאדם בבהמתו שמכירה ולימדה לרצונו [רש"י כ"ח:]

טו מצא דבר שיש בו רוח חיים והרי הוא צריך להאכילו אם היה דבר שעושה מלאכה ואוכל כמו פרה וסוס וחמור מטפל בהם י"ב חודש מיום המציאה ומשכירן ולוקח שכרן ומאכילן ואם היה שכרן יותר על אבילתן הוי המותר להבעלים וכן התרנגולת מוכר ביציהן ומאכילן כל י"ב חדש ומכאן ואילך אמרו חז"ל שם דמיהן ומניחן ופירש"י שיעשה שומא בב"ד וימכרם ויניח המעות אצלו וישמרם עד שיבואו הבעלים והרמב"ם מפרש שיעשה שומא על הדמים כמה הוא שוה והרי זה שלו ושל הבעלים בשותפות כדין כל השם מחבירו וכשיבואו הבעלים יחלקו בהריוח ואם יהיה הפסד יהיה גם כן לשניהם וי"א שיכול לשומם אף בלא ב"ד ונוטלן באותן הדמים לעצמו דלא חשדינן למשיב אבידה שיעשה עולה בהשומא ולא דמי לפקדון [רא"ש] ונ"ל דלשכור הבהמה למלאכה לכ"ע יכול לשוכרה לעצמו וכן ליקח הביצים לעצמו ולא נטריחו להשכיר ולמכור הביצים בכל יום:

טז מצא עגלים וסייחים והם חמורים ילדים שהטיפול מרובה בהם לא הטריחוהו לטפל בהם י"ב חדש וכך אמרו חז"ל דאם הם של רעי שרועין א"ע בשדה יטפל בהם ג' חדשים ואם צריכים לפטמם לא יטפל בהם רק ל' יום וכן אם מצא אווזים ותרנגולים גדולים זכרים לא יטפל בהם יותר משלשים יום ואם הם קטנים ביותר שטיפולן מרובה וכן כל דבר שטיפולו מרובה משכרו לא יטפל בהם רק ג' ימים ומכאן ואילך שם דמיהם ומניחן כפי הפירושים שבארנו ולשום למחצית

שכר

שכר גם להרמב"ם לא שייך כאן דאין בהם שכר שיהיה כדי לטפל בזה [סמ"ע] ודבר שיכול להתקלקל מוכרו מיד ונ"ל דבכל דבר שהמוצא צריך לטרוח בטיפול האבידה ויש לו היזק ע"י זה בעסקיו יכול לקבל שכר טרחתו כמ"ש בסי' רס"ד דשלו קודם :

יז כל זמן שהאבידה אצלו אם נגנבה או נאבדה חייב באחריותה כדין ש"ש ואע"ג שאינו נוטל שכר ע"ז וגם במקום שנוטל אינו נוטל רק כפי הפסדו שיש לו כמ"ש שם מ"מ כיון שבשעה שעוסק בשמירתה הרי הוא עוסק במצוה ואם בעת מעשה תבא לפניו מצוה אחרת שצריך להוציא ממון עליה יפטור ממנה דעוסק במצוה פטור מן המצוה נחשב זה כשכר וי"א דשומר אבידה אין דינו אלא כש"ח משום דזה שכתבנו הוי מילתא דלא שכיחא ודין זה הוי ספיקא דדינא כמ"ש בר"ס ע"ב במלוה על המשכון וה"ה כאן [ש"ך] :

יח אבל כשרשאי למכור אותה לא מיבעיא דהוי ש"ש אלא אפילו חייב באונסים כשואל והטעם מפני שחז"ל אמרו מה יעשה בדמים יהיו אצל המוצא ורשאי להשתמש בהם משוי ליה השימוש כשואל ואם נאנסו מידו חייב לשלם ואע"פ שעדיין לא נשתמש בהם דכיון דיש לו רשות להשתמש בהם הרי המעות אצלו כשאולים בד"א שהתירו לו להשתמש בדמי אבידה שמכרה מפני שטרח להטפל בה אבל אם מצא מעות כשצריך להחזירם לא ישתמש בהם לפיכך אם נאבדו באונס פטור דאינו עליהם רק ש"ש או ש"ח כמ"ש וי"א דזה שאמרנו דאע"פ שלא נשתמש בהם דינו כשואל אין זה רק לדעה ראשונה דבסתם אבידה דינו כש"ש לכן על היתר התשמיש נתחייב כשואל אבל להי"א דבסתם אבידה אינו אלא ש"ח דיו שהיתר התשמיש יעשנו כש"ש אמנם כשנשתמש בהם פשיטא דלכ"ע דינו כשואל [טור] :

יט ויש לשאול בזה שאלה גדולה למה אמרנו לדעה ראשונה שהיתר התשמיש עושנו כשואל והרי בסי' רצ"ב יתבאר במפקיד מעות במקום שהנפקד מותר להשתמש בהם מ"מ קודם שהשתמש אין דינו אלא כש"ש אמנם התשובה היא משום דמעות פקדון תלוי בהמפקיד ליטלן בכל רגע מהנפקד לכן אמרינן דעת הנפקד דאין רצונו לחייב א"ע כשואל כל זמן שלא נשתמש בהם דשמא אין רצונו להשתמש בהם כלל מפני שחושש שמא יבא המפקיד מיד ויקבלם אבל במציאה שאינו יודע בעליהם ויכול להיות שימשך הרבה זמן אמרינן דעת המוצא שרצונו ללותן ולהתחייב באונסים [נמק"י פ"ב דב"מ] ויש שתירצו דבאבידה דבלא"ה הוי ש"ש ממילא דהיתר התשמיש עושנו כשואל משא"כ פקדון דבלא"ה הוא רק ש"ח דיו שההיתר יעשנו לש"ש [מחו"ר שם] וזהו כהסברא שכתבנו בסעיף הקודם :

כ מי שהפקידו אצלו מעות יתומים לא ישתמש בהם לפיכך אין דינו אלא כש"ח [טור] ונ"ל הטעם מפני שחששו אם ישתמש בהם יעכבם זמן ארוך מפני שאין לזה תובעים והרמב"ם והש"ע השמיטו דין זה והוא גמ' מפורשת [ב"מ כט: ועה"ם שם ס"ס י"ז ומהטור נ"ל כמ"ש] וי"א דהמוצא מעות של יתומים לא יחזיר להם עד שיגדלו דלא הוי השבה מעליא לקטנים דבמקום שאינו משתמר דמי [נמק"י שם] ונראה שמפרש הגמ' לענין מציאה ולא לענין פקדון וכן אפשר מפרש הרמב"ם והש"ע [או מפרשים שסים בעה"ב ולא חנוני ס"ל כהרמ"ם] ואם יש להם אפוטרופום יחזירם לו [עט"ז] :

כא המוצא מציאה ובא בעל האבידה ואמר שהיה יותר ורוצה לחייבו שבועה שלא מצא יותר א"צ לישבע וכך אמרו חז"ל המוצא מציאה לא ישבע מפני תקון העולם שאם תחייבנו שבועה יניח המציאה וילך לו שיתיירא שבעל האבידה יאמר שהיה יותר ויחייבנו שבועה ולכן אפילו מצא כיס מעות וטוען בעל האבידה ששני כיסים קשורים היו וא"א שימצא האחד ולא גם השני מ"מ לא ישבע מפני הטעם שאמרנו אבל אם טען ראיתי שהגבהת שני כיסים שלי וכיוצא בזה בשארי אבידות כשטוען ראיתי שהגבהת יותר הוי כשאר טוען ונטען וחייב לישבע [סמ"ע] :

כב וכל אותם הימים שמטפל בהאבידה קודם שימכרנה אם האכילם משלו כשהיא בעל חי נוטל מהבעלים כמה שהוציא בלא שבועה מפני תקון העולם וכ"ש אם שכרן או השכירן והוציא מזה הוצאותיה אין בעל האבידה יכול להשביעו כמה הוציא וכמה קיבל ואף שיש מפקפקים בזה מ"מ כן עיקר לדינא :

סימן רסח [דין קניית חצר במציאה וקניית ד' אמות ובו י"ד סעיפים] :

א כל מציאה שהיא של מוצאה אינו זוכה בה עד שתגיע לידו או לרשותו אבל אם ראה את המציאה ונפל עליה ובא אחר והחזיק בה זה שהחזיק זכה בה ודלא כפי המורגל בפי ההמון כשאחר רואה מציאה ואומר לחצאין נוטל חלק עם המגביה דהרי אפי' בנפילה עליה אינו קונה וכ"ש בראיה בעלמא אמנם זה שאינו קונה בנפילה זהו ברה"ר אבל במקום שד' אמותיו קונה כמו שיתבאר קנה בנפילתו עליה ודלא כיש חולקין בזה ואומרים דהנפילה מגרעת כחו משום דגלי דעתיה דבנפילה ניחא ליה לקנות ולא בד' אמותיו ונפילה אינו קנין דבאמת אין זה ראיה שלא כוון לקנותה בד' אמותיו ומה שנפל עליה הוא לאלומי למילתיה אבל אם ידענו שלא כוון לקנות בד"א ודאי דאינו קונה בנפילתו :

ב ארבע אמות של אדם שהוא עומד בצדן הרי אלו קונים

קונים לו וכשגיעה המציאה לתוך ד' אמות שלו זכה בה ודבר זה הוא מתקנת חכמים כדי שלא יריבו זע"ז לכן נתנו לכל הקודם בד' אמות של המציאה דין חצר שקונה לאדם כשעומד בצדו אף שאינו משומר כמ"ש בסימן ר' ולכן אין דין ד"א רק בצדי רה"ר או בסימטא שהוא קרן זוית הסמוכה לרה"ר שאין רבים מצוים שם או בשדה שאין לה בעלים אבל העומד ברה"ר או בשדה חבירו שאין שייך בשם לומר שיחשב כחצירו אינו קינה עד שיגיע לידו וכבר נתבאר שם סעיף ח' דגם במכר ומתנה קונה ד' אמות. אף שעיקר התקנה היתה משום מציאה לא פלוג רבנן ושכן עיקר לדינא ע"ש:

ג שנים שבאו כאחד לתוך ד"א של המציאה או ששנים עומדים ונפלה המציאה תוך ד' אמותיהן קנו שניהם אע"פ שקרוב לאחד יותר מלחבירו מ"מ כיון דגם להשני היא בתוך ד' אמותיו כח שניהם שוה בה ואם אחד בא מקודם אין אחר יכול לזכות עוד בד' אמותיו של ראשון וכן הדין במכר ומתנה אם המקנה עומד מקודם שוב אין הקונה יכול לקנות בד' אמותיו של המקנה ולא תקשה לך איך אפשר להיות שבאו שניהם כאחד לתוך ד' אמות הא קיי"ל שא"א לצמצם בדבר הבא מאליו שלא בכוונה [תוס' עירובין ה:] די"ל דודאי כן הוא אבל עכ"פ א"א לברר מי קדם וממילא דהוה בחזקת שניהם וחולקין אמנם אם אחד מהם תפסה ואומר שהוא קדם אין השני יכול להוציא מידו ורק יכול להשביעו היסת שכן הוא [כ"ל] וכל אדם קונה לו ד' אמותיו שעומד שם אף שהמציאה באה אח"כ כדמוכח באה"ע סי' ל' ע"ש ואם ראובן עמד ואח"כ בא שמעון ואח"כ בא לוי והלך לו ראובן קונה גם לוי הד' אמות אף ששמעון בא קודם:

ד כתב אחד מהראשונים דד' אמות של אדם אינו קונה לו רק בעומד ולא במהלך וכתב הטור שהרא"ש חולק בזה וס"ל דאין חילוק ולכן גם רבותינו בעלי הש"ע לא כתבו כלל דעה זו ונ"ל דלא פליגי לדינא דודאי אם עבר בתוך ד"א של המציאה ולא עמד שם ובא אחר אח"כ ועמד שם דקונה השני ולא הראשון דהא חצר שאינה משתמרת היא ואינו קונה אא"כ עומד בצדו כמ"ש ופשיטא דבהעברה בעלמא לא נקרא עומד בצדו וזה שהרא"ש פסק במהלך דקונה היינו אף שלא עמד קודם שבאה המציאה לתוך ד' אמותיו אלא המציאה קדמתו והוא הלך ועמד שם דקונה בזה ואף שאחר הקדימו בעמידה קודם שעמד הוא מ"מ כיון שבדרך הלוכו הקדימו קונה הוא [וראיה מדלא מהני כן אדר"ל בב"מ י:]:

ה חצירו של אדם קונה לו שלא מדעתו אפילו אינו בעיר כלל ואם נפלה בה מציאה הרי היא של בעל החצר בד"א בחצר המשתמרת. אבל בשדה וגינה וכיוצא בהן אם היה עומד בצד שדהו ואמר זכתה לי שדי זכה בהם ואם אינו עומד שם או שהיה עומד ולא אמר זכתה לי שדי כל הקודם זכה וזהו דעת הרמב"ם פי"ז מאבידה ואע"ג דבקניית ד"א א"צ לומר כלום דכן מפורש בש"ס [שם] זהו מפני שהוא תקנת חכמים כדי שלא יריבו זה עם זה לא חילקו בין אמר ללא אמר [ב"י] אבל בחצר שאינה משתמרת אינו קונה בלא אמירה וטעמו יתבאר בסמוך [והסמ"ע כתב שזהו מירושלמי ותמיהני דשם הוא על ד"א כשום אמירה דש"ס דילן ע"ש]:

ו וי"א דבעומד בצד שדהו לחוד סגי ולא בעינן אמירה כלל [תוס' ורא"ש ורשב"א] וי"א דאם המציאה היא בעל חי כמו צבי שבור או גוזלות שלא פרחו וכשרץ אחריהן מגיען כמו שיתבאר אינו קונה בלא אמירה דכשאמר מתעורר לקנותם והן משתמרין לו וכשלא אמר אינה משתמרת לו אבל בשארי מציאות א"צ אמירה [ר"ן ונמק"י] ובטעמו של הרמב"ם נ"ל דהנה בסי' קפ"ט נתבאר דכל קנין צריך כוונה לקנות ולפ"ז יש לשאול במציאה איך יזכה לו חצרו שלא מדעתו הלא אינו מכוין לקנות וצ"ל דהחצר הוי כשלוחו וכשם ששלוחו של אדם קונה לו שלא מדעתו רק מדעת השליח דשלוחו כמותו ואף בחצר של אשה דאיתרבאי מידה כמ"ש בסי' רמ"ג מ"מ לא גרע מ-ליחות [שם יב:] וכמו שזכין לאדם שלא בפניו דנעשה כשלוחו כמו כן נעשה החצר שלוחו וזהו רק בחצר המשתמרת דהחצר לבדו קונה אבל באינה משתמרת שצריך לעמוד בצדו ממילא דצריכין לכוונתו לקנות דאם אינו מכוין אין קנין בלא כוונה כיון שיודע מזה מפני שעומד בצדו ואין הקנין נגמר ע"י החצר לבדו וכן ס"ל להרמב"ם במתנה כמ"ש בפ"ד מזכייה ונתבאר שם בסי' רמ"ג ואין האמירה מעכבת אלא דזהו עדות על הכוונה דאל"כ מי מעיד שכוונתו לקנותה וממילא כל הקודם זכה ולכן לא נמצא דין זה ברמב"ם בהלכות מכירה מפני שבמכירה נתינת המעות מעיד על הכוונה ולא כן במציאה ומתנה ורבותינו החולקים ס"ל דמסתמא ניחא לו לקנות וא"צ עדות לזה או דס"ל דגם בכה"ג הוה חצרו כשלוחו:

ז יש מגדולי האחרונים שרצו לומר דכיון דחצרו של אדם קונה לו שלא מדעתו כ"ש דידו קונה לו שלא מדעתו ולא נהירא דלהדיא כתבו רבותינו בעלי התוס' דידו של אדם אינו קונה לו שלא מדעתו [ב"ב נד.] ולא דמי לחצר דבחצר הלא אינו יודע מזה ואם היה יודע היה רוצה ונעשה חצרו כשלוחו ואם באמת יודע ואינו מכוין לקנות לא קנה [מל"מ שם ומ"ש התוס' בגיטין עח: ד"ה ליקני כוונתם דה"ד לומר כן קמ"ל דלא והנה"מ והקצה"ח לא ראו דברי המל"מ וזה ראיה למ"ש בסעיף ו' ודוק]:

ח כתב רבינו הרמ"א דאין חצרו קונה לו אלא ביודע במציאה או דאסיק אדעתיה אבל בדבר שאינו רגיל לבא אין חצרו קונה לו אע"פ שבאה מציאה לשם ובא אחר ונטלה שם זכה הואיל ולא ידע בעל החצר במציאה אשר שם קודם שזכה בה השני עכ"ל ביאור דבריו דדבר שאינו רגיל לבא ויכול להיות שלא יוודע מזה לעולם

בכון

כמו מצא בגל ובכותל ישן שנתבאר בסי' ר"ס סעיף ב' אין חצרו קונה לו [כס"מ] ושם בארנו הטעם ע"ש אבל בדבר שאינו רגיל לבא ומ"מ בהכרח שיוודע מזה אף שיש מי שרוצה לומר דגם בזה לא קנה לו חצרו מ"מ רוב הפוסקים חולקים בזה [סס] כמ"ש שם ואם קנה דבר בחזקת בריל ומכרו ואח"כ נודע שהיה בו כסף נתבאר בסימן רל"ב :

ט אין החצר קונה אלא בשנפלה המציאה להחצר לאחר יאוש אבל כשנפלה קודם יאוש לא קנה דכשנתייאש אח"כ הוי יאוש שלא מדעת ולא עדיף מציאת חצרו ממציאת עצמו דלא כיש מי שחולק בזה וס"ל דבחצר לא שייך לומר באיסורא אתי לידיה [ס"ך] :

י ראה אחרים רצים אחר מציאה מבעלי חיים העוברים בחצרו ושדהו ואינם משתמרים שם שבורחים דרך רשותו הלאה אלא שהוא היה עומד בצד חצרו ושדהו דבשארי מטלטלים קנה בכה"ג אם הבע"ח רץ כדרכו כמו צבי הרץ כדרכו וגוזלות הפורחים דא"א לעכבן שלא יצאו מהחצר אפילו אומר זכתה לי ישדי או חצרי לא אמר כלום דהא אינם משתמרים על ידו כלל ואם הוא צבי שבור או גוזלות שלא פרחו אם עומד בצד שדהו ואלו היה רץ אחריהן היה מגיען ואמר שחצרי או שדי זכתה לי קנה אף שלא רץ אחריהן דנקרא חצר משומר לגבי זה ואם אינו יכול להגיען לא אמר כלום וכל הקודם בהן זכה ולפ"ז בבהמה כה"ג קנה דבסתמא רץ אחריה ומגיעה ובעוף מסתמא רץ אח־יה ואינו מגיעה :

יא וזהו רק במציאה אבל במתנה בכה"ג שנתנו לו צבי שבור וגוזלות שלא פרחו ע"פ קנין חצר כיון שיש דעת אחרת מקנה אותו אלים קניניה טפי דקנה אף כשרץ אחריהן ואינו מגיען וכיון שמתגלגלין בתוך חצרו ושדהו וא"ל הנותן יקנה לך רשותך ה"ז קנה אבל אם היה צבי רץ כדרכו וגוזלות מפריחים ולא עמד בקרוב להם שיהא יכול לתופשן לא קנתה לו חצרו אף במתנה והטעם דכיון שרץ כדרכו הוי כאין סופו לנוח וכשהוא שבור והגוזלות אין מפריחין הוי כמתגלגל דכמונח דמי במתנה כמ"ש בס"ס רמ"ג [כ"מ מרי"ף פ"ק דב"מ] ויש חולקין בזה דכיון דלא בעינן רץ אחריהן ומגיען א"כ ה"ה ברץ כדרכו ובמפריחין דקנה במתנה [סג"ה] דזהו ג"כ כמתגלגל ואם הפקיר דבר וזרקו לתוך חצר חבירו דינו כמתנה [סמ"ע] :

יב קטנה יש לה חצר ויש לה ד' אמות וקטן אין לו חצר ולא ד"א וטעמו של דבר כבר נתבאר שם סעיף כ"ב ע"ש :

יג י"א דכשם שחצרו של אדם קונה לו מציאה כמו כן אם סוחר אחר הביא סחורה בזול לחצרו של שמעון ובא שמעון ואמר תקנה לי חצרי ובא ראובן אח"כ ולקחה זכה שמעון דחצרו קונה לו וי"א דזכה ראובן דמאחר שאינה מציאה גמורה דבעל החצר צריך לקנותה עדיין במעות לא זכתה לו הצרו וגם מטעם עני המהפך בחררה ליכא במציאה לדעה ראשונה שבסי' רל"ז וסברא זו נראה עיקר [סג"ה] מיהו יש לדמות זה לדינא דבר מצרא לקיים ועשית הישר והטוב [מרדכי פ"ק דב"מ] ועמ"ש בסי' ר"ס סעיף י"א :

יד אם אחר שקנה ראובן הסחורה שבאה לחצרו של שמעון שאמר תקנה לי חצרי ואח"כ היה להיפך שבאה סחורה לחצרו של ראובן ואמר תקנה לי חצרי וקנאה שמעון וראובן אינו רוצה ליתן הסחורה לשמעון ואומר שחצרו קנה לו והסחורה הקודמת קיבל ג"כ מקודם וטוען שמעון ממ"נ תן לי הראשונה או השניה דאם הדין כדעה ראשונה תן לי הראשונה ואם הדין כהי"א תן לי השניה כתב רבינו הרמ"א דאם לא נפסק הדין בראשונה עד שאירע השניה צריך ליתן לשמעון אחת מן הסחורות ממ"נ ואם כבר נפסק הדין בהראשונה ע"פ דיינים שפסקו כהי"א הוה המעשה השניה כדבר בפ"ע והממע"ה ויכול ראובן עתה לומר קים לי כדעה ראשונה וי"א דאחד מן הסחורות יתן לו ממ"נ דעיקר הספק הוא אי אמרינן קם דינא דמעשה ראשונה והשניה הוי ענין בפ"ע או אמרינן הדר דינא וצריכין לצרף שני המעשים יחד וממ"נ יתן לו אחד מהם [ס"ך וט"ז] וכיון דזהו עיקר הספק והרבה מן הפוסקים ס"ל דהדר דינא ולכן אף שיש הרבה שפסקו קם דינא מ"מ אחד מהם צריך ליתן לו ואיני רואה בזה לסתור פסק רבינו הרמ"א דסוף סוף הוי ספק ואיך נוציא מהמוחזק ואף להי"א אין זה רק כששני המעשים אירעו בראובן ושמעון עצמם אבל אם במעשה הראשונה היה שמעון הבע"ד ובהשניה היה לוי הבע"ד אפילו אם שמעון בא מכחו אין שייכים זל"ז אף כשלא נפסק הדין הראשון עדיין [ס"ך] :

סימן רסט [דין מגביה מציאה לחבירו ואם דרש ופקח הגביהו ובו ז' סעיפים]:

א קיי"ל דהמגביה מציאה בעד חבירו קנה חבירו ואע"ג דקיי"ל דהופס לבע"ח במקום שחב לאחרים לא קנה כמ"ש בסי' ק"ה והכא הרי חב לאחרים שאין יכולין לזכות בהמציאה שאני הכא דמיגו דאי בעי זכי לנפשיה זכי נמי גם לאחריני [תוס' ב"מ י'] ועוד דמציאה לא מקרי חב לאחרים שאינו אלא מניעת ריוח [סס בב"מ] ולכן ראובן שהגביה מציאה ואמר בשעה שהגביה הריני מגביה מציאה זו כדי לזכות בה לשמעון קנה שמעון ואין ראובן יכול לחזור בו ואע"פ ששמעון לא א"ל שיזכה בעדו מ"מ זכה בה ואף ששמעון אינו בכאן דזכין לאדם שלא

שלא בפניו וי"א דאפילו לא אמר ראובן כלום בשעה שהגביה אלא שמודה שמחשבתו היה לזכותה לשמעון מ"מ קנה שמעון [ס"ך] ולא שייך לומר בזה דברים שבלב אינם דברים דלא אמרינן זה אלא במקום שלבו סותר מעשיו ודבריו כמו במכר חפץ ואמר שהיה בלבו דוקא על תנאי כך וכך וכיוצא בזה אבל בלא"ה שפיר הוי דברים [נס"מ] כמו בתרומה דמהני מחשבה ולכן אם אמר שמגביה לצורך עצמו ומודה שבלבו היה לשם חבירו אין חבירו קונה דהוי דברים שבלב וכן להיפך [ערסב"ה קדושין; כ' וסר"ן ריש פסחים ול"ע]:

ב שנים שהגביהו מציאה קנאוה שניהם בין שהגביהו כאחד בין שאחד הגביה תחלה קצה אחת מהחפץ ובא השני והגביה הקצה השניה מהקרקע דבשעת הגבהת הראשון לא קנה רק מה שתפוס בידו ולכן כשהגביה השני והחפץ הוגבה כולו אמרינן דמסתמא ניחא ליה לכל אחד להיות גם שלוחו של חבירו לקנותו לצורך עצמו ולצורך חבירו וחולקין ביניהם ולכן אם המגביה השני היה חרש או שוטה או קטן לא קנה הפקח רק מה שבידו לפי שאין להם דעת להקנות לאחר ואם השני היה עכו"ם נ"ל דקנו שניהם ואע"ג דאין שליחות לעכו"ם זהו בשליחות ממש אבל בקנין איתא:

ג בסי' הבא יתבאר דמציאת חרש שוטה וקטן אין בהן משום גזל מדינא רק מפני דרכי שלום תקנו חז"ל שיקנו מציאתם וכן שני חרשין שהגביהו קונים שניהם כמו שני פקחים דגם זה בכלל התקנה אבל חרש ופקח שהגביהו כאחד והפקח אינו קונה ע"י הגבהתו של החרש כמ"ש ולכן מתוך שהפקח לא קנה אין החרש קונה ג"כ ולא קנו רק מה שתופסים בידם והשאר מי שחטף מהם זכה והטעם משום דבזה לא שייך דרכי שלום דבפקח לא תקנו שיקנה ע"י חרש וכיון שהחרש רואה דהפקח אינו קונה לא יתרעם גם הוא אם לא יקנה דיחשוב בלבו דאיננו עדיף מפקח:

ד בסי' קצ"ח נתבאר דשעור הגבהה הוא ג' טפחים וכן כחו כגופו דמי כשהוגבהה מכחו הוי כמגביה בידו ודוקא כשהוגבהה מכחו למעלה אבל אם מכחו ירדה למטה אין זה כלום ומצינו בגמ' [סוף חולין] שאחד רצה לקנות יוני שובך וצוו לו שיכה על הקן ויפרחו היונים למעלה והוי כאלו הגביהן אבל ירידה למטה אין זה מכחו דכל דבר גשם מטבעו לירד למטה ולכן אם מונח חפץ על הדף והכה על הדף ועלה החפץ מכח ההכאה ג"ט קנאו אבל אם לא עלה למעלה אלא נפל לארץ אפילו כשהדף גבוה מן הארץ ג"ט והרי נעתק ג"ט ממקומו מ"מ לא קנה מפני שהוא דרך ירידה ויש מי שאומר דהא דמצרכינן שיוגבהה מהדף ג"ט זהו כשנפלה בחזרה על הדף אבל אם נפלה על הארץ אפילו לא הוגבהה מכחו מהדף רק מעט כיון שעד הארץ יש ג"ט הרי הוגבהה מכחו ונעתק ע"ז ג"ט ממקום עלייתו ואם לא הוגבהה מהדף כלל ע"י כחו אלא מהדף נפלה לארץ לא קנה [סמ"ע] ויש מי שאומר דכשהדף גבוה מן הארץ ג"ט אפילו לא הוגבהה רק מעט וגם נפלה על הדף ג"כ קנה כיון שמן הארץ גבוה ג"ט [ט"ז]:

ה וזה שבירידה לא קנה היינו דוקא כשלא היה תפוס בראשו השני בידו אבל כשתפס בראשו השני קנה גם בכה"ג כיון דדרך הפיסתו הוא גבוה מהקרקע ג"ט כיצד טלית שמונח חציו על עמוד שגבוה ג"ט וחציו על הקרקע ובא אחד והגביה הראש האחד שעל הקרקע וע"י הגבהתו ניתק ראש השני מעל העמוד ונפל על הקרקע קנאה כיון שראש האחד עדיין הוא בידו וראשו השני מוגבהה מכחו ג"ט מהארץ אבל אם לא היה ראשו השני עדיין בידו בעוד שהטלית באויר לא קנאה ואע"פ שהחפץ מוגבהה מן הארץ מכחו ג"ט כיון שזהו דרך ירידתו ולא היה מחזיק בה כלל בהיות החפץ כולו באויר ולכן אפי' ראשו האחר בידו ולא ניתק ראש השני מעל העמוד לא קנה אע"פ שאלו נתקו היה מוגבהה מכחו דכל זמן שלא נתקו בפועל לא נחשב כהגבהה ואינו קונה רק מה שתופס בידו:

ו כבר נתבאר דהמגביה מציאה לחבירו קנה חבירו ואינו יכול לחזור בו אבל אם הגביה סתם ואח"כ אמר שבשעת הגבהה הגביה לחבירו ואח"כ בעוד החפץ בידו אמר ששחקתי בך ובאמת היה כוונתי לעצמי נאמן כיון שבשעה ההגבהה לא דיבר מאומה וגם אותו האחר לא בקשו לזכות בעדו [טור] אבל אם האחר בקשו להגביה ולזכות בעדו כגון מי שהיה רוכב ע"ג בהמה וראה את המציאה ואמר לחבירו זכה לי במציאה זו והוא הגביהה סתם קנה הרוכב ואע"פ שלא הגיעה לידו ואין המגביה נאמן לומר לעצמי הגבהתיה אפילו בעודה בידו דכיון דע"י בקשתו הגביה אם לא היה רצונו לזכות לא היה לו לומר בשעת ההגבהה לעצמי אני מגביה וזהו דוקא כשאמר זכה לי אבל אם הרוכב א"ל תנה לי דקנינו אינו משעת הגבהתו של זה אלא משעה שימסור לו החפץ וזה נטלה והגביה סתם ואח"כ אמר אני זכיתי בה דלעצמי היתה כוונתי זכה בה הנוטל דאפילו אם נאמר דכוונת המגביה היתה לחבירו מ"מ הרי הוא עצמו לא בקשו לזכות בעדו אבל אם מסרה להרוכב ואח"כ אמר אני זכיתי בה תחלה ולעצמי הגבהתיה וזה שמסרתי לו לא היתה כוונתי להקנותו אלא להראות לו אין בדבריו כלום דאף אם נאמר שכן הוא שהגביה לעצמו מ"מ אנן סהדי שכשמסרו לידו נתנה לו במתנה גמורה כיון שמקודם בקשו הרוכב ליתן לו והוא עשה כן:

ז כתב רבינו הרמ"א ראובן אמר לשמעון קנה לנו ביחד סחורה פלונית והלך שמעון וקנאה ואח"כ אמר שקנאה לעצמו י"א דצריך לחלוק עם ראובן דהו"ל כמגביה מציאה לחבירו וי"א דאם לא היה לראובן דמים זכה שמעון במה שקנה ואם נתרצה לקנות לשניהם הו"ל כאלו זכה לשניהם עכ"ל ודעה ראשונה היא הדעה הראשונה שבסי' קפ"ג סעיף ה' דכשלא אמר קודם הקנין שלעצמו קונה

מסתמא

מסתמא קנה לשניהם דאל"כ הוא רמאי ומסתמא לא עשה עולה ובכאן מבואר דהקנין הוא כמגביה מציאה לחבירו והי"א ס"ל דאם לא היה לראובן מעות נאמן גם אח"כ לומר שקנה לעצמו דלא דמי למציאה דמציאה היה גם ביכולת האחר להגביהה משא"כ בקניית סחורה ואין זה רמאות ורשאי לעשות כן והיא הדעה השניה שבשם אא"כ נתרצה מפורש בשעת הקנייה ואמר שקונה לשניהם ורבינו הרמ"א סמך בשם על דבריו שבכאן:

סימן ער [דין מציאת חש"ו ובנו ובתו ואשתו ועבדו ושפחתו ופועלו ובו ז' סעיפים]:

א מציאת חרש שוטה וקטן אין בהן גזל מדינא מפני שאין להן יד לזכות כשאין דעת אחרת מקנה אותן אלא מפני דרכי שלום אמרו חז"ל [גיטין נט:] שהמציאה היא שלהם ואסור ליטלה מידם וכיון שאין זה רק מפני דרכי שלום לפיכך אם עבר אחד וגזלה מידם אינה נגבית בדיינים אלא בדין שמים ודוקא מציאה שאין דעת אחרת מקנה אותם אבל במתנה וכ"ש שכירות של קטן שהרויח וכיוצא בו הוי גזל גמור ונגבה בדיינים ועמ"ש בסי' רמ"ג:

ב מציאת בנו ובתו הסמוכים על שלחנו אע"פ שהם גדולים שייך לאביהם ודבר זה תקנו חכמים שבעבור שנותן להם מזונות שאינו חייב מדינא לכן תקנו שתהא מציאתן שלו אבל כשמת האב והבנות נזונות מנכסי יתומים מתקנת חכמים כמ"ש באהע"ז סי' קי"ב אין המציאה של היתומים כיון שחייבים במזונותיהן ובן שאינו סמוך על שלחן אביו אפילו הוא קטן אין מציאתו לאב אבל הבת כל זמן שהיא קטנה או נערה שיש רשות ב"ד האב לקדשה למי שירצה מציאתה לאב כדי שלא יהיה לו שנאה עליה כשלא תמסור לו מציאתה ומציאת אשתו תקנו חכמים ג"כ שתהא שייך להבעל מפני השנאה כמ"ש שם סי' פ"ד ולכן כשהיא ספק מגורשת אע"ג שבעלה חייב במזונותיה כמ"ש שם סי' צ"ב מ"מ מציאתה שלה משום דלא חיישינן אז לשנאתו ומציאת עבדו ושפחתו הכנענים הרי אלו שלו דמה שקנה עבד קנה רבו אבל מציאת עבדו ושפחתו העברים אינו שלו וכ"ש מציאת שכירו ולקיטו ומציאת שפחתו העברית שאינה נמכרת אלא בקטנותה אם האב חי הרי הוא של האב ואם לאו הוא שלה:

ג יתום או איש אחר הסמוך על שלחן אחרים מציאתו לעצמו ולא אמרינן ק"ו מבנו הסמוך על שלחנו דתקנו חז"ל שתהא מציאתו שלו וכ"ש באחר דאינו כן דלא שייך שנאה אלא בבנו שדרך האב לזונו תמיד ואם האב לא יזונו לא יזונו אחר בזה שפיר שייך שנאה אם לא יהיה מציאתו שלו אבל אדם אחר הסמוך על שלחן חבירו חנם כמו יתום וכיוצא בו אין סברא שתהא מציאתו לאחר [תוס' ב"מ יב:] דלא תקנו חכמים בזה שנזון מפני המצוה דאין התשלום בזה במציאתו ושכרו רבה מד' ולא ממציאתו אף ביתום קרוב כמו אח וכיוצא בו:

ד הנותן מתנה לבן הסמוך על שלחן אביו אם הבן הוא גדול מתנתו להבן דהא לו נתן ואם הוא קטן הרי היא של האב מסתמא כשהנותן לא פירש דהא מן הסתם אין המתנה משומרת ביד הקטן אם אביו לא ישמרנו ובודאי נתנה על דעת האב ומה שנתן להקטן אינו אלא כדי לשמחו אבל באינו סמוך על שלחנו גם בקטן מתנתו שלו ואין חילוק בין בן לבת ובנערה תמיד מתנתה שלה דהרי יש לה דעת [עקל"ח]:

ה מי שהתחייב עצמו להחזיק בנו וכלתו או בתו וחתנו על שלחנו כך וכך שנים אין מציאתן שלו כיון שנותן ע"פ התחייבות [ס"ז] ונ"ל דכשכלה ההתחייבות ונותן להם עוד מזונות מציאתן שלו אף של חתנו וכלתו מפני שבהם שייך שנאה:

ו כתב רבינו הרמ"א דאלו שמציאתן שלו ה"ה אם הרויחו בסחורה או במלאכה עכ"ל ובעל הלבושים השמיט הגה"ה זו וברור טעמו דהרי לא מצינו בשום מקום שמעשה ידיו תלוי במציאה והרי באשה שתי תקנות הוי מעשה ידיה לבעלה מפני מזונותיה ומציאתה מפני איבה ויותר תמוה שמקור הדין הוא מהעיטור בשם ירושלמי שהביא רבינו הב"י בס"ס קע"ז ובשם הוא כשהבן הרויח מתפוסת הבית וכן מוכח בירושלמי דב"ב פ"ט הלכה ג' ע"ש ויש מי שהביא ראיה לדין זה ממה שאמרו חז"ל [ב"מ לב:] דיכול האב לקצוף על יד בנו הפועל שלא יאכל בעת מלאכתו [ס"ך] ואין זה ראיה דהתם מטעם מחילה הוא ובאמת מאן לימא לן דהריוח הוא של האב דלא אמרו חז"ל רק שבזה אינו עובר על לאו דלא תחסום גם מה שסיים רבינו הרמ"א וז"ל אבל אם מת אינו מוריש מלאכת בן אחד לשאר יורשיו עכ"ל ומקורו מהגהת מרדכי פ"ק דב"מ ושם היתה השאלה לענין ספרים שאחד מן הבנים כתבן ומוכח שם ג"כ שהיה כל העסק מתפוסת הבית שעוסקים בנכסי אביהם ולכן נ"ל דרבינו הרמ"א מיירי ג"כ במה שהרויחו בעסקי אביהם כגון שמכרו סחורתו או עסקו במלאכתו דזהו ודאי כל מה שהרויחו בעסקיו אע"פ שאדם אחר היה נוטל שכר טירחא הם אינם נוטלין כיון שסמוכים על שלחנו אבל כשעשו איזה עסק בפ"ע אינו שייך להאב [ובזס מתורץ גס קושית סנה"מ]:

ז מציאת פועל לעצמו ואע"פ שלא ייחד לו איזה מלאכה לעשות אלא א"ל עשה עמי מלאכה היום דהא למלאכה שכרו ולא למציאות וכ"ש אם ייחד לו איזה מלאכה כגון שא"ל עדור עמי היום או נכוש עמי היום אבל אם שכרו ללקט בעין מציאות כגון שחסרו מי הנהר ושכרו ללקוט הדגים

הדגים שבהאגמים הרי מציאתו לבעה"ב אפילו מצא כים מלא דינרין מפני שהכל בכלל מציאה והרי שכרו לזה וי"א דה"ה כששכרו סתם ומראה לו ללקט מציאות כעין דגי הנהר צריך לעשות לו ואז כל מציאותיו לבעה"ב וזה שמציאת פועל לעצמו היינו כששכרו סתם ונתן לו מלאכה ובתוך זה מצא מציאה אבל אם בתחלה צוה לו ללקוט מציאות דהא בידו ליתן לו איזה מלאכה שירצה בעה"ב הוי כשכרו מתחלה למציאות [ג"ל ועסמ"ע ול"ע] :

סימן רעא [מציאת בהמה ומציאת שט"ח ושובר וגט ובו ה' סעיפים] :

א בסי' קצ"ז נתבארו דיני קנינים מבעלי חיים ונתבאר שם סעיף ו' דברכיבה לחוד יש מחלוקת הפוסקים אם קונה במכר אבל בהפקר ובמציאה לכ"ע הוי קנין ברכיבה לחוד [ב"י שם ומיושב קושית הסמ"ע סק"ה] ואם היו שנים רוכבים קנו שניהם ולא אמרינן דהאחד עיקר והשני טפל וכתב שם רבינו הב"י דאפילו למאן דס"ל שברכיבה לחוד קונין ולא בעינן מנהיג ברגליו מ"מ ברכיבה ועומדת במקומה אין זה קנין ובעינן שתזוז מעט שתעקר יד ורגל ועוד נתבאר שם דהנהגה הוי קנין כמשיכה ואפילו הנהיגה בקול או הכישה במקלו ורצתה לפניו הוי קנין ולכן אם היו שניהם מנהיגים או אחד רוכב ואחד מנהיג קנו שניהם ויחלוקו וכן אם אחד מושך ואחד מנהיג ודעת הרמב"ם בפי"ז מאבידה דבגמל אף שכל אחד בפ"ע קנה מ"מ אם היה אחד מושך ואחד מנהיג מבטל קנין המשיכה את קנין ההנהגה דבגמל עדיף קנין המשיכה דאין דרכו כל כך בהנהגה :

ב וזה לשון הרמב"ם והש"ע שנים שראו גמל או חמור של מציאה וקדמו שניהם והנהיגוהו או משכוהו או שהיה אחד מנהיג ואחד מושך קנו שניהם בד"א בחמור אבל בגמל אם היה אחד מנהיג ואחד מושך המושך קנה אבל לא המנהיג עכ"ל [דמפרש בב"מ ט' היכא חד לד ללא קני היינו במקום קנין אחר ופסק כהיכא דאמרי כדרכו] :

ג עוד בארנו שם דיש מהפוסקים דס"ל דגמל נקנה רק במשיכה וחמור רק בהנהגה אבל להיפך יש באחד מהן דלא הוי קנין וכיון שיש ספק ממילא דגמל לא נקנה בהנהגה וחמור במשיכה אמנם זהו רק במכירה ומתנה אבל במציאה והפקר קונין בשניהן בשני הקנינים ואין מוציאין מיד המוחזק [שם בהג"ה] ובמכר ומתנה אוקי ממונא בחזקת מרא קמא [טור שם] ואם שנים עשו קנין בחמור של הפקר ומציאה זה במשיכה וזה בהנהגה ואח"כ תפסו המנהיג ואומר קניני הוה ודאי קנין ושלך ספק וכיון שאני מוחזק לא אתן לך חלק נ"ל שיכול לומר כן לפוסקים אלו וכן להיפך בגמל אמנם רבותינו בעלי הש"ע ס"ל כהרמב"ם והשמיטו שם דין זה :

ד עוד בארנו שם סעיף ב' דיש קנין מסירה במכר אבל במציאה והפקר לא שייך קנין זה דמי מוסר לו ולכן בהמה של מציאה שקדם אחד ותפסה במוסירה והוא הרסן או החבל התלוי בצוארה שבזה מוסרים הבהמה מיד ליד לא קנה אותה עד שימשכנה או ינהיגנה וכן בנכסי הגר בימים קדמונים אבל קנה המוסירה לבדו החלק התפוס בידו [ס"ך וט"ז] היה אחד רוכב ואחד תפוס במוסירה הרוכב קנה הבהמה והמוסירה שעל לחיי הבהמה בלבד דחלק זה בטל להבהמה וזה שאחז המוסירה קנה ממנה מה שאחז בידו ושאר המוסירה לא קנה לא זה ולא זה ואם בא שלישי ותפסה הוי שלו ותפיסתו אינו מועיל להרוכב כמגביה מציאה לחבירו שבסי' רס"ט דהא הכא אדעת עצמו הגביהה וכיון דהוא לא קנה איך יקנה הרוכב [גמ' שם] :

ה מציאות שטרות ושוברים נתבאר בסי' ס"ה ומציאת גט באה"ע סי' קל"ב וסי' קנ"ג :

סימן ערב [דיני פריקה וטעינה ופגיעות בהמות וספינות ובו י"ח סעיפים] :

א כתיב כי תראה חמור שונאך רובץ תחת משאו וחדלת מעזוב לו עזוב תעזוב עמו וזהו מצות פריקה שמצוה מן התורה לעזור לחבירו לפרוק המשא מן הבהמה כשהיא רובצת תחת המשא ובפ' תצא כתיב לא תראה את חמור אחיך או שורו נופלים בדרך והתעלמת מהם הקם תקים עמו וזהו מצות טעינה שמצוה מן התורה לעזור לחבירו להטעין המשא שנפלה מהבהמה דנופלים בדרך משמע שגם המשא נופלת בדרך וצותה התורה להקים המשא על הבהמה ובפריקה עצמה יש מצות טעינה כשהוא פורק כל המשא מהחמור אם א"א באופן אחר כגון שנתקה המשא ממקומה ממילא דאח"כ צריך לקיים מצות טעינה וכ"מ מרמב"ם פי"ג מרוצח ע"ש :

ב לפיכך מי שפגע בחבירו בדרך ובהמתו רובצת תחת משאה בין שהיה עליה משא הראוי לה ובין שהיה עליה יותר ממשאה ה"ז מצות עשה לפרוק מעליה ולא אמרינן כיון שהניח עליה יתר ממשאה הרי מתחייב בעצמו דאע"פ דהאמת כן הוא מ"מ חייבתו התורה דאולי בשגגה עשה כן ועוד דאיכא צער הבהמה וצער בעלי חיים הסכימו רוב הפוסקים דהוי מן התורה מצוה להצילן מצערן ואם היתה דרך הבהמה להרביץ תחת משאה תמיד או שהיא עומדת תמיד תחת משאה אינו חייב במצות פריקה שנאמר רובץ כלומר במקרה ולא רבצן שהרגילו בכך דהבעלים מזידים הם להנהיג בחמור כזה מיהו אע"ג

דמטעם

דמטעם מצות פריקה פטור מ"מ משום צער בע"ח חייב בפריקתה [הגר"א]:

ג כשסייעו לפרוק המשא לא יניחנו נבהל במשאו על הדרך אלא יקים עמו ויחזור ויטעון משאו עליה שנאמר הקם תקים עמו ואם היה יתר על משאה יניח כדי משאה ולשאר המשא יחזרו הבעלים אחר חמור אחר וכן מי שפגע בחבירו בדרך שנפלה המשא מחמורו על הקרקע צריך לסייעו להטעין המשא על הבהמה ואם הניחו ולא טען עבר על מצות ל"ת וביטל מ"ע ואם בא לידו מצות פריקה ולא פרק ולא טען עבר על שני מ"ע דעזוב תעזוב והקם תקים וביטל מצות ל"ת דלא תראה [ומ"ש הרמב"ם והס"ע ביטל מ"ע ל"ל דכוונתם לשני מ"ע ובס' המלות כתב בפריקה ל"ת משום דברוב פריקות יש טעינה ודוק]:

ד אמרו רז"ל [ב"מ לב:] דמצוה מן התורה לפרוק עמו בחנם כמו באבידה אבל לטעון עליו ה"ז מצוה ונוטל שכרו כפועל דאם כוונת התורה שגם טעינה בחנם למה לה לכתוב מצות פריקה הלא ידענו זה בק"ו מטעינה שאין בזה צער בע"ח חייב מכ"ש פריקה שיש בזה צער בע"ח אלא ודאי לא דמי דפריקה בחנם וטעינה בשכר מיהו גם בפריקה אם יש לו היזק בזה ישלם לו כמ"ש באבידה בסי' רס"ה:

ה פרק וטען וחזרה ונפלה חייב לפרוק ולטעון פעם אחרת אפילו מאה פעמים שנאמר עזוב תעזוב הקם תקים ועזוב והקם הוא מקור ולא פעולה דליהוי משמע פעם אחת לפיכך כשפרק וטען צריך לילך עם בעל החמור ולדדות עמו עד פרסה וי"א עד מיל ולמה צריך לדדות דשמא יתקלקל אא"כ בעל המשא אומר איני צריך לך ובעד הדידוי צריך לשלם לו ואינו מחוייב לעשות זה בחנם:

ו מאימתי מתחייב לפרוק ולטעון עמו משיראהו ראיה קרובה שהיא כפגיעה שהרי נאמר כי תראה ונאמר כי תפגע וכמה שיעור זה שיערו חכמים שיהיה ביניהם רס"ו אמות וב' שלישי אמה שהוא אחד משבעה ומחצה במיל ואם היה רחוק ממנו יותר מזה אינו זקוק לו מיהו בפריקה נראה מדברי רבינו הרמ"א סעיף ט' דחייב משום צער בע"ח ונ"מ דיכול לקבל שכר ע"ז:

ז מצא בהמת חבירו רבוצה אע"פ שאין הבעלים עמה מצוה לפרוק מעליה ולטעון עליה שנאמר עזוב תעזוב הקם תקים מכל מקום בין שיש בעלים ובין שאין בעלים א"כ למה נאמר עמו לענין שאם היה בעל הבהמה שם והלך וישב לו ואמר לזה שפגע בו הואיל שעליך מצוה אם רצית לפרוק פרוק לבדך ה"ז פטור שנאמר עמו ואם היה בעל הבהמה זקן או חולה חייב לפרוק ולטעון לבדו ואינו מחויב לשכור פועלים כיון שהתורה חייבתו לזה שפגע בו [גמ'] ואין לומר דכוונת התורה דוקא עמו ובלא בעלים לא יתחייב כלל דהא בפריקה איכא צער בע"ח וממילא דגם בטעינה כן [ות"ם גם לר"ם דס"ל דברה תורה כלב"א וע"ש ל"א: בתוס']:

ח במדינתנו שנוסעים ומוליכים משא בעגלה והסוס קשור בהעגלה אם פגע בעגלה שנשקעה ברפש וטיט מחוייב לסייע להעגלון לפרוק המשא ולהוציא את העגלה והסוס למקום יבשה וזהו מצות פריקה ואח"כ להטעינו כראוי וכן אם נפלה המשא מהעגלה מחוייב לסייע להטעינו וזהו מצות טעינה וכן אם נשברה אופן מהעגלה או היד שהאופן מתגלגל בו מחוייב לסייע ולתקן בכל מה דאפשר וללותו מעט שיראה שהולכת יפה וזהו ג"כ ממצות פריקה וטעינה:

ט אם היה כהן והבהמה רובצת בין הקברות אינו רשאי לטמא א"ע בשביל פריקה וטעינה וכן אם היה זקן ת"ח או עשיר או מכובד שאין דרכו לפרוק ולטעון הואיל שאינו לפי כבודו פטור ובזה נאמר והתעלמת מעזוב לו כלומר פעמים שתתעלם וזה הכלל כל שאלו היתה שלו היה פורק וטוען חייב גם בשל חבירו וכל שבשלו לא היה פורק וטוען פטור גם בשל חבירו כמ"ש במציאה בסי' רס"ג ואם היה חסיד ועושה לפנים משוה"ד אפילו היה הנשיא הגדול וראה בהמת חבירו רובצת תחת משאה אפילו של תבן ושל קנים ועצים וכיוצא בהם פורק וטוען עמו ויש חולקין בזה כמ"ש שם ובמקום צער בע"ח יש להחמיר [עסמ"ע]:

י כתבו הרמב"ם והש"ע בהמת עובד כוכבים והמשא של ישראל אם היה העכו"ם מחמר אחר בהמתו אינו זקוק לה ואם לאו חייב לפרוק ולטעון משום צער ישראל וכן אם היתה הבהמה של ישראל והמשוי של עכו"ם חייב לפרוק ולטעון משום צער ישראל אבל בהמת עכו"ם ומשאו אינו חייב להטפל בו אלא משום איבה עכ"ל וכתב רבינו הרמ"א די"א דלפרוק חייב אפילו אין העכו"ם שם משום צער בע"ח דהוי דאורייתא וכן בכ"מ דפטור לפרוק מ"מ משום צער בע"ח מיהו חייב ונ"מ שיכול לקבל שכר עכ"ל ויש שכתבו דגם דעת הרמב"ם כן הוא ובטעינה פוטר ולא בפריקה וזהו שמסיים חייב לפרוק ולטעון ר"ל כמו שחייב בפריקה כמו כן חייב בטעינה ואיבה שייך בכל ענין [עכ"מ וסמ"ע]:

יא השונא האמור בתורה לא מעכו"ם הוא אלא מישראל והיאך יהיה לו שונא והכתוב אומר לא תשנא את אחיך בלבבך אמרו חכמים כגון שראהו לבדו שעבר עבירה והתנה בו ולא חזר הרי מצוה לשנאותו עד שיעשה תשובה וישוב מרשעתו ואע"פ שעדיין לא עשה תשובה אם מצאו נבהל במשאו מצוה לטעון ולפרוק עמו ולא יניחנו שמא ישהה בשביל ממונו ויבא לידי סכנה והתורה הקפידה על נפשות מישראל בין רשעים בין צדיקים מאחר שהם נלוים אל ה' ומאמינים בעיקר הדת שנאמר אמור אליהם חי אני נאם ה' אלהים אם אחפוץ במות הרשע כי אם בשוב רשע מדרכו וחיה [רמב"ם שם] ואע"ג דבטעינה לא כתיב שונא מ"מ כיון דלגבי פריקה השוותה התורה שונא לאוהב מסתמא גם בטעינה כן [כ"מ שם]:

יב הפוגע בשנים אחד רובץ תחת משאו ואחר נפרק המשא

המשא וצריך להטעינו מצוה לפרוק בתחלה משום צער בע"ח ואח"כ טוען השני בד"א כשהיו שניהם אוהבים לו או להיפך אבל אם אחד היה שונא ואחד אוהב מצוה לטעון עם השונא תחלה כדי לכוף יצרו הרע ודוקא בשונא דעלמא ולא שעשה עבירה וזה השונא עובר על לא תשנא אבל אם עשה עבירה ולא עשה תשובה דמצוה לשנאותו א״צ לטעון עמו תחלה וי"א דגם בכה"ג מצוה בשונא תחלה [ב"ח] ומרמב"ם שם משמע להדיא כדעה ראשונה מדכתב אחר דין זה השונא האמור בתורה מיירי שעבר עבירה משמע דקודם זה מיירי בשונא ממש [וכ"מ מהגר"א ולכן אף שבע"פ קי"ג: כתבו תוס' כי"א אבל בב"מ ל"ב: והנמק"י גם כתבו כדעה ראשונה ול"ע על הרא"ש והטור שהשמיטו זה דפסחים וכן הרי"ף והא"ש דס"ל לצער בע"ח דאורייתא דאפשר לאוקמי בשונא עכו"ם]:

יג כשחבורה הולכים בדרך כל אחד עם חמורו כולם טעונים או כולם אינם טעונים ונעשה רגלי חמור אחד רעועות מחמת מכה שאינו יכול לילך כל כך במהירות אינם רשאים החבורה להקדימו ולעבור מעליו ולהניחו יחידי ואם נפל לגמרי ואין יכול לילך כלל רשאים לעבור עליו דא"צ להתעכב בעדו יותר מדאי ורק אם העיכוב מעט מחוייבים להמתין עליו וכן כשנוסעים בעלי עגלות ביחד במשא או בלא משא ונתקלקל העגלה אצל אחד וצריך לתקנו ימתינו עליו [סמ"ע] וצריכים לסייעו בתקונו אמנם כשזה הולך במשא וזה בלא משא מסתמא אין נוסעים יחד דזה נוסע במהירות וזה בכבדות אין צריכים להמתין עליו אם לא שצריך שיסייעוהו בתקונו והוי כפריקה וטעינה כמ"ש בסעיף ח':

יד שני גמלים או שני חמורים או שתי עגלות שהלכו זה בצד זה ובאו למקום שהדרך צר לשניהם ובהכרח שאחד יעבור קודם אמרו חכמים [סנהדרין לב:] שאם אחד טעון משא ועל האחר רכוב אדם מעבירים את הרכוב מפני הטעון והטעון יעבור קודם וכ"ש אם אחד טעון ואחד ריקן מעבירים הריקן מפני הטעון ואם אחד ריקן ואחד רכוב מקדימין הרכוב ואם היו שניהם רוכבים או שניהם טעונים או שניהן ריקנין עושין פשרה ביניהם או יטילו גורל וכן שתי ספינות שפגעו זה בזה שזה הלך ממזרח וזה ממערב ונפגעו במקום אחד שאם יעברו שתיהן ביחד שתיהן טובעות ואם בזו אחר זו שתיהן עוברות וכן שני גמלים העולים במעלה גבוהה ופגעו זב"ז וכן שתי עגלות שפגעו זב"ז ואם עוברים שניהם בבת אחת יפלו שניהם כיצד הם עושים אם אחת היתה טעונה במשא ואחת שאינה טעונה תרחה שאינה טעונה מפני הטעונה ותמתין השאינה טעונה מן הצד עד שתעבור הטעינה ואח"כ תעבור היא ואם אחת קרובה וקלה לנטות ואחת רחוקה וקשה לה לנטות תרחה הקרובה מפני הרחוקה היו שתיהן רחוקות שתיהן קרובות שתיהן טעונות הואיל שכולן בדוחק אחד יטילו פשרה ביניהם ומעלים שכר זל"ז ועל כיוצא בזה נאמר בצדק תשפוט עמיתך דגם בפשרה צריכים לשפוט בצדק ואם רצונם יטילו גורל ביניהם:

טו שיירא שחנתה במדבר ועמד עליה גיים לטורפה ופסקו ממון להגיים מחשבין לפי ממון ואין מחשבין לפי נפשות שהרי הגיים בא רק בשביל ממון ואם שכרו תייר לפניהם להודיעם הדרך שיש בזה גם סכנת נפשות מחשבין לפי הנפשות ולפי הממון ואם יש מנהג בזה אצל החמרים אל ישנו ממנהגם דהמנהג עיקר גדול בדיני ממונות וה"ה בכל כיוצא בזה אם הסכנה הוא רק בממון מחשבין רק לפי הממון ואם הסכנה הוא רק בנפשות מחשבין רק לפי הנפשות ואם הסכנה הוא בשניהם מחשבין לפי שניהם ועמ"ש בסי' קס"ג:

טז רשאים החמרים להתנות ביניהם כשהולכין בשיירא שכל מי שיאבד ממנו חמור מבני השיירא שיעמידו לו מכל השיירא חמור אחר ואם פשע הוא ואבידה אין חייבין להעמיד לו ואם אבד חמורו שלא בפשיעתו ואמר תנו לי דמים ואינו רוצה ליקח חמור והריני שומר עמכם כמקדם יכולים למחות בידו אלא מעמידין לו חמור אחר כדי שבזה יזדרז ביותר וישמור כדי שישמר בהמתו ואפילו היתה לו בהמה אחרת בשיירא מפני שיותר מוסר נפשו בשמירת שתי הבהמות ואם אמר תנו לי מעות ואני אקח הבהמה הרשות בידו [ש"ך] ובכל אלו הדברים א״צ קנין ומתקיים בדברים בעלמא כמו פועלים [שם]:

יז ספינה שהיתה מהלכת בים ועמד עליה נחשול לטובעה והקילו ממשאה כדי להצילה מחשבין לפי המשא ואין מחשבין לפי הממון כגון שהשליכו מראובן עשרה ככרות כסף ומשמעון עשרה ככרות ברזל א"צ לשלם לראובן כלום כיון דהסכנה היתה מצד המשא ואם יש בזה איזה מנהג אצל הספנים יעשו כמנהגם ואל ישנו מהמנהג ולכתחלה יכול לכוף בעל הכסף לבעל הברזל להשליך המשא משלו והוא ישלם לו דזה נהנה וזה לא חסר [נ"ל]:

יח ורשאים הספנים להתנות ביניהם שכל מי שמתאבד לו ספינה שיעמידו לו מהכולל ספינה אחרת ואם פשע בה ואיבדה או שפירש עם ספינתו למקום שאין הולכין בו באותו הזמן אין חייבין להעמיד לו וא"צ קנין וכמ"ש בשיירא:

סימן רעג [דין הפקר כיצד ודין הזוכה מן ההפקר ובו כ"ב סעיפים]:

א דבר ידוע ומוסכם שביכולת אדם להפקיר נכסיו ומה הוא ההפקר שיאמר נכסי אלו או חפץ זה הפקר לכל בין במקרקעי בין במטלטלי ואין אדם יכול להפקיר רק דבר שהוא שלו וברשותו אבל דבר שאינו ברשותו אינו

אינו יכול להפקיר כמו שאינו יכול להקדיש ולכן אם גנבו או גזלו ממנו מטלטלים אע"פ שלא נתייאש אינו יכול להפקירן [קלה"ח סי' רי"א] דלא כיש מי שחולק בזה ואף חפציו שביד אחרים יכול להפקירן דמה שנפקד ביד אחר הוי כמונח אצלו ויכול להפקירן ולהקדישן [ב"ב פח:] אבל הלואה שביד אחרים אינו יכול להפקיר דמלוה להוצאה ניתנה ואינה כברשותו וגם אינו יכול להקנותה לאחר לבד ע"פ מעמד שלשתן מתקנת חכמים וגם בצדקה מהני בכה"ג כשאומר להגבאי משום דיד עניים אנן והוי כמעמד שלשתן [נמק"י פ"ד דב"ק] או כשנדר ליתן סלע לצדקה אע"פ שאינו בידו חייב לקיים נדרו אבל כשנדר סלע ידוע ואינו ברשותו אין הנדר חל [שם] ובסי' רס"ב בארנו ההפרש בין יאוש להפקר ע"ש וגם כשהחפץ שאול או מושכר ביד אחר יכול להפקירו כמ"ש בא"ח סי' רמ"ו וה"ה שיכול להקדישו דזה נקרא ברשותו [קלה"ח שם]:

ב קיי"ל דמיד כשמפקיר יוצא הדבר מרשותו אף שעדיין לא זכה בה אחר [ספ"ד דנדרים] ודין ההפקר הוא שכל הקודם וזכה בו קונה הדבר ונעשית שלו ואפילו המפקיר עצמו אם קדם וזכה בה זכה מן ההפקר וכל זמן שלא זכה בה בפועל ממש אינה נכנסת לרשותו ועוד יתבאר בזה לפיכך כל דבר של הפקר כל הקודם בו זכה בין שהדבר מופקר ועומד כמו במדבריות ובימים ונהרות ונחלים כל שבהם הפקר וכן העשבים והעצים ופירות של יערי מדבר וכיוצא בהם ובין דבר שהיו לו בעלים והפקירוהו:

ג ואע"ג שאין אדם יכול להסתלק משלו בדבור בעלמא כשלא מסרו לאחרים והאומר לחבירו ידי מסולקת משדה זו לא אמר כלום כל זמן שלא נתנה לחבירו וגם לשון מחילה אינו מועיל כמ"ש בסי' רמ"א ואיך מועיל ההפקר כשעדיין לא זכה בו אחר מ"מ זהו גזירת התורה דלשון הפקר מועיל ובירושלמי פ"ו דפאה למדו מקרא דשמיטה דכתיב תשמטנה ונטשתה שיש לך נטישה אחרת כזו ואיזו זו היא הפקר דכן קבלו חז"ל ולכן אמרו חז"ל דהמפקיר לעניים ולא לעשירים אינו הפקר עד שיפקיר לכל כשמיטה וכל שלא הפקיר לכל אין לזה דין הפקר והזוכה בו לא קנה וחייב במעשרות [וסר"ס כתב שם דגרסא דסמיעס איגו אלא לר"ל ולר"י למדנו מפאס אבל מתוס' ב"ק כתי לא מסמע כן ולא פליגי ור"י דריס טעמא דב"ס ור"ל טעמא דב"ס ודוק]:

ד כתב הרמב"ם בפ"ב מנדרים ההפקר אע"פ שאינו נדר הרי הוא כמו נדר שאינו יכול [ככ"ל] לחזור בו עכ"ל ואין כוונתו לדמות הפקר לנדר כיש מי שרצה לומר כן דמה ענין זל"ז ועוד דא"כ ליהני שאלה בהפקר כבנדר ולא מצינו זה בשום מקום [ר"ן נדרים פ"ה] אלא הרמב"ם מסביר לנו מה שבארנו דהיכן מצינו שיסתלק אדם משלו בדבור בעלמא דכשאדם מקדיש דבר נכנס הדבר לרשות הקדש וכשאומר לצדקה נכנס לרשות עניים אבל הפקר לא נכנס לרשות אחרים לזה אומר דדומה לנדר שכשנדר שלא יהנה מנכסיו מסתלק מהם בדבור פיו ולרשות אחר לא נכנסו [נ"ל]:

ה בירושלמי שם פליגי ר' יוחנן ור"ל כשהפקיר לאדם ולא לבהמה לישראל ולא לעכו"ם לעניי אותה העיר ולא לעניי עיר אחרת דסובר ר"י דהוי הפקר ור"ל סובר דאינו הפקר וכפי כללי הש"ס הלכה כר"י [וכ"מ מתוס' גיטין מז: ואין ראיס לסיפך מב"מ ל: לפמ"ס סר"ס סס ובל"ז אין ראיס ודוק] אמנם מהרמב"ם ז"ל שהשמיט דין זה משמע דס"ל כר"ל וכ"כ אחד מהגדולים ונ"ל דעכ"פ הוה ספיקא דדינא וטעמו של ר"י נ"ל משום דעיקר מצוה דשביעית הוא בשביל העני כדכתיב ואכלו אביוני עמך ולכן אע"פ שלפי האמת מופקר לכל בשמיטה מ"מ מרחזינן עיקר כוונת התורה תכליתה של שביעית לכן בהפקר מועיל כה"ג וזה שהירושלמי אומר הפקיר לעניי אותה העיר ולא לעניי עיר אחרת לאו דוקא הוא אלא כלומר לאותה העיר ולא לעיר אחרת [ונקט לעניים איידי דב"ס ע"ס ודוק] [וע' נוב"י חס"ע סי' כ"ט]:

ו כמו שהקדש טעות אינו הקדש כמו כן הפקר טעות ולא עוד אלא אפילו שבעיקר ההפקר לא היה טעות אלא במי שזוכה מן ההפקר כגון שהפקיר חפציו וכוונתו היתה שפלוני ופלוני יטלום ובא אחר ונטלום הוה טעות ונתבטל ההפקר וחוזר להבעלים ודוקא שנדע בברור שלא היה כוונתו לאחר דאל"כ אינו נאמן [כ"מ מתוס' גיטין מז: ד"ס אדעתא] ולכן יש מהגדולים שפסקו בחמץ שמפקירין בערב פסח ונטלה העכו"ם ובא ישראל אחר וקנאה מהעכו"ם אחר הפסח דלא קנה מטעמא דאדעתא דעכו"ם אפקריה ולא אדעתא דישראל [מג"א סי' תמ"ח] והטעם הוא משום דהוי הפקר בטעות וזהו גם פירוש הר"ן ספ"ד דנדרים והנוב"י יו"ד סי' קל"ד הוליא מזה ביטול להפקיר דבר לאחד לנוכח ולא מסתבר כלל דאין זה גדר הפקר ודברי הר"ן והמג"א בנוים על התוס' הנ"ל ודוק]:

ז כתב הרמב"ם ז"ל [שם] המפקיר את דקרקע כל הקודם והחזיק בהן זכה דין תורה אפילו הפקיר בפני אחד ה"ז הפקר ונפטר מן המעשרות אבל מדברי סופרים אינו הפקר עד שיפקיר בפני שלשה כדי שיהיה אחד זוכה אם רצה והשנים מעידים עכ"ל ואפשר לפרש כוונתו דרק בקרקע בעינן ג' כדי שלא יעשה הערמה אבל במטלטלין גם כשיפקיר בפני אחד הרי יכול ליטלה ויהא נאמן במיגו דלקוח היא בידי משא"כ קרקע בחזקת בעליה עומדת וצריך עדים [מח"א] ומבואר מדברי הרמב"ם דגם מן התורה צריך עכ"פ להפקיר בפני אחד כדי שיהיה יכול לזכות בו אבל בינו לבין עצמו אין שם הפקר ע"ז [סמ"ע] וי"א דאפילו בינו לב"ע הוי הפקר מן התורה ומדרבנן צריך ג' גם במטלטלין ובמקום שההפקר מצילו מאיסור כגון שהשאיל בהמתו לעכו"ם ולא החזירה לו קודם השבת ויעשה בה מלאכה בשבת יכול להפקירה

אף

אף בינו לב"ע [רא"ש ספ"ד דנדרים] וכמ"ש בא"ח סימן רמ"ו ואפילו אם מפקירה בפני שלשה אין שום אדם יכול לזכות בה דאנן סהדי דרק להפקיע מאיסור הפקירה [טו"ז שם] והוי כהפקר טעות ואין הערמה בהפקר כזה דאנן סהדי שבלב שלם מפקירה כדי להנצל מאיסור [תוס' ב"מ ל:] מיהו לדעת הרמב"ם צריך להפקיר עכ"פ בפני אחר ויש מי שאומר דגם הרמב"ם מודה בזה [מח"א] ולא משמע כן ויש להסתפק למאן דס"ל דמהני בינו לבין עצמו אם מועיל הפקר בלב ומדברי התוס' [שבת יח:] משמע דמהני והר"ן ריש פסחים כתב דלא מהני משום דדברים שבלב אינם דברים [ובסי' רס"ע כתבנו בשם הרשב"א דאין זה רק בשפיו ולבו סותרין זא"ז ע"ש]:

ח הפקר לזמן הוי הפקר דעיקרה ילפינן משמיטה והשמיטה היא לזמן [סמ"ע] ואף שאין זה ראיה דהא הפירות הנאסרין בשביעית אין מותרין לעולם והקרקע לא הותרה לאחרים מ"מ לא עדיפא ממכירה ומתנה דמהני לזמן ואין ראיה מהקדש להיפך דהא הקדש אין מועיל לזמן שאני הקדש דקדושה בבדי לא פקעה וגם נדר יש לזמן מיהו יש הפרש בין הפקר עולם להפקר לזמן כמו שיתבאר:

ט תניא בנדרים [מג:] המפקיר את שדהו כל ג' ימים יכול לחזור בו מכאן ואילך אין יכול לחזור בו אמר תהא שדה זו מופקרת ליום אחד לשבת אחת לחדש אחד לשנה אחת לשבוע אחת עד שלא זכה בה בין הוא בין אחר יכול לחזור בו משזכה בה בין הוא בין אחר אינו יכול לחזור בו ויש מרבותינו שפירשו דה"פ מפני שהיו בעלי ערמה שרצו להפקיע שדותיהן ממעשרות הפקירו אותם דהפקר פטור ממעשר ואח"כ זכו בעצמם מן ההפקר ואף דהפקר בפני שלשה הפקירו בפני אוהביהם שידעו שהמה לא יזכו בה [ג"ל] ולכן תקנו חכמים שאם יזכה בתוך ג' ימים להפקרו לא יהיה נחשב כזוכה מן ההפקר אלא שנתבטל ההפקר ומחוייב להפריש המעשרות ותקנו שאפילו אם אחר יזכה בתוך הג' ימים לא יקנה ותוחזר להמפקיר ולמה תקנו זה דאל"כ לא יצייית גם הוא שיאמר למה אם אחר זכה בה נחשב כזוכה מן ההפקר ואני למה לא אתחשב כזוכה מהפקר ולכן הוכרחו לתקן שכל ג' ימים הראשונים אין בהם דין הפקר ששייך להבעלים בחזרה ולאחר ג' ימים בין יטול הוא בין אחר הוי זוכה מן ההפקר דיותר מג' ימים לא יניחוה הבעלים אם כוונתם להערמה ובהפקר זמן ליום או לשבוע וחדש ושנה ושמיטה יש דין אחר דבהפקר עולם יוצא הדבר מרשותו מיד כשהפקיר אף שלא זכה בה אחר עדיין כמ"ש בסעי' ב' ובהפקר לזמן אמרו חכמים לדעתו שכוונתו היתה שכל זמן שלא יזכה בה אחר לא תצא מרשותו דכיון שזהו הפקר גרוע מסתמא כן היתה כוונתו וגם להערמה לא חששו בזה דאם היתה כוונתו להערמה למה הפקירה לזמן ולכן בין הוא בין אחר יכול לזכות בה מיד והוי בזוכה מן ההפקר ולפ"ז עיקר דין זה הוא רק למעשרות ולפיכך לא כתבה הטור משום דמעשרות אינו נוהג בזמה"ז ומ"מ סיפא דברייתא היה לו להביא לפמ"ש ביו"ד סימן רכ"א דמהפקר מותר למודר ליהנות מפני שיוצא מיד מרשותו א"כ בהפקר לזמן אסור לו ליהנות עד שיזכה בו אחר:

י והרמב"ם ז"ל כתב שם המפקיר את שדהו ולא זכה בה אדם כל ג' ימים יכול לחזור בו אחר ג' ימים אינו יכול לחזור בו אא"כ קדם וזכה בה הרי הוא כזוכה מן ההפקר בין הוא בין אחר האומר שדה זו מופקרת ליום אחד לשבת אחד לחדש אחד לשנה אחת לשבוע אחת עד שלא זכה בה הוא או אחר יכול לחזור בו ומשזכה בה בין הוא בין אחר אינו יכול לחזור בו ומפני מה יש לו לחזור כאן עד שיזכו בה מפני שזה דבר שאינו מצוי הוא שאין אדם מפקיר לזמן קצוב עכ"ל ורוב דבריו העתיק רבינו הב"י בש"ע סעיף ט' וסעיף י' ונדחקו המפרשים בדבריו [עלח"מ וסמ"ע המסיכן לפי' הר"ן והדוחק מבואר ולבד זה פי' הקודם דחוק דמ"מ לא חששו להערמה בהפקר לזמן וע"ק דטעמא דרמאין הוא לר"י והרי הרישא הוה ניחא ליה כרבנן גם בלי"ז]:

יא ויראה לי דלהרמב"ם ז"ל ה"פ דהנה מעיקר הדין יש לו לבטל ההפקר בדבור פיו כשאומר אני חוזר מההפקר ומבטלו אם עדיין לא זכה בה אחר דכמו שמפקירו בדבור פיו כמו כן חזרתו דאתי דבור ומבטל דבור רק לאחר ג' ימים תקנו חכמים שלא יועיל חזרתו ואף כשזוכה בה בתורת לבטל ההפקר לא יתבטל ההפקר אלא הוה כאחר שזוכה מההפקר ויש להנכסים כל דין הפקר והטעם מפני שבג' ימים יצא הקול שפלוני הפקיר נכסיו ויצא על הנכסים שם הפקר ולכן כל ג' ימים הראשונים אם עדיין לא זכה בהם אחר חוזר מהפקרו בדבור פיו אבל לאחר ג' ימים אינו מועיל לא לבד שבדבור אינו בטל אלא אפילו אם זכה בהנכסים בתורת בטול אינו מועיל הפקרו אלא הוה כזוכה מן ההפקר כאחר ורק בהפקר לזמן מפני שהוא דבר שאינו מצוי אוקמוה אדינא דכל זמן שלא זכה בה אחר וגם הוא לא זכה בתורת זכיה מהפקר יכול לבטל ההפקר בדבור בעלמא אף לאחר ג' ימים ואם זכה בה אפילו הוא עצמו בתורת זכיה מההפקר אינו יכול לבטל את ההפקר עוד [ורא"ה מירושלמי פאה פ"ו ונדרים ספ"ד דאומר שם על דברי ר"מ דהפקר יוצא מיד מרשותו עד כדון כשהפקירה לזמן מרובה וכו' לזמן מועט נשמעינה מן הדא המפקיר שדהו ג' ימים חוזר אמר ר"ז לא אמר אלא ג' הא לאחר ג' אינו חוזר תני ר"ש אפילו לאחר ג' וכו' מתניתא מסייע לר"ז בד"א בשהפקיר סתם אבל אם אמר שדי מופקרת יום אחד וכו' הדא אמרה שאדם מפקיר וחוזר וכו' עכ"ל וזהו שאל דכשנמשך זמן מרובה ודאי אינו יכול לחזור אבל אם נמשך זמן מועט מההפקר אם יכול לחזור ופשיט שיכול לחזור רק עד ג' ימים בהפקר עולמית ובלזמן יכול לעולם לחזור

ובירושלמי

ובירושלמי דפאה פסק תירוץ ר"ז מסלפוס והמפרשים נדחקו בזה ולפמ"ש להרמב"ם א"ש] :

יב ואע"ג דבכל עניני הפקר יכול אחר לזכות בהם אבל בהפקר עבדים ושפחות אינו כן דמיד כשמפקירם זוכים הם בעצמם ויוצאים לחירות ודוקא גדולים שיש להם יד לזכות בעצמן אבל קטנים שאין להם יד לזכות בעצמן כל המחזיק בהם זכה ומי שהקדים ועשה בהם חזקה המועלת בעבד שנתבאר בסי' קצ"ו זכה ואע"ג דבקטן כשיש דעת אחרת מקנה אותו יש לו זכיה כמ"ש בסי' רמ"ג מ"מ הפקר לא מקרי דעת אחרת מקנה דמיד כשהפקיר יצא מרשותו [ענ"מ] וביו"ד סי' רס"ז נתבאר עוד בזה ועמ"ש בסי' ער"ה :

יג הפקר אינו ע"י שליח שאם אמר לשלוחו צא והפקר נכסי אינו מועיל כמו שאינו מועיל לצוות לחבירו לנדור בעדו [ב"י א"מ סי' תל"ד ועמ"ש בס' אל"י סי' ע"ח] :

יד כמו שיש יד לנדר וצדקה כמו כן יש יד להפקר ולכן האומר הרי זה הפקר וזה כמו זה או שאמר וגם זה הרי התפיס השני בהראשון והוה הפקר ודאי אבל אם אמר הרי זה הפקר וזה הרי השני ספק הפקר דשמא היתה כוונתו על השני לענין אחר ואע"ג דבצדקה אזלינן לחומרא כמ"ש ביו"ד סי' רנ"ח בהפקר אין מוציאין מחזקת הבעלים ונ"ל שאם מודה דבלבו היה להפקירה אינו דומה להפקר בלב שנסתפקנו בסעיף ז' דבזה ודאי הוה הפקר דהא הוציא בשפתיו ג"כ :

טו הבטה לא קני בהפקר כגון דבר המופקר ובא אחד ושמרה והיה מביט בה שלא יטלנה אדם לא זכה ע"י שמירתו עד שיגביה אם הוא דבר המיטלטל ואם אינו יכול להגביהה יקנה במשיכה לרשותו ואם היא קרקע יחזיק בה כדרך שקונים לקוחות ומקבלי מתנה ואע"ג דבדבר שיש לו בעלים והשומר שומרו מתחייב השומר בפשיעת החפץ וכיון שזהו הפקר היה לנו לומר דבשמירתו נחשב כבעל החפץ מ"מ אינו קונה בזה ואפילו עומד בתוך ד' אמותיו כיון שלא כוון לקנותה בזה רק בשמירתו אינו קונה [כ"ל] :

טז הצד דגים מהימים ומהנהרות או שצד עופות או מיני חיות הואיל שאין להם בעלים זכה ובלבד שלא יצוד בשדה חבירו דאע"ג דאין חבירו קונה אותם דהוה חצר שאינה משתמרת מ"מ לכתחלה אסרום חכמים שלא יצודם שם ומ"מ אם צד שם קנה אבל אם היו הדגים בביברין של הבעלים וכן חיה ועוף שבביברין אע"פ שהוא ביבר גדול ומחוסר צידה עדיין מ"מ הביבר קונה אותם להבעלים כיון שיש להם תוך והרי זה של בעל הביבר ואף שעדיין לא ידעו הבעלים שנכנסו להביבר דהרי חצרו של אדם קונה לו שלא מדעתו והביבר המונח אפילו בנהר או בשדה מדבר דינו כחצרו כיון שיש לו רשות להניחו שם ובהביבר משתמרין הן והצד מהביברין ה"ז גזלן גמור ואם ראובן העמיד כלי בחצר שמעון

לקבל דבר הפקר קונה ראובן ולא שמעון ואע"ג דקיי"ל אויר שסופו לנוח כמונח דמי וכשנפל הדבר של הפקר באוירו של שמעון הרי היתה סופה לנוח מ"מ כיון שהכלי מפסיק אין שמעון קונה דהרי אין סופה ליפול לרשותו [נס"מ] דלא כיש מי שחולק בזה [ע' ב"מ קב:] :

יז לפי מה שנתבאר למדנו דהפורס מצודה בשדה חבירו וצד בה חיה או עוף אע"פ שאין לו רשות לעשות דבר זה כמ"ש מ"מ קנה כיון דהבעלים לא קנאום אבל אם היה עומד בעל השדה בתוך שדהו ואמר זכתה לי שדי ובאופן שיכול לתופסה כמ"ש בסי' רס"ח קנה בעל השדה ואין לבעל המצודה כלום ולדעת הי"א שנתבאר שם קנה גם בלא אמירה [טור] וה"ה אם החצר משתמר אע"פ שלא עמד בצד שדהו דהחצר קונה לו ואין מצודתו מועיל לו אפילו יש לה תוך [מ"מ] :

יח ראובן שפרס מצודה לתוך הים והנהר והמדבר ונאספו אל המצודה דגים או חיות ועופות אע"פ שלא קנאום עדיין כשאין המצודה כלי שיקנה לו תוך הכלי מ"מ אסור לאחר לבא וליטלם ודבר זה תקנו חכמים מפני דרכי שלום ואם האחר נטלם מהמצודה אינה נגבית בב"ד רק בדיני שמים אבל אם היתה המצודה כלי ולקחן מתוך המצודה ה"ז גזלן גמור ומוציאין בב"ד מידו :

יט ספינה ההולכת בנהרות ובימים וקפצו דגים ונכנסו לתוך הספינה קנאם בעל הספינה מתורת חצר ואע"ג דחצר מהלכת אינו קנין כמ"ש בסי' ר"ב מ"מ ספינה לא חשיבא כחצר מהלכת דהא אינה הולכת מצד עצמה אלא המים מוליכין אותה והיא נחה על פני המים ואע"ג דלענין אחר אין הספינה נחשבת כמונחת מ"מ לענין קנין חשיבא כמונחת דחצר איתרבאי משום יד והיד מהלכת ג"כ אלא כיון שהיד מונחת על הגוף והגוף הולך נחשב כמונח וכן בספינה [תוס' ב"מ ט:] :

כ עני המנקף בראש האילן של הפקר שמכה במקל או בידו על האילן ומשיר פירותיו ונפלו הפירות לארץ אע"פ שלא קנאום עדיין דהא לא נכנסו הפירות לידו ורשותו מ"מ אסרו חכמים לאחר ליטלן מפני דרכי שלום ואם נטלן אחר אין בהם משום גזל גמור להוציאן בדיינים אלא שעבר עבירה ונענש בדיני שמים ואם באו הפירות ליד העני קודם שנפלו לארץ קנאם ואם נטלן אחר אחר שנפלו לארץ הוי גזל גמור ומוציאין ממנו בדיינים ואע"פ שלא אחזן בידו רק להפילן ולא ידענו שכוון לקנותן בתפיסתו מ"מ הוי גזל גמור דמי יימר שלא כוון לקנותם [תוס' גיטין סא. ועמ"ש סי' רס"ח] :

כא אמרו חז"ל [ב"מ קז:] דשחלים הגדילים בשדה פשתן הם הפקר ומותר כל אדם ליטלן מפני שמפסידין הפשתן וניחא לו להבעלים שיטלום ואם הפשתן כבר הוקשה עד שראוי ליטול ממנה זרע לזורע אסור ליטלם מפני שכבר קלקלה מה שקלקלה ויותר לא תקלקל וכן אם עומדים על המצר אסור ליטלן מפני שאינה מפסדת

הפשתן

הפשתן ומזה למדנו בכל מיני תבואות כשגדל ביניהם דבר גרוע המקלקלת התבואה יכול אחר ליטלן דודאי ניחא להו להבעלים ואם כבר קלקלו ולא יקלקלו עוד אסור ליטלם:

כב שדה שיש בו כלאים ובא"י שיש שם איסור כלאים כמ"ש ביו"ד סימן רצ"ה אם יש בו אחד מכ"ד ממין אחר שהוא רובע הקב לסאה מפקירין ב"ד כל השדה כולה ויכריזו עליו שהוא הפקר וזהו מקנס חכמים כדי שיזהרו באיסור כלאים וי"א שא"צ הכרזה ומעצמו הוה הפקר [עסמ"ע]:

סימן רעד [תקנות שהתנה יהושע ובו ה' סעיפים]:

א כתב הרמב"ם ז"ל בפ"ה מנזקי ממון עשרה תנאים התנה יהושע ובית דינו בשעה שחלק את הארץ ואלו הן האחת התנה שמרעין בהמה דקה ביערים שאילניהן גסין אבל אין מרעין שם בהמה גסה וביער שאילנות דקין אין מרעין בו לא גסה ולא דקה אלא מרעת בעליו [ב'] וכן התנה שיהיה כל אדם מותר ללקט עצים משדה חבירו והוא שיהיו עצים פחותים וקרובים להיות קוצים כגון הזמי והיגי והוא שיהיו לחים ומחוברים ובלבד שלא ישרש אבל שאר עצים אסור [ג'] וכן התנה שיהיה כל אדם מותר ללקט עשבים העולין מאליהן בכל מקום חוץ משדה תילתן שזורעה לבהמה [ד'] וכן התנה שיהיה אדם קוטם נטיעה בכל מקום חוץ מגרופיות של זית ואינו קוטם מן האילנות אלא בזית כביצה [פירש"י ב"ק פא:] יניח כגובה ביצה מלמטה סמוך לקרקע והרמ"ה פי' כביצה מעיקר הענף אבל מגוף האילן לא יקטום כלל [טור] ובקנים ובגפנים מן הפקק ולמעלה [פירש"י מקשר שתחתון מותר לקטוס והרמ"ס פי' מעיקר סנסן] ובשאר האילן מתוכו של אילן ולא מחודו וכשהתיר לקטום לא התיר אלא מחדש שאינו עושה פירות אבל לא מישן שעושה פירות ואינו קוטם אלא ממקום שאינו רואה פני חמה והטור כתב שבשאר אילנות לא יקטום אלא מן הענפים הדקים וממקום שיש שם הרבה ענפים ומאילן חדש שאינו עושה פירות אבל לא מענפים שנתקשו כבר ולא מגזע האמצעי שבראש האילן באמצעיתו ולא מאילן ישן שכבר עשה פרי עכ"ל:

ב והחמישית התנה שהמעיין היוצא בתחלה בני אותה העיר שיצא בגבולם מסתפקין ממנו אע"פ שאין עיקרו בחלקם ואין לאחרים להסתפק עמהם ממנו [ו'] וכן התנה שיהיה כל אדם מותר לצוד דגים מים טבריא והוא שיצוד בחכה בלבד אבל לא יפרוס קלע ויעמיד ספינה שם אלא בני השבט שתגיע אותו הים בחלקם והטור כתב דמותר להטיל חכה בכל הימים אבל אסור לכל אדם לצוד ברשתות ומכמורות אלא לבעל הים וה"ה בנהרות [כ"ל] ואף בעל הים אינו רשאי לפרוס קלע שלא יעכב מהלך הספינה [הרמב"ם מפרש דהתנאי הוא על אחרים ורשת כחכה והטור מפרש דגם על הבעלים הוא תנאי ואסור לאחרים ברשת]:

ג והשביעית התנה שכל אדם הצריך לנקביו מסתלק מן הדרך ונכנס אחורי הגדר שפגע בו ונפנה שם ואפילו בשדה של כרכום שהריח קשה לה ונוטל משם צרור ומקנח [ח'] וכן התנה שכל התועה בין הכרמים וכיוצא בהן מפסג ועולה מפסג ויורד עד שיצא לדרכו והטור כתב שכורת הזמורות ויוצא עד שיגיע לאם הדרך ומשלם לו הפסדו [ט'] וכן התנה שבזמן שירבה הט"ט בדרכי הרבים או נקיעי מים יש לעוברי דרכים להסתלק לצדדי הדרכים ומהלכין שם אע"פ שהם מהלכין בדרך שיש לה בעלים ושלמה תיקן שיהיו עוברי דרכים מותרים בימות החמה כשהשדות אינן זרועות להלך בשבילין שבשדות שיש להן בעלים עד שתרד רביעה שניה ובבבל משירד הטל אסור להלך בשבילין שיש להם בעלים:

ד והעשירית תיקן שמת מצוה קונה מקומו ונקבר במקום שימצא בו והוא שלא יהא מוטל על המצר ולא בתוך תחום המדינה אבל אם נמצא על המצר או שהיה בתוך התחום מביאו לבית הקברות וביו"ד סי' שס"ד נתבאר עוד מזה וכתבו שם האחרונים דמה שאין נזהרין עתה בזה מפני שאין הארץ שלנו ואין לנו רשות לעשות כן אבל זה הטעם אינו מספיק כזמנינו דגם מחוק המלכות כן הוא שבמקום שנמצא יקברוהו עוד כתבו שיש חשש שיוציאו אותו מקברו וזה צריך לראות לפי המקום:

ה וכתבו הרמב"ם והטור דתקנות אלו נוהגות גם בח"ל ובמקום שיש בדברים אלו חוק המלכות דינא דמלכותא דינא ועוד יש תקון ב"ד דמי שהיה לו נחיל של דבורים ויצאו וישבו על אילן של חבירו דיכול לקיץ הענף כדי להציל נחילו ונותן דמי הענף לבעל האילן ויש חולקין וס"ל דאין הלכה כן ובסי' רס"ד נתבאר עוד מתקנת ב"ד ובסי' תי"ד יתבאר מתקנת הוצאת זבלים וכן יש דבר שהוא כהפקר שנתבאר בסי' קצ"ד ע"ש:

סימן ערה [דיני נכסי גר בימים קדמונים כשמת בלא יורשים ובו ל"ב סעיפים]:

א גר בימים קדמונים שמת ולא הניח זרע שהורתם ולידתם בקדושה אע"פ שיש לו בנים שהורתם שלא בקדושה ולידתם בקדושה אינם יורשים אותו ונכסיו הפקר וכל הקודם להחזיק בהם זכה דבקטן שנולד דמי ולא

ולא עוד אלא אפילו הזוכים אין חייבין בקבורתו דנכסיו לא נשתעבדו לקבורתו דבחייו אין נכסיו משועבדים לקבורתו וכשמת מיד יצאו הנכסים מרשותו וראיה לזה מבעל חוב שנשתעבדו לו נכסי הלוה בחייו ומת הלוה ונוטל הבע"ח את הנכסים ואינו חייב לקוברו ואם נאמר דבחיי האדם משועבדין נכסיו לקבורתו כשימות למה לא יתחייבו נכסיו בקבורתו והרי שיעבוד שניהם בשוה ויש חולקין בזה דבע"ח שיעבודו מן התורה אבל זה שזכה בנכסיו ודאי חייב בקבורתו ועוד דאין זה דרכי נועם שיבוזו נכסיו ואחרים יקברוהו ויש לחוש לקטטה [כ"ח]:

ב עבד כנעני שנשתחרר ג"כ דינו כגר ומעשה בימים קדמונים בעבד משוחרר שמת ולא הניח זרע ונכסיו היו מופקדים ביד ראובן אך ראובן לא רצה לזכות בהם ובאו כמה אנשים ואמרו שהפקידו אצל העבד כך וכך ופסקו שישבעו שכדבריהם כן הוא ויטלו ואם ראובן רוצה יכול למחול להם השבועה דהרי בידו לזכות בכולם ואם היה רוצה לזכות בהם לא היו נוטלים אף בשבועה דאין מוציאין ממון מהמוחזק בשבועה ולכן ביכלתו למחול השבועה ומה שישאר יפול לצדקה [סנמ"ר כתובות]:

ג החזקות שמחזיקים לקוחות ומקבלי מתנה מחזיקין בהם גם בנכסי הגר ויש שחלוקות זה מזה כאשר יתבאר ונעל גדר ופרץ שנתבאר בסי' קצ"ב הם חזקות גם בנכסי הגר אך במקום שצריך שם מסירת מפתחות וכיוצא בזה א"צ בכאן דבשם הוה במקום אמירת לך חזק וקני ובכאן לא שייך זה וכן כל חזקות שבגוף הקרקע כמו ניר וחפירה המועלת לקרקע מועיל גם בכאן אבל בכמות הקנין יש הפרש בין זה למכירה דבמכירה אפילו מכר לו עשר שדות בעשר מדינות והחזיק באחת מהן קנה כולן כשנתן כל המעות כמ"ש שם ובכאן לא קנה רק מה שהחזיק דאין כאן נתינת מעות ולא דעת אחרת המקנה אותו וגם זה א"א לומר שלא יקנה רק מעט הקרקע שהחזיק בה דא"כ יצטרך לעשות חזקה בכל טפח וטפח ואין זה סברא כלל וכיצד היא חזקתם:

ד אמרו חז"ל [ב"ב נד.] דשדה המסויימת במצריה דהמצרים שלה ידועים כיון שחפר בה חפירה אחת המועלת להקרקע קנה את כולה ואם אינה מסויימת במצריה קונה ממנה באותה החזקה כדי שילך הצמד שהם שני שוורים החורשים ויחזרו ויעשו עוד תלם ושיעור אורך התלם היה ידוע להם וי"א שבשיעור תלם זה קונה לארבע רוחותיה כשהחזיק באמצע השדה ואם החזיק באמצע המצר קונה לשלש רוחותיה ואם החזיק בקצה המצר קונה לשתי רוחותיה לימינו ולשמאלו:

ה וכשם שמצר הוי הפסק כמו כן היה אצלם מין עשב שקוראין אותה חצב והיו זורעין אותה בין שדה לשדה מפני שהעשב ההוא גדל בשוה למטה ואין לו שרשים שיתפשטו ולכן אמרו חז"ל דהמצר והחצב מפסיקים בנכסי הגר ובעשב הזה מגבילים בו תחום וגבול כל איש ובו תיחם יהושע לישראל את הארץ ולכן כל המחזיק בשדה לא קנה אלא עד המצר או החצב אפילו כשאין בזה שיעור הצמד שנתבאר:

ו וכיון שמצר וחצב מפסיקין כ"ש שהדברים המפסיקין לפאה ולשבת ולטומאה מפסיקין בנכסי הגר לענין חזקה שלא יקנה אלא עד ההפסק ובפיאה קיי"ל שהפאה שנותן משדה אחת אינו עולה לשדהו האחרת ואמרו חז"ל שאם היה ביניהם נחל או אמת המים מפסקת לפאה וצריך ליתן מכל אחת בפ"ע ולענין שבת קיי"ל דהמוציא מרה"י לרה"ר חייב ודוקא שיוציא כשיעור גרוגרות ושיוציא את הגרוגרות לרה"ר אחת אבל אם הוציא חצי גרוגרת לרה"ר אחת וחצי גרוגרת לרה"ר אחרת כגון שיש הפסק בין רה"ר זה לרה"ר זה רה"י או כרמלית ואפילו מקום פטור אם הוא רק כשיעור שחלק לענין שאילת רשות שבגט שנתבאר באהע"ז סי' קל"ט מפסיק ברשויות שבת ולענין טומאה כתב הרמב"ם ז"ל פ"א מזכיה כל דבר המפסיק לטומאה מפסיק בנכסי הגר כיצד כגון שנכנס אדם לבקעה זו וטומאה בבקעה בצדה האחר ואינו יודע אם הגיע למקום הטומאה אם לאו כל מקום שמחזיקים אותו לטומאה הרי הוא כמקום אחר מוחלק בפ"ע עכ"ל וביאור דבריו דקיי"ל ספק טומאה ברה"י ספיקו טמא ותנן בטהרות פ"ו דר"א סבר דדוקא אם נכנס ודאי לשדה זו אע"פ שלא ידע אם נגע אם לא נגע ספיקו טמא אבל אם לא ידע אם נכנס כלל לשדה זו אע"פ שבבקעה זו ודאי נכנס ספיקו טהור וחכמים ס"ל דאפילו ספק ביאה טמא וקיי"ל כחכמים וס"ל להרמב"ם דרק בספק ביאה לשדה זו מטמאים אבל בספק ביאה אל הבקעה גם חכמים מודים דאל"כ נטמא עד סוף העולם אלא ודאי דכל בקעה רשות בפ"ע הוא וזה שכתב וטומאה בבקעה ר"ל בבקעה אחרת וכל מה שמפסיק בין בקעה לבקעה מפסיק ג"כ בנכסי הגר [לח"מ]:

ז כתב הרמב"ם ז"ל [סס] בקעה גדולה שיש בה שדות רבות וכולם של גר אחד ולא היה ביניהם לא מצר ולא חצב ולא דבר מדברים המפסיקין ובא אחר והחזיק במקצת הבקעה לקנות את כולה כל הנקרא על שם אותו הגר קונה אותו עכ"ל והקשו עליו דהא כבר נתבאר בסעיף ד' דכשאין מצר אינו קונה רק כשיעור צמד [ובגמ' י"ל דפליגי או לחלק בין סלחין לבעל] ויש שתירצו דשם מיירי בחזקה גרועה כחפירה וכאן הוא בחזקה טובה ויש שתרצו דבשם החזיק סתם ובכאן החזיק מפורש לקנותה כולה ויש שתרצו דיש חילוק בין נקראו על שם הגר דאז קנה כולם ואם לא נקראו על שמו אינו קונה אלא כצמד ולי נראה דההפרש מבואר בדברי הרמב"ם עצמו דודאי אם בהבקעה יש הרבה שדות של בעלים חלוקים אינו קונה גם בשדותיו של הגר רק כדי צמד דא"א לקנות באופן אחר כיון שאין הפסק בין שדה לשדה וכל הבקעה א"א לו לקנות כיון שיש גם שדות של אחרים אבל כשכל הבקעה

הבקעה הוא להגר לברו קונה את כולה אם רק כוון לקנותה כולה דכל בקעה חלוקה מבקעה השנית ונחשבת כשדה אחת וכשם שיש מצר בין שדה לשדה קונה את כל השדה כמו כן אם אין מצר נחשבת כל הבקעה כשדה אחת ואם רק נקראת על שמו והוא כוון לקנותה קונה את כולה ואף כשיש מעט שלא נקרא על שמו ואינו קונה זה מ"מ אינו מעכב כיון שכולה שלו :

ח וכתב רבינו הרמ"א על דברי הרמב"ם די"א דוקא בשדה בית השלחין שצריכין להשקותם ולא די להם במטר השמים קונין בהם בחזקה אחת כל השדה כולה אף שלא פירש לקנות כולה אלא שכוון בלבו לקנות כולה אבל בשדה בית הבעל שדי לה במטר השמים אם פירש לקנות כולן קנה כולן אבל אם ההזיק סתם ולא פירש לקנות כולן לא קנה אלא ממקום שהחזיק מענה לארכה ולרחבה כמ"ש בסעיף ד' דשדה בית השלחין יש יותר חיבור להקרא בשם אחד מבית הבעל מפני שידוע שמבור זה משקין את כל השדה וניכרת היטב ואם היא שדה שיש לה מצר קנה כל מה שבמצר :

ט שתי שדות בנכסי הגר ומצר אחד ביניהם והחזיק באחת מהן לקנותה קנאה ואם החזיק בה לקנותה וגם לקנות חבירתה זו שהחזיק בה קנה והשנית לא קנה כיון שמצר מפסיק ולא אמרינן כיון שכוונתו היתה לקנות שתיהן והשנית לא קנה לא יקנה כלל דהא אפילו במכירה אינו מעכב דבר שאינו בקנין את הדבר שישנו בקנין כמו קני את ובהמה שבסי' ר"י וכ"ש בכה"ג אבל אם החזיק בה לקנות רק את חבירתה לא קנה כלל דהשנית אינו קונה שהרי לא החזיק בה ואותה לא קנה שהרי לא כוון לקנותה וכל קנין צריך כוונה לקנות כמ"ש בסי' קפ"ט :

י ואם החזיק באחת מהן לקנותה ולקנות גם השנית ואת המצר שביניהם או שהחזיק במצר לקנות את שתיהן ה"ז ספק אם קנה השנית ג"כ משום דלא הניח הפסק ביניהם או אפשר דלא קנאה כיון שסוף סוף שתי שדות הן א"א לקנותן בחזקה אחת ולכן אם בא אחר והחזיק בהשנית כדי לקנותה זכה האחרון מפני שחזקתו ודאי ושל הראשון ספק ותפיסה לא שייך בקרקע ובהחזיק במצר לקנות שתיהן ובא אחר והחזיק באחת והחזיק אח"כ בהשנית קנה שתיהן והראשון לא קנה כלל כיון דהוא ספק על שניהן דהספק בחזקת המצר הוא אם קונין שדה בחזקת מצר וה"ה אם החזיק במצר לקנות רק שדה אחת הדין כן [כ"מ בב"ב נג: וברשב"ם ד"ס או דילמא האי לאודיס קאי המצר וכו'] :

יא וכן שני בתים זה לפנים מזה שהחזיק באחד מהם לקנותה ולקנות את השני לא קנה אלא זו שהחזיק בה בלבד ואם החזיק באחד מהם לקנות את השנייה אף זו שהחזיק בה לא קנה וי"א דאם החזיק בהבית הפנימית כדי לקנותה עם החצונה קנה שניהם מפני שהחיצונה משועבדת לדריסת הרגל של הפנימית ונחשבים כבית

אחד וכ"ז בנכסי הפקר אבל במכר כבר נתבאר בסי' קצ"ב דאפילו עשר שדות בעשר מדינות קונה בחזקה אחת כשנתן דמי כולן :

יב במכירת קרקעות יש ד' קניינים כסף ושטר וחזקה וק"ס אבל בקרקע הפקר ושל גר אין בהם רק חזקה דכסף וק"ס לא שייך כלל וכן שטר ואפילו אם הגר קנאה בשטר ובא אחד לאחר מותו והחזיק בשטר זה כדי לקנות בו הקרקע הכתובה בו לא קנה את הקרקע ולא קנה אלא הנייר בלבד לצור ע"פ צלוחיתו ואע"פ דלא היה לו לקנות גם את הנייר כיון שלא היתה כוונתו לקנותו מ"מ חצירו קונה לו הנייר [ס"ך] :

יג כתב הרמב"ם ז"ל נכסי גר שאין לו יורשים ונכסי ההפקר ושדה שמכרה העכו"ם לישראל ועדיין לא החזיק בה [לסמור בסי' קל"ד כ"ז שלא קבל הסטר] כולם דינם שוה כל המחזיק בהם בדרך מדרכי החזקה שנתבאר בה' מכירה קנה חוץ מאכילת פירות כיצד הלוקח קרקע מחבירו והחזיק בה באכילת פירותיה קנה [לסמור בסי' קל"ב לא קנה] אבל בנכסי גר או נכסי הפקר אפילו אכל פירות האילן כמה שנים לא קנה לא גוף האילן ולא גוף הקרקע עד שיעשה מעשה בגוף הארץ או יעבוד עבודה באילן עכ"ל לפיכך אם מצא שדה הגר חרושה וזרעה ולא כיסה אחר הזריעה וצמחה ואכלה לא הוי חזקה דזריעה בעצמותה אינה חזקה כלל כמ"ש הרמב"ם המפיץ הזרע לתוך התלמים לא קנה שבשעת שהשליך הזרע לא השביח כלום ובעת שצמח והשביח שבח הבא מאליו הוא ואינו קונה עכ"ל ולכן אם רצונו לזורעה ולקנותה יכסה בעפר אחר הזריעה דעושה מעשה המועלת לגוף הקרקע :

יד וכן יש דברים רבים שבחזקת מכירה אינו מועיל ובהפקר מועיל כגון דברים שאינם דרך קנין אלא שייפה את הנכסים בציורים נאים וכה"ג ובהפקר קנה שמראה שהחזיק בגוף הנכסים ונעשים שלו מן ההפקר כיצד המוצא פלטרין גדולים בנוים בנכסי הפקר וסייד בהם בסיד אמה על אמה בכותל שכנגד הפתח שבשם ניכרת היופי לכל הנכנס בהפתח וכן אם כייר בהם כיור אחד והיינו שצר בו צורה ליפותו ועשה הצורת כשיעור אמה על אמה בכותל שכנגד הפתח קנה ואם עשה שלא כנגד הפתח אינו קונה אלא ביותר מאמה [רשב"ס נג:] ואפשר שצריך שתי אמות :

טו אם צייר צורה חשובה בנכסי הפקר כמו צורת אדם או חיה ועוף שיש בהן הרבה נוי וחשובין יותר משארי ציורין קנה אפילו אינה אמה על אמה ואפילו שלא כנגד הפתח ·

טז וכן המציע מצעות בנכסי הפקר קנה הקרקע מפני שייפה את הקרקע בהצעתן וי"א דאין זה קנין כיון שאינה דבר של קיימא אינה נחשבת כמעשה בגוף הקרקע אלא דוקא אם הציע המצעות ושכב עליהן דגופו נהנה מן גוף הקרקע הוי קנין אבל בשכיבה על הקרקע עצמה

עצמה לא הוי קנין כיון שלא חידש דבר בה וגם אם מצא מטה מוצעת ושכב עליה לא קנה כיון שלא חידש דבר ואם ערך שולחן ואכל עליו י"א דקנה דחידש דבר ונהנה מגוף הקרקע שאכל מהשולחן העומד על הקרקע וה"ה אם ערך את המאכל על הקרקע עצמה ואכל קנה [ג"ל] וזה שאינו קונה באכילת פירות אף שגופו נהנה מזה מפני שאין זה הנאה מגוף הקרקע הא למה זה דומה למי שקנה עבד ובישל לו העבד תבשיל יפה ואכלו דאין זה קנין אע"פ שנהנה ממנו מפני שלא נהנה מגופו של העבד [סמ"ע]:

יז הניר את השדה בנכסי הפקר קנה דניר הוא תועלת להקרקע והמעשה הוא בגופה של קרקע וכן אם חפר בה ויש בזה תוע׳ת להקרקע קנה הקרקע:

יח המפצל זמורות הגפן או שריגי אילנות וכפות תמרים בנכסי הפקר אם דעתו לעבודת האילן קנה ואם דעתו רק להאכילם לבהמה לא קנה כיצד ידעינן אם היה כורת מכאן ומכאן חזקתו שנתכוין לעבודת האילן ואם היה כורת מרוח אחת אינו מתכוין אלא להעצים ולכן אפילו נתכוין בפירוש להחזיק אינו כלום כיון שלא עשה מעשה המועיל [סס"מ] וכן המלקט עצים ואבנים מן השדה אם דעתו לתקן הארץ קנה ואם דעתו לעצים לא קנה כיצד ידעינן דעתו אם לקט הגסים והדקים ה"ז בחזקה שנתכוין לתקן הארץ ואם לקט הגסים והניח הדקים ה"ז בחזקת שנתכוין להעצים והאבנים ואפילו אומר שמתכוין לתקנה בזה לא קנה דבעינן שיהא מעשיו מוכיחים התועלת של הקרקע ואין להקשות למה קנה אף כשיש תועלת הא אין זה מעשה בגוף הקרקע דבאמת כיון שהיתה מלאה בדברים המעכבים את הזריעה והוא הסירן אין לך מעשה בגוף הקרקע גדול מזה:

יט וכן המשוה פני הארץ אם דעתו לתקן הקרקע קנה ואם דעתו רק להשוות המ ום כדי שיעמיד בו גורן לא קנה דאין זה תועלת בגוף הקרקע כיצד ידעינן אם היה לוקח עפר ממקום גבוה ונותנו למקום הנמוך ה"ז מתקן הקרקע ואם אינו מקפיד על זה אלא משליך העפר והצרורות בכל מקום בלא הקפדה ה"ז בחזקה שאינו מתכוין אלא להשוות המקום לדוש בו ונ"ל שאם אמר שמכוין לתקן הקרקע קנה דהא עכ"פ מקום זה תיקן והוי חזקה בגוף הקרקע:

כ וכן הפותח מים לתוך הקרקע אם כוונתו לתקן הקרקע קנה ואם לצוד דגים לא קנה כיצד ידעינן אם עשה מקום שיכנסו בו המים בלבד ה"ז מתכוין לתקן הקרקע ואם עשה שני פתחים אחד להכנים המים ואחד להוציא אותם ה"ז מתכוין לצוד דגים דלהקרקע אין תועלת בכה"ג מיהו אם לפי אותו מקום יש תועלת בזה קנה [ג"ל]:

כא כמו שלפעמים קונין בנכסי הפקר בדבר קטן כמו ציור שנתבאר כמו כן להיפך יש לפעמים שעושה מעשה גדולה ולא גמר דבר קטן שבה אינו קונה כיצד הבונה פלטרין גדולים בנכסי הפקר ולא העמיד דלתות ובא אחר והעמיד להם דלתות קנה האחרון מפני שהראשון לא עשה בגוף הקרקע כלום והרי הוא כמי שעשה גל של אבנים שאינו קונה שהרי לא הועיל בזה מפני שהוא רחב ביותר ומפולש ואין צורת אותו הבנין מועיל עד שיעמיד דלתות ואע"ג שחפר בהקרקע כשהעמיד יסוד הבנין לא מהני מידי דחפירה אינו מועיל אלא בקרקע העומד לחרישה ומה שקונה בציור דהתם הנכסים הם הפלטרין והועיל להם אבל בכאן הנכסים הם הקרקע והקרקע לא נשתבחה כלום שאין ראוי לדור שם כל זמן שאין דלתות ואע"פ שראוי ליכנס בה בחמה מפני החמה ובגשמים מפני הגשמים מ"מ אינו ראוי לדירת קבע בלא דלתות ואדרבא קלקל את הקרקע שמקודם היתה ראויה לזריעה ועתה אינה ראויה לזריעה [תוס׳ ב"ב נג:] ונ"ל דדי בדלת לחדר אחד מהבנין דהרי בחדר זה ראוי לדור בו דירת קבע וי"א שאם הראשון חפר ליסודות קנה שחפירת קרקע ליסודות כניר לשדה [סס"מ בשם ר"י מיגאש]:

כב וי"א דגם בהעמדת דלתות לא קנה כל זמן שלא נעל אותם שלא יהא רשות לאחר ליכנס בלי רשותו ולכן אפילו אם הראשון עשה גם דלתות אך לא נעל אותם ובא אחר ונעלם קנה האחרון וע׳ בסי׳ קצ"ב:

כג זה שאמרנו שהשני קנה בהעמדת הדלתות או בנעילתם יש לשאול והרי הבנין הוא של הראשון ובידו ליטול עציו ואבניו ולהרוס הבנין ואיך יקנה השני בהעמדת דלתות לבנין הזה ולכן יש מי שאומר דזה הדין אינו אלא כשבנה בעצים ואבנים שאינם שלו אלא של הפקר ולא כיון לזכות בהם בהגבהתם אלא ע"י הבנין וכיון דלא קנה הבנין בלא הדלתות לא קנה כלום ונשאר הכל להשני או כגון שבנה ע"י פועלים וכיון שהוא לא עשה הגבהה בהעצים והאבנים וגם הפועלים אין דעתן לקנות בעדו ממילא נשארו הפקר וזכה השני בכל ונ"ל שהשני צריך לשלם להפועלים בעד מלאכתם אבל אם בנה בעצים ואבנים שלו או של הפקר וזכה בהם ע"י הגבהה או משיכה לרשותו דלפ"ז אף אם לא קנה הקרקע לא גרע מיורד לתוך חורבת חבירו ובנאה שלא ברשות דיכול לומר עצי ואבני אני נוטל כמ"ש בסי׳ שע"ה וכיון שכן האחרון לא החזיק בכלום והקרקע הפקר כמקדם ולפ"ז אם רצון הראשון לסלק דלתות של השני ולהעמיד דלתות אחרות יקנה הכל [טור בשם הרא"ש וסרמ"ס]:

כד ויש מי שאומר דאע"פ שבנה משלו או שקנאם בהגבהה דיכול לומר עצי ואבני אני נוטל והשני חייב ליתן לו כשירצה לקבלם מ"מ קונה השני בהדלתות [סס בשם הרי"ם] ונ"ל הטעם דכיון שהברירה ביד הראשון שהשני ישומם לו כיורד שלא ברשות ושהבנין ישאר ומסתמא בזה יעלה לו יותר מעות משאם יטול עציו ואבניו

ואבניו ולכן חשבינן כמו שנשאר הבנין להשני וקונה בהדלתות ויש מי שאומר עוד דאפילו בנה הראשון בעצים ואבנים שלו זכה השני גם בהבנין דכיון שבנה כדי לקנות הקרקע והקרקע לא קנה נעשה הכל הפקר וזכה בם השני [סס"מ בשם ר"י מיגאש]:

כה וזה שנתבאר דלא קנה בהבנין זהו דוקא כשלא בנה בנין המועיל בלא דלתות כגון בנין לדירה או לאוצר אבל אם עשה בנין הראוי להעמיד בו בהמה או תרנגולים קנה הקרקע בבנינה וכבר נתבאר דבחפירת יסודות יש מחלוקת אם מועיל אם לאו:

כו העמדת מחיצות מועיל לקנות בנכסי הפקר דהרי גדר את המקום וכבר נתבאר בסימן קצ"ב דגדר הוי חזקה ע"ש ואם היו מחיצות בנויות בנכסי הפקר ובא זה ועשה מחיצות אחרות על אותן המחיצות לא קנה דלא הועיל כלום ואפילו נבלעו מחיצות התחתונות והרי העליונות קיימות ומועילות מ"מ לא קנה שבעת שבנה לא הועיל ובעת שהועיל בא המועיל מאליו והוי כמו הזורע שבסעיף י"ג:

כז המחזיק בנכסי הפקר ואין דעתו לקנותם אע"פ שגדר ובנה לא קנה דלקנות צריך כוונה כמ"ש בסימן קפ"ט ולפיכך העודר וחופר בנכסי הפקר וכסבור שהם שלו לא קנה דהא לא כוון לקנות אבל העודר בנכסי גר זה וכוון לקנותם אלא שהיה סבור שהוא של גר אחר הואיל ונתכוין במעשיו אלו לזכות מההפקר ה"ז קנה דבין כך ובין כך אין כאן דעת אחרת מקנה וקונה מההפקר וי"א דבמתנה כיון דאיכא דעת אחרת מקנה אותו אפילו כסבור שהן שלו קנה [קלס"ח] וצ"ע לדינא:

כח גר שמת ואין לו יורשים כל חובות שיש לו על אחרים זוכים הלוים בהם ואפילו היה משכון בידו וכשמת בא אחר והחזיק במשכון מוציאין מידו ומוסרין אותו להלוה דכשמת בטל שיעבודו ואפילו משכנו שלא בשעת הלואתו דקנה המשכון מ"מ אינו אלא כשיעבוד [תוס' ונמק"י פ"ס דב"ק] ויש חולקין בזה [ס"ך] וכ"ש ששטר חוב שבידו אינו כלום ואפילו היה בידו שטר משכנתא על השדות של הלוה שהגר אכל פירות ממנה מ"מ אין אחר יכול להחזיק בו כיון שפקע שיעבודו במותו ממילא נשארת הקרקע להלוה ואפילו השטר או המשכון מונח ביד אחר אין הנפקד יכול לזכות בהם דכיון שפקע שיעבודו מה זכות יש לו להנפקד להחזיק בו [סס] ואפילו שטר ומשכון אינו מועיל ומחזירם ללוה [כ"ל]:

כט ואם הגר היה חייב לישראל בשטר או בעדים או בכתב ידו [סס] אין שום אדם יכול להחזיק בנכסי הגר בכשיעור החוב דהמחזיק בנכסיו יש לו דין יורש דשיעבודא דאורייתא ונשתעבדו נכסיו מחייו ואפילו השטר הוא לאחר זמנו [ב"י] והבא ליפרע ממנו כבא ליפרע מן היורשים ואינו נפרע אלא בשבועה ואם היה משכונו של גר ביד ישראל ובא אחר והחזיק בו לוקח ממנו הראשון כנגד מעותיו והשני קונה את השאר בד"א כשלא היה המשכון בחצר משומר של הראשון אבל אם היה בחצרו המשומר קונה לו חצרו שלא מדעתו ואין לזה האחרון כלום וכן הדין בפקדון שלו שהיה ביד ישראל זוכה בו הנפקד אם היה מונח במקום משומר של הנפקד מיהו אם הוא דבר דלא הוה לו להוודע להנפקד כמעשה שהיה בימי הקדמונים שמת גר אצל אחד והניח אבנט ובא אחר ומצא זהב בהאבנט שבאפשרי היה שלא להוודע מזה לעולם כגון שהיה טמון בו באופן שאינו ניכר כלל ופסקו דהשני קנה וכמ"ש בסי' רס"ח:

ל גר בימים קדמונים שמת ובזבזו נכסיו והיו בהם עבדים גדולים קנו עצמם בני חורין דיש להם יד לזכות בעצמם וקטנים כל המחזיק בהם זכה בהם כמ"ש בסי' רע"ג וגר שמת ובזבזו נכסיו ושמעו אח"כ שעדיין לא מת או שיש לו בן או שאשתו מעוברת כולם חייבים להחזיר ואם החזירו ואח"כ שמעו ששמועה ראשונה אמת היתה שכבר מת או בנו מת מקודם או שאשתו הפילה דאע"ג דאיגלאי מילתא שחזקתם הראשונה היתה חזקה טובה מ"מ אם אחרים החזיקו לאחר שמועה שניה קנאום והמחזיקים בראשונה לא קנאו והטעם דמאז ששמעו השמועה שמבטלת חזקתם נסתלקו מהחזקה וי"א דאם בשעה שהחזיקו בראשונה כבר מת נשארו הנכסים בחזקת הראשונים אף ששמעו אח"כ שלא מת כיון שהשמועה שקר רק כשהחזיקו כשעדיין היה בחיים אותה חזקה לאו כלום היא [רסב"ס קמ"ג] וכשהיתה אשתו מעוברת והפילה מועיל חזקה שעשו בעוד שהיתה מעוברת כיון שהולד לא יצא לאויר העולם [סס לרבא והרמב"ס סיס לו גירסא אחרת כמ"ס הגר"א סקכ"ט]:

לא גר שמת ובזבזו נכסיו והיו עליו חובות כל מלוה שנגבית מיורשים ולקוחות נגבית גם מאלו שזכו בנכסיו ואין הבע"ח גובה אלא בשבועה כמ"ש בסעיף כ"ט ואם רבים החזיקו בהנכסים אחרון אחרון נפסד ואם אין מספיקין נגד החובות גובין משלפניו דבשעה שהחזיקו הראשונים נחשבו הנכסים הנשארים כבני חורין ולכן גובין מהם קודם וכמ"ש בסי' קי"א דבמתנה נמי איתא להך דינא [ול"ע מגיטין כ: דמשמע דאין קדימס רק מטעס דסוס ליס סכאס ע"ס ואפשר דזוכים מספקר עדיפא דמיד שזכס נעשס שלו ולסבע"ח כשאר עדיין]:

לב יש מי שרצה לומר דקנין אגב מהני גם בהפקר ואם עשה חזקה בקרקע הפקר וכיון לזכות אגבן גם מטלטלין של הפקר קנה [קלס"ח] ויש מפקפקין בזה דקנין למדנו מקרא ובקרא לא מצינו רק בדעת אחרת מקנה [כס"מ] ונ"ל דבצבורין מהני ואם עשה שליח להחזיק בנכסי הפקר שלוחו כמותו ואם השליח לא כוון להחזיק והמשלח כוון להחזיק יש להסתפק אם קנה אם לאו [עכס"מ]:

סדר

סימן רעו [כיצד סדר נחלות ובו י"ב סעיפים]:

א סדר נחלות כיצד כתיב איש כי ימות ובן אין לו והעברתם את נחלתו לבתו ואם אין לו בת ונתתם את נחלתו לאחיו ואם אין לו אחים ונתתם את נחלתו לאחי אביו ואם אין אחים לאביו ונתתם את נחלתו לשארו הקרוב אליו ממשפחתו וירש אותה וכל יוצאי ירכו של היורש המוקדם קודמין להיורש המאוחר דכמו שבן קודם לבת כמו כן יוצאי ירכו של הבן כשהוא אינו קיים והניח בן או בת או בת הבן או בן הבת או בן בת הבן או בת בן הבן או בת בת הבן עד סוף כל הדורות קודמין לבת המוריש וכן יוצאי ירכה של הבת של הבן יהיה מי שיהיה אפילו בת בת הבת קודמין לבת המוריש וכן יוצאי ירכה של בת המוריש קודמין לאחין של המוריש ויוצאי ירכי של האחין קודמין לאחי האב אמנם האב של המוריש קודם לאחי המוריש שהם בניו דהרי הוא קרוב להמת יותר מבניו וזה רמזה התורה במה שכתבה לשארו הקרוב אליו דהקרוב קרוב קודם ומה שלא כתבה מפורש משום דדרכי התורה דרכי נועם ולא רצתה להזכיר מפורש דבר של צער שהבן ימות בחיי אביו ואביו יירשנו ותדע לך שכן הוא דהא זהו פשיטא דהאב קודם לבניו שהם אחי האב הכתוב ומ"מ לא הזכירה גם שם אלא שרצתה להזכיר דרך ברכה כדכתיב תחת אבותיך יהיו בניך:

ב ולכן כך הוא סדר הירושה מי שמת יורשו בנו לא נמצא לו בן שני רואים אם יש להבן איזה זרע או זרע זרעו בין זכר בין נקבה עד סוף כל הדורות עומדין במקומו ויורשין הכל לא נמצא לו זרע אם יש להמוריש בת תירשנו לא נמצא לו בת בחיים אם יש לה זרע או זרע זרעה בין זכר בין נקבה עד סוף כל הדורות יורש הכל לא נמצא לה זרע תחזור הירושה לאבי המת המוריש ואם אין אביו קיים תחזור לזרע האב שהם אחי המת אם יש לו אח יורש הכל לא נמצא לו אח בחיים אם הניח זרע או זרע זרעו בין זכר בין נקבה עד סוף כל הדורות יירש הכל לא נמצא לו זרע תחזור הירושה לאחות המת המוריש או לזרעה וזרע זרעה עד סוף כל הדורות שכמו דאחי המת יורשים מכח אביהם שהוא אבי המוריש כמו כן אחות ד״ת כשאין בן להאב לא נמצא לו אחות ולא זרע ממנה תחזור הירושה לאבי אביו של המת דמה שכתוב ונתתם את נחלתו לאחי אביו היינו כשאין אבי האב קיים כמ"ש לענין אבי המת דכלל גדול דבנים אינם יורשים כשאביהם קיים כשאינם בני המת עצמו כיון שקורבתם היא מכח אביהם לכן האב קודם לכל יוצאי ירכו לבד נגד זרע המת עצמו ואם אין אבי אביו קיים חוזר לזרעו שהם אחי אבי המת או לזרעם עד סוף כל הדורות ואם אין אחים לאבי המת ולא זרע מהם חוזרת לאחות אבי המת או לזרעה עד סוף כל הדורות ואם אין גם אחות לאבי המת ולא זרע ממנה חוזרת לאבי אבי אביו של המת ואם אינו חי מורישו לזרעו שהם אחי אבי אביו של מת או לזרעם עד סוף כל הדורות לא נמצאו אחי אבי אביו של מת ולא זרעם חוזרת לאחות אבי אביו של מת או לזרעה עד סוף כל הדורות ועל זה הדרך נחלה ממשמשת למעלה למעלה עד שבטי ישראל:

ג מי שמת והניח בת ובת הבן אפילו בת בת בת הבן עד כמה דורות היא קודמת ותירש הכל ואין להבת כלום דהבת בת בת הבן באה מכחו של בן המת וה"ה לבת האח עם האחות ולבת בת אחי אביו עם אחות אביו וכן כל כיוצא בזה:

ד מי שהיו לו שני בנים ומתו שניהם בחייו והניח האחד שלשה בנים והשני לא הניח אלא בת אחת ואח"כ מת הזקן בת הבן יורשת חצי הנכסים והשלשה יורשים החצי שאנו רואים כאלו הבנים קיימים ויורשים בשוה וכל אחד מוריש ליוצאי ירכו חלקו ועל דרך זה חולקים בני האחים ובני אחי האב עד ראש הדורות ואם אבי הבת היה בכור נוטלת הבת שני חלקים מנכסי הזקן דעומדת במקום האב וכמ"ש ס"ס רע"ז:

ה כתיב ממשפחתו וירש אותה למדנו דמשפחת אב קרוי משפחה ולא משפחת האם דכל אדם מתייחס על שם האב כדכתיב תולדותם למשפחותם לבית אבותם ולפיכך אין האם יורשת את בנה ובתה והקרובים ממשפחת האב יורשים אותם וכן שני אחים מן האם ולא מן האב אין יורשין זא"ז וכל אחד משפחת אביו יורשים אותו וכתב רבינו הרמ"א דאפילו שתוקי שאין לו יורשין מן האב אין משפחת אמו יורשין אותו אלא הרי הוא כגר ונכסיו הפקר עכ"ל ונ"ל דזהו דוקא כשלא בדקו את אמו לאמר ממי ילדתו אבל כשאמרה מפלוני נתעברתי נאמנת משפחת הפלוני יורשים נכסיו דהא אפילו לכהונה מתירין על פיה כשילדה בת כמ"ש באהע"ז סימן ו' ואם אותו פלוני הכחישה ודאי דאינו יורשו דהודאת בע"ד כמאה עדים דמי, וע"ד נ"ל דאם עמדו עשרה בני אדם ופירש אחד מהם ובעל את אמו ולא בדקו אותה ממי נתעברה כיון שעכ"פ מאחד מאלו נתעברה אין אחר יכול ליטול נכסיו ואלו העשרה יחלוקו ביניהם ואע"ג דלכהונה אין לו דין כהונה אפילו כשעשרה הם כהנים כמ"ש שם סי' ג' זהו מפני שלכהונה בעינן זרעו מיוחס אחריו וגם זה הוא רק מדרבנן [יבמות ק:] ולכן אע"ג דדרשינן מקרא דלהיות לך לאלהים ולזרעך אחריך דבעינן זרעו מיוחס אחריו [גס מב׳] אינו אלא אסמכתא בעלמא [ב"ש סי' י"ג סק"ח] ומי שבא ממרחקים ומת והניח ירושה ולא נודע משפחת אביו יונחו המעות ביד שליש עד שיתודעו ואין מוסרין למשפחת אמו אף אם ידועים הם:

ו אע"פ שהאם אינה יורשת את בנה מ"מ הבן יורש את אמו וכן בת יורשת אמה כשאין לה בן וזרע הבן והדין בנכסי האם כמו בנכסי האב שהבן וזרעו קודמין לבת ואם אין לה בן וזרע הבן תירשנה בתה או זרעה ואם אין לה בת וזרע ממנה יירש אותה אביה ואם אין לה אב יורשים אותה בני האב שהם אחיה ואם להאחים זרע עומדים תחתיהם כשאין האחים קיימים ואם אין להאב בנים ולא זרע מהם יורשים אותה בנות האב שהם אחיותיה או זרעם הכל כבירושת האב וכ"ז באשה שאין לה בעל דהבעל יורש את אשתו כמו שיתבאר וירושת בן את אמו מפורש בתורה שהזהירה לדור המדבר שכל בת יורשת נחלה תנשא לאחד ממטה אביה ולא למטה אחר כדי שלא תסוב נחלה ממטה למטה דאם היתה נשאת לשבט אחר והיו בניה יורשים אותה יסוב הנחלה לשבט אחר אלמא דבן יורש את אמו ואף דהסבת נחלה הוא גם ע"י בעל מ"מ תרי קראי כתיבי חד להסבת הבעל וחד להסבת הבן כמבואר בגמ' [ב"ב קיב:]:

ז כשהבן יירש את אמו ומת בלא זרע יורשים אותו אביו או אחיו מן האב אע"פ שאינו אחיו מאמו והוא זר אצלה מ"מ יורש הנכסים דהלא מכח האח יורש ולא מכחה וזהו כשבנה הוא בחיים בעת מיתתה אבל אם הבן מת קודם אמו ולא הניח זרע אין אומרים שאחיו מן האב יירש אותה ע"פ כחו כיון שאינו בחיים וכך אמרו חכמים אין הבן יורש את אמו בקבר להנחיל לאחין מן האב ואף ששארי יורשים יורשין ע"פ זכות המת כמ"ש זהו כשהיורש החי קרוב ג"כ להמוריש אבל בכאן שהם זרים אצלה אין יורשים אותה וגם האב אינו יורשה כשצריך לירש מצד זכות בנו כגון שגירשה אבל אם לא גירשה יורש אותה שהבעל יורש את אשתו ונתבאר באהע"ז סי' צ"ו:

ח וזה לשון רבותינו בעלי הש"ע בסעיף ה' אין הבן יורש את אמו בקבר להנחיל לאחיו מהאב שאם מת בחייה ואח"כ מתה אין אומרים אלו היה עודנו חי היה יורשה עכשיו ג"כ אם אין לו זרע אחיו מאביו יעמדו במקומו לירש אותה אלא תחזור ירושתה למשפחת בית אביה כיון שאין לבנה זרע אבל אם מתה האם בחייו ואח"כ מת הוא אפילו היה קטן בן יומו הואיל וחי אחריה אפילו שעה אחת יורשה ומנחיל הירושה ליורשיו ממשפחת אביו ודוקא שנולד הקטן אבל עובר אינו יורש אמו אם מתה כשהיא מעוברת להנחיל יורשיו מאביו עכ"ל והרמב"ם ז"ל בפ"א מנחלות כתב דאפילו היה קטן בן יומו ולא כלו לו חדשיו הואיל וחי שעה אחת ה"ז נוחל ומנחיל ורבים חולקים עליו דאם ידענו שלא כלו לו חדשיו הרי הוא בנפל ואינו מוריש לאחיו מן האב ויש מי שאומר דצריכין לידע בבירור שכלו לו חדשיו [ראב"ד] ובדעת הרמב"ם י"ל דס"ל ג"כ כדעת החולקין וכוונתו שא"צ לדעת אם כלו לו חדשיו דרוב וולדות כלו חדשיהן אבל אם ידענו שלא כלו לו חדשיו הוה כנפל [ע"ש בלח"מ]:

ט אע"פ שאמרנו שדין אחד הוא בירושת האב וירושת האם מ"מ לענין בכורה יש הפרש שאין הבכור נוטל פי שנים בנכסי האם כבנכסי האב ויתבאר בסי' רע"ח:

י לענין ירושה אין חילוק בין יורש כשר ליורש פסול וכל הקרובים אפילו אם קורבתם בעבירה יורשים ככשרים כיצד היה לו אח או בן ממזר יורש ככשר וכן שארי היורשים אבל בן משפחה או כותית אינו בן לדבר מהדברים ואינו מתייחס אחריו דוולד שפחה וכותית מתייחס אחר האם כמ"ש באה"ע סי' ד':

יא כתב רבינו הרמ"א בסעיף ו' אין היורשים יורשים דברים שאין בהן ממש או טובת הנאה בעלמא שאינו ממון עכ"ל ולפ"ז אם הוריש לבן אחד את חצרו ולהשני את האויר של החצר אינו כלום דאויר אין בו ממש כמ"ש בסי' רי"ב וכן אם הוריש בית לאחד מבניו ולהשני הוריש שידור בה כך וכך שנים אינו כלום דדירה אין בה ממש אא"כ יאמר ביתי לדור בה כמ"ש שם וכן אם הוריש דקל לאחד מהבנים ולהשני הוריש אכילת פירותיו אינו כלום דאכילה אין בה ממש אא"כ יאמר דקל לאכול הפירות כמ"ש שם וכן אינו יכול להוריש עתה דבר שלב"ל [תוס' ב"ב קמח:] אבל דבר שאינו ברשותו פשיטא שיכול להוריש ואין לומר כיון שאינו יכול להוריש דבר שלב"ל למה אמרינן דבכור אינו נוטל חלק בכורה בראוי הא כל ראוי הוי דבר שלב"ל וא"כ גם פשוט אינו יורש דל"ק כלל דהראוי שהפשוט יורש אינו מצד שמורישו עתה אלא שיורש אח"כ כשתבא הראוי לכלל ירושה ויהיה בעולם וגם שבח שיורש אינו מפני כח מורישו אלא מפני שנכסיו נשתבחו כמ"ש בסי' רע"ח [נ"ל]:

יב י"א שזה שאין האב יכול להוריש לבנו טובת הנאה אינה אלא כשזה הוא ת"י אחרים כגון שהניח מעות לחלק לעניים למי שירצה המחלק דיש להמחלק בזה טובת הנאה אם השלישם ביד אחר והוריש את טובת ההנאה לבנו שיתן לכל מי שירצה אינו כלום דטובת הנאה אינה ממון שיהיה ביכלתו להורישה לבניו אבל אם המעות הם ת"י הבן והורישו את טובת ההנאה יכול להורישו [ש"ך] ויש חולקין בזה [קצה"ח בשם סמ"ע] וגם חצרו אינו קונה טובת הנאה דאינה כממון שיקנה לו חצרו [שם] ולכן לדעה ראשונה גם בדבר שאין בו ממש כגון שדר בחצר שנתן לו האויר או שדר בבית שנתן לו הדירה יורש אותם והעיקר כדעה ראשונה [נה"מ] וכשם שהיורש אינו יכול לירש את טובת ההנאה כשהוא ביד אחרים כמו כן הוא עצמו אינו יכול להוציא מידם וגם אינו יכול ליתן את טובת ההנאה לאחר אם אינה ת"י [ש"ך] ונ"ל דכל זה הוא להסוברים טובת הנאה אינה ממון אבל להסוברים דהוה ממון כמו שיתבאר בסי' ש"נ יכול להוריש וכ"ש שהוא עצמו יכול להוציא מיד האחרים ולמסור למי שירצה ואפשר דלהוריש הכל מודים מפני שאין בזה ממש כמו לשבועה בס"ס פ ז וצ"ע [מקור הדין הוא ממהרי"ק וממרדכי בשם מהר"ם ושם פוסקים דס"ל אינה ממון כמ"ש הש"ך בסי' ש"נ]:

סימן רעז [הבכור נוטל פי שנים ואיזהו בכור לנחלה וספק בכור ובו י"ט סעיפים]:

א הבכור נוטל פי שנים בנכסי אביו שנוטל חלק כשני אחים כאלו היה עוד אח כיצד הניח חמשה בנים ואחד מהם בכור חולקים הירושה לששה חלקים והוא נוטל שליש והם כל אחד נוטל שתות ואם הניח תשעה בנים חולקים לעשרה חלקים והוא נוטל חמישיתו והם נוטל כל אחד חלק עשירית ועל דרך חלוקה זו חולקים תמיד ואלו שני החלקים שהבכור נוטל נוטלם כאחד במצר אחד ושני אחים אחרים אם היו רוצים ליטול במצר אחד היו האחרים יכולים למחות אבל הבכור נוטלם במצר אחד ועמ"ש בסי' קע"ד :

ב בכור שנולד אחר מיתת אביו כגון שהניח אשתו מעוברת וילדה תאומים ויצא אחד ראשון או שהניח שתי נשים מעוברות וילדו אחר מותו והאחת ילדה מקודם אינו נוטל פי שנים וחז"ל דרשו זה מדכתיב כי את הבכור בן השנואה יכיר בעינן שיכיר את הבכור שיראה אותו שעה אחת כשהוא חי ולכן אם אפילו רק יצא ראשו של הבכור בחיי אביו ואף שגם כל ראשו לא יצא אלא פדחתו יצא לאויר העולם וראשו וגופו יצאו אחר מותו ה"ז נוטל פי שנים דהוה ליה כילוד וי"א דאם נולד כשהוא גוסס אינו נוטל פי שנים משום דגוסס לאו בר הכרה הוא ולפ"ז זה שנתבאר דכשיצא פדחתו הוה כילוד לא משכחת לה אלא כשהיה בריא או חולה ביציאת פדחתו ואח"כ מת פתאום אבל בסתמא כשנולד לאחר מותו בודאי היה גוסס בשעת יציאת פדחתו [סמ"ע]:

ג כתיב והיה הבן הבכור לשניאה ש"מ דמשעת הוויתו בעולם צריך להיות בן ולכן בכור שנולד טומטום ונקרע ונמצא זכר אינו נוטל פי שנים וכן אמרו רז"ל דבן פשוט שנולד טומטום ונקרע ונמצא זכר אינו ממעט בחלק בכורה שנאמר וילדו לו בנים וגו' והיה הבן הבכור וגו' דבן שאינו בן משעת הלידה אינו נחשב כלל לענין שימעט חלק בכורה כיצד הרי שהיה לו בן בכור וג' בנים פשוטים ואחד מהפשוטים נקרע ונמצא זכר חולקין את הירושה לד' חלקים כאלו זה הנקרע איננו כלל ונוטל הבכור רביעית ירושה בעד חלק בכורתו והשלשה רביעים חולקים לד' חלקים ונוטלים כולם הפשוטים והנקרע והבכור בשוה דגזירת התורה היא רק לענין חלק הבכורה וכן בן שנולד לאחר מיתת אביו אינו ממעט לבכור בחלק בכורתו דוילדו לו בנים כתיב אותם שנולדו לו בחייו אבל כשנולד אפילו בן יום אחד או שעה אחת אם היה חי בחיי האב ממעט בחלק בכורה ואף אם קודם חלוקה מת הבן הנולד בחיי האב מ"מ נחשב כחי לענין בכורה כיצד הרי שהיה לו בכור ופשוט וזה המת חולקין הירושה לד' חלקים כאלו חי זה המת ונוטל הבכור רביע בעד בכורתו והשלשה חלקים הנשארים חולקים הבכור והפשוט בשוה והטעם משום דהחלק בכורה יורש הבכור כהאב ובעת מיתת האב לא היה מגיע לו רק חלק רביעי מהנכסים אבל חלק פשיטותו הלא יורש גם מאחיו המת ונ"ל דאם ברור שלא כלו לו חדשיו אינו ממעט בחלק בכורה אף כשחי קצת בחיי אביו דכנפל בעלמא הוא אבל אם כשהיה ספק אם כלו לו חדשיו אם לאו ממעט אפילו לדעת הראב"ד שבסעיף ח' מפני שהם ודאים בחלק פשיטותן והוא בחלק בכורתו לפי ערך זה הוה ספק ואין ספק מוציא מידי ודאי [כ"ל]:

ד כתיב כי הוא ראשית אונו לו משפט הבכורה למדנו מזה דבכור לנחלה תלוי באב ולא באם דאם היה בכור לאב אף שהאם ילדה כמה וולדות מקודם מ"מ כיון שהוא ראשית אונו להאב נוטל פי שנים משא"כ בבכור לכהן לענין פדיון הבן תלוי באם ולא באב דבפטר רחם תלתה התורה ואף שהאב ילד מקודם כמה בנים מ"מ כיון שהוא בכור להאם חייב האב לפדותו נמצא דבכור לנחלה אין משגיחין על האם ובכור לכהן אין משגיחין על האב ועוד יש חילוקים כמו שיתבאר:

ה ביו"ד סי' ש"ה נתבאר דאם קדמו להבכור נפל בן ח' שיצא ראשו חי והחזיר את ראשו ויצא זה הבכור או בן ט' שיצא אפילו ראשו מת ואח"כ יצא זה הבכור אינו בכור לכהן מפני שאינו פטר רחם רק בן ח' שיצא ראשו מת אינו פוטר את הבא אחריו מבכורה אבל בבכור לנחלה אינו מסלק את הבא אחריו מבכורה אא"כ היה בן ט' ויצא ראשו חי אבל בן ט' שיצא ראשו מת או בן ח' אפילו יצא ראשו חי ואפילו יצא כולו אינו מסלק את הבא אחריו מבכורה דכתיב ראשית אונו מלשון אנינות ודרשינן זה שלבו של אביו דוה עליו ועל נפל אין לבו דוה וכן על בן ט' שיצא ראשו מת שזה שנאמר ראשית אונו הוא שלא נולד קודם לזה ולד בן קיימא שיצא חי לאויר העולם לפיכך בן ט' שהוציא רוב ראשו חי הבא אחריו אינו בכור וזה שאמרנו דבן ח' שיצא ראשו חי או אפילו נולד כולו הבא אחריו הוה בכור לנחלה זהו דוקא בנפל ודאי שניכר בצורתו שלא נגמרה יצירתו אבל כל שאין אנו רואין בו ריעותא ודאית אין הבא אחריו בכור לנחלה דאינו אלא ספק נפל ורוב וולדות אינם נפלים [ט"ז]:

ו וכ"ש המפלת כמין בהמה חיה ועוף שפרצוף פניהם דומה לצורת אדם או סנדל והוא חתיכת בשר כעין לשון של שור ועשוי בדמות סנדל או שליא או שפיר מרוקם או שיצא מחותך איברים איברים הבא אחריו הוי בכור לנחלה מטעם שבארנו אע"פ שאינו בכור לכהן וק"ו במפלת שפיר מלא דם או מים או גוונים והמפלת כמין דגים וחגבים שקצים ורמשים והמפלת ליום ארבעים דהבא אחריו הוי אפילו בכור לכהן כמ"ש שם אבל יוצא דופן והבא אחריו והיוצא דופן בן קיימא שניהם אינם בכורים לא לנחלה ולא לכהן הראשון לפי שלא נולד כדרך הילדה דרך הרחם שנאמר וילדו לו שיולד כדרך
לידה

לידה וכ"ש שאינו בכור לכהונה דהא לא פטר את הרחם והשני מפני שקדמו אחר בן קיימא ולבו של אביו דוה עליו וכן לכהונה אף שלרחם הוי בכור אבל כיון שאינו בכור לוולדות בכור לדבר אחד לא הוי בכור דבעינן שיהא בכור לרחם ולוולדות [בכורות מ"ז:]:

ז היו לו בנים כשהיה עכו"ם ונתגייר אין לו אוז"כ בכור לנחלה אפילו היתה הורתן ולידתן של ראשונים שלא בקדושה דהבנים שילד בהיותו עכו"ם מתייחסים אחריו אבל ישראל שהיה לו בן משפחה וכותית הואיל שהוולד מתייחס אחריה ואינו קרוי בנו כמ"ש באה"ע סי' ד' לכן הבא אחריו מישראלית הוי בכור לנחלה ועכו"ם שבא על בת ישראל דג"כ הוולד מתייחס אחריה ולא אחר האב כמ"ש שם אם נתגייר אח"כ ונולד לו בן מישראלית הוה ג"כ בכור לנחלה [נס"מ] ויראה לי דאפילו להרמב"ם דמצריך לענין פריה ורביה שגם בניו יתגיירו אבל אם נתגייר הוא לבדו לא קיים פו"ר כמ"ש שם סי' א' מ"מ לענין לסלק מבכורה מודה דאף שנתגייר לבדו אין הנולד בגירותו בכור לנחלה [וכ"מ מלשונו דבפ"ב מנחלות לא כתב ונתגיירו כמ"ש בפט"ו מאישות]:

ח היה הבכור ממזר נוטל פי שנים שנאמר כי את הבכור בן השנואה יכיר זו ששנואה בנשואיה שנשאה בעבירה וא"צ לומר אם היה כהן ונשא גרושה או חלוצה דהבן הנולד ממנה אם הוא בכור נוטל פי שנים דאינו ממזר דאין לומר דמה שכתבה התורה בן השנואה פירושו שנואה ממש שאביו אינו אוהבה דפשיטא דבזה לא הוצרכה לפרש דהיעלה על הדעת דבשביל שאינו אוהב את אמו יסתלק מבכורתו ועוד דא"כ הוה לה להתורה להשמיענו יותר כששונא את הבכור עצמו אלא ודאי דעל איסור הנשואין דברה התורה:

ט מי שנסתפק לנו אם הוא בכור או פשוט כגון שילדו שתי נשיו והיה אחד בכור ונתערבו הוולדות באופן שאין להכיר מי הוא הבכור אינו נוטל פי שנים וכיצד עושין כותבין הרשאה זל"ז דהרי אחד מהם בכור ממ"נ וביחד נוטלין חלק הבכורה ודוקא כשהוכרו שעה אחת מהלידה ואח"כ נתערבו אבל אם לא הוכרו מעולם שנתערבו ביציאתם מרחם כגון שילדו במחבואה אחת אין נוטלין חלק בכורה שנאמר והיה הבן הבכור לשניאה שיהא בהווייתו עכ"פ שעה אחת בכור ודאי וכ"ש אם ילדה תאומים ולא הוכר בשעת יציאתם מן הרחם לא להאם ולא להמילדת מי יצא ראשון דאין להם דין בכורה אף שאחד מהם ודאי בכור [כ"ל]:

י אשה שלא שהתה אחר מיתת בעלה ג' חדשים או אחר גירושיה ונשאת לאחר וילדה לז' חדשים ולא נודע של מי הוא הולד אם הוא של השני ונולד לשבעה חדשים או הוא של הראשון ונולד לט' והיא היתה מעוברת כשנשאת להשני זה הוולד אינו יורש כלל לא את הראשון ולא את השני דהיורשים מכל אחד מדחים אותו לומר אין אתה של אבינו והממע"ה והנולד אחריו אצל השני אינו נוטל חלק בכורה דהאחרים יאמרו לו אתה אינך בכור והספק הוא הבכור ואינו מועיל שיכתבו הרשאה זל"ז בטענה שאחד מהם ודאי בכור כיון שלא הוכר הבכור מעולם ואפילו תפס מפקינן מיניה כמו בספק בכור בהמה כשתקפו כהן מוציאין מידו [ע"ז] ונ"ל דגם להרמב"ם דס"ל תקפו כהן אין מוציאין מידו כמ"ש ביו"ד סי' שט"ו מודה דבכאן מוציאין מפני שהם ודאי יורשים והוא ספק יורש ואין ספק מוציא מידי ודאי כספק ויבם בנכסי זקן באה"ע סי' קס"ג:

יא אשה שילדה שני זכרים ואחד יצא ראשון או שילדה בן ובת והבן יצא ראשון והוא בכור אבל מי מעיד לנו על זה כך אמרו חכמים שלשה נאמנים על הבכור חיה והיא המילדת ואמו ואביו החיה אינה נאמנת אלא מיד כשילדה ואמרה החיה זה יצא ראשון נאמנת להחזיקו בבכור ואמו נאמנת כל שבעת ימי הלידה עד יום המילה דאז מוציאו האב להכניסו בברית המילה ואביו נאמן לעולם דהתורה האמינתו מדכתיב כי את הבכור בן השנואה יכיר דמשמע שיכירנו לאחרים שהוא בכור [קדושין עד']:

יב יראה לי דאין החיה נאמנת אלא כשאין ערעור עליה אבל אם יש אחר שמכחישה ואפילו אשה מכחישה ואומרת שהשני הוא הבכור אין החיה נאמנת דהא נאמנות החיה הוא גם בכהן ולוי וישראל וממזר וקיי"ל דכשיש ערעור אינה נאמנת כמ"ש באהע"ז סי' ד' ואע"ג דבכל מקום שהאמינה תורה עד אחד הרי הוא כשנים ואין עד אחד נאמן לפוסלו דבאמת נאמנות החיה אינו אלא מפני שע"פ רוב לא סגי בלא"ה [ר"ן סס] דבשעת הלידה אין ע"פ רוב רק החיה והאם והאם אין ביכלתה ע"פ רוב לידע מי יצא ראשון דטרודה בציריה וחבליה ולא דמי לכל נאמנות עד אחד במילתא דעבידא לגלויי כמו בעגונה להעיד שמת בעלה ואע"ג דבכל דבר שאין לו חזקת היתר וחזקת איסור נאמן עד אחד כמ"ש ביו"ד סי' קכ"ז זהו באיסורים אבל בממון וביחוס לא מצינו שיהא עד אחד נאמן [ומתורץ קושית סב"ס על סר"ן] אלא נאמנותה משום דא"א בלעדה ולכן כשבא מי שהוא ומכחישה אינה נאמנת וכ"ש דכשהאב או האם מכחישים אותה דאינה נאמנת [ע"ז סס] ודוקא שמכחישים אותה מעצמם אבל אם מכחישים אותה לאמר שהיא בעצמה אמרה על הוולד האחר שהוא בכור והיא מכחישתם היא נאמנת כדין פלוני חכם טהר לי את הדם והוא מכחישה [נ"ל] ומהרמב"ם פט"ו מאיסורי ביאה משמע דטעם נאמנות החיה מפני שלא הוחזק ובאמת נאמנות החיה מפורש בתורה גבי תמר שהמילדת החזיקה את פרץ לבכור וכן משמע בירושלמי דקדושין [פ"ד] ועוד למדנו מתמר דאפילו הושיט האחד את ידו ועשתה המילדת סימן לידע שהוא בכור נאמנת אח"כ לומר שזה השיב ידו והאחר יצא ראשון כמו שהיה אצל פרץ וזרח ומ"מ לא קשה מה שעד אחד נאמן להכחישה כיון

דהתורה

דהתורה האמינתה די"ל דוקא במקום שצריך שני עדים כמו באשת איש ובסוטה ועגלה ערופה והתורה האמינה לאחד הוה שפיר כשנים ואין אחד נאמן להכחישו אבל בזה שהחיה נאמנת א"צ שנים מעיקר הדין כיון שאין כאן חזקה כלל ומדינא עד אחד נאמן ולכן נאמן גם אחד להכחישו [ואף שהתוס' רפ"ג דכריתות משמע דלא כדברינו מ"מ בנמק"י פ' החשה רבה כתב כסברא זו בשם הריטב"א] :

יג בגמ' מבואר דאין החיה נאמנת אלא כל זמן שלא יצאה מבית היולדת אבל כשיצאה וחזרה אינה נאמנת וכל הפוסקים השמיטו זה ולא ידעתי למה ואף דאפשר לומר דזהו נכלל במה שכתבו נאמנת מיד מ"מ היה להם לפרש ועוד דרמב"ם באיסורי ביאה שם והטור וש"ע באה"ע שם לא כתבו גם לשון מיד והטור כתב דמיד שיצאה מת"י אינה נאמנת ואפשר דבאה"ע שם כל זמן שלא קראו עירעור אפילו שלא מיד נאמנת אבל לא ידעתי למה [עב"ש שם סוף סק"ס ובק"נ. פ"ד דקדושין אות ו' ובס' בית מאיר הביא בשם הרי"ע טעם לזה דלהכיר מי יצא ראשון אינה נאמנת שלא מיד ולא ביחוס משפחה ע"ש] ובאה"ע סימן ד' סעיף מ"ד בארנו בזה ע"ש :

יד הדבר פשוט שבשם שאחד נאמן להכחיש את החיה כמו כן נאמן להכחיש את האם ומה דינם של הוולדים המוכחשים אין אחד מהם יכול להוציא חלק בכורה ויכתבו הרשאה זל"ז ובהרשאה ודאי מהני דהא הוכרו שעה אחת :

טו האב נאמן לעולם דהתורה האמינתו ואפילו אמר האב על מי שלא הוחזק כלל לבנו בני הוא ובכורי הוא נאמן וכן אם אמר על המוחזק לנו שהוא בכורו שאינו בכור נאמן מיהו אם אמר פעם אחת על אחד שהוא בכור לא יוכל אח"כ לומר על אחר שהוא בכור וי"א דאפילו תוך כדי דבור אינו נאמן [ב"י בשם נמק"י] דלא נתנה לו התורה הכרה אחר הכרה ומ"מ לא ידעתי טעם נכון בזה הלא בכל התורה תוך כ"ד כדבור דמי [ואולי דומה למ"ש בסימן רע"ט סעיף ז' אם לא כשעושה לאחד ממזר] :

טז ודוקא כשלא הוחזק לבנו והיינו שלא נודע לנו אבל אם הוחזק אצלנו שאינו בנו אינו נאמן לומר שהוא בנו דממ"נ אם החזקה היא ע"י עדים אינו נאמן להכחישם ואם החזקה הוא ע"י עצמו הא אינו נאמן לחזור בו כמ"ש אבל כשהיה החזקה ע"י נשים או פסולי עדות נאמן האב להכחישם כיון שהתורה האמינתו וזה שנתבאר שאם אמר על המוחזק לבכור שאינו בכור דנאמן מיירי ג"כ בכה"ג או אפילו העידו עדים שנולד מאשתו בראשונה וע"י זה הוחזק בבכורה נאמן לומר שהשני הוא בכור והראשון הוא ממזר דהתורה האמינתו אפילו לעשותו ממזר [סמ"ע] אבל לא לומר שממנו הוא ונולד שלא בראשונה :

יז שמעו עדים מהאב שאמר פלוני בני בכורי הוא נוטל פי שנים אבל אם לא אמר בכורי אלא פלוני בני בכור הוא אינו נוטל פי שנים דשמא בכור לאמו קאמר ואם ידוע שלהאם ודאי אינו בכור נוטל פי שנים דודאי כוונתו על עצמו [כ"ל] וכן אם אמר דברים המוכיחים שכוונתו היתה שהוא בכור לאב לפי הענין שנדבר בו נוטל פי שנים ואמרו חז"ל מעשה באחד שאמר פלוני בני בכור הוא ורוקו מרפא חולי העינים נוטל פי שנים דמרגלא בפומא דאינשי לומר דרוק של בכור לאב מרפא ולא בכור מאם וכה"ג בשארי ענינים וה"ה אם מת הבכור והזכיר עליו בהספדו הוי על בני בכורי ואף שלא נתכוין לענין חלקו בבכורה מ"מ הרי העיד שהוא בכור ונוטלים זרעו פי שנים בנכסי הזקן ואם נשתתק האב וצריכין לידע מי הוא הבכור בודקין אותו כדרך שבודקין לגיטין שנתבאר באהע"ז סי' קכ"א ואם רמז או כתב שזה בנו בכורו נוטל פי שנים :

יח מעשה בימי הגאונים באחין שהיו צריכים לחלוק בירושת אביהם ואמר אחד להשני אני בכור והשני כפר לו באמרו אולי נולד ולד גם מקודם שנולדת ומת והביא הטוען כתב שכתוב בו פלוני נולד ד' סיון שנת י"ד והוציאו כתובת אמו והיה זמנה ב' כסלו שנת י"ג דאין הזמן מספיק להוליד שני ולדות ומ"מ פסקו דאין סומכין על זכרון זמן הלידה עם זמן הכתובה כי אינה צוואה ואפשר שטעות הוא או כתוב שלא באמת אבל אם מצאו כת"י אביו שכתב פלוני בני בכורי הוא נוטל פי שנים וכן אם הוחזק אצל העולם לבכור כגון שהתענה בכל ע"פ וידוע שאמו היא אשתו ראשונה של אביו הוה חזקה גמורה שהוא בכור ולא חיישינן שמא אביו של זה זינה בהיותו פנוי דלמה נחזיקנו ברשע אם לא שהוחזק בכך אבל האם לבדה אינה נאמנת אא"כ עדים מעידים כדבריה אפילו יש שני כיתי עדים שכת אחת מעידה שהוא פטר רחם לאשה זו אבל אין יודעין אם לא היה לאביו אשה אחרת קודם שנשא זו וכת אחת מעידה שאשה זו היא אשתו ראשונה אבל אין יודעים אם הוא הולד הראשון כיון שעכ"פ נתברר מהם שהוא בכור נוטל פי שנים ואין שייך בזה דבר ולא חצי דבר כשהוחזק קצת לבכור דהוא גילוי מילתא בעלמא ולבד זה כפי מ"ש בסי' ל"ו אין זה חצי דבר ע"ש :

יט כשם שבחלק הפשיטות יורשים הבן או הבת או זרעם או זרע זרעם חלק אביהם כמו כן לענין חלק בכורה ולכן מי שהיו לו שני בנים בכור ופשוט ומתו בחייו והניחו זרע הבכור הניח בת והפשוט הניח בן יורש הפשוט בנכסי הזקן שליש שהוא חלק אביו והבת של הבכור יורשת שני שלישים דחשבינן כמו שהבכור חי אבל במה שבא ירושה לאבי הבכור אחר מיתת האב אין הבכור נוטל חלק בכורה מפני שהוא ראוי ויתבאר בסימן רע"ח :

אין

סימן רעח [אין בכור נוטל פי שנים בנכסי אם ולא בראוי ואם מכר בכורתו ובו כ"ב סעיפים] :

א אין הבכור נוטל פי שנים אלא בנכסי האב ולא בנכסי האם אפילו אם הוא בכור לאב ולאם חולקין הבכור והפשוט בשוה דכיון דאין הבכורה תלוי באם רק באב אין דין בכורה בנכסיה וכתיב בכל אשר ימצא לו וכתיב לו משפט הבכורה ודרשינן לו ולא לה ולכן מי שמת והניח בנים ואלמנה וגבתה האלמנה כתובתה ומתה אח"כ אין הבכור נוטל פי שנים בכתובתה ואפילו לא גבתה עדיין אלא שנשבעה על כתובתה או שפטרה משבועה ומתה אפילו קודם חלוקה אין להבכור פי שנים בשיעור הכתובה דכתובתה בחזקתה עומדת אבל אם מתה קודם שנשבעה והבעל לא פטרה משבועה נוטל פי שנים דקודם השבועה נכסי בחזקת ירשי קיימי ונוטל בהם הבכור פי שנים אבל בנכסי עצמה כנכסי מלוג וכ"ש נכסים שנפלו לה אחר מיתת בעלה אינו נוטל בהם פי שנים וכן אם היורשים מחלו לה השבועה דמחילת שבועה מתקיימת בדבור בעלמא כמ"ש סימן רמ"א [מ"ש דקודם שבועה נכסי בחזקת יתמי קיימי ק"ל מכתובות לו: דמסקינן להיפך ועיין בסמ"ע פי"ח מאישות דין כ"ז ובב"י אהע"ז סי' ל"ג ואולי יש לחלק בין מזונות לכתובה ול"ע] :

ב כתיב בכל אשר ימצא לו ודרשו חז"ל דאינו נוטל פי שנים רק בדבר המוחזק ברשותו של האב ולא בדבר הראוי לבא לרשותו ולכן אין הבכור נוטל פי שנים בנכסים הראוים לבא לאחר מיתת אביו אלא בנכסים המוחזקים לאביו שבאו כבר לרשותו כיצד אחד ממורישי אביו שמת לאחר מיתת אביו הבכור והפשוט יורשים בשוה ואפילו מעות עצמו אלא שאינן מוחזקים בידו שמחוסרי גוביינא כגון שהיתה לאביהם מלוה ומלוה להוצאה ניתנה כשגבו ההלואה אחר מותו יורשים בשוה ואין הבכור נוטל בה פי שנים מפני שאין זה מצוי בידו של האב אבל פקדון שביד אחרים הוה כברשותו ופרטי דיני הלואה יתבאר בסעיף ז' :

ג אין הבכור נוטל פי שנים בשבח ששבחו נכסים לאחר מיתת האב והוא שנשתנו הנכסים כמו כרמל שנעשו שבלים וסמדר שנעשה פרי וכה"ג שניכר השינוי אבל שבחו הנכסים ולא נשתנו כגון אילן קטן שגדל ונתעבה וקרקע שלא נזדבלה והעלה הנהר שאצלה קש ותבן ממקום אחר ונעשה זבל כיון דצורת הדבר לא נשתנה וגם הוצאה לא עלה על זה ה"ז נוטל בהשבח פי שנים וקרינן ביה בכל אשר ימצא לו דצורה זו הרי מצוי ברשותו וגם בשנשתנה הצורה שאינו נוטל פי שנים אין אומרים שיוותר הבכור מבכורתו בגוף הדבר אלא מעלה את השבח בדמים ונותן היתר כפי חלק בבכורתו להפשוט וגוף הדבר נוטלה כמי שהיא כיון שעצם הדבר נשארה מהאב [ס"ך] :

ד וכן אם השביחו הנכסים מחמת הוצאות היתומים אע"פ שלא נשתנה גוף הצורה כגון שזיבלו את הקרקע אינו נוטל פי שנים אפילו נטלו ההוצאה מתפוסת הבית [סמ"ע] דכל מה שנתחדש אחר מותו ע"י טירחא או הוצאה הוה כקנו נכסים אחר מיתת האב וצריך לשלם להפשוט היתרון בדמים בד"א כשהבכור לא מיחה בהם אבל אם מיחה ואמר אל תשביחו את הנכסים עד שנחלוק ולא שמעו אליו והשביחו דינם כגזלנים ולכן אם לא עשו שינוי בהנכסים כגון ענבים ובצרום או תבואה וקצרום דהענבים והתבואה לא נשתנו מצד עצמם נוטל פי שנים בהשבח דגם גזלן לא קנה בכה"ג כמ"ש בסימן ש"ם ואם עשו בהם שינוי כגון ענבים ודרכום או תבואה וטחנוה קונין בשינוי כמו גזלן שא"צ לשלם אלא כשעת הגזילה ואינו נוטל פי שנים בהשבח וממילא דאם הפסידו אינו צריך לסבול חלק בהפסד ויחשבו לו חלק בכורתו כפי השווי בעת מיתת האב וגם בחלק הפשיטות הדין כן שאין טעם לחלק בזה :

ה הניח להם אביהם פרה מושכרת ביד אחרים או מוחכרת למחצה לשליש ולרביע או שהיתה רועה בעשב השדה ונתפטמה וילדה פסק הרמב"ם ז"ל דנוטל הבכור בה ובולדה פי שנים דזהו כנכסים ששבחו מעצמן בלי הוצאה ולא נשתנה הצורה ואע"ג דהולד היא צורה חדשה מ"מ עובר ירך אמו הוא והוה כלא אישתני [סמ"ע] ורבים חולקים עליו דבהולד אינו נוטל פי שנים אבל בהפיטום נוטל פי שנים ואם היתה הפיטום ע"י הוצאתם או ע"י טירחתם לכ"ע אינו נוטל פי שנים :

ו היה אביהם כהן והיו לו מכירים שנתנו לו תמיד מתנות כהונה ושחט אחד ממכיריו בהמה בחייו ומת האב קודם שנטל המתנות נוטל הבכור פי שנים בהמתנות של אותה הבהמה דמתנות שלא הורמו כמי שהורמו דמיין והוה כאלו האב היה מוחזק בהמתנות בחייו וכן אם הניח להם אביהם עבד ובהמה טמאה נוטל הבכור שני חלקים והפשוט חלק אחד דהיינו שעובדים להבכור שני ימים ולהפשוט יום אחד ולא אמרינן דהריוח הוא ראוי מפני שיש לו בגופם שני חלקים וזהו כמי שנוטל פי שנים בקרקע והריוח ממנה נוטל פי שנים ועמ"ש בסימן קע"א :

ז אין הבכור נוטל פי שנים במלוה אף במלוה בשטר דכל שמחוסר גוביינא אינו נקרא מוחזק ואין חילוק בין שגבו מעות בעד החוב בין שגבו קרקע ולא אמרינן כיון שהקרקע א"א להזיזה ממקומה היא כמוחזקת אצל אביהם

אביהם דאינו כן דבחייו לא היה לו עליה רק שיעבוד בעלמא ואם היה משלם לו במעות לא הגיעה לו הקרקע ונ"ל דאפילו עשה הלוה לאביהם קרקע זו אפותיקי מפורש שא"ל לא יהא לך פרעון אלא מזו דאינו גובה משארי נכסים מ"מ כיון דבמעות יכול לסלקו כמ"ש בסימן קי"ז אינה כמוחזקת ואם אמר מפורש שגם במעות לא יוכל לסלקו הוה כמוחזקת דעדיפא ממשכנתא והוה כמכר ואין חילוק בין הגיע זמנה לגבות ללא הגיע זמנה דמ"מ אינה כמוחזקת ואפשר דכשאמר לא יהא לך פרעון אלא מזו שאפילו במעות לא יוכל לסלקו מ"מ אם לא הגיע זמנה לגבות הוה ראוי דאף במכר כה"ג כשקנה אביהם קרקע וסילק המעות והתנה שהמכירה לא תחול עד לאחר זמן פלוני ומת בתוך הזמן הוה כראוי דזהו כחוב שצריך עוד לגבות בהגעת הזמן אמנם אפשר דהוה כמשכון שיתבאר וכן נראה עיקר :

ח בד"א במלוה שלא על המשכון אבל במשכון נוטל פי שנים דכמוחזק הוא ואפילו משכנו בשעת הלואתו דלא קנה המשכון מן התורה כמ"ש בסימן ע"ב מ"מ כגבוי דמי ואם הלוה על משכונא של קרקע על משך שנים אם מת לאחר הזמן אינה כמוחזקת דכנפדית דמי ואינה ת"י המלוה כמטלטלין ואם מת תוך הזמן אם הוא מקום שנהגו שהלוה אינו יכול לסלק את המלוה מהקרקע כשרוצה לשלם לו הוה כמוחזק כיון שאוכל הפירות והוה בקנויה בידו וכשאח"כ מסלקו הוה כחוזר ומוכרו לו אבל אם הוא מקום שנהגו לסלקו אף תוך הזמן אינה כמוחזקת ורק במשכון של מטלטלים אין חילוק בכל זה מפני שהיא ת"י המלוה אבל לא בקרקע ומ"מ אפילו באתרא דלא מסלקי דנחשבת כמוחזקת ביד המלוה מ"מ נקראת מוחזקת גם אצל הלוה שאם מת הלוה אפילו תוך הזמן נוטל בכורו של הלוה בה פי שנים אפילו כשחוזרה להם אחרי מות אביהם דהרי היא מעיקרה של הלוה :

ט ויש חולקים על כל זה וס"ל דבאתרא דלא מסלקי נוטל פי שנים אפילו אחר שהגיע הזמן ובאתרא דמסלקי אינו נ"כ אלא במקום שנהגו לסלקו אף מיד אחר ההלואה אבל בסתם משכנתא שהמנהג ששנה אחת אינו יכול לסלקו נוטל פי שנים גם אחר כלות הזמן [טור בשם רשב"א] והטעם דכיון שאיזה זמן לא היה יכול לסלקו והוה כמוחזקת ביד המלוה לא נסתלקה חזקתו אפילו אח"כ כיון שעדיין לא שילם לו ויש מי שאומר דלא פליגי לדינא וגם דעה ראשונה מודה כשגבו מגוף הקרקע דהיא כמוחזקת ודעה ראשונה מיירי כשגבו אח"כ מן הפירות דפירות ודאי אינם כמוחזקים בכלות הזמן [כס"מ] ויש מי שאומר דאם גבו מגוף הקרקע אפילו באתרא דמסלקי מיד מ"מ היא כמוחזקת רק אם גבו מהפירות הוי כשבח ואינו נוטל בהם פי שנים [טור בשם ראב"ד] ובאתרא דלא מסלקי הוה בקנוי בידם ונוטל פי שנים אפילו מהפירות ואם גבו מעות באתרא דלא מסלקי נוטל פי שנים ובאתרא דמסלקי אינו נוטל דבהמעות לא היה מוחזק [שם] :

י י"א דזה שאמרנו דבמלוה על המשכון נוטל פי שנים זהו דוקא כשהלוה הוא ישראל אבל כשהלוה עכו"ם אינו מועיל משכונו להקרא מוחזק דמעכו"ם לא קנה משכון אא"כ החליט לו המשכון ויש חולקין דנהי דלא קנה המשכון מ"מ כיון שת"י הוא הוה כמוחזק כמו משכון של ישראל בשעת הלואה דג"כ לא קנה משכון ומ"מ מקרי מוחזק [ש"ך] וכ"ש אם המשכון הוא באחריות הישראל כשיגנב ויפסיד ממונו דהוה כמוחזק [שם] אפילו לדעה ראשונה דהרי בכה"ג בפסח עובר הישראל בבל יראה והחמץ נאסר אחר הפסח [ח"י א"ח סי' ת"מ בשם הירושלמי] אלמא דהוי ממש כקנוי לו :

יא היה להאב מלוה אצל הבכור עצמו ה"ז ספק אם נוטל בה פי שנים כיון שישנן ת"י ועוד דבודאי גמר בלבו להקנות נכסיו לאביו כדי שיטול בה פי שנים או אפשר כיון שיורשה מאביו ואביו לא היה מוחזק איך יטול מכחו פי שנים בשביל שהוא עצמו מוחזק וגם מה שרצונו להקנות לו כל נכסיו בשביל כן אינו מועיל לפיכך צוו חז"ל [ב"ב קכ"ה:] שלא יטול ממנה אלא חצי חלק בכורה מפני שהוא ספק ואע"ג דקיי"ל הממע"ה מ"מ יש טעם בדבר דבדין זה שניהם מוחזקים ושניהם מוציאים דבחוב זה הוי הבכור מוחזק אבל בשארי נכסים הפשוט הוא המוחזק דהוא בא להוציא חלק בכורתו גם לפי המלוה והפשוט אומר לא אתן לך ובהכרח שיחלוקו [נ"ל] וגם לפי מ"ש בס"ס קל"ט א"ש ג"כ דבכל ספיקא דדינא אם נוטל פי שנים אם לאו צריך לעשות חלוקה ולא דמי לספק בכור שבסי' רע"ז :

יב היה לאביהם עיסקא ביד אחר שהיא פלגא מלוה ופלגא פקדון י"א דבפלגא דפקדון נוטל פי שנים ובפלגא דמלוה אינו נוטל וי"א דגם בפלגא דפקדון אינו נוטל דהרי מ"מ הוא מחוסר גוביינא ולא דמי לסתם פקדון וגם לא דמי לסתם פקדון במה שמוציא המעות שקבל ונותן מעות אחרים ואע"ג דגם בסתם פקדון אם הנפקד הוא חנוני או שולחני ואינם צרורים מותר להוציאן כמ"ש בסי' רצ"ב מ"מ אין עיקרה להוצאה משא"כ עיסקא עיקרה להוצאה ויש מי שירצה לומר דגם בפלגא מלוה נוטל פי שנים דכולה היא כמו שותפות והעיקר לדינא כדעה ראשונה [וכן פסק הרדב"ז] :

יג שטרות של המלוכה כיון שהולכין כמטבע גמורה הרי הם בכל המטבעות ונוטל הבכור בהם פי שנים ונ"ל דאפילו שטרות המלוכה של רבית וכן המניחין מעות באוצר המלך והמלכות נותן לו שטר ראיה בתשלומי רבית וכן שטרות של החבורות מהעשירים שהמלוכה ערבה בעדם אף שבשוק אין הולכין כמטבע גמורה אמנם כיון שבדרך המסחור הם כמזומנים לא שייך לומר עליהם מחוסרי גוביינא והם כמטבע ונוטל בהם

בהם הבכור פי שנים ואע"פ שהמקח מהם עולה ויורד לפי הזמן מ"מ הרי גם מטבעות גמורות עולות ויורדות לפי הזמן וכן היה בזמן חכמי הש"ס [קדושין יב׳] ויש מי שאומר ששטרות של מלוכה הם כשארי שטרות ולא נהירא לי כלל ואולי בזמן הקודם להדור שלפנינו לא היתה הולכת כמטבע גמורה אבל בימינו אלה הדבר פשוט שהבכור נוטל בהם פי שנים אבל שטרות של יחידים אף שהם עשירים גדולים ועל שטר שלהם ביכולת להשיג מעות וסחורה בכל מקום מ"מ אין לחלק בין שטרות לשטרות משא"כ של המלוכה או שהמלוכה ערבה בעדם הוי כמטבע גמורה מיהו גם בשטרות המלוכה אם לא הגיע זמנן עדיין לגבות ודאי דמקרי ראוי ואין הבכור נוטל בו פי שנים :

יד היה לו שותפות ביד אחרים מקרי מוחזק אבל שכירות המגיע לאביהם בין שכר גופו או שכר בתים וכיוצא בהם הוה ראוי אע"פ שכבר הגיע זמנם לגבות דהא מחוסרי גוביינא וכן אם נשאר ממנו סחורה למכור אע"פ שכשימכרו יתוסף עליהם סך מה כפי הנהוג במסחור מ"מ הריוח מקרי ראוי רק אם הבכור רוצה ליטול חלקו בהסחורה יכול ליטול ואפשר שזהו כוונת הרמב"ם בפ"ג מנחלות שכתב דאם הניח אביהם מלוה או ספינה שבים חולקין בשוה ותמהו עליו מה ענין ספינה שבים לראוי ואפשר דכוונתו לסחורה שבספינה דהריוח מקרי ראוי והא דנקיט ספינה שבים משום דעשיריהם היה רוב מסחרם בימים [עירובין פו׳ יומא לה:] ודבר פשוט שאם מכר אביהם סחורה בהקפה ולא גבה בחייו מקרי ראוי אף שהגיע זמן התשלומים בחייו כיון דמחוסר גוביינא :

טו כשם שלבני המלוה מקרי המלוה ראוי אע"פ שנכסי הלוה משועבדים לו כמו כן להיפך לבני הלוה נקראו הנכסים מוחזקין אף שמשועבדין הן להמלוה ובכורו נוטל בהם פי שנים דאין שיעבודו של המלוה מעכב את הנכסים מלהתחשב מוחזקים ביד הלוה אבל אם אביהם נשאר חייב למלך מכח מס נקראת הקרקע ראוי דשיעבודו של המלך אינו כשארי שיעבודים דהמלך הוא תמיד מוחזק אמנם במקום שאין דרך המלך ליטול את הקרקע בעד המס אלא שמשכירה על זמן מה ואח"כ חוזרת להבעלים נקרא מוחזק ובכורו נוטל בה פי שנים :

טז היה לו קרקע לאביהם שניתן לו מהיום ולאחר מיתה או שנגזלה לו קרקע וקרקע אינה נגזלת ואפי׳ נגנבו לו ספרים שמסתמא אינו מתייאש מהם או בכל גניבה שידוע שאינו מתייאש מקרי מוחזק ונוטל הבכור פי שנים ואע"ג דלהקדישו אינו יכול מפני שאינה ברשותו מ"מ לגבי בכורה מקרי מוחזק ויש שמגמגם בזה [סגר"ה] :

יז חלק הבכורה קראה התורה בלשון מתנה דכתיב לתת לו פי שנים ולכן יש חילוק בין חלק פשיטות לחלק בכורה דבחלק פשיטות אין היורש יכול להסתלק מחלקו בדברים בעלמא שיאמר איני נוטל חלק ירושתי והבכור מסתלק מחלקו הבכורה בדברים בעלמא ומועיל על זה לשון מחילה ולא עוד אלא אפי׳ אם חלק עם אחיו במקצת נכסים בין בקרקע בין במטלטלין ונטל חלק כפשוט ויתר בכל הנכסים ואינו נוטל בשאר הנכסים אלא כפשוט דאמרינן מדמחל באלו מחל מסתמא ג"כ בכל הנכסים אבל בחיי אביו לא מהני שום סילוק [כס"מ] :

יח בד"א כשלא מיחה אבל אם מיחה באחיו ואמר בפני שנים מקצת נכסים אלו שאני חולק עם אחי בשוה לא מפני שמחלתי חלק בכורתי בכל הנכסים ה"ז מחאה ולא ויתר בשארי הנכסים ונ"ל דאפי׳ מיחה בפני פסולי עדות מהני אם נתברר שמיחה דא"צ לזה עדות גמור אלא גילוי מילתא בעלמא ואם מיחה ואח"כ חל עוד במקצת נכסים בשוה ולא מיחה בטלה מחאתו הקודמת ודוקא כשהיה מין אחר כגון שחלקו ענבים בשוה ומיחה ואח"כ חלק עמהם בזיתים ולא מיחה אמרינן שמסתמא ויתר בכל הנכסים אבל מזה המין עצמו אפי׳ היה שינוי קצת כגון שהיה להם לחלוק ענבים והיו עדיין מחוברים וחלקו מקצתם ומיחה אז ואח"כ תלשו המותר וחלקום בשוה לא ויתר בשארי נכסים דהא מיחה בענבים אבל אם דרכו את מותר הענבים ליין וחלק עמהם בהיין בשוה ולא מיחה בהם משנעשה יין ויתר בכל הנכסים דיין לגבי ענבים מין אחר הוא וכן כל כיוצא בזה [ובזה ת"ש קושית סקלס"ה ודברי סכס"מ דחוקים בלשון סרמב"ם והש"ע ודוק] :

יט אם יצא על אביהם שט"ח בכור פורע בו פי שנים כשם שנוטל פי שנים ואם אמר איני רוצה ליטול פי שנים ולא לפרוע פי שנים רשאי מטעם שנתבאר דכמתנה היא וכל כמה דלא מטי לידיה מסתלק בדבור בעלמא אבל בחלק פשיטותו אינו יכול לומר כן אלא שיפקיר או יתנו במתנה בקנין ואין לשאול איזה נ"מ הוא להבע"ח במה שמסתלק מבכורתו הלא סוף סוף נוטל חובו מהנכסים אמנם יש נ"מ שאם שארי היורשים הם קטנים או אינם בכאן שאין הבע"ח יכול לגבות עתה מהם אינו גובה לע"ע אלא מחלק פשיטותו ואם רוצה הבכור לחזור בו אח"כ מדבריו וליטול חלק בכורתו יש מי שאומר שאינו יכול דבמתנה קודם שבאת לידו כיון שאומר אי אפשי בה או איני נוטל או אני מוחל דבריו קיימים ואינו יכול לחזור כמו בחלק פשיטותו אם היה נותנה במתנה בקנין וכן עיקר לדינא :

כ ודע דאע"פ שחלק בכורה הוה כמתנה ויכול למחלה מ"מ קיי"ל דיש לו לבכור קודם חלוקה וכשלו היא גם קודם שבאת לידו לענין מכירה שאם מכר חלק בכורתו לאחר אף קודם הלוקה ממכרו קיים והוה כאלו מטי לידיה והטעם דאינה דומה לכל המתנות שתלוי ברצון הנותן דהרי התורה זיכתה לו במתנה זו ורק ביכלתו

ביכלתו להסתלק ממנה בדברים בעלמא כיון דלא באה לידו עדיין :

כא קרקע או בית המשועבדת למלך מפני עסק שלקחו מהמלוכה והעמידו הקרקע או הבית לערבות שבאם לא יעשו העסק כנצרך יטול המלך הקרקע או הבית וימכרנו נראה כפי מ"ש בסעיף ט"ו דשעבודו של המלך אינו כשאר שעבודים דהמלך מקרי מוחזק אינו נוטל בו הבכור פי שנים אמנם יש מי שאומר כיון דהמלך נטלה ע"פ שומא אין זה רק כחוב בעלמא וצ"ע לדינא :

כב יצא שט"ח על אביהם ויש כאן נכסים מוחזקים ונכסים ראוים ורוצה הבכור שישלמו מן הראוים כדי שיטול פי שנים בהמוחזקים והאחים רוצים להיפך פסקו הגדולים שישלמו לפי ערך כגון אם הירושה היא שני מאות זוז מוחזקים ומאה ראוים והחוב הוא שלשים זוז ישלמו עשרים מן המוחזקים ועשרה מהראוים וכן כל כיוצא בזה ודוקא כשיכול לכוף את הבע"ח לקבל חלק חובו מהראוים אבל אם אין יכול לכופו בדין כגון שהראוים לא באו עדיין לידי גוביינא והבע"ח אינו רוצה לקבל חובו מזה ממילא כיון שמשלמין לו מהמוחזקין מפסיד הבכור חלק בכורתו כפי החוב [טוב"י] :

סימן רעט [האומר זה בני או אחי או עבדי וחזר ואמר להיפך ובו י"א סעיפים]:

א כתב רבינו הב"י האומר זה בני וזה אחי או זה אחי אבי או שאר היורשים אותו אע"פ שהודה באנשים שאינם מוחזקים שהם קרוביו ה"ז נאמן ויירשנו בין שאמר כשהוא בריא בין שאמר כשהוא שכ"מ אפילו נשתתק וכתב בכת"י שזה יורשו בודקין אותו כדרך שבודקין לגיטין עכ"ל וכתב רבינו הרמ"א דנאמן על כל נכסים בין אלו שהיה לו בשעה שאומר כך ואפילו נכסים שיפלו לו כשהוא גוסס עכ"ל :

ב ביאור הדברים דבסי' רע"ז נתבאר דהתורה האמינתו לאב לומר על הבכור שאינו בכור ועל אינו בכור שהוא בכור וה"ה על כל בניו האמינתו תורה דכיון דנאמן לומר על אינו בכור שהוא בכור בע"כ אומר על בנו הראשון שהוא ממזר כמ"ש שם אבל על שארי קרובים לא האמינתו תורה רק לענין להורישם נאמן על כל הקרובים במיגו דאי בעי נתן לו כל נכסיו ולכן האומר זה בני ותתנו לו נכסיי או כשאין לו בנים ואומר זה אחי ותתנו לו נכסיי או שאין לו גם אחים ואומר זה אחי אבי ותתנו לו נכסיי צריכין לקיים דברו מפני המיגו שיש לו אבל בבן אינו ממיגו לבד אלא דהתורה האמינתו ואף אם אין לו מיגו נאמן :

ג ולפ"ז יש הפרש בין נאמנות הבן לשארי קרובים דבכל הקרובים אינו נאמן רק בנכסים שיש לו עתה מפני שיש לו בהם מיגו ולא בנכסים הבאים לאחר מכאן דאין אדם מקנה דשלב"ל ואין לו מיגו וכ"ש בנכסים שיפלו לו כשהוא גוסס דגם כשיבואו לעולם לא יוכל להקנותם אז אבל על בנו נאמן על הכל [סגר"ח] ולפ"ז צ"ל דמ"ש רבינו הרמ"א דנאמן על הכל אינו אלא בבנו וכן נראה ממקור הדין [רא"ש פי"כ סי' ל"ט] אבל י"א דעל כולם נאמן בכל הנכסים במיגו דאי בעי התחייב עצמו להם בשטרות על סך כמה שירצה [תו"ת סי' ס'] ומ"מ בנכסים שיפלו לו לאחר מיתה מאיזה מוריש אין לו גם מיגו זה דהיורש שיבא לירש יאמר דאינו יורש מכח זה אלא מכח אותו המוריש ואין מגבין חובותיו מירושה זו [נס"מ] ולדינא נראה כדעה ראשונה דמיגו מפני התחייבות לא מצינו [דתל"כ קסס בב"ב קכ"ז: כמ"ש הסמל"מ פי"ת ממכירה ותירוץ סקלס"ח דחוק ודוק] :

ד אם אנחנו מוחזקים בראובן שהוא אחיו של שמעון או בן דודו וראוי ליורשו שאין לו קרוב ממנו ואמר שמעון אינו אחי או אינו בן דודי אינו נאמן וכשמת יירשנו ראובן דעל שארי קרובים לא האמינתו תורה כמ"ש ואע"פ שיש לו מיגו דאי בעי היה נותן נכסיו לאחרים בחייו מ"מ מיגו במקום חזקה אלימתא כי האי לא אמרינן אבל נאמן הוא על מי שהוחזק שהוא בנו לומר שאינו בנו כמ"ש ואופן החזקה נתבאר בסי' רע"ז :

ה באה"ע סי' ד' נתבאר דדוקא על בנו נאמן לומר שאינו בנו ואפילו לשווייה ממזר ועל בן בנו אינו נאמן ולכן כשיש בן לבנו אינו נאמן גם על בנו דא"כ יהיה גם בן הבן ממזר וזה א"א שבנו יהיה ממזר ובן בנו לא יהיה ממזר ומ"מ כתב הרמב"ם ז"ל דזהו לענין יחום אבל לענין ירושה נאמן לומר על בנו שאינו בנו אף כשיש להבן בנים ולא יירשנו הבן דכיון דאין לבן הבן עתה שייכות בהירושה כשאביו קיים וגם יכול ליתן נכסיו לאחר נאמן על בנו שלא יירשנו אף שלפוסלו אינו נאמן ואם מת הבן ואמר על בני בניו אין אלו בני בניי כי אביהם לא היה בני אינו נאמן אף על הירושה דהא התורה לא האמינתו רק לבנו וכיון שאין הבן קיים הוי עיקר הנאמנות לגבי בני בניו ועליהם לא האמינתו תורה [סס"מ פ"ד מנחלות] וכמו שאינו נאמן בשארי קרובים לדחותן מחזקתן כמו כן להיפך אם היו מוחזקין שאינם קרוביו אינו נאמן לומר שהם קרוביו אע"פ שיש לו מיגו מטעם שנתבאר [נס"מ] :

ו בסי' רע"ז נתבאר דאף שהאמינתו התורה על בניו מ"מ לחזור מדבריו אינו יכול ולכן אמרו חז"ל [ב"ב קכז:] מי שבא ואמר על אחד בני הוא וחזר ואמר עבדי הוא אינו נאמן ויירשנו זה כשימות ואע"פ שנותן אמתלא למה קראו בנו מפני שאוהבו כבן מ"מ אינו נאמן דאין דרך העולם לקרות לעבד בן אבל להיפך שמתחלה אמר עבדי

עבדי הוא וחזור ואמר בני הוא נאמן אע"פ שמשמשו כעבד דאדרבא מפני זה יש לו אמתלא לומר שזה שאמר עבדי הוא לומר שהוא לו כעבד בתשמישו וגם אם לא ראינו משמשו כעבד מ"מ יכול לומר שחביב בן זה אצלו שה.א לו בתשמישו כעבד דיש לפעמים שהאב קורא לבנו עבדו על א־פן זה ולכן אין זה חזרה גמורה מדבריו הראשונים ומ"מ אם היה קורא לו עבד בן אמה או עבד בן מאה זוז וכיוצא בדברים אלו אינו נאמן לחזור בו דאם היה בנו לא היה מבזה אותו לקרותו בשמות כאלו שאין דרך לקרות כך רק לעבדים גמורים :

ז י"א שזה שאינו נאמן לחזור מבן על עבד זהו דוקא לאחר כדי דיבור אבל תוך כ"ד יכול לחזור בו דכל תוך כ"ד כדיבור דמי [טור] ויש חולקים בזה [רשב"ס סס] והטעם דאנן סהדי דאלו היה עבדו לא היה מוציא מפיו לומר עליו בני [ב"י] ודוקא לומר עבדי הוא אינו נאמן אבל לחזור בו ולומר שאינו בני אלא חביב לי כבן נאמן אף לאחר כדי דיבור שרגילות הוא לומר על איש שחביב אצלו בני ואין זה חזרה לגמרי [סס] :

ח ואמרו חז"ל דלהיפך מזה הדין כשעבר בדרך על בית ליסטים שעשו ביניהם ליטול מכס מעבדים ולא מבנים שכן היה דרכם בזמן חכמי הש"ס אם מתחלה אמר בני הוא וחזר ואמר עבדי הוא נאמן דבכוונה אמר כן כדי לפוטרו ממכס של הליסטים אבל אם מתחלה אמר עבדי הוא וחזר ואמר בני הוא אינו נאמן דאם היה האמת כן לא היה אומר עליו עבד ולשלם בעדו אלא ודאי האמת כן הוא וכל עניני נאמנות לענין עבד אינו להחזיק את זה לעבד דהתורה לא האמינתו על זה אף שאין לאיש זה חזקה כלל אלא דהנאמנות הוא לענין ירושתו דאם נאמן לומר עבד הוא אינו יורשו ואם לאו יורשו [ע"ז] דלא כיש מי שחולק בזה ואף גם בכה"ג אינו נאמן לומר שהוא עבד אלא בדלא אתחזקה אמו של זה האיש בבת ישראל אבל אם אתחזקה אמו בבת ישראל אינו נאמן לומר עבדי הוא אף להוציאו מירושה דאם הוא עבד בהכרח שאמו שפחה ואינו נאמן להוציאה מחזקתה אף כשיש לו מיגו מטעם שכתבנו בסעיף ד' ואע"ג דהתורה האמינתו אפילו לעשותו לממזר מ"מ לא האמינתו רק מה שנוגע להבן לבדו כמו ממזר שאם הממזר היא בת ישראל אבל בעבד בהכרח שהאם שלו שפחה ועל אמו לא האמינתו תורה [ב"ח] וממילא דגם עליו אינו נאמן ואם אמו כבר מתה ואין בנים אחרים ממנה דעתה אין הדבר נוגע רק להבן אפשר דנאמן :

ט העבדים והשפחות אף כשהם מכובדים וזקנים אין קורין להם אבא פלוני ואמא פלונית כדרך שקורין לזקנים מכובדים כדי שלא יבא הדבר לידי תקלה שמי שישמע שקורא לה אמא יאמר שבנה הוא ויוציאו עליו לעז שהוא עבד כדין בן שפחה ונמצא זה נפגם וגם בעבד אם יאמרו עליו שהוא בן עבד אף שאינו מתייחס אחריו כמ"ש באה"ע ס׳ ד׳ מ"מ פגום מיהא הוי [סמ"ע] וכיון שאין החשש רק מפני טעם זה לפיכך אם היו חשובים ביותר ויש להם קול וכל הקהל מכירים אותם כמו טבי עבדו של ר"ג וכמו שפחתו של רבי או עבדי הנשיא מותר לקרותם אבא ואמא :

י כתב הרמב"ם בפ"ד מנחלות מי שהיה לו שפחה והוליד ממנה בן והיה נוהג בו מנהג בנים או שאמר בני הוא ומשוחררת היא אמ׳ אם ת"ח הוא או אדם כשר שהוא בדוק בדקדוקי מצוה ה"ז יירשנו ואעפ"כ איננו נושא בת ישראל עד שיביא ראיה שנשתחררה אמו ואח"כ ילדה שהרי הוחזקה שפחה בפנינו ואם משאר הדיוטות הוא ואין צ"ל אם היה מהמפקירין עצמן לכך ה"ז כחזקת עבד לכל דבר ואחיו מאביו מוכרים אותו ואם אין לאביו בן חוץ ממנו אשת אביו מתיבמת עכ"ל והעתיקו רבינו הב"י בסעיף ו' וכתב הרמב"ם שזה הדין נ"ל מעקרי הקבלה ויש מי שלא חלק בין כשרים לשאר העם אלא לענין שלא ימכר הו אחיו בלבד ויש מי שהורה שאפילו ליורשו לא נחלוק בישראל ואין ראוי לסמוך על דבר זה עכ"ל ביאור דבריו שיש מהגאונים שאמרו דהא דקיי"ל הבא על השפחה הולד כמותה זהו בשפחה של אחרים אבל בשפחתו אמרינן דודאי שיחררה ובנו הוא לכל דבר בין לאיסור בין לממון ויש מהגאונים שמסתפקים בזה ופסקו דאזלינן לחומרא באיסור ובממון אינו יורשו דאין מוציאין ממון מספק והיורשים אין יכולים למכרו ואם רוצה לישא בת ישראל צריך גט שחרור ואם קידש בת ישראל צריכה גט מספק ואם רוצה לישא שפחה אין מניחין לו [רי"ף פ"ב דיבמות] אבל הרמב"ם ז"ל ס"ל דאין לחלק בין שפחה לשפחה בסתמא דאפילו בשפחתו מחזקינן ליה כודאי עבד וכ"כ בפ"ט מעבדים ישראל שבא על שפחה כנענית אע"ג שהיא שפחתו הרי הולד כנעני לכל דבר ע"ש ורק לענין ירושה ס"ל דכיון דבידו לתת ממונו לכל מי שירצה לכן אם ת"ח או שלפחות הוא אדם כשר ומתנהג עמו כבן סומכין עליו לענין זה מטעם מיגו אבל בע"ה אינו נאמן אף במיגו במקום חזקה אלימתא כי האי שיש להאם חזקת שפחות [סס"מ] ורבינו הרמ"א כתב די"א דחולצת ולא מתיבמת עכ"ל דכשאין לאביו בן אחר חוץ ממנו שדעת הרמב"ם דאשתו הכשרה אף מתיבמת חשש לדעת הגאונים לחומרא דשמא שחררה והוי בן גמור ופוטר את אשת אביו מיבום וע' באהע"ז סי׳ קנ"ו ודעת הטור דלענין ממון הממע"ה ואינו יורש את אביו ונכסים בחזקת שארי היורשים עומדים ולזה הסכים רבינו הרמ"א :

יא מעשה באחר שזינה עם פנויה והוציאה מביתו ואח"כ החזירה ואמר על הולד שילדה שהוא בנו ופסק הרשב"א ז"ל דנאמן דמסתמא ידע בבירור שלא זינתה עם אחר וממנו הוא ולא חיישינן שאומר זה ע"פ אומדנא ודוקא כשהיתה משרתת בביתו ורגילה עמו תמיד אבל

בלא

בלא זה חיישינן שזינתה גם עם אחרים [סמ"ע] ואף לירושה אינו נאמן דהגם שיש לו מיגו מ"מ אמרינן דאינו רוצה לשקר כדי שנאמין לו במיגו אלא בדדמי קאמר שמדמה בדעתו שבן הוא וגם הוא עצמו טועה בזה:

סימן רפ [אמר אחד מהאחים על אחר אחינו הוא או האחר עצמו אומר שאח הוא ובו י"ז סעיפים]:

א כל היורשים יורשים בחזקתן כיצד עדים שהעידו שזה מוחזק לנו שהוא בנו של פלוני או אחיו או שארי מיני קריבות אע"פ שאינם עידי יחוס ולא ידעו אמיתת היחוסים הרי אלו יורשים בעדות זו דסוקלין ושורפין על חזקה המוחזקת וכ"ש בממון דחזקה זו היא כודאית ומוציאין ממון על פיה וע' באהע"ז סי' ג' וסי' י"ט:

ב יעקב שמת והניח שני בנים הידועים לנו ראובן ושמעון ולא הוחזק לנו שיש לו עוד בן וגם לא הוחזק שאין לו עוד בן ובא לוי ואמר ראובן עליו אחינו הוא ושמעון אומר איני יודע הרי שמעון נוטל חצי הממון וראובן נוטל שליש שהרי הודה שהם שלשה אחים ולוי נוטל שתות חצי מהשליש שראובן הודה לו ואם מת לוי יוחזר מה שנטל לראובן ולא יתן לשמעון חלק בזה דהרי לא נתן לו כלום אמנם אם נפלו ללוי נכסים אחרים יחלקו ראובן ושמעון ביניהם שהרי ראובן מודה לשמעון שלוי זה אחיהם הוא ולמה לא יטול שמעון חלק בירושתו רק מקודם יקבל ראובן מה שלוי נטל ממנו כמ"ש:

ג וכתב רבינו הרמ"א דזה שראובן צריך ליטול מקודם מה שנתן לו זהו כל זמן שהנכסים שלוי לקח מראובן הם בעין או שארי נכסים הבאים מחמתן דאז נוטל ראובן בראש מה שנתן לו אבל אי ליתנהו להני נכסים ולא הבא מחמתן אין ראובן נוטל כלום אלא חולק עם שמעון בשוה עכ"ל ואין ראובן יכול לומר ממ"נ אם תקבלו עתה חלק מעזובנו תנו לי מחצה ממה שנתתי לו מקודם דאמרינן קם דינא [הגר"א] דמקודם היית חייב ליתן ולא אנחנו ועתה עלינו ליקח חלק ע"פ הודאתך וכל דין הוא בפ"ע ואלמלי היו אלו הנכסים שנתת לו או אחרים מחמתן כגון שמכר אלו וקנה אלו שפיר היית נוטלם בחזרה אבל כיון שאינם אין לך עלינו וי"א דאפילו הוה ספק אי אתו מחמתן אם לאו נוטל מה שנתן אא"כ ידוע שלא אתו מחמתן [סמ"ע]:

ד ורבינו הרמ"א אזיל לשיטתיה בס"מ רס"ח אבל לפי מה שהבאנו שם דעות האחרונים לא קיי"ל בבירור דקם דינא אלא י"ל דהדר דינא דמצרפין שני המעשים כאחד וצריך תמיד ראובן לקבל חלקו תחלה גם המור באה"ע סי' קס"ג פסק דהוי ספיקא דדינא וגם בכאן אם ראובן תפס אין מוציאין מידו:

ה ואף בזה החלק עצמו שנטל לוי מראובן אם השביחו נכסים אלו מאליהן ואח"כ מת לוי אם הוא שבח המגיע לכתפים והיינו שהשבח נגמר כל צרכו שהגיע עד שהוא ראוי להנשא בכתף כגון ענבים שהגיעו להבצר הרי השבח הזה כנכסים שנפלו לו ממקום אחר ויחלקו בהן ואם עדיין לא הגיע להבצר הרי הם של ראובן לבדו וכ"ש אם השביחו ע"י טורח של לוי דהוה כנכסים שממקום אחר ויחלקו אפילו בלא הגיע לכתפים [נס"מ] ויש מי שאומר דדוקא בשבח שע"י טורח הוה כנכסים אחרים אבל כששבחו מאליהן שייך השבח לראובן לבדו [טור בשם רשב"ם]:

ו ואם בשעה שאמר ראובן על לוי אחינו הוא אמר שמעון בברי דאינו אחינו ונטל לוי בחלקו של ראובן ואח"כ מת לוי לא יירש ממנו שמעון כלום אפילו בנכסים שנפלו לו ממקום אחר אלא ראובן יירש הכל ונראה דכששמעון מכחיש או אומר איני יודע אם ראובן ולוי טוענים שיודע יכולים להשביעו לשמעון וזה הדין שבארנו באחים ה"ה בכל היורשים כשמקצת מהיורשים מודים על עוד אנשים שהם יורשים ומקצת מהיורשים מכחישים או אומרים אין אנו יודעים:

ז הרי שראובן יושב בנחלתו שירש מאביו ובא אחר ואומר לו אחיך אני חלוק עמי וראובן אומר לו איני מכירך נאמן אפילו כשיצא מכבר קול שיש לו עוד אח במדה"י דבדינא קאמר ליה שהרי מצינו באחי יוסף שלא הכירו את יוסף מפני שהניחוהו בלא חתימת זקן וכשירדו למצרים היה בחתימת זקן ולכן צריך זה להביא ראיה שהוא אחיו ואם טוען שראובן מכירו יכול להשביע לראובן [נ"ל] ואם אומר יש לי עדים שאני אחיו אלא שיראים להגיד עדות מפני שראובן הוא אלם ויראים ממנו אם האמת שראובן הוא אלם אומרים הב"ד לראובן שיביא אותם העדים ויעידו שאינו אחיו ולא חיישינן שיעידו שקר מפני אלמותו דבודאי מפני אלמות אפשר שלא יעידו כלל אבל כשיעידו לא יעידו שקר [ב"מ לט:] וכבר נתבאר זה בסי' כ"ח:

ח כלל גדול יש בירושה דכל שהוא ודאי יורש ויש אחר ספק יורש אין ספק מוציא מידי ודאי והודאי נוטל הכל ואם שניהם היו ספק חולקין לפיכך מי שמת והניח בן וטומטום או אנדרוגינוס הרי הבן יורש את הכל שהם ספק זכר ספק נקבה אבל הניח בנות וטומטום ואנדרוגינוס יורשות בשוה דכולם הם ספק ואע"ג דהטומטום והאנדרוגינוס יורשים ממ"נ בין שהם זכרים ובין שהן נקבות והבנות אינן יורשות אא"כ הספקות נקבות הן ולמה לא נאמר דהם ודאין והבנות הן ספק דזה לא מקרי ודאי כיון שהספק בעצמו אינו יודע כח ירושתו אם כבן אם כבת ואע"ג שמחצה יש לו בודאי מ"מ לא נקרא

נקרא מפני זה ודאי בחציו השני דמפני שיש לו זכות במקצת נכסים לא מקרי מוחזק בכל הנכסים [רא"ש פ' סמולך סי' ס'] ומ"מ דעת הטור דהטומטום נוטל ג' חלקים והבת חלק רביע מפני שמחצה יש לו בודאי ובאידך פלגא הוי ספק וחולקין [ועתוס' ריש ב"מ ד"ס וזס בסס"ד] :

ט באה"ע סי' קי"ב נתבאר תקנת חז"ל דהאב שמת זונות בנותיו מנכסיו עד שיבגרו ולכן אם נשארו מהאב נכסים מרובים הבנים יירשו והבנות יזונו עד בגרותן ואם הנכסים מועטין שאין בהם רק כדי מזונות הבנות לא יירשו הבנים כלל ולכן מה שבארנו בסעיף הקודם הוא רק בדין הירושה אבל בדין מזונות הבנות איך הדין בספיקות כך הוא מי שמת והניח בנים ובנות וטומטום או אנדרוגינוס בזמן שהנכסים מרובים שיש בהם כדי ירושה ומזונות הבנים יורשים ודוחים את הספק אצל הבנות ונזון כמותן ו רושה אינו נוטל ובזמן שהנכסים מועטים שאין בהם רק כדי מזונות הבנות דוחות את הספק אצל הבנים ואומרות לו אה"ה זכר ואין לך עמנו מזונות ואם הניח בן וטומטום והנכסים מועטים יראה לי דלדעה הקודמת והיא דעת הרמב"ם יירש הבן הכל מפני שהטומטום הוא ספק דאינו יודע אם בא מחמת ירושה או מחמת מזונות והבן הוא ודאי יורש ולהטור נוטל הטומטום ג' חלקים והבן חלק רביעי משום דהטומטום יש לו מחצה ממ"נ אם מצד ירושה אם מצד מזונות ובאידך פ'גא חוי ספק וחולקין אבל בנכסים מרובים כשהניח בן וטומטום לכ"ע יירש הבן והטומטום נזון כבת ובת וטומטום בנכסים מועטים אין להטומטום כלום [נ"ל] :

י לפי מה שנתבאר הטומטום והאנדרוגינוס שוין הן כיון דשניהם ספק זכר ספק נקבה אבל לפי דעת הטור דאנדרוגינוס גרוע מטומטום דהטומטום הוא ספק זכר ספק נקבה אבל האנדרוגינוס הוא בריה בפ"ע ולכן ס"ל להטור דבהניח בן ואנדרוגינוס יירש הבן הכל בין בנכסים מרובים בין בנכסים מועטים משום דלא הוי בכלל תקנת מזונות ואם הניח בת ואנדרוגינוס בנכסים מועטים ודאי דאין לו כלום כטומטום אלא אפילו בנכסים מרובים אין חולקין אלא בשוה ואע"ג דבטומטום בכה"ג נוטל ג' חלקים לדעת הטור כמ"ש מ"מ באנדרוגינוס דבריה בפ"ע הוא חולק עמה ואם לא נשאר ממנו רק טומטום ואנדרוגינוס בנכסים מרובים לכ"ע חולקין דבירושה יד שניהם שוה ובנכסים מועטים לדעת הרמב"ם ג"כ שוים הם אבל לדעת הטור נ"ל דהטומטום נוטל ג' חלקים משום דפלגא ודאי אית ליה ואידך פלגא הוי ספק דאם הטומטום הוא זכר נוטל האנדרוגינוס חצי חלק ירושתו אבל אם היא נקבה נוטלת הכל למזונות ולכן חולקין באידך פלגא והספק של הטומטום אינו אלא כשעדיין לא נקרע אבל כשנקרע הרי יתברר אם הוא זכר או נקבה [נ"ל] :

יא לפי מ"ש דכל ודאי וספק אין ספק מוציא ודאי לכן ראובן שיצא בנו למדה"י ומת ראובן ואינו ידוע אם בנו חי או מת אין אחי ראובן יורדין לנחלה בנכסי ראובן דמוקמינן את בנו בחזקת חיים וכיון שהוא ודאי יורש מפני חזקת חיים שיש לו אין האחים שהם ספיקי יורשים נכנסים להירושה אבל אם ראובן ואשתו יצאו למדה"י ומתו ולא הניחו זרע בכאן רק שיש ספק שמא ילדו שמה יורדין אחי ראובן להירושה מפני שהם בחזקת ודאי יורשים והולד הוא ספק אם ישנו בעולם אם לאו אין ספק מוציא מידי ודאי וזהו כשנתברר שאשת ראובן מתה תחלה וירשה ראובן דאם מתה אחר בעלה אין ליורשי ראובן לירש אותה ויורשיה יורשים כתובתה [סמ"ע] :

יב אשה שהיו לה נכסים והיה לה בן ונהרגו שניהם פתאום כגון שנפל הבית עליו ועל אמו ואינו ידוע מי מת תחלה ויורשי הבן כגון אחיו מאביו אומרים האם מת תחלה וירשה הבן ואנחנו יורשים אותו ויורשי האשה כמו אחיה אומרים הבן מת ראשון ואינו יורש בקבר את אמו להנחיל לאחין מן האב כמ"ש בסי' רע"ו ואנחנו יורשים אחותינו מעמידים הנכסים בחזקתה כיון שעד עתה עמדו בחזקתה ויורשיה יורשים אותה והבן הוא ספק אם מת אחריה וירשה אם לאו ולכן יורשיו הבאים מכחו אין יורשים הנכסים דיורשיה נחשבים כודאי ויורשיו כספק ואפילו כתובה ותוספת שגבתה מבעלה גם הן בחזקתה כיון שעד מותה היו בחזקתה וכן הדין בנפל הבית עליו ועל בתו יחידתו הנשואה שבעלה אומר האב מת תחלה וירשתו בתו וארש את אשתי וקרובי האב אומרים הבת מתה תחלה מוקמינן הנכסים בחזקת יורשי האב מפני שעד הנה היו מוחזקים ביד האב ונחשב הבעל לגבי יורשי האב כספק לגבי ודאי :

יג נפל הבית עליו ועל בן בתו שהיה ראוי ליורשו כגון שלא היה לו רק בת יחידה ומתה והניחה בן ויש ספק אם הזקן מת תחלה וירשו בן בתו ואח"כ מת ויירשו אותו קרוביו שמצד האב ואם הוא מת תחלה ואח"כ הזקן יורשים קרובי הזקן ממשפחתו פסק הרמב"ם ז"ל שיחלוקו יורשי האב עם יורשי בן הבת מצד אביו ואע"ג דגם כאן הרי הנכסים בחזקת הזקן כמו שהמה בחזקת האם בסעיף הקודם אבל כיון דבכאן אף אם הם בחזקת האב וקרוביו יורשים אותו יורשים ג"כ ע"י משמוש נחלה של הבת כדכתיב ואם אין לו בת ונתתם את נחלתו לאחיו והוה כאלו הבת מנחלת אותם בקבר ודוקא הבן אינו יורש בקבר נכסי אמו להנחילם למשפחתו אבל כל שארי קרובים ממשפחת המת הרחוקים שיורשים הוה כאלו היורשים הקרובים שבקבר מנחילים אותם ולכן סוף סוף אנחנו מגיעים להבת בקבר שתנחיל או לורעה או לקרובי אביה שוין הן ויחלוקו אבל בבן ואמו כשאנו אומרים הבן מת תחלה בע"כ אין הנחלה הולכת לקרוביה ע"י הבן דאם היה הולך ע"י הבן היה מגיע לקרוביו שמצד

שמצד אביו אלא הולכת מהאם עצמה לקרוביה והנכסים בחזקתה ומ"מ יש חולקים על הרמב"ם וס"ל דהנכסים בחזקת יורשי הזקן כמו בבן ואמו [ולהרמב"ם קשה מגמ' הנ"ל שפוסק כן דדמי לזה ואולי ירושת הבעל שאני הו דלא ס"ל דין זה]:

יד וכן הדין באב ובן בתו היורשו כשנשבה האב ומת בשביה ובן בתו מת כאן או שבן בתו נשבה ומת בשביה והוא מת כאן ואין ידוע מי מת קודם דלהרמב"ם יחלוקו ולהחולקים עליו יורשים קרובי הזקן את הנכסים:

טו לוה שאין לו ממה לפרוע לבעלי חובותיו ונפל הבית על הלוה ועל אחד ממורישיו ואינו ידוע אם המוריש מת קודם וירשו הלוה ויגבו הבע"ח מזה או שהלוה מת קודם והמוריש אחריו וירשו קרובי המוריש הנכסים בחזקת היורשים ואין להבע"ח כלום וכן אם היה עליו כתובת אשתו אינה גובה כתובתה מזה וכבר בארנוהו בס"ס ק"ד ע"ש:

טז מעשה בראובן ואשתו וארבע בנותיהן שהיו בבית ונפל הבית על כולם ומתו וטענו יורשי האשה כיון שיש ספק שמא מתה האשה באחרונה ויורשים כתובתה יחלוקו בהכתובה כדין ספק וספק ויורשי ראובן טוענים כיון דאם רק אחד מהחמשה נפשות מת אחר האשה אין ליורשי האשה כלום דבנותיה יורשין אותה והם יורשים מהבנות וא"כ נלך אחר הרוב דמסתמא נשאר אחד מהחמשה אחרי מות האשה ופסקו דחולקין ואין הולכין אחר הרוב דכיון דכולם היו קבועים בהבית כל קבוע כמחצה על מחצה דמי ואפי' בממון יש דין קבוע כמ"ש בסימן רצ"ב גבי פקדון ואפילו לא היו קבועות בעת מיתתן אלא מתו ביציאתן לחוץ אמרינן כל דפריש מרובא פריש ונהרגו תחלה ארבע נפשות מראובן ובנותיו ונשארו אחד מהחמשה והאשה שהם מחצה למחצה והוה ספק וספק ויחלוקו ואם הבנות נשואות והיה להן ממון שלא מחמת אביהן ובאו בעלי הבנות ומבקשים חלקם שיורשים נשותיהם חולקין ממון הספק על ששה חלקים ארבעה חלקים לבעלי הבנות וחלק אחד ליורשי האשה וחלק אחד ליורשי ראובן [ומתורץ קושית הגה"מ] ואע"פ שלא נשבעה אשת ראובן על כתובתה מ"מ הכתובה בחזקתה דטעמא דשבועה הוא משום צררי ובמיתה פתאומית לא חיישינן לזה [סמ"ע]:

יז יש עוד ספיקות כמו ספק וספק בנכסי יבם וביוצא בזה ונתבארו באהע"ז סימן קס"ג:

סימן רפא [המעביר נכסיו מבניו ליתנם לאחר אינו מועיל לשון ירושה ובו כ"ג סעיפים]:

א אע"פ שיש רשות לאדם לעשות בנכסיו כרצונו וליתנם למי שירצה זהו כשנותנם בלשון מתנה בקנין וכשהוא שכ"מ אף בלא קנין אבל בלשון ירושה שיאמר פלוני יירשני לא אמר כלום דלשון ירושה אינה לשון מתנה אלא הוא חק התורה למי שראוי ליורשו אבל למי שאינו ראוי ליורשו אין זה רק פטומי מילי בעלמא בר"א כשאמר על מי שאינו ראוי ליורשו כלל כגון שהיה לו בנים ואמר בתי תירשני או שהיו יורשיו בנותיו ואמר אחי יירשני אבל אם ריבה לאחד מיורשיו כגון שהיו לו שני בנים ואמר פלוני בני יירש הכל או יירש ג' חלקים דבריו קיימים שנאמר והיה ביום הנחילו את בניו משמע להדיא שהוא מנחיל אותם בדבורו ואם אין ביכלתו להוסיף לאחד ולגרוע לאחד הלא הוא אינו המנחיל והתורה מנחלת אותם אלא ודאי נתנה לו התורה רשות להוסיף ולגרוע וכך אמרה תורה דמי ששייכים בירושה זו יש רשות ביד המנחיל להוסיף לאחד מן היורשים ולגרוע לאחד או ליתן לאחד הכל ואת השני יעביר מנחלתו אמנם גם זהו דוקא כשאומר הדבר מפורש כגון שאומר פלוני יירש חצי נכסי ושארי הבנים החצי דבריו קיימים אבל אם אמר פלוני בני לא יירש אלא כך וכך או שאמר ראובן בני יירש חלקו וחלקו של שמעון או שאמר לא יירש שמעון אלא ראובן לא אמר כלום כמו שיתבאר הטעם ודע דלפמ"ש בסי' ה' סעי' י' לדעת הרמב"ם צריך ב"ד וביום דוקא כשמרבה לאחד מן היורשים וממעט לאחד ע"ש:

ב והטעם הוא משום דלשון ירושה באב המנחיל את בניו כמו לשון מתנה באחר דצריך ליתן המתנה למי שרוצה ליתן אבל אם יאמר איני נותן המתנה לראובן אלא לשמעון אין המתנה מתקיימת בזה לשמעון כל זמן שלא יאמר אני נותן מתנה זו לשמעון וכן אם ידוע שרצונו ליתן לראובן ולשמעון מאה מנה מתנה אם יאמר לראובן איני נותן רק עשרים מנה לא יקנה שמעון בדבור זה השמונים הנותרים כל זמן שלא יאמר יקנה שמעון שמונים מנים וכן כשיאמר יקנה ראובן חמשים מנה שאני נותן לו וגם חמשים של שמעון אין ראובן קונה החמשים השניים כיון שהוא בעצמו אומר שהם של שמעון ונהי דשמעון לא יקנה בדבור זה מ"מ גם ראובן אינו קונה [כנ"ל בטעם הדבר וי"ל שזהו כוונת הטור שכתב דלאו כל כמיניה וכו' ודוק]:

ג ואע"ג דלא דמי כלל למתנה דכיון דהתורה נתנה לו רשות להנחיל למי שירצה א"כ כשאומר פלוני בני לא יירש אלא כך וכך ממילא נשארת מותר הירושה להאחר אמנם אמת הוא דיש לו רשות להנחיל הרבה למי שירצה וממילא נפקעת מהיורש האחר אבל לא נתנה

נתנה לו רשות להפקיע מהיורש האחר חלקו ושע"פ זה יקנה האחר דאינו יכול לומר פלוני בני לא יירשני דבע"כ יורשו והוא מתנה על מה שכתוב בתורה ותנאו בטל ואע"ג דבדבר שבממון תנאו קיים כמ"ש באה"ע סימן ל"ח זהו כשהצד השני מוחל לו אבל הבן ודאי אינו מתרצה בכך [ב"ב קכו:] ואף ששותק אין זה מחילה אלא אין רצונו לצער את אביו [רשב"ם] ואפי' ימחול אין מחילתו כלום בחיי האב דדבר שלא בא לידו אין ביכלתו למכור ולמחול [נמק"י] :

ד ולכן אינו מועיל לשונות שבארנו כיון שלא אמר מפורש שפלוני בנו יירשנו כך וכך אלא שנשמע מכללו של הבן השני שסלקו מירושת חלקו ואין ביכלתו לסלקו דמתנה על מה שכתוב בתורה ומה שהתורה נתנה לו רשות להוסיף להאחר או ליתן לו הכל לא אמר זה מפורש לפיכך אם אמר ראובן בני יירשני כך וכך או יירש כל נכסי ושמעון לא יירש או שאמר לא יירשני שמעון וראובן יירש הכל דבריו קיימים דנהי דמה שאמר על שמעון לא יירש אין זה כלום מ"מ במה שאמר ראובן יירש דבריו קיימים וממילא מסתלק שמעון והוא לא תלה ירושת ראובן בסילוק ירושת שמעון ומה שאמר על שמעון כמו שלא אמר דמי ואם אמר על פשוט שיטול פי שנים אם נוטל בראוי אם לאו י"א שאינו נוטל בראוי החלק השני כיון שהוציאו בלשון בכורה ויש חולקין בזה [שם] ואם יש גם בכור נוטל תחלה הבכור פי שנים ואח"כ בהנותר נוטל זה הפשוט פי שנים ג"כ והמותר חולקין שארי היורשים [שם] :

ה וכל זה בהבנים הפשוטים אבל בחלקו של הבכור גזרה התורה בהאי קרא דביום הנחילו את בניו שלא יוכל לבכר כלומר שאינו יכול לפחות מחלקו כלום להוריש לשום אדם ואפי' לאחד מן האחין [טור ונמק"י ולשון סמ"ע בסעיף ד' ל"ע] ולכן מחויב להניח להבכור חלקו פי שנים אא"כ יתן כל נכסיו במתנה כמו שיתבאר וגם בהפשוטים הסכימו רוב רבותינו דאין זה אלא בשכ"מ אבל אם היה בריא אינו יכול לא להוסיף ולא לגרוע לשום אחד מהיורשים בלשון ירושה אא"כ יתן במתנה בקנין למי שירצה דקרא דביום הנחילו מיירי בשכ"מ דזהו הזמן שהאדם מנחיל נכסיו ואף שיש חולקים בזה מ"מ כן עיקר לדינא דכן פסקו הרמב"ם והש"ע :

ו וזה לשון הרמב"ם בפ"ו מנחלות אין אדם יכול להוריש למי שאינו ראוי ליורשו ולא לעקור הירושה מן היורש אע"פ שזה ממון הוא לפי שנאמר בפרשת נחלות והיתה לבני ישראל לחקת משפט לומר שחוקה זה לא נשתנה ואין התנאי מועיל בה [בלשון ירושה] בין שצוה והיה בריא בין שהיה שכ"מ בין על פה בין בכתב אינו מועיל לפיכך האומר איש פלוני בני בכורי לא יטול פי שנים איש פלוני בני לא יירש עם אחיו לא אמר כלום איש פלוני יירשנו במקום שיש לו בת בתי תירשנו במקום שיש לו בן לא אמר כלום וכן כל כיוצא בזה אבל היה לו יורשין רבים כגון בנים רבים או אחים או בנות ואמר כשהוא שכ"מ פלוני אחי יירשני מכלל אחי או בתי פלונית תירשני מכלל בנותי דבריו קיימים בין שאמר ע"פ בין שכתב בכתב אבל אם אמר פלוני בני יירשני לבדו אם אמר ע"פ דבריו קיימים אבל אם כתב כל נכסיו לבנו לא עשאו אלא אפוטרופוס עכ"ל ולפמ"ש בסי' רמ"ו לדעת החולקים עליו אין חילוק בין שהיורשים בנים או בנות או אחים דבכולהו אם כתב לאחד מהם כל הנכסים בלשון מתנה לא עשאו אלא אפוטרופוס ואם כתב בלשון ירושה אפי' בבנו הוי שלו לגמרי והרמב"ם ז"ל הולך לשיטתו כמ"ש שם :

ז וכתב עוד אמר פלוני בני יירש חצי נכסי ושאר בני החצי דבריו קיימין אבל אם אמר הבכור יירש כפשוט או שאמר לא יירש פי שנים עם אחיו לא אמר כלום שנאמר לא יוכל לבכר עכ"ל וצ"ל דכוונתו כשאפי' אמר פלוני בני יירש כל נכסי או חצי נכסי כל שנגרע חלק הבכור אין בדבריו כלום דאל"כ אין חילוק בין בכור לפשוט ולא מהני ריבה לאחד ומיעט לאחר או ליתן לאחד כל נכסיו אלא כשאין אצלו בכור אבל כשיש לו בכור בטלו דבריו [סמ"ע] ולא עוד אלא שגם אצל הפשוטים בטלו דבריו מתוך שבטלה אצל הבכור אלא שיש חולקין בזה כמ"ש רבינו הב"י שכ"מ שיש לו בכור ופשוטים וריבה לאחד מהפשוטים בלשון ירושה כגון שאמר פלוני בני יירש כך וכך לא אמר כלום וי"א שחלוקת הפשוטים קיימת ומקבצים מכולם לפי חשבון ומשלימין לבכור עכ"ל לפי שבזה הבכור עם האחים כדין בע"ח שנוטל מהם כפי החשבון שנותן להם אביהם [טור] :

ח כתב רבינו הרמ"א דאפי' במקום שנהגו שאין הבכור נוטל פי שנים אין לילך אחר המנהג הואיל והוא נגד דין תורה עכ"ל אבל מחילה מועיל ואע"פ שנתבאר בסי' רס"א דלשון מחילה לא מהני רק במעות כשהם ביד הנמחל מ"מ כבר נתבאר בסי' רע"ח סעיף י"ו דבחלק בכורה מהני לשון מחילה :

ט כתב אחד מרבותינו דזה שאין יכול האב ליטול מהבכור חלקו לבניו האחרים זהו כשהבכור בחיים כדכתיב לא יוכל לבכר וגו' על פני בן השנואה וגו' ולשון על פני משמע כשהוא בחיים אבל כשמת הבכור בחייו ובני הבכור נוטלים חלקו יכול הזקן לומר פלוני בני יירש כך וכך ונכדי בניו של הבכור יירשו כך וכך אמנם לא מצאנו לכל הראשונים שיזכירו זה גם הטור והש"ע לא הזכירו זה כלל ע"כ היא דעה יחידאה [אמנם מה שהקשו ממדרש במדבר בעל פני אהרן אביהם דס"ל לרשב"א דהוא במותו ל"ק כלל דהפי' הוא כשלא נקבר עדיין כמו בשרה וכדמסיים מת אהרן שימש אלעזר ור"ל מיד קודם קבורה כמ"ש בספרי שלבש בגדי

בגדי כה"ג ואיתמר אולי נתמנה לסגן דדינו ככה"ג כדאיתא בהוריות] :

י כשהנחיל לפשוט יותר מחלקו אינו מועיל רק לנכסים שיש לו עתה אבל לא להנכסים שיבואו לו עד מותו דאינו יכול להנחיל רק מה שמוחזק בידו ולא דשלב"ל [גס"מ] וקרא משמע כן והיה ביום הנחילו את בניו את אשר יהיה לו ולא מה שאין לו עתה וכן אינו יכול להנחיל לעובר שעדיין לא בא לעולם ויש מי שרוצה לומר דגם הלואה אינו יכול להנחיל כיון דליתא בקנין בבריא ואע"ג דאיתא במתנת שכ"מ מ"מ להנחיל לאחד מהיורשין יותר מחלקו אין ביכלתו [סס] ויש חולקים דמה ענין זל"ז דהא שלו הוא והתורה נתנה לו רשות להנחיל נכסיו לאיזו מהיורשין שירצה והרי הלואה בכלל נכסיו [ח"ס] וכן נראה עיקר דבודאי בזה אין חילוק בין מוחזק לראוי דהא לא כתיב את אשר ימצא לו כבבכורה :

יא זה שריבה לאחד מהיורשים יכול לחזור בו כמו במתנת שכ"מ [נמק"י] ואפילו אם תפס היורש נ"ל דלא מהני דהא חלות הירושה אינה אלא לאחר מיתה ומה מועיל תפיסתו :

יב י"א שאינו מועיל ריבה לאחד ומיעט לאחד אלא כשמחלק כל נכסיו אבל כשמחלק רק מקצת נכסיו אינו מועיל דאל"כ מצינו הקנאה במקצת נכסים בדבור בעלמא בלא שום קנין ולא משמע כן בש"ס [סס בשם ריקב"א] ואע"ג דבודאי מצינו במצוה מחמת מיתה וירושה הרי הוא כמצוה מחמת מיתה מ"מ מדלא מצינו בש"ס מפורש כן אפשר דרק במחלק כל נכסיו דינא הכי וקרא משמע כן מדכתיב את אשר יהיה לו דמשמע שמנחיל כל אשר יש לו :

יג ודע דכל מה שנתבאר אינו אלא כשאמר לשון ירושה אבל בלשון מתנה בכל ענין דבריו קיימים כמ"ש בסעיף א' ואפילו בחלק בבכורה דהרי ברשות האדם ליתן ממונו לכל מי שירצה אפילו בת בין הבנים ואפי' לאיש זר ולא עוד אלא אפילו אמר גם לשון ירושה כיון שאמר גם לשון מתנה מהני בין שכתב לשון המתנה תחלה בין שכתבה לבסוף כגון תנתן שדה פלונית לפלוני וירשה או יירש פלוני שדה פלונית ותנתן לו ואפי' כתב לשון ירושה תחלה וסוף אם רק כתב באמצע לשון מתנה מהני כגון שכתב יירש פלוני שדה פלונית ותנתן לו וירשה ואפילו נתן לאחר שתי שדות וכתב על אחת לשון ירושה ועל השנית לשון מתנה כגון שכתב תנתן שדה פלונית לפלוני ויירש שדה פלונית או יירש פלוני שדה פלונית ותנתן לו שדה פלונית או שנתן לשנים שדה אחת וכתב תנתן לפלוני חציה של שדה פלונית ויירש פלוני חצי השנית מהני ואפילו שהה בין זל"ז יותר מכדי דבור אבל שתי שדות ושני בני אדם לא מהני רק אם אמר תוך כ"ד מאחר להשני דאז מהני לשון מתנה דהאי ללשון ירושה דהאי ואם שהה כדי דבור צריך שיהא לשון המתנה מעורב בשניהם שיאמר פלוני ופלוני יירשו שדה פלונית ושדה פלונית שנתתי להם במתנה וירשום וה"ה בג' אנשים או יותר והטעם דכל שיש לשון מתנה אין חוששין ללשון ירושה דנראה להדיא דכוונתו על מתנה לבד בשני בני אדם ושתי שדות אם אינם בדבור אחד א"א ללמוד מזע"ז וי"א דאף בתוך כ"ד כשאמר יירש פלוני שדה פלונית תנתן שדה פלונית לפלוני לא מהני לירושה שלפניו אא"כ אמר ותנתן בוי"ו החבור ואף באדם אחד ובשדה אחת לא מהני בלא וי"ו החבור [נמק"י] דהוה כענין בפ"ע וכן אם אמר המתנה קודם צ"ל על הירושה בוי"ו דחד טעמא הוא ובכל זה אין חילוק בין אמירה לכתיבה [כ"ל] :

יד לשון יחזיק בנכסים כשאמר הוי לשון מתנה ואפילו אמר גם לשון ירושה מועיל לשון יחזיק לבטל לשון הירושה כמו לשון מתנה שנתבאר [סמ"ע] וכן לשון יחליקו הוי לשון מתנה אבל אני מניח הוי לשון ירושה [ס"ך] ומ"ש בסי' רנ"ג דהוא לשון מתנה לאו דוקא אלא כלומר דקונה בזה כדכתיב והניחו יתרם לעולליהם וכשחלק כל נכסיו לאחרים בלשון מתנה אע"פ שלא שייר כלום ליורשים ואין רוח חכמים נוחה הימנו מ"מ דבריו קיימים ומה שעשה עשוי ודוקא כשמת מאותו חולי כדין מתנת שכ"מ שבסי' ר"ן וכשנתן כל נכסיו ובמתנה במקצת בקנין אינו יכול לחזור בו כמ"ש שם :

טו מעשה באחד שהיו לו בני אחיות ובן אח והוא היה היורש שלו ונתן מתנה לבן האח וכתב שבאותה מתנה סילק כל חלק וזכות ירושתו ומת פסק הרשב"א דמ"מ יורש אותו כיון שלא אמר בפירוש שנותן שארי נכסיו לבני אחיותיו הוה כמתנה על מה שכתוב בתורה ותנאו בטל ומעשה באחד שנתן מתנה לאשתו והיא ביכלתה ליתן למי שתרצה והיא כתבה בשטר שנתנה למי שראוי ליורשו והיה לה בת מזה הבעל ולהבעל היה בן מאשה אחרת פסק הרשב"א דזכה בו הבן אע"ג שלפי האומדנא היתה כוונתה על הבת כיון שהבן אינו שלה מ"מ ראוי ליורשו לא מקרי רק הבן ואין האומדנא חזקה כל כך כאומדנות שבסי' רמ"ו ודברים שבלב אינם דברים ולא עוד אלא שהבן גובה מיד דגם בחיי אביו מקרי ראוי ליורשו והיא הרי נתנה להראוי ליורשו במתנה מיד והקנין הוא השטר [כ"מ בד"מ אות ג'] :

טז מעשה בד' אחיות פנויות שהיה להן אח שאינו נוהג כשורה ורצו להבריח נחלתן ממנו שלא יירש אותן ומה עשו כתבו שטר שכל אחת נותנת כל ממונה לשלשה אחיותיה ודימו שבזה לא יירש אותן ופסק הרא"ש שלא עשו כלום דאין כאן מתנה כלל כי חוזר כל הממון להיות של ארבעתן כבתחלה ואם היו המתנות שעה אחת קודם מיתתן כגון שכל אחת כתבה אני נותן לאחיותי מהיום ושעה אחת קודם מיתתי אין האח יורש כי אם אחר מיתת האחרונה כי כל אחת לא נתנה רק

קודם

קודם מותה ואז נשאר למי שבחיים חלקה וחלק אחיותיה דכן היתה כוונתן מסתמא נמצא דכשמתה הראשונה נשאר ביד השלשה וכשמתה השניה נשאר ביד השתים וכשמתה השלישית נשאר ביד הרביעית וכשמתה גם היא יורש האח או יורשיו וזהו כשנתנו כולן בשעה אחת זו לזו אבל אם כתוב בשטר שנתנו זו אחר זו שהראשונה נתנה לג' אחיותיה ואח"כ נתנה השנית ואח"כ השלישית ואח"כ הרביעית יש בזה חשבון אחר וכל הקודמת חוזרה וזכתה ע"י שחזרו ונתנו להן:

יז כיצד כגון שכל ממון שלהן היה ק"ח זוז מגיע לכל אחת כ"ז זוז ונתנה הראשונה כ"ז שלה להג' מגיע לכל אחת מהג' ל"ו זוז ולהראשונה אין כלום חזרה השניה ונתנה ל"ו שלה להשלשה מגיע להראשונה י"ב זוז והשלישית והרביעית יש לכל אחת מ"ח זוז ולהשניה אין כלום חזרה השלישית ונתנה מ"ח שלה להשלשה יש להראשונה כ"ח זוז ולהשניה ט"ז ולהרביעית ס"ד ולהשלישית אין כלום חזרה הרביעית ונתנה ס"ד שלה להשלשה נמצא יש להראשונה מ"ט זוז ושליש ולהשניה ל"ז ושליש ולהשלישית כ"א ושליש ולהרביעית אין כלום וכשמתו ג' האחיות אף שהרביעית לא מתה נוטל האח הכל כי הרביעית אין לה כלום וכשמתה אחת מהשלשה יטול האח כפי החשבון שנתפרש מהראשונה יורש מ"ט ושליש ומהשניה ל"ז ושליש ומהשלישית כ"א ושליש:

יח ולמה לא אזלינן בתר אומדנא אחרי שידענו שכל רצונם היה להבריח מהאח משום דבכל מקום דאזלינן בתר אומדנא אנו מבטלין זה המעשה ונשאר הענין כבתחלה כמו בסי' רמ"ו ששמע שמת בנו וכתב נכסיו לאחרים ואח"כ בא בנו דבטלה מתנתו ונשארו הנכסים כמקדם ביד האב אבל בכאן הרי לא עשו דבר ש ש בו הברחה דהא גם לפי מה שעשו ג"כ יורש האח אותן א"כ איזו אומדנא שייך בזה ואם גם נבטל המתנות שלהן ג"כ הלא יורש אותן ולא נשאר לנו רק דברים שבלב ואינם דברים למיעקר נחלה דאורייתא:

יט הכותב לבתו שתקח לאחר מותו כחצי חלק זכר כמ"ש באה"ע סי' צ' דינו כירושה בעלמא ובעלי חוב וכתובה קודמין למתנה זו ואף עישור נכסים להבת המבואר שם סי' קי"ג קודם למתנה זו דאע"ג דהיא מתנה ואין בע"ח גובה ממתנת מטלטלין שנתן מ"מ כיון דהמתנה היא לאחר מותו ושויה כירושה שקרא לזה שטר חצי זכר דינה ממש כירושה וכשם שהיורשים משלמים חובות אביהם והכתובה והעישור נכסי כמו כן חל גם עליה לשלם וגם לענין זה דינו כירושה שיכול הנותן למכור כל ימי חייו כל נכסיו אע"פ שכתב לה מהיום ולאחר מיתה דבשארי מתנות בכה"ג אין לו למכור גוף הקרקע אלא הפירות כמ"ש בסי' רנ"ז מ"מ כיון דעשאוה כירושה דינו כירושה ומה שכתב מהיום ולאחר מיתה משום דלאחר מיתה אין ביכלתו ליתן לה אבל אין הכוונה שתקח הגוף מהיום כיון שלא כתב לה סכום שתקח כך וכך אלא שתקח כחצי זכר [מרדכי] ומ"ש באה"ע שם דאם כתבו לה קרקע מחיים ופירות לאחר מיתה יורש הבעל אותה אלמא דהוה ככל המתנות זהו מפני שכתב לה קרקע פלונית ומפורש כתב הגוף מחיים והפירות לאחר מיתה ואף כשכתב סתם מהיום ולאחר מיתה פירושו כן הוא כיון שנתן קרקע מפורשת ומ"מ לענין זה דינה כמתנה ולא כירושה דאינה נוטלת אלא בנכסים שהיו לו בשעת נתינת השטר ח"ז לפי ערך הירושה שהיה מגיע אז לאחר מהזכרים נוטלת מחצה אבל לא מה שיהיה לו אח"כ דאין אדם מקנה דשלב"ל דהא באמת מתנה היא דאין בכחו להורישה כשיש לו בנים כמ"ש וכ"ש בעת שהוא בריא ורק שויוה למתנה זו כירושה שיש למתנה זו כל חומר שבירושה ועוד פרטים נתבארו שם:

כ וכתב רבינו הרמ"א מיהו נ"ל דמה שנוהגין עכשיו לכתוב שטר חוב לבתו ולהתנות שאם יתן לבתו חלק חצי זכר יפטור מן החוב צריך ליתן לה בכל אשר לו דעיקר הוא החוב ולכן צריך לקיים תנאו או ישלמו החוב וכן המנהג עכ"ל ומ"מ בזה דינו כירושה שבע"ח וכתובה גובין תחלה מנכסיו ואע"ג שגם היא בעלת חוב מ"מ כיון דנפטר מהחוב בהחלק חצי זכר עיקרו לענין קדימת בע"ח וכתובה כירושה [סמ"ע] ואף להחובות שאחר זמן זה יש דין קדימה דאנן סהדי דעיקר כוונתו הוא להורישה כחצי חלק זכר ולא עשה השט"ח אלא לענין נכסים הבאים לאחר מכאן שהרי היורשים יהיה ביכלתם לומר שבשעה שנתן לה השטר חצי זכר לא היה לו רק מעט נכסים ולכן נתן לה שט"ח אבל עיקרא דמילתא אינה אלא כירושה [ומתורץ קושית סע"ז] ומ"מ נ"ל דלענין גביית בע"ח נחשבו נכסי היורשין כבני חורין נגד השט"ח שלה וכל זמן שיש לגבות מהיורשים אין גובין ממנה ויותר מזה פסק אחד מהגדולים במעשה שהיה שהבת גבתה השטר ח"ז ולאחר כמה שנים בא בע"ח של האב לגבות ולא מצא מנכסי היורשים כי הפסידו את הנכסים ופסק דאין לו לגבות ממה שגבתה כיון דהניחה לו ממה לגבות ואיהו דאפסיד אנפשיה [מסרמ"ל]:

כא מי שנתן לבתו שטר ח"ז כמנהג ובמותו לא הניח זכרים רק נקבות פסק אחד מהגדולים דאין לה ליטול מקודם החוב שלה אלא חולקות כולן שוה בשוה דאנן סהדי דמה שהתחייב עצמו אינו אלא מפני שהיה סבור שיהיה לו בנים ולא תירש אותו מדין תורה לכך נתן לה אבל אם היה יודע שבנים לא יהיו לו ובנותיו יירשו אותו בודאי שלא היה נותן לה ובאומדנא רבה כי האי אזלינן בתרה ואף שיש מהגדולים שפקפקו בזה מ"מ כן נראה עיקר לדינא מיהו אם השט"ח יותר מכפי המגיע ירושה לחלקה אפשר דנוטלת כל החוב עכ"פ וע' בסעיף הבא [והל"ל פסק כן בפשיטות ולענ"ד ל"נ]:

בסי'

כב בסי' רמ"ז נתבאר דהנותן מתנה לבתו לאחר מותו ומתה הבת בחייו אין ליורשיה כלום דלה ולא ליורשיה קאמר מיהו כשכתב שט"ח ובתנאי כמ"ש ודאי דחייב ליתן ליורשיה דממ"נ כיון שלא נתקיים התנאי נשאר השט"ח בתקפו ונהגו לכתוב בהשטר ח"ז לה וליורשיה יוצאי חלציה דאז בניה יורשין אותה ואם כתב לה וליוצאי חלציה בניה ובנותיה נוטלין בשוה כיון שלא כתב יורשיה יוצאי חלציה ודוקא כשמתה היא קודם אבל אם מת האב קודם ואח"כ מתה היא יורשין אותה רק הבנים דכיון דכבר זכתה בזה אין להבנות חלק בו [קצה"ח] וגם אפילו כשמתה היא קודם אין זה רק בזרע שהיו בעולם בעת המתנה אבל לזרעה שנולד אח"כ אין אדם מקנה לדבר שלב"ל וממילא דרק בניה יורשים זה בתורת ירושה [שם] ויש חולקים בזה דהא שח"ז שלנו הוא שמתחייב עצמו לבתו בסך כך וכך ומתנה באם שיתנו יורשיו ליוצאי חלציה כך וכך נפטר מהחוב ותנאי הא יכול להתנות בדבר שלב"ל [נה"מ] וכן עיקר לדינא אמנם אם חלק הירושה מחצי זכר הוא יותר מהחוב שהתחייב לה ורוצין היורשים לסלק החוב ולא הירושה ודאי דרק בניה יורשין אותה [שם]:

כג כתב רבינו הרמ"א התנה שלא יהא חלק לבתו בספרים והלוה על ספרים אין בע"ח קונה משכון ולכן יש לבת חלק בהן אבל אם הוחלטו הספרים בידו אין לבת חלק בהן עכ"ל ודוקא במשכנו בשעת הלואתו אבל במשכנו שלא בשעת הלואתו דמן התורה קונה המשכון אף בלא הוחלט אין להבת חלק בזה [ס"ך] ויש חולקין בזה ומזה למדנו דכשהתנה בשטח"ז לבד מאיזה דבר שאין לה חלק בזה והוא לוה על דבר זה דאינה נוטלת חלק דעכ"ז כשלו הוא ואפשר דאף אם הוחלט הדבר ביד המלוה אין לה חלק בהמעות שלקח תמורתן דכיון שלא רצה ליתן לה חלק בדבר הזה אפשר שכל הבא מחמת זה הרי הוא כדבר הזה [ומספרים אין ראיה דבזה היתה כונתו שכל ספרים שיקח לא יהיה לה חלק ודוק]:

סימן רפב [שלא להעביר נחלה ובו ד' סעיפים]:

א אע"פ שיכול אדם ליתן נכסיו במתנה למי שירצה כמ"ש בסי' הקודם מ"מ אין לעשות כן וכך שנו חכמים [ב"ב קלג:] הכותב נכסיו לאחרים והניח את בניו מה שעשה עשוי אלא שאין רוח חכמים נוחה הימנו ועוד אמר אחד מן החכמים לתלמידו לא תיהוי בעבורי אחסנתא אפילו מברא בישא לברא טבא וכ"ש מברא לברתא ופירושו שלא יהיה לו יד בזה באיש שירצה לעשות כן ומי שעושה כן עליו נאמר ותהי עונותם על עצמותם [ירושלמי] ואפילו הבן הולך בדרך לא ישרה אין להאב ליטול חלקו ממנו ואולי יצא ממנו זרע טוב ואמרו חז"ל אל ישנה אדם בן בין הבנים וכתונת פסים יוכיח שקנאו בו אחיו:

ב וז"ל הרמב"ם והש"ע כל הנותן נכסיו לאחרים והניח היורשים אע"פ שאין היורשים נוהגים בו כשורה אין רוח חכמים נוחה הימנו וזכו האחרים בכל מה שנתן להם ומדת חסידות שלא להעיד בצוואה שמעבירין בה הירושה מהיורש אפילו מבן שאינו נוהג כשורה לאחיו חכם ונוהג כשורה עכ"ל ונראה דאפילו גם מניח מעט לבניו לקיים נחלה דאורייתא ג"כ אין לעשות כן דרצון הש"י הוא שהבנים יירשו אבותיהם ולא יתנום לאחרים [וכ"מ בכתובות נג']:

ג ויש להסתפק אם רק בבנים קפדה התורה שלא להעביר נחלתן או גם בשארי יורשים כשאין לו בנים ומלשון המשנה והגמ' שהבאנו בסעיף א' משמע דהקפידה הוא בבנים אבל מלשון הרמב"ם והש"ע שהבאנו מבואר דבכל היורשים הדין כן וכ"כ במרדכי [פ"ט דב"ב] שאין חילוק בין בן לשארי יורשים והש"ס אורחא דמלתא נקט דבסתמא יש לאדם בנים והם יורשים אותו ומ"מ אפשר לומר דבשארי יורשים אם רוצה להעביר כל נכסיו אין לעשות כן משום דקא עקר נחלה דאורייתא אבל אם רוצה להניח גם להיורשים חלק אין קפידא בזה ובבנים גם בזה יש קפידא וצריך ליתן להם כל אשר יש לו וחלק כחלק לכולם בשוה לבד מה שרוצה ליתן לצדקה עולמית לזכות נשמתו ולקרוביו העניים דזהו ודאי שראוי לעשיר לעשות כן וכן מנהג העולם אבל לאחרים לא יתן מנחלתו ועיקר עזבונו יתן לבניו [וא"ש מה שהביא הרמב"ם לשון המשנה ודוק]:

ד וכתב רבינו הרמ"א מי שצוה לעשות בנכסיו הטוב שאפשר לעשות יתנוהו ליורשיו כי אין טוב מזה עכ"ל וכמ"ש בסי' רנ"ב והטעם דהרי התורה זכתה להם וזהו יותר טוב מלהקדישו אפילו [סמ"ע] וראיה יש לזה מגמ' [מיוסף בן יועזר בב"ב שם] אמנם אם ידוע שכל אמירתו היתה מפורש מפני שלא רצה להוריש ליורשיו ודאי אם זהו קרקע או אפילו מטלטלין ומעות שלא נתנם לשליש שיזכה בהם לעשות כרצונו הטוב שאפשר לעשות ממילא דזכו בהם היורשים מדינא דמיד כשמת זכו יורשיו אבל כשמסרם ליד שליש לזכות בהם אפשר דאין לו להשליש לעבור על דעתו וצ"ע לדינא:

סימן רפג [ירושת עכו"ם וגר בימים קדמונים וישראל הנהפך ובו ג' סעיפים]:

א עכו"ם יורש את אביו מן התורה דכתיב כי לבני לוט נתתי את ער ירושה והגר בימים קדמונים אינו יורש את

את אביו העכו"ם מן התורה דכקטן שנולד דמי אלא מדרבנן תקנו לו שיירש כדי שלא יחזור לסורו ותנאי מועיל בירושה זו שיכול העכו"ם לעקור הנחלה מהם גם בלשון ירושה משא"כ בישראל צריך דוקא לשון מתנה כמ"ש בסי' רפ"א דכיון שזהו מתקנת חכמים אין העכו"ם מחוייב לעמוד בתקנה זו והעכו"ם אינו יורש את אביו הגר ולא גר את הגר לא מדברי תורה ולא מדרבנן אפילו היה לו בן שלידהו בקדושה מאחר שהורתו שלא בקדושה אינו יורש את אביו ולא אביו יורשו [וישראל שהיה חייב לעכו"ס ומת נתבאר במרדכי פ"ק דקדושין]:

ב ישראל שנהפך לעכו"ם יורש את קרוביו הישראלים שנאמר כי ירושה לעשו נתתי את הר שעיר ועשו נהפך היה ואם ראו ב"ד לקונסו כדי שלא לחזק ידיהם הרשות בידם ואם יש להם בנים ישראלים תנתן להם ואפילו נתן הנהפך את הנכסים שירש לאחרים אינו כלום דכיון שהזקן מת נפלו נכסיו לפני בני הנהפך נכדיו של הזקן ואין לו כח בהן וי"א שמניחין הירשה בב"ד אולי יחזור בתשובה וישראל יורש קרובו הנהפך ואפילו הפקיד הממון ביד ישראלים אחרים ואפילו היו לו בנים בהפיכתו ואם הנפקדים שלחו יד בהממון בחייו או שבקש מהם ולא נתנו לו י"א שזכו ויש חולקין ונהפך שמת אמו ויש לו קרובים מן האב אם ראוי לקונסו גם יורשיו אין יורשין אותה ונשארה הירושה ליורשי האם האחרים ואם הוא קטן שאינו ראוי לקונסו יורשיו יורשין אמו ובעל יורש במקום אשתו הנהפכת אע"פ שמת מורישה לאחר הפיכתה ומתה אח"כ מאחר דידו כידה ואין שייך קנס:

ג לאה נשבית ואמה קבצה מעות לפריונה ואח"כ שמעה שנהפכה אם אפשר להחזיר לכל אחד מה שלקחה תחזיר להם ואם א"א להחזיר להם יהיה הקרן קיים לפדיון שבוים ואם יהכן לפדות אותה במשך הזמן תפדה בהם וע' ביו"ד סי' רנ"ג:

סימן רפד [איזו עדות צריך להיורשים שמורישם מת ובו ז' סעיפים]:

א כבר נתבאר בסי' ר"פ שכל היורשים יורשין בחזקה שהעידו העדים שהוחזק להם שהוא פלוני הראוי לירש זה המת אף שאינם יודעים אמיתת יחוסו ומי שהוא מוחזק שהוא קרובו של מת ואין אנו יודעין קרוב יותר ממנו ה"ז יורשו ולא חיישינן שמא יש יותר קרוב ממנו כל זמן שאינו ידוע דאם נחוש לזה אין לדבר סוף ואם ראובן אומר שהוא יותר קרוב ושמעון אומר שהוא קרוב יותר וא"א לברר אמרינן כל דאלים גבר [רסב"ס לג'] ואם אח"כ הודה זה שגברה ידו ותפס את הנכסים שהשני קרוב יותר או שבאו עדים והעידו כן מוציאין מזה שתפס ומוסרין להשני וכל הפירות שאכל עד עתה מחזיר לו [סס] ואפילו אין עדים על אכילת הפירות רק שהודה בעצמו חייב לשלם ולא נפטר במיגו דאי בעי אמר לא אכל דסוף סוף הרי הודה שהשני קרוב יותר וכ"ש כשיש עדים [כ"מ מתוס' סס] ולא עוד אלא אפילו זה הביא עדים שהוא קרוב והשני לא הביא עדים וטוען שהוא קרוב יותר מוציאין מזה ומוסרין למי שהביא עדים ואפילו לא העידו העדים שהוא קרוב יותר מהשני אלא שאין יודעין אם השני קרוב אם לאו כיון שעכ"פ לזה יש עדים ולזה אין עדים מוקמינן ביד המביא עדים [סס] וגם הפירות מוציא מידו אפילו אין ידוע אכילתו רק על פיו לא אמרינן מיגו דאי בעי אמר לא אכלתי כיון שהשדה בהכרח שתצא מת"י שלהשדה אין מיגו בהכרח שהפירות הולכים אחר השדה [סס] ואם אח"כ יבואו עדים אחרים ויעידו שהשני קרוב יותר יוציאו אז מזה ויתנו להשני:

ב אין היורשים יורדים לנחלת המת עד שיביאו ראיה שמת מורישן והראיה הוא ששני עדים יעידו שמת אבל ע"פ עד אחד אין מורידין קרוב לירושה וכן אם שמעו בו שמת ואין עדות ברורה בדבר או שבאו עכו"ם מסיחים לפי תומם שפלוני מת אין מורידין את הקרובים לנחלה על פיהם וכ"ש דע"פ קרובים או פסולי עדות שהעידו שמת אין מורידין את הקרובים לנחלה על פיהם עד שיעידו שני עדים כשרים:

ג וכיצד יעידו לא מיבעיא אם מעידין שראו שמת ונקבר אלא אפילו מעידין על דברים שרובן למיתה וקרוב למיתה יותר מן החיים כגון שהעידו שטבע במים שאין להם סוף ואבד זכרו הרי היורשים יורדים לנחלה על פיהם וכן אם העידו שנפל לגוב אריות ונמרים או שראהו צלוב אפילו צלוב בידיו רק שהעוף אוכל בו או שנדקר במלחמה ומת או נהרג ולא הכירו פניו אבל היו לו סימנים אמצעיים שנתבאר בסי' רס"ז דלענין ממון הם סימנים מובהקים כמ"ש שם והסימנים היו בגופו או שהכירו בגדיו בסימני אבידה או הניחוהו גוסס בכל אלו הדברים וכיוצא בהן אם אבד זכרו אח"כ יורדין הקרובין לנחלתו בעדות כזו:

ד ואל תתמה בזה שאמרנו דבעדות כזה שרובן למיתה מורידין הקרובים לנחלה ובעיקר עדות בעינן שני עדים כשרים ובהיתר עגונה הוה ממש היפך מזה דסמכינן על עד אחד ואפילו קרוב ואפילו האשה עצמה ואפילו עכו"ם מסל"ת אבל בענין מיתתו בעינן שיאמרו מת ונקבר ואם אפילו שני עדים כשרים העידו שנפל למים שאל"ס או ראהו צלוב או גוסס או נהרג במלחמה או שהכירו כל בגדיו בסימנים מובהקים אין משיאין את אשתו כמ"ש באהע"ז סי' י"ז דכך הוא עיקר הענין דבאיסור א"א החמירו חז"ל בכל מיני עדות עד שיהיה מיתה ודאית

אבל

אבל לענין ממון אוקמוה אדינא דכשרק העידו בדברים שחזקתן למיתה ואבד זכרו שוב הממון עומד בחזקת יורשים ושני עדים כשרים בעינן מדינא וזה שהקילו בעגונה בכמות ואיכות של העדים אמרו חז"ל מפני שהאשה עצמה תדייק אם מת אם לאו ולא תסמוך על העד דחז"ל החמירו עליה שבאם שימצא שאינו מת ותנשא לאחר תצא מזה ומזה בלא כתובה ובלא מזונות והבנים ממזרים ולכן מתוך חומר שהחמירו עליה בסופה הקילו עליה בתחלתה דאשה דייקא ומינסבה דכל זמן שלא תדע ברור שמת לא תנשא לאחר ולא תסמוך על העד או הקרוב או העכו"ם המסיח לפ"ת אבל בעצם המיתה לא תדייק דסברה בעצמה שכיון שנפל למים או לבור אריות או נתלה בידו בודאי מת אבל בהעד תדייק שמא אומר שקר וכך אמרו חז"ל [בכורות מו:] דבסוף העדות כלומר שנתברר ע"פ עדות זו שבודאי מת רק ע"י מי הוא העדות אקילו רבנן אבל בתחלת העדות שלא נתבררה המיתה ודאית ממש החמירו רבנן ולמה הקילו בסוף העדות וסמכו על דיוקה מפני חשש עגונה שאם נצריך שני עדים כשרים שמא לא היו עדים כשרים בשעת מיתתו וקבורתו ותשאר עגונה לעולם [ועמ"ש בהסע"ז סי' י"ז סעיף כ"ז]:

ה ואע"ג דבא"א יש גם דין ממון דהרי כשאנו מתירין אותה להנשא נוטלת כתובתה ואיך מוציאין ממון שלא ע"פ שני עדים התם היינו טעמא שהבעל עצמו התחייב בכך כשנשאה שכן כתוב בספר כתובתה לכשתנשאי לאחר תטלי מה שכתוב ליכי וכיוצא בלשונות אלו וממילא כיון שהותרה להנשא נוטלת כתובתה ולכן אפילו כשהאשה עצמה מעידה שמת בעלה נוטלת כתובתה אם לא בקשה הכתובה אלא היתר נשואין כמבואר באהע"ז שם וכן אם אמרה מת בעלה ונתייבמה הרי יבמה נכנס לנחלת אחיו על פיה שנאמר יקום על שם אחיו המת והרי קם והיא גזירת התורה שכשייבם אשתו יירש חלק אחיו המת וכיון שמותרת להתייבם ממילא נוטל היבם ממונו אבל בשארי מיני ירושות צריכין שני עדים כשרים וכן יש גם להיפך שאף כשהיורשים יורדים לנחלה אין אשתו נוטלת כתובתה כיון שלא הותרה להנשא והכל מטעם שנתבאר שכן הותנה ביניהם בשעת הנשואין:

ו וזה לשון הרמב"ם בפ"ז מנחלות בכל אלו הדברים וכיוצא בהם אם אבד זכרו אח"כ יורדים לנחלה בעדות זו אע"פ שאין משיאין את אשתו שאני אומר שלא החמירו בדברים אלו אלא מפני איסור כרת אבל לענין ממון אם העידו העדים בדברים שחזקתן למיתה והעידו שראו אותם הדברים ואבד זכרו ואח"כ נשמע שמת הרי אלו נוחלין על פיהן וכזה המעשה עושין היום בכל בתי דינין ולא שמענו מי שחולק ע"ז עכ"ל ומשמע מדבריו דבכל אלו הדברים אין יורדין לנחלה אא"כ אבד זכרו וגם אח"כ נשמע שמת ובלא נשמע שמת אין יורדין לנחלה [ב"ח] אבל רבינו הב"י כתב דלאו דוקא הוא ויש שכתבו דה"פ דאם מעידים על דברים שחזקתן למיתה ואומרים ג"כ שאח"כ אבד זכרו או שמעידים שנשמע אח"כ שמת מהני ולא בעינן שאנחנו נודע מזה [ט"ז] ויש שכתבו דלרבותא נקט אע"פ שהקול נתפשט אחר שהעידו והייתי אומר שמפני העדות נתפשט הקול מ"מ מהני וכ"ש אם יצא הקול קודם [סמ"ע] אבל עיקר הדבר תמוה דלמה לנו להקול כלל ולמה לנו לשיעידו שאבד זכרו כיון שהעידו בדברים שחזקתן למיתה כדברי רבינו הב"י:

ז ויראה לי בכוונתו דודאי כן הוא כשמעידים על דברים כאלו מותרים היורשים לירד לנחלתו אלא דמ"מ ב"ד מחמיצין הדבר עד שיאבד זכרו וע"י שיאבד זכרו יצא הקול שמת וטעם גדול יש בדבר דנהי דדברים אלו רובן למיתה הא אין הולכין בממון אחר הרוב להוציא מחזקת המוחזק ואיך מוציאין מחזקתו של זה המוריש להיורשים אמנם האמת דדברים אלו רובא דרובא למיתה והמיעוט הוא מיעוט שאינו מצוי כלל וברוב כזה גם בממון ודאי צריכים לילך ומ"מ מי יוכל להגביל בזה ושמא הוא מהדברים שרובן למיתה ומיעוטן לחיים ולכן נהגו להחמיץ מעט שאין יורדין לנחלה עד שיאבד זכרו ויצא הקול ומצרפין הקול להרוב ואז מורידין אותם לנחלה אבל אם העידו עדים שמת מיתה ודאית מורידין מיד את היורשים לנחלה וכן נראה עיקר לדינא ושיעור שיאבד זכרו נראה דהוא י"ב חודש כדכתיב נשכחתי כמת מלב ובעגונה אינו מועיל כל זה אפילו אבד זכרו ויצא הקול

סימן רפה [שבוי שנשבה ושמעו שמת או בורח מה לעשות בנכסיו ובו י"ח סעיפים]:

א שבוי שנשבה והניח נכסים מוטל על הב"ד לשקוד בתקנתן שלא יפסדו נכסיו ואין להם רשות ליתנם לארים שכיון שאין מי שישגיח עליו לא יכוין אלא להרבות בפירות ולא יחוש להפסד הקרקע לפיכך אם יש מי שרוצה להיות אפוטרופוס על הנכסים להשתדל בהן ולהעמיד ארים והוא ישגיח עליו שיעבדם כראוי אין תקנה גדולה מזו וימנו אותו אפוטרופוס אמנם דבר זה אינו מצוי דהאדם מתרצה באפוטרופסות בשביל יתומים קטנים ולא לגדולים ולכן אין ב"ד מצווין על זה להעמיד אפוטרופוס כי קשה למצא [טור] ויש מי שאומר שאפילו אם יתרצה אחד להיות אפוטרופוס כיון שאין חוב זה מוטל על הב"ד יכול היורש למחות שלא למנותו

לאפוטרופוס [שם] דכיון דהיורש יכול בעצמו לירד להנכסים כמו שיתבאר יכול לומר לב"ד אני ארד להנכסים ע"פ הפרטים שיתבארו אבל יש חולקין בזה וס"ל דאין היורש יכול למחות דזה שיתבאר שמורידין קרוב הראוי ליורשו לנכסיו הוא מפני ההכרח ולכן כשנמצא איש נאמן שרצונו להיות אפוטרופוס למה לנו להוריד את הקרוב דאולי השבוי חי ואין רצונו בכך:

ב וכיצד עושין בנכסי השבוי כל המטלטלין יהיו מופקדים ביד נאמן ע"פ ב"ד וכן אם הניח קמה לקצור וענבים לבצור ותמרים לגדור וזיתים למסוק שכל אלו הם כמטלטלים כיון שאין בזה טורח רב ימצאו על זה הרבה נאמנים שיתרצו בטירחא זו ולכן ב"ד יורדין לנכסיו ומעמידין בזה אפוטרופוס וקוצר ובוצר וגודר ומוסק ומוכר הפירות ומניח דמיהם עם שארי המטלטלין בב"ד או ביד נאמן ע"פ ב"ד ומה יעשו בהקרקעות יתבאר בסעיף ג' ואם הניח שטרי חובות או שכירות בתים יגבום הב"ד ויניחום עם שארי המטלטלין ועוד יתבאר בבתים וחנויות מה לעשות:

ג ובקרקעות מורידין קרוב הראוי ליורשו ולא שימכרם אלא שיעבוד השדות והכרמים ויאכל פירותיהן ואם ישביח את הנכסים ישומו לו כארים ויטול בהשבח כשארי אריסין ואין חילוק בזה בין ששמעו ע"פ השמועה שלא בעדות ברורה [תוס' ב"מ לח:] שמת השבוי ובין שלא שמעו שמת רק בזה יש חילוק דכששמעו שמת קודם שהורידו את הקרוב לנכסיו ואח"כ בא השבוי חי אין לו בהשבח כלום אלא מה שאכל אכל ומה שהוציא הוציא משא"כ כשהורידוהו כשלא שמעו שמת גם כשבא משביה שמין לו בהשבח כארים והטעם מפני דכשלא שמעו שמת יש לחוש שהקרוב יחוש שמא היום או מחר יבא ויכחיש הקרקע ויראה רק להרבות בפירות ולאכלם לפיכך אמרו שאף כשיבא יטול בשבח כארים ולא יפסיד הקרקע אבל כששמעו בו שמת ויורד בהקרקע בתורת שהיא שלו גם בלא תקנה זו לא יפסידן לפיכך אף כשאירע שהשמועה היתה שקר ובא חי אין לו כלום בהשבח ודינו כדין בעל שהוציא הוצאות על נכסי אשתו דמה שהוציא הוציא ומה שאכל אכל כמ"ש באהע"ז סי' פ"ח ואם הוציא ולא אכל דינו כיורד שלא ברשות דשמין לו אם השבח יתר על היציאה נוטל הוצאותיו ואם ההוצאה יתירה על השבח נוטל כשיעור שבח כמ"ש שם ואינו נוטל אלא בשבועה:

ד ודעת הרמב"ם בפ"ו מנחלות דכששמעו בו שמת אז אפילו כשירדו יורשיו לנחלתו וחלקו אותה ביניהן לחלוטין אין מוציאין אותן מידן בין בקרקעות בין במטלטלין ואע"ג דנתבאר בסי' הקודם דבלא עדות ברורה אין יורדין לנחלה מ"מ בשבוי תלינן דברוב פעמים השמועה אמת שמפני הצרות מת וכמו דמורידין לנחלה ע"פ דברים שחזקתן למיתה משום דאזלינן בתר רובא כמ"ש שם כמו כן בשבוי ע"פ שמועה [נ"ל] ואם לא שמעו בו שמת עושין במטלטלין כמו שנתבאר ובקרקעות מורידין את הראוי ליורשו וכשיבא השבוי ישומו לו כארים על כל הזמן שעשה בה [דמפרש מ"מ שם וכולה שמין להם כאריס לגמרי קאמר וכפירש"י ומ"ש הטור משמו צ"ע ומדתניא שם שיורד לנכסי שבוי אין מוציאין וכו' ושמואל קאמר מורידין ש"מ דסברייתא היא ליורשו וכן מפורש בתוספתא כתובות פ"ח]:

ה אבל מי שיצא למרחקים בלי אונס שביה או סכנה והניח נכסיו ואין ידוע להיכן הלך ולא מה אירע לו אין מורידין קרוב לנכסיו ואם ירד מסלקין אותו ואין ב"ד צריכים להטפל בו ולהעמיד לו אפוטרופוס לא לקרקע ולא למטלטלין שהרי צא לדעתו ואם הוא לא חשש לנכסיו למה לנו לחשוש עבורו ומ"מ אנחנו מחוייבים לסלק קרוביו מנכסיו ולהניחם כמו שהיה בעת יציאתו וכיצד יהיה דין נכסיו כל המטלטלין שלו יעמדו תחת יד זה שהיו מקודם עד שיבא זה ויתבע או עד שיתוודע בעדות גמורה שמת ויתבעו היורשים וכן קרקעותיו יהיו ביד מי שהניחם בעת יציאתו ואין אנו לוקחין ממנו שכר דאין לנו להזדקק עד שיבא ושדה וכרם שהיה בהן ארים ישארו בידו עד שיבא ושדה וכרם שהניחו בורים ישארו בורים דאבידה לדעת אין אנו מצווים להחזירה כמ"ש בסי' רס"א מיהו אם נפלו לו נכסים בכאן שלא ידע בהן דינו כנכסי שבוי דעל נכסים אלו לא גילה דעתו וצריכין לעשות בהן כראוי לעשות:

ו ואם שמעו בו שמת יש מרבותינו שאומרים דכיון שיצא לדעת אין לנו לחדש דבר כמו בלא שמעו שמת וכשיתוודע בבירור שמת ירדו היורשים לנחלה ודעת הרמב"ם ביצא לדעת ושמעו שמת הוה כשבוי שלא שמעו שמת וב"ד מוציאין כל המטלטלין ומניחין אותן אצל נאמן על פיהם ולקרקעות מורידין הקרוב להשדות והכרמים כארים עד שיביא ראיה ברורה שמת או עד שיבא וטעמו נ"ל דנהי דכיון שיצא לדעת אין לנו לחשוש עבורו מ"מ צריכים לחוש להקול שמת והנכסים של היורשים ואנו צריכים לחוש לתקנתם וכיון שאין אנו מניחים אותם לירד להנחלה לכן אנו מחוייבים עכ"פ לראות שלא יתקלקלו הנכסים ומעיינין בתקנתם [ודייק מברייתא דשם דבשבוי כששמעו שמת אין מוציאין משם אף כשירדו לנחלה כמ"ש ובקטנים מוציאין מידם בכה"ג ולא משמיענו רבותא דאפילו כארים אין מורידין אלא ש"מ דמורידין כארים]:

ז בורח מחמת סכנת נפשות דינו כשבוי אבל בורח מחמת חובות דינו כיצא לדעת דאינו בהול כל כך לברוח [גמ'] ולא צוה בלכתו ש"מ דלא ניחא ליה שיחדשו דבר בנכסיו אלא להניחם כבעת יציאתו ואם הלך לדעת וחשב לחזור ולא חזר הוה כמי שיצא שלא לדעת דבודאי רצונו שיעשו בנכסיו כראוי לעשות ומה שלא צוה מפני שדימה לחזור וזה שלא חזר מסתמא נתהוה לו איזה סיבה וצריכים לחוש לתקנתו [ובזה א"ש הברייתא

הברייתא היורד לנכסי שבוי וכו' ואלו הן הרי שהיה אביו וכו' הלכו למדה"י וקשה איזה שבוי הוא אלא דה"ק שהלכו לזמן מועט וע"פ סיבה לא חזרו ודינם כשבוי] :

ח שבוי ששמעו בו שמת והקרוב הוא בנכסיו ואח"כ נשמע שיבא והשמועה שקר אמרו חז"ל [שם] דאם קדם הקרוב ותלש ואכל הפירות ה"ז זריז ונשכר ויש לו רשות לעשות כן כיון שהב"ד הורידוהו להנכסים והוא סבור שהכל שלו כיון ששמעו שמת והרמב"ם ז"ל השמיט זה וצ"ע ואולי היה לו גירסא אחרת וכן משמע בתוספתא כתובות פ"ח ע"ש :

ט כשמורידין קרוב לקרקעות צריכין להוריד היודעים בעבודת אדמה ואם היו הרבה שיודעים נותנין לכל אחד מעט קרקע ואם היו בין קרוביו עובדי אדמה ושאינן עובדי אדמה מעמידין ביד העובדים דהאחרים הלא יקלקלו את הקרקעות :

י דוקא בקרקעות כמו שדות וכרמים מורידין קרובים מפני שצריכין טירחא רבה ולא ימצא מי שיתרצה להיות אפוטרופוס על זה אבל בתים וחצרות וחנויות ופונדקאות העשוים לשכירות וא"צ עבודה ולא טורח ואין אדם נותן אותם באריסות דינן כמטלטלין ואין מורידין להן יורש אלא כיצד עושין ב"ד מעמידין להן גבאי שישכירן ודמי השכירות יונח בב"ד עד שיבא או עד שיביא היורש ראיה ברורה שמת ואין מורידין קרוב לעולם אלא לשדות וגנות וכרמים וכיוצא בהן שיהיה בהן כארים כדי שלא יפסדו ויי' ארו בורים ואם זה שהלך מכאן היה קטן או חרש או שוטה אפילו יצא לדעת מעמידין להם אפוטרופוס על כל הנכסים אפילו על הקרקעות דגם בלא זה הרי מעמידין אפוטרופוס לאלו כמ"ש בסי' ר"ץ ואין מורידין קרוב כמו שיתבאר וזה שאמרנו שאין מורידין קרוב למט־טלין ולבתים זהו שאין נותנין המטלטלין לידו אבל יכול להיות אפוטרופוס כאחר כמ"ש שם :

יא כשמורידין קרוב לנכסי שבוי או בורח או לנכסי היוצא לדעת ששמעו בו שמת לא יורידו קטן שמא יפסיד הנכסים וכן אם זה השבוי היה קטן אין מורידין קרוב לנכסיו בקרקעות ושיהיה כארים משום שיש להשוש שיטעון ויאמר זה חלקי שהגיע לי בירושתי ובאחר לא חיישינן שיאמר שלי הוא דהקטן יאמר לו אח"כ הבא ראיה ששלך היא אבל בקרוב יסבור הקטן שאומר אמת שבאה לו בירושה [תוס' שם] וכשהשבוי היה גדול לא חיישינן לזה מפני שיכול לעשות מחאה גם בריחוק מקום אבל הקטן אין לו דעת לזה לפיכך שני אחין אחד גדול ואחר קטן ונשבה הקטן או ברח או יצא מכאן אין מורידין את האח הגדול לנכסיו דשמא יחזיק בם ולאחר זמן יאמר שזהו חלקו שהגיע לו בירושה ואפילו את בנו של הגדול אין מורידין לנכסי דודו הקטן אע"פ שהוא בעצמו אינו בר ירושה בנכסי אבי הקטן מ"מ יש לחוש שלא יאמר מחמת אבי ירשתי חלק זה וקרוב רחוק מורידין :

יב לעולם אין מורידין קרוב לנכסי קטן אפילו הוא בעצמו אינו קרוב להקטן אלא קרוב מחמת קרוב כגון שהוא קרוב מחמת אחי האם של הקטן שהקטן יש לו אח מאם ולא מאב וזה האח מאם יש לו אח מאב אין מורידין את זה אע"פ שהוא רחוק מהקטן עצמו ואינו ראוי לירש את מורישו של הקטן מ"מ חיישינן שמא יאמר שהחלק הזה הגיע בירושה לאחי מאבי שירש את אמו שהיתה גם אם הקטן ואחי מת וירשתיו ואע"פ שהרחקה יתירה היא מ"מ חששו חכמים לזה ולא עוד אלא אפילו יש ביניהם שטר חלוקה מהנכסים בין בבתים בין בשדות לא ירד ואפילו אמר כתבו עלי עתה שטר אריסות לא ירד דשמא יאבדו השטרות ויתארך הזמן ויטעון ויאמר שזה בא לו בחלק ירושה או מחמת עצמו או מחמת מורישו וכן אין מורידין גדול אפילו כשהשבוי ג"כ גדול אם יש עוד אח קטן בפה משום דחיישינן שמא ימות בשביה ויירשנו הקטן שבכאן ואין מורידין קרוב לנכסי קטן [ש"ך ומ"ש התוס' בב"ב קמג: ד"ה שהבינו וכו' שהקטנים עם הגדולים ביחד וכו' צ"ל על שולחן אחד כמ"ש בסעיף ט"ו ודוק] :

יג ומעשה באשה אחת שהיו לה שלש בנות ונשבית האם ואחת מהבנות והיו להאם נכסים ובת השניה מתה בכאן והניחה בן קטן ואמרו חכמים דאין מורידין את הבת הנשארת להנכסים ואע"פ שמורידין קרוב לנכסי גדול משום דחיישינן שמא מתה הזקנה בשביה ונמצא דשליש מהנכסים מגיע להקטן ואין מורידין קרוב לנכסי קטן ולבד זה אין ממנין אשה אפוטרופוס כמ"ש בסי' ר"ץ [ט"ז] וכן אין מורידין את הקטן בשליש הנכסים דשמא הזקינה בחיים ואין מורידין קטן לנכסי שבוי וכיצד עושים אמרו חכמים דמתוך שבהכרח להעמיד אפוטרופוס על חלקו של הקטן לפי החשש שמא הזקנה מתה ומגיע לו שליש הנכסים או שמא מתה גם הבת השבויה ומגיע להקטן מחצה נכסים ועל זה ימצאו ב"ד נאמנים שיתרצו להיות אפוטרופסים כיון שהוא בשביל הקטן ולכן יטרחו ב"ד וימצאו מי שיתרצה להיות אפוטרופוס לכל הנכסים :

יד ובמעשה זו אירע אח"כ שנתוודע בבירור שהזקנה מתה ומהבת הנשבית לא נודע אם היא בחיים אם לאו אמרו חכמים ששליש נכסים מוסרין להבת שבכאן דזהו ודאי מגיע לה חלק ירושתה מהאם ואפילו אם אחותה בחיים ושליש מוסרין להקטן שהוא חלקו בודאי מנכסי הזקנה ואם אינו יכול עדיין לעסוק בעצמו יעמידו לו אפוטרופוס והשליש של הבת השבויה מעמידים אפוטרופוס מפני חלק הקטן דשמא מתה הבת ג"כ ויש להקטן חצי השליש וממילא מעמידין על כל השליש כמ"ש וכן כל כיוצא בזה :

טו כל זה שאמרנו שאין מורידין קרוב לנכסי קטן זהו דוקא

דוקא

דוקא כשכבר חלקו הירושה או אפילו עדיין לא חלקו אך אינם סמוכים על שולחן אחד וכשחלקו אף אם סמוכין על שולחן אחד אין מורידין מפני שיאמר אח"כ זה הגיע לחלקי ובאין סמוכים על שולחן אחד אף שלא חלקו יהיה ביכלתו לומר שלו היא ומהוצאתו קימץ אבל כשלא חלקו וסמוכים על שולחן אחד שוב לא יוכל לומר כלום והכל יודעין שבשותפות עומדין עדיין ומורידין הקרוב לנכסי הקטן ונ"ל דזהו דוקא כשהם גם בני אם אחת דאל"כ אין מורידין מפני שיכול לומר אח"כ שירש מאמו שדה זו וי"א עוד דהא דאין מורידין קרוב לנכסי קטן היינו כשאוכל הפירות דאז יטעו ויסברו שהוא שלו וגם הקטן יסבור כן אבל באפוטרופסות בעלמא מותר להורידו דלא יטעו בזה וגם הוא לא יאמר שלו היא וכן אם לא היו הנכסים מירושת הקטן אלא ממתנה שנתנו לו או שממעות ירושתו קנו לו שדה זו מותר להוריד את הקרוב אף כשיאכל הפירות דבזה הדבר מפורסם שהיא של הקטן ואין חשש שמא יחזיקנה לעצמו ואכילת הפירות הוא כשעובד כארים בהקרקע ואף שמסתמא אין נותנין לו כל הפירות מ"מ כיון שאוכל מחצה מהפירות יש חששא [כ"ל] :

טז וכן זה שאין מורידין קרוב לנכסי קטן אינו אלא בקרקעות אבל מעות ומטלטלין של הקטן ממנים אפילו קרוב עליהם ואדרבא בקרוב עדיף טפי והטעם דהא גם באחר יש חשש במעות ומטלטלין שמא יטמינם או יבריחם ויאמר להד"ם שלא מסרו לידו מעולם ובהכרח לסמוך על נאמנות האיש ולמסור לו בב"ד ויכתבו ויחתמו לראיה וא"כ גם בקרוב נוכל לעשות כן והקרוב יותר טוב שיתאמץ לטובת הקטן קרובו שיעשו פירות ולכן אם יש קרוב ורחוק ושניהם אנשים נאמנים מעמידים את הקרוב אבל אם הרחוק הוא יותר נאמן מעמידין את הרחוק ולא נסמוך על הכתב שיעשו עמו דכל מה שיש לנו לחשוש לטובת הקטן חוששין :

יז קטן שיש לו נכסים מאבי אמו או ממקום אחר ואביו חי אין נותנין הנכסים ליד האב דאין מורידין קרוב לנכסי קטן אלא ב"ד מעמידים אפוטרופוס ואם הנכסים הם מעות או מטלטלים והאב ראוי להיות אפוטרופוס שהוא איש נאמן נותנין לידו בב"ד והב"ד כותבין וחותמין שהם של הקטן ונמסרו ליד האב שיהיה אפוטרופוס עליהן וגם האב נותן כתבו בחתימתו שקבל לידו מעות או מטלטלין של בנו הקטן וכל מה שביכולת לעשות חיזוק לזה עושין [כ"ל] וי"א דקטנים שיש להם אב אין ב"ד מחוייבים לחקור על נכסיהם אא"כ שהאב מוחזק שאינו הולך בדרך טובים דאז מחוייבים ב"ד להעמיד להם אפוטרופוס לנכסיהם ובת קטנה שיש לה ממון ביד אבי אמה ויש לה אב מוטב יותר שתהיה אצל האב ואם האב בעל נכסים יתנו לו גם מעותיה שישא ויתן בהם וכל הדברים האלו תלוים בראיית עיני הב"ד לפי ערך האנשים ועסקיהם ונאמנותם ואם נשארו אחים יורשים ובתוכם קטן והם מפורסמים לרוע לא יניחו הב"ד שהקטן יהיה בתוכם שלא יאבדוהו כדי לירש חלקו :

יח אשה שהיתה בשביה ונתהפכה ונשאת לעכו"ם ויש לה בכאן קרקעות ומטלטלין מתנהגין בנכסיה כבדין נכסי שבוי [עסמ"ע] ואורח שמת והניח מעות ומטלטלין ביד אחד מבני העיר ועדיין לא נודע לו יורש מעירו פסק אחד מהגדולים דהב"ד מוציאין הממון והמטלטלין ומניחין אותן ביד נאמן ואם הנפקד עצמו הוא נאמן יתן בטוחות עד שיבואו יורשיו ואף שיש מי שמפקפק בזה וס"ל דאין מוציאין מיד מי שבידו הם מ"מ העיקר לדינא כמ"ש [תסר"מ לובלין] וכ"ש בהמסבבים כשמתו באיזו מקום ונמצא אצלם מעות דלוקחין ב"ד לידם וכותבין לפרסם הדבר בכדי שיבואו יורשים ויטלום אך מי שבא ליטול הירושה צריך להביא ראיות ברורות שהוא היורש ואליו מגיע ירושת זה ששבק חיים :

סימן רפו [יתומים גדולים וקטנים האיך נזונים ומתפרנסים ובו ח' סעיפים] :

א מי שמת בלא צוואה [נמק"י] והניח בנים גדולים וקטנים או בנות יורשות גדולות וקטנות והגדולים צריכים הוצאה מרובה נגד הקטנים במלבושים והקטנים צריכים הוצאה מרובה נגד הגדולים במזונות ובשארי צרכים ולעשות חלוקה עתה א"א עדיין מפני איזה דברים מסובכים שיש בהעזבון ומוכרחים שיהיו הנכסים זמן מה עדיין בשותפות אין אומרים שיזונו וילבשו וכל צרכיהם יקחו מתפוסת הבית כל אחד לפי מה שצריך אלא יטלו בחשבון שוה בשוה וכל אחד ילבש ויזון משלו ואם אחד יקמץ בהוצאתו ישאר המותר שלו לבדו [פסוק דמ"ס במסכס [ב"ב קלט] חולקין בסוס ר"ל סולקס חולקים בשוה וזהו כוונת הרמב"ס וסמור וכ"כ בדריסס] :

ב י"א דזהו דוקא כשמיחו זה על זה דמזמן המחאה יטלו בחשבון אבל בסתם נזונין ומתפרנסין אלו עם אלו דמסתמא מוחלין זל"ז וגם יפה הוא להם כדי שלא יתהוה ביניהם מחלוקת [נמק"י] וי"א דאפילו בסתם יעשו הכל בחשבון ויכול האחד לתבוע מהשני גם על העבר ויראה לי דאם בחיי אביהם לא היו כולם סמוכים על שולחנו אלא שאחר מותו הנהיגו הוצאתם מתפוסת הבית גם דעה ראשונה מודה שיהיה הכל בחשבון דדוקא כשהיו כולם סמוכים על שולחן אביהם אמרינן דבסתמא יתנהגו כמו בחיי האב עד שיחלוקו אבל בלא היו

היו סמוכים על שולחנו עד עתה למה נאמר שמוחלים זל"ז ולפ"ז אפשר דלא פליגי כלל לדינא [וה"ם קושית סמ"ע מסי' רפ"ח] וכשמיחו בפירוש אין חילוק בין היו סמוכים על שולחנו ובין לא היו סמוכים ובין שכולם גדולים או כולם קטנים או קטנים וגדולים [והראיה שהביאו מתוספתא פ"ח לדעה ראשונה צ"ע דמשם נראה להיפך]:

ג בד"א שצריך להיות בחשבון כשאין תועלת להקטנים במה שהגדולים לובשים בגדים חשובים ולכן גדול האחים שנושא ונותן בהנכסים ויש תועלת להקטנים במה שהוא מלובש יפה כדי שדבריו יהיו נשמעים הרי זה לובש מתפוסת הבית ומ"מ לכתחלה לא יבזבז ממון על זה [רשב"ם] ואם מיחו בידו הרשיון בידן ואין לומר דלפ"ז לדעה ראשונה שבסעיף ב' אין חילוק בין גדול האחים לכולם דבסתמא בכולם הוי מחילה ולמחות יכולין גם בגדול האחין דמ"מ יש חילוק דבכולם אף שכבר עשה אחד מהם בגד יכול השני למחות כל זמן שהבגד לא בלה ובגדול האחים אין להם למחות רק קודם עשייתו [נמק"י פ"ק דב"ק] ולא אח"כ כיון שעושה לטובת כולם ועוד דלפמ"ש שם החילוק פשוט דבכל האחים כשלא היו בחיי האב כולם סמוכים על שולחנו אף בסתמא לא הוי מחילה ובגדול האחים גם בכה"ג הוי מחילה [ומרא"ם הם מבואר דלא כנמק"י ע"ש]:

ד נשאו הגדולים נשים מתפוסת הבית לאחר מיתת אביהם ישאו הקטנים ג"כ כשיעור הזה מכלל הנכסים ואח"כ יחלוקו ולא לבד הוצאת נדוניא ותכשיטין ובגדים אלא אפילו כנגד מה שאכלו ושתו על נשואי הגדולים יטלו הקטנים וכן משמע בירושלמי פ"ח דב"ב וזהו גם לדעה ראשונה שבסעיף ב' דבסתמא הוי מחילה מ"מ פשיטא דבנשואין גם מסתמא לא הוי מחילה וכן משמע מכל הפוסקים והטעם דבדבר מרובה כזה ודאי דלא מחלי [ולפ"ז א"ש הירושלמי בפשיטות דאע"ג דאכילה ושתיה בלא נשואין מחלי בסתמא מ"מ בנשואין אינו כן]:

ה ודוקא שהגדולים נשאו נשים אחרי מות אביהם אבל כשנשאו בחיי אביהם והאב הוציא עליהם ממון הרבה לצרכי הנשואין ואמרו הקטנים לאחר מיתת אביהם גם אנו נושאים מתפוסת הבית כדרך שהוציא אבינו עליכם ואח"כ נחלוק אין שומעין להם אלא מה שנתן להם אביהם נתן ומה להם מה שהוציא האב בחייו המה לא ירשו רק מה שנשאר אחר מותו ובזה יחלוקו אמנם כל זמן שאביהם לא הוציא עדיין אע"פ שהבטיח ליתן כגון מי ששידך לבנו וקצב לו נדוניא ומת האב קודם שהכניסו לחופה אינו נוטל הנדוניא אלא מחלקו שהרי לא זכה בזה בחיי האב דמאיזה טעם יזכה דאין כאן מתנת שכ"מ ולא מצוה לקיים דברי המת שהרי לא הושלשו עדיין ביד שליש וכמ"ש בסי' רנ"ב ואי משום אומדנא דדעת האב היה ליתן לו כך וכך מאן לימא לן דרצון אביו היה שיטול אפילו כשימות מתפוסת הבית שמא מה שקצב לו אינו אלא מפני שהוא חי אבל לאחר מותו יטול מחלקו [סמ"ע] ולפ"ז אם כבר השלישו הנדוניא בחיי האב אע"פ שלא נשא עדיין לא חשבינן הנדוניא בחלקו דכיון שהשליש ביד שליש אמרינן מצוה לקיים דה"מ וגם בלא טעם זה כיון דכבר השליש עבורו הוה כאלו בא ליד הבן עצמו [כ"ל] ואם הבטיח נדוניא לבתו בחייו ומת צריכים היורשים להת כל מה שהבטיח אע"פ שעדיין לא השלישם בחייו ולא עוד אלא אפילו השיא בת הראשונה בחייו ומת צריכים היורשים להשיאה להשניה כדרך שהשיא אביהם את הראשונה דלענין זה שמין דעת האב כמ"ש באהע"ז סי' קי"ג ודוקא כשאינן יורשות אבל אם לא הניח בנים והבנות יורשות אותו תטול מחלקה כל זמן שלא השלישם בחייו [וזהו כוונת מהרי"ו שבסמ"ע סס"ק ד']:

ו וכתב רבינו הרמ"א מי שפדאו אביו מן התפיסה מנכין לו אח"כ מחלק ירושתו ולא אמרינן שאביו נתן לו מתנה רק הלוה לו אא"כ יש אומדן דעת שהאב נתן לו במתנה עכ"ל ואע"ג שנתבאר דכל מה שנתן האב בחייו אין להם לנכות מהירושה זהו מה שנתן מרצון כדרך הוצאות האבות על הבנים אבל בשביה שהוכרח לפדות אותו אמרינן דהפדהו מחלקו [ס"י] וע' בסי' רמ"ו דאזלינן בתר אומדנא ואין ללמוד מדין זה לשארי דברים ויראה לי דגם בתפיסה אינו אלא כשנתפס מפני רוע מעשיו אבל כשנתפס בעלילה ודאי לא היתה דעת האב לנכות לו מחלק ירושתו ודע דכל אלו הדברים הם כשמת בלא צוואה אבל אם עשה צוואה יעשו הכל כצוואתו בכל הדברים שצוה:

ז בזמן הש"ס היה המנהג כשראובן השיא בנו היה שולח שמעון ע"י אחד מבניו דורונות לשמח את החתן ובעבור זה כשזה נשא אשה היה שולח ראובן בחזרה ונחשבת אצלם כחוב עד שאמרו דשושבינות נגבית בב"ד ולכן אם השיא האב את בנו ועשה לו משתה וההוצאה היתה משל אב ונשתלחה שושבינות לזה הבן בחיי האב כשצריך להחזיר השושבינות לעת חתונת בן האחר ששלח לו חוזרת מתפוסת הבית דהחוב הוא על האב אבל אם האב לא עשה המשתה בחייו משלו אלא הבן עצמו הוציא בהוצאת המשתה משלו אינו חוזר השושבינות אלא מחלק זה הבן בלבד דאין החוב על האב:

ח עוד היה המנהג אצלם בשושבינות דלפעמים היה האב מייחד לאחד מן הבנים לאמר לו לך ותעשה שושבינות לפלוני ולפעמים היה אומר לכולם אחד מכם יעשה שושבינות לפלוני וג"מ דאם שלח ע"י אחד מבניו ויחדו לזה שא"ל לך ותעשה שושבינות לפלוני כשחוזרת לעת חתונתו חוזרת לו לבדו אבל כשאמר אחד מכם והלך זה ועשה חוזרת לכולם כשאר הלואה שהלוה אביהם [טור] והרמב"ם והש"ע כתבו דהאב ששלח שושבינות בשם אחד מבניו כשתחזור השושבינות לאותו הבן

הבן הרי היא שלו אבל אם שלחה האב בשם בניו סתם כשתחזור תחזור לאמצע ואין זה שנשתלחה לו חייב להחזירה עד שישמחו בו כולם [כשכולם ישמחו נשים ישלח לכ"א חלק משושבינותו] שהרי כולם שושבינים שבשם כולם נשתלחה לפיכך אם שמח במקצתם מחזיר חלק זה ששמח עמו בלבד והרי הוא לאמצע עכ"ל ויש חולקין בזה דבכה"ג הוי של אותו שנשא וטעמו של הרמב"ם ז"ל דאולי האחרים לא ישאו ולא יתחייב זה להחזיר להם חלקם ואביהם היה דעתו לזכות לכולם שהרי בשם כולם שלחה ולכן הוי לאמצע [סס"מ פ"ט] וממ"נ לנשואי האחר כשיחזיר חלקו של זה יהנו ג"כ כולם ואין לזה היזק במה שעתה יהנו כולם דבנשואים שלהם יהנה הוא מהם ואם לא ינשאו הרי מדינא הוא לאמצע לפי כוונת האב כמ"ש :

סימן רפז [מי שמת והניח בנים גדולים וקטנים והגדולים השביחו הנכסים ובו י"ב סעיפים] :

א מי שמת בלא צוואה והניח בנים גדולים וקטנים והשביחו גדולים את הנכסים כל השבח לכולם ואפילו שכר עמלם לא יטלו ואע"ג דבשארי שותפים כשאחד עוסק נוטל שכרו כיורד ברשות כמ"ש בסימן קע"ח מ"מ אחים מוחלים זל"ז טרחתם מן הסתם ואמרינן זה שתובע עתה מיהדר קא הדר ביה ממחשבתו הראשונה וה"ה כשכולם גדולים הדין כן וק"ו מקטנים דבגדולים ודאי מחלי להדדי מפני שהיום עשה הוא ולמחר יעשה האחר משא"כ בקטנים וכיון דלקטנים מוחל כ"ש בגדולים [רמ"ם פ"ט דז"כ סי' ע'] ואף שיש מי שאומר דכשכולם גדולים נוטל העוסק כארים תמיד [נמק"י פ"ג דב"מ בסס רמב"ד] מ"מ רוב הפוסקים הסכימו לדעה ראשונה :

ב וזה שהשבח שייך לכולם בד"א כששבחו הנכסים מחמת נכסים דהיינו שלא הוציאו כלום מכיסם וגם לא עבדו בגופם אלא ששכרו פועלים ממעות העזבון או שנשאו ונתנו בסחורה מהעזבון ואע"פ שטרחו בשכירת הפועלים ובמכירת הסחורה מ"מ כיון דאין כאן חסרון כיס וגם לא עבודה בגופו ממש אלא טירחא בעלמא ולחלק עצמם ג"כ היו צריכים לטרוח בזה מוחלים אחים להדדי אבל אם השביחו הנכסים ע"י שהוציאו הוצאות מכיסם או שטרחו בגופם לחפור ולבנות וכיוצא בזה השבח לעצמם ואם היה ממון של ירושה והוציאו משלו נוטל בחלק האחרים כארים [נס"מ] ולישב בחנות כל היום נראה דהוי כשבח מחמת טירחא שזהו כעבודה ממש [בד"ס] ואם גם הקטנים היו יכולים לישב בחנית ולמכור הוי כמחמת נכסים [סס] והכל לפי הענין דאם השביחו בדבר שאם היו מודיעים להקטנים היו גם הם יכולים לעשות כמו לשמור וכיוצא בזה השבח לכולם אע"פ שטרחו בגופם כיון שלא הודיעום תחלה וכ"ש כשכולם גדולים וי"א עוד דאפילו הקטנים עוללים ויונקים שא"א להם לעשות מאומה מ"מ כיון שהוא מלאכה קלה שקטנים בעלמא יכולים לעשות כן לא מיחשבא מלאכה ומחלי להדדי והשבח לכולם [נמק"י] :

ג וכל זה כששתקו ולא אמרו כלום אבל אם אמרו לפני ב"ד או לפני עדים ראו מה שהניח לנו אבינו הרי אנו עושים ואוכלים מהשבח לעצמנו כל השבח שהשביחו בכל הנכסים אפילו בחלק האחים ואפילו השבח מחמת הנכסים הרי הוא של עצמם ואע"ג דשאר שותף אין לו בשבח אלא כארים מ"מ בכאן שלא הם עצמם עשו השותפות ולא נשתתפו תחלה אדעתא להרויח כיון שאמרו לעצמנו נעשה ואלו האחים שתקו ודאי מחלי להו ויטלו כל השבח [טור] ואף אם לא אמרו בפניהם חברך חברא אית ליה [סמ"ע] ורבינו הרמ"א כתב דאם האחים כולם גדולים א"צ לאמרו בפני ב"ד רק בפני עדים אבל אם יש בהם יתומים קטנים צריך שיאמר בפני ב"ד דוקא דב"ד אביהם של יתומים קטנים ואולי יחושו לטובתם וימנו ארים על חלקם לשבחו אמנם אם לא חשו לזה יטלו כל השבח כמ"ש :

ד וכן אם אשת המת עצמו היתה גם היא יורשת בנכסיו כגון ראובן שנשא בת שמעון אחיו ולשמעון לא היו רק בנות וראובן אין לו זרע ובנות שמעון יורשות אותו ונמצאת אשתו יורשת בכלל אחיותיה והשביחה הנכסים יש לה ג"כ כל הדינים שנתבארו דאם אמרת ראו מה שהניח לי בעלי אשבח ואטול לעצמי כל השבח שלה ואם לא אמרה אזי השבח שמחמת נכסים שייך לכולן ושבח שמחמת טורח בגוף או הוצאה ממונה שייך לה לבדה ולא אמרינן דאשה כיון שאין דרכה לטרוח אע"ג שלא אמרה לעצמי אעשה כמו שאמרה דמי אלא כיון שלא אמרה מחלה [גמ'] ואין חילוק בין בן בין הבנים או בת בין הבנות או בת הבן בין הבנים או אשת המת כשצוה שתטול כאחד מן הבנים בכולן הדין כמ"ש [רמב"ס קמג'] ועיין באהע"ז סימן צ"ה :

ה ודעת הרמב"ם ז"ל בכל זה דאפילו אמר ראו מה שהניח לנו אבינו הרי אני עושה ואוכל אין השבח של משביח אלא בשבח שמחמת הוצאה מכיסו או שטרח בגופו אבל שבח נכסים שמחמת נכסים השבח לכולם אפילו כשאמר ובלא אמר אפילו בשבח שמחמת טירחא בגופו או מחמת הוצאה מכיסו הוי לכולם ויטול הוצאותיו אבל הריוח מחל לכולם והרמב"ם היה לו

גירסא

גירסא אחרת בגמ׳ והוא יחיד בזה וכל הפוסקים כתבו כמ״ש מקודם [ב״י] עוד כתב דאחין כשלא חלקו עדיין הירושה וכולם משתמשים ביחד במה שהניח להם אביהם הרי הם כשותפים לכל דבר וכן שארי היורשים הרי הם שותפים בנכסי מורישם וכל שאחד מהם נשא ונתן בממון זה השכר לכולם ואין חילוק בין היו היורשים זכרים או נקבות או זכרים ונקבות בין גדולים בין קטנים בין גדולים וקטנים:

ו אע״פ שאמרנו שאחד מן האחים שנשא ונתן השכר לכולם מ״מ כתבו הרמב״ם והטור והש״ע דאחד מהאחים שלקח מעות מהעזבון ועשה בהם סחורה אם היה ת״ח גדול שאינו מניח תורתו שעה אחת על דברי הבל השבח שלו שאין זה מניח תורתו ומהעסק לצורך אחיו ואנן סהדי שלעצמו עשה לכן מה שהרויח שייך לו לבדו וי״א דבזמה״ז אין דין ת״ח לזה ויש חולקין וכן נראה והכל לפי ראות עיני ב״ד וה״ה בכל טירחא בנכסים שעושה הוי לעצמו [סמ״ע]:

ז כל הדברים שנתבארו אינם אלא באחים שנזונין יחד מתפוסת הירושה אבל אם אין נזונין יחד אפילו השביח מחמת הוצאה מכיסו וטרחת גופו אינו נוטל רק כשאר יורד שלא ברשות שיתבאר בסי׳ שע״ה דהרי נתבאר בסי׳ רפ״ה דאין מורידין קרוב לנכסי קטן ואף כשכולם גדולים אין דינם כשותפים אלא כשנזונים ביחד אבל כשאין נזונים ביחד אין דינם כשותפים אלא כיורד לשדה חבירו שלא כרשות ומיהו מלשון הרמב״ם שהבאנו בסעי׳ ה׳ נ״ל דכל זמן שלא חלקו דינם תמיד כשותפים ולכן אין דין זה אלא בגדולים וקטנים [ול״ע לדינא דמקור הדין הוא מהרא״ד שהביא הטור והוא ס״ל דדוקא אלו הם רק בקטנים כמ״ש המגיד משנה בשמו בפ״ג דב״מ אבל הטור והרמ״א שסתמו משמע דבכל ענין קאמרי ומהגר״א סק״י ג״כ משמע דאין חילוק ועכ״מ]:

ח כתב רבינו הרמ״א אחד מן האחים שהיו לו הרבה בנים והשביחו הנכסים אינו יכול לומר תנו לי מה שהרויחו בני דכיון דהעמידן סתם מסתמא במקומו העמידן וכל שהשביחו כאלו השביח הוא בסתם ומחל לכולם [סמ״ע] וכן האחרים אינם יכולים לומר תן לנו מה שאכלו בניך אלא הכל מן האמצע עכ״ל וזהו לדעה ראשונה שבסי׳ הקודם סעיף ב׳ דכל זמן שלא מיחו נזונין כולם מתפוסת הבית [ולפמ״ש הם אמת דין זה בכל ענין] ועמ״ש בסעיף י״א:

ט אחד מן האחים שנתן מתנה לאחרים מהעזבון והאחים ראו או ידעו מזה ושתקו ולא מיחו הוה מחילה וכל דבר שאחד מהאחים עשה בהעזבון והאחרים ידעו ושתקו ולא מיחו אין להם טענה בזה דאי לא הוה ניחא להו היה להם למחות בו מיד וכיון ששתקו בשעת מעשה אין להם אח״כ שום טענה ואם נגנב דבר מהאחין מאחד מהם או נאבד או נאנס מידו פטור דהוי שמירה בבעלים דכל האחים עמו במלאכתו ושמירה בבעלים פטור כמ״ש בסי׳ רצ״א ושמ״ו [סמ״ע]:

י מי שירש את אביו והשביח הנכסים ונטע ובנה ואח״כ נודע שיש לו אחים במדינה אחרת אם קטנים הם השבח לאמצע ואם היו גדולים הואיל ולא נודע שיש לו אחים שמין לו כארים והטעם הוא דבגדולים אם היה יודע שיש לו אח והיה בא לב״ד היו מורידים אותו לנכסיו כמ״ש בסי׳ רפ״ה לכן חשבינן ליה גם עתה כיורד ברשות ונוטל כארים בחלק האח השני ואע״ג דבשם כששמעו כשמת ובא אח״כ אינו נוטל כלום זהו מפני דארעתא דהכי נחית כיון שידע מזה אבל בכאן שלא ידע ממנו כלל דינא הוא שיטול כארים אך בקטן אם היה יודע ממנו והיה בא לב״ד לא היו מורידין אותו כמ״ש שם דאין מורידין קרוב לנכסי קטן לכן אינו נוטל מחלקו כלל והוי הכל לשותפות [סמ״ע וט״ז] ואע״ג דבסעיף ז׳ נתבאר דכשאינן נזונין ביחד דינו כיורד שלא ברשות וידו על התחתונה שאני התם דידע ממנו והיה לו להודיעו משא״כ בכאן וכן מי שירד לנכסי האח הקטן שידע ממנו והשביח אפילו מכיסו עם טרחת גופו אין שמין לו כארים אלא השבח לאמצע שהרי לא ירד ברשות:

יא תניא בתוספתא [פ״י דב״ב] האחים שהניח להם אביהם נכסים ולאחד מהם יש לו בנים ועמדו בניו של זה והשביחו את הנכסים. והביאום לבית הריבוי לא יאמר להם תנו לי מה שהשביחו בני את הנכסים וכן הם לא יאמרו לו תן לנו מה שאכלו בניך אלא מה שאכלו אכלו מן האמצע ומה שהשביחו השביחו לאמצע עכ״ל וזהו כמ״ש בסעיף ח׳ וצ״ל דהשביחו בלא הוצאה מכיסם וגם בלא טורח גופם בעבודה:

יב איתא בירושלמי פ״ט דב״ב [הל׳ ג׳] סתם אחים שותפים עד שלשה דורות עכ״ל ויש שפירשו דקאי אתוספתא שהבאנו דלאחר ג׳ דורות באחרים דמי דכבר נתרחקה ורבתם כמו שכתוב אם תשקור לי ולניני ולנכדי ויכולים אלו לתבוע שבחן ואלו יכולים לתבוע מהם מזונותיהם ודוקא כשאבי אביהם חי אבל כשמתו האבות ונשארו הנכסים משותפים בין הבנים אפילו עד כמה דורות הכל לאמצע [ראב״ד בת״ד סי׳ כ״ח] וי״א דאפילו כשאין האבות קיימין דסתמא דמילתא כן הוא דעד ג׳ דורות הכל לאמצע ולאחר מכאן הם כזרים ויעשו חשבון [רמב״ן בחי׳ לב״ב] ואם עשו שותפות בפירוש אפילו כמה דורות הוי לאמצע כל זמן שכל השותפים לא בטלו את השותפות:

סימן רפח [איך שמין בגדי הבנים והבנות בשעת חלוקה ובו ד׳ סעיפים]:

א האחים שבאים לחלוק שמין הבגדים שעליהם מה שקנו מתפוסת הבית ועדיין לא בלו ושמין אותם כפי שווין

שווין עתה בשעת חלוקה ואם בלה לגמרי או נאבד אין מנכין להם מחלקם דמעיקרא מחלי אהדדי שלא יקפידו זע"ז באלו הדברים בדר"א שקנו בסתם אבל בתחלה יכולין למחות זה על זה שלא יקנה שום אחד מהם מתפוסת הבית אם לא שיחשב אותו מחלקו אבל הבגדים שעל בניהם ובנותיהם שעשו מתפוסת הבית אין שמין דאנן סהדי שמחלו זל"ז מפני שמתביישין להביאן לב"ד ולשום הבגדים שעליהן לפיכך דוקא בגדי חול אין שמין אבל בגדי שבת ויו"ט שמין שיוכלו להביא הבגדים לב"ד דאינן נושאין את הבגדים בחול אבל מה שעליהם עצמם אף בגדי חול שמין דהא דרכם לבא לב"ד וי"א דגדול האחין אין שמין מה שעליו כלל דניחא להו שילבוש בגדים נאים כדי שישמעו דבריו וכיון שלא מיחו בו מסתמא היה דעתם כן שלא ישומו מה שעליו אבל בגדי שבת ויו"ט נ"ל דשמין גם את שלו :

ב כל מה שנתבאר הוא לדעה ראשונה שבסי' רפ"ו סעיף ב' דבסתם כל זמן שלא מיחו מתפרנסין כולם מתפוסת הבית אבל לדעה אחרונה שבשם אין מקום לדברים אלו אמנם לפי מה שבארנו שם דכשבחיי האב סמכו על שלחנו גם דעה זו מודה א"ש דינים אלו במקום שבחיי האב סמכו על שלחנו וי"א דדוקא בגדולים וקטנים שבשם שהקטנים צריכין יותר מזונות והגדולים צריכים יותר מלבושים בכה"ג אפילו בסתם יש קפידא אבל בכאן שכולם גדולים כל זמן שלא מיחו מסתמא היה כוונתם שלא להקפיד אא"כ מיחו בפירוש ולכן בסתמא יעשו בעת החלוקה כמו שנתבאר [סמ"ע סס] :

ג אל תטעה לומר לפי מה שנתבאר דבסתמא אין מקפידין האחין זע"ז כל זמן שלא חלקו דאם אחד מהאחין קנה לעצמו או לאשתו ובניו חפצים יקרים או כסף וזהב ותכשיטין והאחים לא מיחו בו דיחשב זה מתפוסת הבית ואם נגנבו או נאבדו או נתקלקלו בשעת החלוקה לא ינכו לו מחלקו דלא כן הדבר דמה שנתבאר הוא רק באכילה ושתיה ובגדי הכרחיות אבל מה שירצה אחד לענג א"ע ולאשתו וזרעו בדברים יקרים זהו אפילו בסתמא ינוכה מחלקו וכן משמע מלשון הטור ע"ש ודבר פשוט דכל אלו הדברים כשלא עשה האב או המוריש צוואה איך יתנהגו אבל אם עשה צוואה יעשו כצוואתו :

ד מי שצוה בשעת מיתתו שיתנו לבתו או לאחר דקל או שדה מנכסיו וחלקו האחים ולא נתנו להם כלום בטלה החלוקה ויתנו מקודם מה שצוה מורישם ליתן ואח"כ חוזרים וחולקים מחדש ואם ירצה אחד לקיים החלוקה וליתן משלו למי שצוה המוריש וחבירו יתן לו מעות הרשות בידו ויכול לכוף את כולם ולאמר להם או תנו אתם דקל ואני אתן חלקי במעות או אני אתן ותנו לי חלקיכם במעות ודוקא בדקל סתם אבל אם אמר ליתן דקל פלוני אין ביכולת לסלקו רק באותו דקל אמנם אם המקבל מתפיים בדקל אחר יכול אחד מהם ליתן לו ולקבל מהם מעות כמ"ש [ק"ן סוף כתובות] וה"ה בכל כיוצא בזה ולא דמי למ"ש בסי' קע"ד סעיף י"ב בשני אחים שחלקו ובא אח שלישי דבטלה החלוקה אפילו אם יתרצה השלישי ליטול בלא גורל יכול כל אחד מהשנים לבטל החלוקה דשאני התם דעיקר החלוקה היתה בטעות שהיו צריכים לחלוק על ג' חלקים וחלקו בשני חלקים וכן בעל חוב שנטל חלקו של אחד מהם שנתבאר בשם הרי נמצא שזה לא נטל חלק כלל אבל בכאן לא היה טעות בהחלוקה אלא שלא קיימו הצוואה וכיון שמקיימים עתה או שהמקבל מתרצה בדבר אחר אין טעם לבטל החלוקה ומזה הטעם לא דמי ג"כ למ"ש בס"ס רכ"ז בטעות הדיינים ונ"ל דכן הדין כשצוה לתת מעות או מטלטלין לפלוני דינו כמו בקרקעות [ככ"ל וח"ס כל מס ססקסו בזס יע' במפרסים ודוק] :

סימן רפט [אחים גדולים וקטנים ורוצים לחלוק איך יחלוקו ובו ז' סעיפים] :

א מי שהניח יתומים גדולים וקטנים ומבקשים הגדולים לחלוק בהנכסים כדי שיהא חלקם בידם וישמרוהו ויעבדוהו אין ביד ב"ד למנעם מחלוקה עד שיגדלו הקטנים אלא ב"ד מעמידין אפוטרופוס להקטנים ובוררין להם חלק יפה שהגדולים לא יאנו אותם שיהיה חלק הקטנים יפה כמו חלק הגדולים ובמקום שיהיה איזה ספק ממילא יוכרחו הגדולים לוותר להקטנים דלאו בני מחילה נינהו [ר"ן רפ"ב דקדושין] ולא שהאפוטרופוס עצמו יחלוק ע"פ שומתו והבנתו בלבד אלא ע"פ שומת ב"ד ומה שצריכין לאפוטרופוס בעת החלוקה כדי שיהפך בזכות הקטנים מה שלב"ד אין ראוי לעשות שלא יתראו בעורכי הדיינים [סס] וי"א דצריכין גם להטיל גורל ובתחלה ישומו ויעשו חלקים שוים ואח"כ יטילו גורל ובזה אנו בטוחים שלא יעשו עול להקטנים ואיזו טירחא היא להטיל גורל [תוס'] :

ב ואם הגדילו הקטנים אין יכולין למחות ולבטל החלוקה שהרי ע"פ ב"ד חלקו להם ואף אם יאמרו כשיגדילו דהחלק שברוח האחר היה יפה להם מפני שיש להם שדה סמוכה שם וכן יש כמה ענינים שביכלתם לערער אף כשיהיה גורל כמו בחלונות וסולמות וכיוצא בהן מ"מ כח ב"ד יפה שלא לבטל החלוקה וחז"ל למדו זה מחלוקת א"י שנאמר אלה שמות האנשים אשר ינחלו לכם את הארץ וגו' ונשיא אחד נשיא אחד ממטה תקחו לנחול את הארץ וכמה קטנים היו בבאי הארץ שהיה להם חלק

בא"י

בא"י מה שירשו מאבותם והיו הנשיאים האפוטרופסים שלהם ולא יכלו לערער אח"כ כיון שעשו ע"פ ב"ד וע"פ גורל:

ג בד"א כשהב"ד לא טעו בהשומא אבל אם טעו בהשומא ופחתו שתות או הותירו שתות יכולים למחות וחולקים חלוקה אחרת כשיגדילו דבמקום שטעו בשומא לא אמרינן כח ב"ד יפה [גמ'] ואע"ג דבעלמא גם במטלטלין שתות קנה ומחזיר אונאה ובקרקעות אין אונאה כלל כמ"ש בסי' רכ"ז מ"מ ביתומים החמירו כמ"ש בסי' ק"ט אבל בפחות משתות אין יכולים למחות דלא גרע ממטלטלין דהוי מחילה בפחות משתות ויש מי שרוצה לומר דאפילו בפחות משתות יכולים למחות [ר"ן] אבל רוב הפוסקים הסכימו דדוקא בשתות יכולין לבטל החלוקה:

ד י"א דאין רשות לב"ד לחלוק בדבר ששייך בו גוד או איגוד דזהו כמו מכירה ואין האפוטרופוס רשאי למכור נכסיהם כמו שיתבאר בסי' ר"ץ ואע"ג דע"פ ב"ד נעשה מ"מ עיקר העושה הוא האפוטרופוס ועוד דשמא יערערו על זה כשיגדילו [ע"ז] ולכן בדבר כזה בהכרח להניחה עד שיגדלו אבל יש חולקין בזה וס"ל דיש לאפוטרופוס כח בזה דאין זה מכירה ממש ובפרט שהשומא נעשית ע"פ ב"ד דכל אפוטרופוס אף כשמינה אותו אבי היתומים בחייו אינו יכול לחלוק בלי ב"ד אא"כ נתמנה בפירוש לכך שיעשה הכל בעצמו וה"ה בכל מקום שמעמידין אפוטרופוס לנכסי יתומים מ"מ יעשו הכל ע"פ ב"ד [ר"ן סס] וכשב"ד רואים שיש טובת היתומים בהגוד או איגוד אפילו לדעה ראשונה יכול האפוטרופוס לעשות [נס"מ]:

ה היו האחים כולם קטנים אין חולקין להם עד שיגדלו דלמה יחלוקו הלא גם אח"כ צריכין למנות אפוטרופוס ימנו אותו עתה ויעמדו כל הנכסים בידו עד שיגדלו ואם נראה לב"ד תועלת במה שיחלוקו עתה הרשות בידם וכל שהגיעו הקטנים לי"ג שנה יכולים לחלוק בעצמם ואע"ג דלמכירת קרקע אין מניחים אותם עד שיהיו בני ך' שנה כמ"ש בסי' רל"ה מ"מ לחלוק יכולים דחלוקה לא הוי כמכר ואע"ג דקיי"ל לענין אונאה דאחין שחלקו הרי הם כלקוחות כמ"ש בסי' רכ"ז ובגמ' יש מי שסובר דלכמה דברים כלקוחות הם מ"מ אינם לקוחות ממש וזה שאסרום למכור עד בן ך' שנה אינו אלא מדרבנן לפיכך לא ראו חכמים לעכב החלוקה עד ך' שנה [ומיוסב קושית סנר"ה] ואף בגוד או איגוד יש להם רשות כיון שהם גדולים וגם א"צ לבדוק אם הביאו שתי שערות דמסתמא כיון שהגיעו לשנים הביאו סימנים ואע"ג שבחליצה מחמרינן כמ"ש באה"ע סי' קס"ט מ"מ בחלוקת ממון אין לנו לחשוש בזה וכשהיו בנות יורשות כיון שהגיעו לי"ב שנה שזהו זמן גדלותן יכולין לחלוק:

ו מי שמת ומקצת יורשים חטפו חפצים ומעות מנכסי מורישם קודם קבורתו בלא חלוקה וקצתם לא לקחו ויש ביד איש אחר מנכסי המת ובאו הקרובים לבקש ממנו שיתן מה שבידו לצרכי קבורה והיורשים שלא לקחו מעכבים בזה באמרם שאם יקחו מזה לקבורתו לא ישאר לפניהם חלק ירושתם ויהיה קשה להם להוציא חלקם מיד החוטפים ורצונם שכל אחד מהיורשים יתן על הוצאות קבורה כפי חלקו פסק הרא"ש ז"ל דהדין עמהם ויבואו לחשבון וכל אחד מהיורשים יתן חלקו המגיע עליו ואף שע"י זה יהיה קצת איחור בקבורת המת מ"מ יש לנו לחוש לפסידא דקצת יורשים גם בעלי חובות יכולים לעכב את הקבורה קצת אם ע"י זה יגבו החובות שלהם ובאופן שאחר הקבורה יהיה קשה לגבותם ואדרבא זכות הוא להמת שישלמו חובותיו:

ז אם לא היו כאן כל האחים ואותן שבכאן מבקשים לחלוק או שחלקו ובא אח או בעל חוב ונטל חלקו של אחד מהם נתבאר בס"ס קע"ד ושם נתבאר דלפעמים נוטלים הגדולים והקטנים מפסידים ואחד מהאחים שירד לאומנות או חלה או רוצה לילך ללמוד נתבאר בסי' קע"ז ואחד מהאחים שהיו שטרות יוצאים על שמו ואומר שלי הם נתבאר בסי' ס"ב:

סימן רצ [דיני אפוטרופסות ובו מ"ו סעיפים]:

א מי שהוא קרוב למות ומניח יורשים קטנים או גדולים וקטנים או שאשתו מעוברת ואפילו כולם גדולים ויש לחשוש שמא העובר הוא זכר ויש לו חלק בנכסים [ב"י] צריך המוריש למנות אפוטרופוס שיתעסק בשביל הקטנים עד שיגדלו ויראה לי שאין האב יכול למנות אפוטרופוס רק על חלק הקטנים אבל שימנה אותו שינהיג גם חלק הגדולים אינו יכול אם אין מתרצים בכך דמיד שמת נפלו נכסיו להיורשים ואין לו דעה מה שיעשו בניו הגדולים בהם אא"כ מוסרן בחייו את הנכסים במתנה לאחרים וכן מוכח ממה שנתבאר בריש סי' ר"נ ע"ש וכמו שיתבאר סוף סי' זה ורק על חלק הקטנים הרשות בידו למנות אפוטרופוס דאם הוא לא יעשה יעשוהו ב"ד דאין בכח הקטנים להנהיג ולפ"ז בהכרח שיעשה חלוקה קודם מותו דאל"כ לא יהיה ביכלתו למנות אפוטרופוס ובהכרח שהגדולים ינהיגו הנכסים וישביחום ויהיה השבח לכולם כמ"ש בסי' רפ"ז ואם הם ירצו לחלוק יעמידו ב"ד אפוטרופוס להקטנים ויעשו חלוקה כמ"ש בסי' הקודם:

ב ונ"ל שזהו כוונת הרמב"ם והראב"ד שכתבו בפ"י מנחלות מי שמת והניח יורשיו גדולים וקטנים צריך למנות אפוטרופוס שיהיה מתעסק בחלק הקטן עד שיגדיל עכ"ל הרמב"ם וכתב הראב"ד והוא שחלק להם בחייו ואם לא חלק יניח הכל ביד הגדולים והם ישביחו לאמצע

וטוב

וטוב להם עכ"ל ביאור הדברים דהרמב"ם אומר שימנה אפוטרופוס על נכסי הקטנים דעל נכסי הגדולים אין ביכלתו לעשות אפוטרופוס כמ"ש ולזה הוסיף הראב"ד דלפ"ז צריך לחלוק בחייו דאל"כ אין ביכלתו לעשות אפוטרופוס וממילא דכשלא חלק בחייו אף שעשה אפוטרופוס אין בעשייתו כלום ובהכרח שיניח כל הנכסים ביד הגדולים וייטב להקטנים בזה שהשבח יהיה לאמצע:

ג ויש מהמפרשים שכתבו לפי הבנתם בדבריהם דכשהגדולים הם אנשים שיכולים לעסוק בהנכסים טוב יותר שהגדולים יעסקו מלמנות אפוטרופוס על חלק הקטנים ותמוה לי דא"כ למה ייעצו חז"ל להאב למנות אפוטרופוס ולמה לא ייעצוהו שיצוה שהגדולים יעסקו בהנכסים אלא ודאי דאין לעשות כן לכתחלה שלא יאנו את הקטנים ועוד מי יימר שיתרצו אח"כ לזה ושמא ירצו לחליק כמ"ש בסי' רפ"ט ובודאי טוב יותר למנות אפוטרופוס על חלקן של הקטנים ורק הראב"ד ז"ל מלמדנו איך לעשות דאם לא יחלוק את הנכסים אין ביכלתו למנותו ובהכרח שהגדולים יעסקו בהנכסים ומה שאומר וטוב להם ר"ל דבזה טוב להם שיקחו חלק מהשבח אבל לא שלכתחלה הוא עצה טובה שהאב יברור דרך זה אם לא שהאב בטוח בצדקתם של הגדולים שלא יעשו עול להקטנים וזהו דבר רחוק שימצא בכאלה אם לא במיעוטא דמיעוטא:

ד אם צוה המוריש שינתן חלק הקטן לידו ויעשה בו מה שירצה הרשות בידו דיכול אדם לעשות בנכסיו כרצונו וכן אם מינה אפוטרופוס על הקטנים קטן או אשה או עבד ועכו"ם הרשות בידו וזהו שמצינו לפעמים בש"ס שאין אפוטרופוס להקטן ולמה אין ב"ד ממנין אפוטרופוס אלא כגון שהאב צוה למסור להקטן ושלא למנות אפוטרופוס [סס"מ] ואם אחד אמר להשכ"מ רצונך שאהיה שליט בנכסיך ואמר הן ה"ז לשון אפוטרופסות וכה"ג משארי לשונות כגון שאמר רצונך שאהיה המנהיג או המשגיח או המנהל בנכסיך ומי שהיה לו אפוטרופוס על נכסיו בחייו ומת ולא צוה כלום אין מניחין אותו להיות אפוטרופוס על יתומיו דשמא בחייו ידע אביהם שנגדו לא יעיז לעשות עול או עוות בהנכסים ונגד היתומים הקטנים יעוות אלא ב"ד מעמידים הראוי להיות אפוטרופוס או שזה האיש עצמו הוא איש נאמן הידוע לב"ד ימנו אותו דזה האיש לא מקרי אפוטרופוס שמינוהו אבי יתומים דזה אינו אלא כשמינה אותו סמוך למיתתו אבל לא מה שהיה מנהיג בנכסיו בחייו וכשב"ד רואין איש אחד המוחזק בנכסי יתומים ומתנהג בהן כאפוטרופוס ולפי ראות עיני ב"ד אינו ראוי להיות אפוטרופוס והוא אומר שאבי היתומים מינה אותו אין ב"ד מניחין אותו עד שיביא ראיה ברורה שאבי היתומים מינהו ואף שהוא מוחזק בהנכסים ואם לא הביא ראיה ברורה ב"ד מסלקין אותו וממנין את הראוי לזה:

ה ומי שמת בלא צוואה ולא מינה אפוטרופוס ולא צוה ג"כ שלא למנות חייבים ב"ד להעמיד אפוטרופוס לנכסי יתומים הקטנים או להעובר עד שיגדילו שב"ד הם אביהם של יתומים קטנים וב"ד נקרא הרב והדיינים שבעיר שנתמנו לב"ד או ידועים לגדולי העיר ואין כח ביד שלשה אנשים בעלמא שיעשו עצמם ב"ד על היתומים אלא יודיעו להב"ד ואם אין ב"ד בעירם יודיעו להב"ד הסמוך ויעשו כראוי ואם הב"ד בעצמם רוצים להתעסק בצרכי היתומים הרשות בידם מיהו כשצריכין לעשות חלוקה או לטעון עם אחרים מחמת היתומים י"א דצריכין להעמיד אפוטרופוס ולא הב"ד בעצמם שלא יתראו כעורכי הדיינים דהא בהכרח לצדד לטובת היתומים ואין זה נאה לב"ד לצדד בעד צד אחד ולא דמי למה שב"ד מסלקים האפוטרופוס ממקומו כשאינו עושה כראוי כמו שיתבאר דזהו ודאי שראוי לב"ד לעשות בעצמם אבל בדבר חלוקה וטענות עם השכנגדם מוטב יותר שאחר יטעון בעדם:

ו כתב הרשב"א בתשו' דכשמינה שני אפוטריפסים ומת אחד מהם ינהיג השני לבדו וא"צ הב"ד או הקהל להעמיד אחר במקום השני דודאי כן היה כוונת המצוה דאם נאמר דכוונתו שרק שנים יתעסקו ולא אחד א"כ כשילך אחד מהם על איזה ימים לעסקיו יתבטל המינוי ואין זה דעת המצוה והובא זה ביו"ד סי' רנ"ח ויש מהגדולים שפקפקו בזה דבודאי כשמינה שנים היה כוונתו שלא להאמין לאחד בתמידיות דודאי אם אחד נסע על ימים אחרים יכול השני להנהיג לבדו דהרי כשיבא יברוק אחר מעשיו שעשה זה אבל כשמת אחד מהם אין סברא כלל לסמוך על האחד לבדו כשמינה שנים ובודאי כדבריהם כן הוא ונ"ל שאף הרשב"א ז"ל לא אמר כן רק מפני שהמנהג היה אצלם כן שלא למנות אחר תחת המת כדמשמע מדבריו בתשובתו אבל מדינא כשמת אחד מהם ימנו אחר תחתיו וכן המנהג עתה שכשממנים שני ממונים על איזה דבר ומת אחד מהם ממנים אחר תחתיו [ט"ז סס] ומי שאמר ראובן ושמעון יהיו אפוטרופסים כוונתו לשניהם ואע"ג דבלשון תורה יש לפעמים וי"ו המחלקת מ"מ בלשון בני אדם אינו כן וכ"ש כשאמר בלעז [עקצ"ח]:

ז אע"פ שביד המוריש למנות מי שירצה אבל הב"ד אין ממנים לאפוטרופוס לא אשה ולא עבד ולא קטן ולא עכו"ם ולא ע"ה שהוא חשוד על עבירות וגם אין בור ירא חטא ויורה היתר לעצמו לוותר לו מהיתומים דעל כל אלו א"א לסמוך להנהיג אפוטרופסות לזמן רב אלא בודקין ב"ד אחר אדם נאמן ואיש חיל שאם מי שהוא יגזול את היתומים יוציא הגזילה מת"י ויודע להפך בזכות היתומים בדין ודברים שיהיה להיתומים וטוען טענתם ויעמוד בפרץ בעדם ויש לו כח ודעת בעסקי העולם כדי לשמור הנכסים ולהרויח בהם ומעמידים אותו על נכסי הקטנים בין שיהיה רחוק בין שיהיה קרוב להקטן

אלא

אלא שאם היה קרוב לא ירד לקרקעות כמ"ש בסימן רפ"ח אבל לאפוטרופסות יכולין ב"ד להעמיד אפי' היותר קרוב שלהם אם רואים שאדם כשר הוא ומסוגל לאפוטרופסות וגם יכולים ב"ד למנות קרוב של הב"ד לאפוטרופוס אם הוא ראוי לכך דאין קרוב פסול רק לעדות ולדין:

ח יש רשות לב"ד לשלם להאפוטרופוס מנכסי היתומים בעד טרחתו כשרואין שזה ראוי למנותו לאפוטרופוס ורק לפי מצבו אין ביכלתו לעזוב עסקיו ולעסוק בנכסי היתומים ולהשיג איש כזה בחנם אין להשיג או שרואים שאם יטילו על אחד לעשות בחנם יתפסדו נכסי היתומים יש רשות בידם לשלם להאפוטרופוס בעד טרחתו כפי ראות עיניהם אלא דבכה"ג אין למנות קרוב שלהם שלא יחשדו אותם דכוונתם לטובת קרובם [ט"ז] אבל להקרוב של היתומים יכולים לשלם דבזה לא שייך שיחשדום ורשאי האפוטרופוס ללבוש בגדים נאים מנכסי היתומים אם רואים ב"ד שזהו לתועלתם כדי שיהיו דבריו נשמעים וי"א דהיתומים יכולים למחות בו שלא ללבוש משלהם כמו שיכולים למחות בגדול האחים כמ"ש בסימן רפ"ו ולי נראה דלא דמי דבשם אין יד הב"ד בזה אלא דסתמא אמרו חז"ל שאם גדול האחים לבש בגדים חשובים אין מוחין בו דמסתמא הוא טובת היתומים ולכתחלה אין לו לעשות כן כמ"ש שם אבל באפוטרופוס שב"ד מינוהו ויודעים שבזה יהיה טובת היתומים נראה דכמו שאין כח ביד הקטנים למחות בב"ד שלא יעשו אפוטרופוס כלל כמו כן אין ביכלתם למנוע במה שהב"ד רואים טובתם בזה דהא אין להם דעת והב"ד מבינים יותר טובתם:

ט כשמעמידים ב"ד אפוטרופוס צריכין לחשב עמו כל נכסיהם ולכתוב חשבון המטלטלין והקרקעות והחובות וכל דבר שמוסרים בידו דהא על טענת ברי משבעינן ליה וגם על טענת שמא כמו שיתבאר לכך צריכין הב"ד לידע מה שמקבל ומה שיחזיר להיתומים כשיגדלו וכותבים שני שטרות שוין האחד יהיה ביד האפוטרופוס ואחד ביד הב"ד לידע מה שמקבל כדי שידעו היתומים מה שלהם ומוסרים לו כל הנכסים הקרקעות והמטלטלין שלא נמכרו עדיין או שאין צריכין להמכר והשט"ח והוא מוציא ומכנים ובונה וסותר ושוכר פועלים ונוטע וזורע ונושא ונותן ועושה כפי מה שיראה לטוב להיתומים ומאכילם ומשקם ומלבישם ומנעילם ומספיק להם כל צרכיהם ונותן להם ההוצאה כפי ערך העזבון וכפי הראוי להם ולא ינהיג אותם בהרחבה יותר מדאי ולא יצמצם עליהם יותר מדאי וגם אם האלמנה והבנות נצרכים ליזון מהנכסים ועישור נכסים לנשואיהן יהיה הכל על ידו ויעשה פנקס ויכתוב ההוצאה וההכנסה:

י ב"ד שהעמידו אפוטרופוס ושמעו עליו שהוא אוכל ושותה ומוציא הוצאות יותר מדבר שהיה אמוד בו יש להב"ד לחוש לזה שמא אוכל מנכסי היתומים ומסלקים אותו ומעמידים אחר תחתיו ונ"ל דהב"ד יכולים להשביעו אם לא גזל משל היתומים דכשמינוהו ב"ד יכולים להשביעו גם על טענת ספק כמו שיתבאר ובפרט כשיש רגלים לדבר אבל אפוטרופוס שמינהו אבי היתומים אין מסלקין אותו מפני הספק ואומרים שמא מציאה מצא דכיון שהוא מינה אותו אין לב"ד להעבירו מפני הספיקות אבל אם באו עדים שהוא מפסיד נכסי היתומים או שנתברר לב"ד ע"פ אומדנא ברורה מסלקים אותו ומשביעים אותו וכמה שהפסיד ישלם להיתומים וי"א דאף כשמינוהו ב"ד אין מסלקין אותו אא"כ באו עדים שהוא מפסיד והעיקר נראה כדעה ראשונה:

יא וה"ה לאפוטרופוס שמינהו אבי היתומים והיתה שמועתו טובה והיה ישר ורודף במצות וחזר להיות זולל וסובא והולך בדרכי חושך ובדרכים שיש בהם חשדות או שפרוץ בנדרים ובאבק גזל אע"פ שלא נתברר בפרטות שגזל משל היתומים חייבים לסלק אותו ולהשביעו דכיון שנתנו דרכיו ודאי דלא ניחא ליה לאבי היתומים וכך היה רצונו מסתמא בשעת עשייתו שאם יתקלקל יעבירוהו וימצאו הב"ד איש כשר וכלל כל הדברים הללו כפי מה שיראה לב"ד ואם הלך בדרך זה בחיי אביהם אין מסלקין אותו שהרי רצה בכך [סס"מ]:

יב כתב הרמב"ם ז"ל בפי"א מנחלות מעות של יתומים שהניח להם אביהם א"צ אפוטרופוס אלא כיצד עושין בהן בודקין מי שיש לו נכסים שיש להם אחריות ויהיו עדיות ויהיה איש נאמן ושומע ד"ת ומעולם לא קבל עליו נידוי ונותנין אותן לו קרוב לשכר ורחוק להפסד [דסקילו ביתומיס] ואם אין לו קרקע ונתן להם משכון זהב משובר שאין בזה סימן ונותנין לו המעות קרוב לשכר ורחוק להפסד ולמה לא יקחו משכון כלים של זהב או חלי של זהב שמא של אחרים הוא ויתנו סימן ויטלוהו אחר מותו אם ידע הדיין שאין זה אמוד וכמה יפסקו בשכר כפי מה שיראו הדיינין או שליש השכר או חציו אפילו רביע השכר ליתומים אם ראו שזו תקנה להם עושין לא מצאו אדם שיתנו לו המעות רחוק להפסד וקרוב לשכר הרי אלו מוציאין מהן מזונות מעט מעט עד שיקנו להם בהמעות קרקע וימסרו אותו ביד אפוטרופוס שיעמיד להם עכ"ל ואע"ג דגם בזהב משובר יש סימן משקל וקיי"ל לענין מציאה דהוי סימן כמ"ש בסי' רס"ז י"ל דדוקא במציאה הוי סימן דאין מוציאין מחזקת האחר אבל הכא דאנן טוענין שהן של אבי היתומים אינו יכול להוציא מחזקתו ע"פ סימן המשקל אלא בסימן מובהק [כמק"י פ"ס דב"מ] ואע"ג דהרמב"ם קורא זה וכיוצא בסימנים אלו מובהקים כבר בארנו שם דלגבי מציאה נקראין מובהקין ע"ש:

יג למדנו ממה שנתבאר דאין עושין משא ומתן במעות יתומים דשמא יפסידו אלא נותנין אותן למחצית שכר

אן

או לשליש ולרביע ומהפסד לא יסבלו כלל ונותנין על משכנות בטוחים ושלא יהא בהן חשש שמא הן של אחרים או לאיש שיש נכסים ידועים שיוכלו להיות באחריות על המעות ושיהיה איש נאמן דכיון שאין המשכון תחת ידינו צריכין לנאמנותו שלא ימצא עילה לאמר שלא הרויח ויקבל עליו נידוי שכן הוא ונ"ל שזה שכתב הרמב"ם קניית קרקע אחרי כל זהו כשאין קרקע מוכנת לקנות ויש לחוש שבין כך וכך יאכלו הקרן אבל כשיש קרקע מוכנת לקנות אין טוב מזה ובזמנינו שאין לנו קרקעות וגם משכנות כאלו אינו מצוי כלל המנהג פשוט לחפש אחר היותר בטוח בעיר ומוסרין לו על עיסקא בריוח קטן או מלוים לשרים שיש להם קרקעות ולוקחים מהם שט"ח שיש לזה תוקף בערכאות ומאד צריכין ליזהר במעות של יתומים ורבינו הב"י הביא בשם הרשב"א ז"ל שבמעות יתומים אין עושין מסחר בים עכ"ל ומשמע שביבשה עושין ואפשר דלרבותא קאמר אף שיש בזה הרבה ריוח דמהרמב"ם ז"ל שהבאנו משמע להדיא שאין עושין בהם מסחור :

יד ומ"ש הרמב"ם דא"צ אפוטרופוס הטעם פשוט כיון דאין כאן טירחא רבה גם הב"ד בעצמם יכולים לעשות כן אבל הטור כתב שיותר טוב למנות אפוטרופוס והוא ישתדל לבקש אדם הראוי ליתנם לו שיותר ישתדל הוא בהן מהב"ד ומה שאמרו חז"ל שיתנו בב"ד לאו למימרא שב"ד יתנו לו אלא האפוטרופוס יתנם לו במעמד ב"ד עכ"ל וגם מהרשב"א והנמק"י שם נראה כן ואפשר גם דעת הרמב"ם לא לעיכובא אלא כלומר שא"צ ב"ד ומ"מ אם ב"ד רוצים לעשות ע"י אפוטרופוס הרשות בידם וכן משמע מהלבוש ע"ש דבאמת הב"ד הרבה טרודים וא"א להם להשתדל כל כך כמו האפוטרופוס שנתמנה על זה ואפוטרופוס שהלוה מעות של יתומים שלא היה לו להלוות לאנשים כאלו מוציאין ב"ד המעות מיד הלוה ומחזירין ליתומים דכיון שיכולין לסלק גם האפוטרופוס פשיטא שיכולים להוציא מהלוה שבא מחמת האפוטרופוס ומבטלין כל מה שעשה עמו ואם אין ביכולת להוציאם מהלוה ואם נאבדו המעות חייב האפוטרופוס לשלם שהרי פשע ואף שהלוה הוא איש נכבד והגון מ"מ אם האפוטרופוס ידע שמצבו לא בטוב ושהוא חייב הרבה לאחרים לא היה לו להלוותו ופשע בזה אם לא שמביא ראיה שלא פשע כגון שאז היה הלוה במצב טוב וכיוצא בזה דאז פטור מתשלומין [מהרי"ק שורש כ"ג] :

טו י"א דכמו שהאפוטרופוס יכול ליתן מעות היתומים לאחרים כמו כן גם יכול לקבל המעות לעצמו קרוב לשכר וחוק להפסד אם הוא איש אמיד ובטוח ובלבד שיעשה זה בב"ד משום לזות שפתים שלא יאמרו עליו שמרויח לעצמו ממעות יתומים ואע"ג דבמשכון נתבאר בסי' ע"ב דלהשכיר לעצמו אסור משום חשדא שאני הכא דכיון שעושה ע"פ ב"ד ליכא חשדא ואע"ג דבפקדון קיי"ל דכשנצרך למכרו ימכור לאחרים ולא לעצמו ואפילו ע"פ ב"ד כמו שיתבאר בסי' רצ"ב לא דמי דביתומים הב"ד הם כאבי היתומים וכשם שאביהם היה יכול לעשות כן כמו כן גם הב"ד הם כאביהם בפרט זה וליכא חשדא [סמ"ע] ועוד דבפקדון נשאר החפץ לעולם בידו ושפיר איכא חשדא משא"כ בהלואה לזמן וגם אין הדבר ניכר כמו חפצים של פקדון וליכא חשרא ובפרט כשעושה ע"פ ב"ד :

טז יראה לי דאין חילוק במעות יתומים בין אפוטרופוס שמינוהו ב"ד או מינהו אבי היתומים דאף במינהו אבי היתומים אם פשע בהלואה שהלוה למי שלא היה צריך להלותו חייב לשלם וכא מיבעיא לפי מה שפסקו רבותינו בעלי הש"ע שחייב בפשיעה אלא אפילו למי שסובר דהוי ספיקא דדינא במינהו אבי יתומים אם חייב בפשיעה אם לאו כמו שיתבאר מ"מ אם נאבדו המעות חייב לשלם דזה גרע מפשיעה והוי כמאבד בידים ואף שיש מי שמסתפק בזה מ"מ כן נראה עיקר לדינא אמנם א"א לברר בכתב מה נקרא פושע בהלואה ותלוי בראיית עיני ב"ד דלפעמים יש אדם שאינו עשיר הרבה ומסחרו הולך מישרים והוא יותר בטוח מעשיר גדול שמסחרו הולך עקלקלות דלהלוות על זהב שבור ועל קרקעות קשה למצא בזמנינו וכל אפוטרופוס שרוצה לצאת י"ש לא יעשה שום הלואה בלא רשות ב"ד ואז אין עליו שום אחריות :

יז אפוטרופוס שהלוה לאחד מעות יתומים ונעשה הכחשה בין הלוה ובין האפוטרופוס שהלוה אומר פרעתי והוא מכחישו או שהלוה אומר פרעתי כך וכך והוא אומר פחות מזה פרעת אם הלוה מודה שהמעות הם של יתומים נאמן האפוטרופוס בלא שבועה דדינו כשליש שהרי אינו נוגע בדבר ושליש נאמן בלא שבועה אבל אם טוען איני מאמינך שהם של יתומים א"צ לישבע שהם של יתומים דזהו טענת שמא אבל צריך לישבע שלא פרעו או שלא פרע רק כך וכך [מרדכי פ"ס דכ"מ] ודוקא כשהאפוטרופוס בעצמו הלוהו וירע הלוה שהמעות הם של יתומין ונמצא שהוא עצמו עשאו לשליש והאמין לו אבל כשלא הלוהו בעצמו אין דינו כשליש דמי יימר שהאמין אותו עליו כמ"ש בסי' נ"ו [ס"ך] ואין דינו רק כעד אחד ונשבע הלוה שר"א להכחיש את העד ונפטר ודוקא בהלואה בלא שטר אבל בשטר אינו נאמן לומר פרעתי כמ"ש בסימן פ"ב ושטר בכת"י נתבאר בסימן ס"ט ופוגם שטרו ופוחת נתבאר בסי' פ"ד ויש להסתפק אם גם האפוטרופוס שוה להמלוה בעצמו לענין פוגם שטרו שלא יפרע אלא בשבועה כיון שהוא לא הלוהו ולא עשאו לשליש או אפשר דכיון שהיא תקנתא דרבנן לא תקנוה לאפוטרופוס אבל בעד אחד מעיד שהוא פרוע פשיטא שלא יפרע אלא בשבועה כיון שהיא שר"א ואם אביהם הלוהו ועד אחד מעיד שהוא פרוע נתבאר שם בסי' פ"ד :

יח ויש בכאן שאלה דאיך נאמר דהאפוטרופוס נאמן כשליש הלא הוא נוגע בדבר דהא צריך לשלם להיתומים ע"פ חשבון שתחת ידם ויש רוצים לומר דבאמת אין דין זה כשהוא ממונה על נכסיהם רק שהוא ממונה לטעון טענותיהם אך ממקור הדין לא משמע כן וצ"ל דמיירי באופן שהיתומים לא היו יכולים לתבוע מהאפוטרופוס כגון שמינהו אבי היתומים או הב"ד שיהא לו כל דין תורת נאמנות בלא שבועה או שביכלתו לומר שהלך על הוצאות היתומים ואין ביכולת להכחישו אבל במקום שבאמת יכולים לתבוע ממנו אין דינו כשליש ואף כעד אינו [עכס"מ]:

יט כתב הטור מי שיש בידו מנכסי יתומים סחורה שיש לחוש שאם ישהה אותה עד שתתייקר שמא תפסד או אם יוליכה לשווקים שמא תאנס בדרך לא יאמר אעשה בהן כדרך שהייתי עושה בשלי אלא לא יעשה בהן דבר כי אם ע"פ ב"ד וכן מכירת מטלטלין דיתמי דכל לפי ראות עיני ב"ד לפי מה שיראה להם תועלת יעשה בהן בין להשהותן עד יום השוק בין למכרן מיד ונראה דזה לא איירי אלא במי שהן בידו ולא נתמנה אפוטרופא אבל האפוטרופוס א"צ עוד ב"ד אלא יעשה כפי הנראה לו עכ"ל הטור וי"א דגם זה שבידו מנכסי היתומים לא גרע מיתומים שסמכו אצל בעה"ב דדינו כאפוטרופוס כמו שיתבאר בסעיף מ"ב ומ"מ צריך דוקא ב"ד וא"כ ה"ה אפוטרופוס אבל באמת לא דמי דזה שבידו מנכסי היתומים יכול להיות שעדיין מאביהם הופקד אצלו ואין דינו כאפוטרופוס כלל וביתומים שסמכו גופא א"א לומר שיהיה יכולת בידם לעשות בלא ב"ד דמי יודע מעשיו ואע"פ שדינו כאפוטרופוס מ"מ במשא ומתן אין לו רשות [ועיין בה"ם פ"ס דגיטין סי' ו']:

כ והרמב"ם ז"ל כתב שם כל המטלטלין של יתומים שמין אותן ומוכרין אותן בב"ד ואם היה השוק קרוב למדינה מוליכין אותן לשוק ומוכרים אותם ויצטרפו דמיהם עם מעות היתומים עכ"ל ויתנו אותם בעיסקא קרוב לשכר ורחוק מהפסד [סמ"ע] והרמב"ם מיירי כשאין אפוטרופוס דכן מוכח מסידור דבריו דענין אפוטרופוס כתב אח"כ וכן משמע מדברי רבינו הרמ"א וזהו כדברי הטור שאפוטרופוס א"צ ב"ד ועוד מבואר מדבריו דדוקא כשהשוק הוא קרוב לעיר מוליכים סחורת יתומים אבל כשהוא רחוק לא יוליכום להשוק דשמא יארע אונס אלא ימכרום בכאן אע"פ שתמכר בזול דאין להכנים מעות יתומים בספק הפסד אע"פ שהריוח יכול להיות ג"כ הרבה:

כא וכתב עוד מי שהיה בידו יין או שכר של יתומים אם יניחנו כאן עד שימכור שמא יחמיץ ואם יוליכנו לשוק שמא יארע אונס בדרך ה"ז עושה בו כדרך שהוא עושה בשלו וכן כל כיוצא בזה עכ"ל ואין זה סותר לדברי הטור שכתב שלא יאמר אעשה בהן כבשלי דוודאי גם הרמב"ם סובר כן במקום שבצד אחד אין לחוש לסיבה והריוח מעט ובצד אחר יש לחוש לסיבה והריוח מרובה פשיטא שאין לקפוץ על ריוח מרובה אף שבשל עצמו אדם עושה כן אבל בזה שבשני הצדדים יש סיבה כביין ושכר שלמכרו פה מיד א"א ולשהותו יש חשש שיתחמץ ולהוליכו לשוק יש חשש אונס בדרך ובהכרח לברור אחד משני הצדדים ממילא יעשה כבשלו ומה שיברור יברור ומה שהטור הצריך ב"ד נראה בכוונתו דמ"מ אם לפי ראות עיני ב"ד אין הסיבה מוכנת ויאמרו להשהות או להוליך לשוק הרשות בידם והוא בעצמו אינו רשאי לעשות בלא ב"ד אבל בזה שבהכרח לברור באחד מהצדדים א"צ ב"ד ויש מי שאומר דלדעת הטור גם בזה צריך ב"ד [נ"ך] מיהו זהו לכל הדעות שביד ב"ד לעשות לשלוח לשוק אף שביכולת למכור בכאן כולו מיד בריוח מועט כיון שב"ד רואין שאין בזה חשש סיבה:

כב וכתב רבינו הב"י אין שולחין מטלטלין או סחורה של יתומים בדרך ים ולא בדרך שיש בה ספק אונס אלא יין או שכר שיש בו חשש שמא יחמיץ כמ"ש וכן כל כיוצא בזה עכ"ל ומשמע דגם ע"פ ב"ד אין לעשות כן כיון דהסיבה קרובה כמו ים שעלול לסיבות אבל במקום שאין הסיבה קרובה כסתם דרכים שלנו י"ל דמודה ג"כ דע"פ ב"ד יכול לעשות כדמשמע מלשון הטור וכמ"ש בסעיף הקודם:

כג מעשה בראובן שהלוה מעות יתומים למשרתי ההגמון על משכונות מכלי כסף ונמשך הדבר כמה שנים ובא האפוטרופוס של היתומים ורצה ליקח עמו המשכונות ולהוליכן למקום היתומים שהיה פחות ממהלך יום מפה מפני שבשם יש עשירים ויהיה ביכולת למוכרן ולהציל הקרן והריוח ואומר ראובן שמתיירא מעלילות ורוצה ליתן בערם מה שישומם כאן ופסקו שהדין עם האפוטרופוס ואין היתומים מחוייבים לסבול היזק מפני יראתו ומי הכריחו להלוותם ולכן אם רצונו ליתן הקרן עם הריוח להאפוטרופוס יכול לעכב עליו שלא יוליכם לשם אף שבשם יטול יותר ואם לאו אינו יכול לכופו [כס"מ] ונ"ל דאם עשה ההלואה ע"פ ב"ד א"צ לשלם רק מה שישומו בכאן כיון שעשה ברשות ב"ד ואפשר דגם זה א"צ דכיון שעשה ע"פ ב"ד פשיטא שאינו מחוייב ליכנס עי"ז בסכנה וממילא רא"צ להוציא מכיסו אף פרוטה ולכן יטכסו עצה אחרת בזה ללוות עליהם במקום אחר בעיר זו וכה"ג [כ"ל]:

כד אמרו רז"ל [גיטין נ"ב] דאין האפוטרופוס רשאי לדון לחוב ע"מ לזכות ופירש"י אם דנו כדי לזכות ונתחייבו אין היתומים נפסדים וכן פירשו רוב הפוסקים ופירושו שאם אחד תבע מהיתומים ועמד האפוטרופוס עמו בדין אם זכה בעד היתומים דינו דין ואם נתחייבו בדין אין היתומים נפסדים וזה לשון הטור היה לאדם אחד תביעה אצל היתומים אין לאפוטרופוס לטעון בשבילם

בשבילם לדון עמו שמא יתחייב בדין אבל אם ירד עמו לדין וזכה הדין קיים עכ"ל ומה שלא כתב דאם נתחייבו היתומים אין דינו דין דמילתא דפשיטא היא ורק קמ"ל שלא תאמר כיון שאם יצא חייב לא עשה כלום מפני שלא היה לו רשות לזה וא"כ אף כשיצא זכאי אין דינו דין קמ"ל דביצא זכאי דינו דין [ב"ח] וכלשון הטור כתב גם רבינו הב"י בסעיף י"ב [ועתוס' קדושין מב׳ ד"ה הלא] :

כה והרמב"ם כתב שם ואין רשאין לדון ולחוב ע"מ לזכות ליתומים שמא לא יזכו ונמצא החוב קיים עכ"ל וכתב הראב"ד לא זו הדרך אלא שהוא דן לזכות ואם זכה זכו בו היתומים ואם חב לא חב ליתומים שאין רשות לאפוטרופוס לחוב ליתומים לא לכתחלה ולא דיעבד עכ"ל ונראה להדיא שהרמב"ם מפרש דאם יצא חייב בעד היתומים ג"כ דינו דין מפני שאין סברא לומר שיקויים הדין רק על צד אחד דאם אתה אומר כן לקתה מדת הדין ובזה השיג הראב"ד דאף בדיעבד אין הדין קיים לחובתם כפירש"י והמפרשים תפסו גם בהרמב"ם שלחובתם אין הדין קיים ולפ"ז ההפרש הוא דלהרמב"ם לא ירד לכתחלה לדין כיון שאינו יכול לירד רק על צד אחד ולהראב"ד יכול לירד גם לכתחלה לדון רק לזכות ותמיה בעיני לומר כן ולשון הראב"ד מוכח להדיא שמשיג רק על מ"ש הרמב"ם דבדיעבד דינו דין גם לחובה ועכ"פ לדינא ודאי נכון שב"ד יאמרו להתובע המתן עד שיגדלו היתומים דהאפוטרופוס אינו יכול לירד רק לזכות ולא לחובה ואם עכ"ז ירד לדין איהו דאפסיד אנפשיה וכן פסקו הלבוש והסמ"ע דאף אם נאמר שכוונת הרמב"ם כדברינו קיי"ל כרוב הפוסקים אבל בירושלמי פ"ה דגיטין מפורש כהרמב"ם וכפירושינו ויש שם בזה מחלוקת דריב"ח ס"ל דגם לזכות אין דינו דין ור"י ס"ל דאם חבו חבו וא"כ צ"ע לדינא ועמ"ש בסעיף ל"א :

כו אין הב"ד טוענים ליתומים טענה במילתא דלא שכיחא כמו טענת אונס אע"ג דאביהם היה יכול לטעון כן ואין הב"ד מצדדין בעדם רק בדבר הרגיל ומ"מ האפוטרופוס אם טען מילתא דלא שכיחא טענתו טענה דהוא כבע"ד עצמו ולכן גם מפני זה טוב להעמיד אפוטרופוס כדי שיהיה ביכלתו לטעון מה שירצה ומ"מ אסור לו לטעון טענה שיודע בבירור שאינו כן ורק על הספק יכול לטעון כמו אביהם [סמ"ע] וכלל גדול צריך לדעת שזה שנתבאר בכ"מ שהב"ד טוענין ליורש בדבר הרגיל זהו דוקא כשהיורש בעצמו אינם יודעים בבירור נגד הטענה שרוצים לטעון בעבורם אבל כשהוא בעצמו יודע שאינו כן אין לב"ד לטעון שמא אינו יודע בבירור [סמ"ע] וכן יש לפרש כוונת רבינו הרמ"א סוף סעיף י"ב ע"ש :

כז יש רשות לאפוטרופוס למכור בהמות שדות וכרמים ועבדים להאכיל ליתומים אם אין להם מזונות ממקום אחר ומכירת בהמות קודמת לעבדים דבהמות מצוי יותר לקנות מעבדים ועבדים מכירתם קודמת לבתים דבעבד יש חשש שימות ובתים קודמים לשדות וכרמים דבבתים יש לחוש לשריפה [נ"ל] והכל כפי ראות עיניו לתועלת היתומים ולכן אם לפי ראות עיניו יש יותר טובה להם במכירת העבד ממכירת הבהמות וכן כל כה"ג יכול לעשות וכן משמע מלשון הטור ע"ש ודוקא לאכילתם הותר למכור כל אלו אבל אין מוכרין ומניחין המעות כרי להלוותם דמעות יותר עלולות לסיבה ועוד דבכל אלו יש בזה שבח בית אביהם ונוי וכבוד הוא להם [רש"י] וכן אין מוכרין שדות ליקח עבדים ואפילו למכור עבדים ליקח שדות ג"כ לא יעשה דשמא לא יצליחו בעבודתן ושמא יצא עליהן ערעור ואף שאמרנו דכשנצרך למכור אחד מהם מכירת העבדים קודמת דגריעי משדות זהו כשבהכרח למכור אחד מהם אבל למכור זו וליקח דבר אחר אין לעשות אפילו בכה"ג ויש מתירין גם לכתחלה למכור עבדים ולקנות שדות ומיהו לדברי הכל מוכרין מקצת שדות כדי ליקח שוורים לעבודת השדות הנשארות דבלא שוורים הנצרכים למלאכת השדות אין השדות כלום שהשוורים הם עיקרי ותוקף השדות וכן אינו רשאי למכור משדותיהם כדי לקנות שדה אחרת ואפילו למכור שדה רעה ורחוקה מהעיר לקנות שדה טובה וקרובה דשמא לא תצליח זו שיקנה אבל בבהמות ובתים ועבדים נ"ל דכשנראה בעיניו למוכרן וליקח אחרים הרשות בידו ורק בשדות הניאו חז"ל מפני ששדה אפילו לא טובה לעולם עומדת ונותנת ריוח אבל בעלי חיים ובתים כשהאפוטרופוס רואה שאינם כדאים להשהותן והוצאתן מרובה על השבח יש לו רשות למוכרן בכל ענין אפילו להניח המעות וזה שאסרנו להניח המעות זהו כשיש מהם הכנסה [נ"ל] ועמ"ש בסעיף ל"א :

כח ויש להסתפק אם זה שהתירו חכמים למכור להאכילם זהו דוקא כשאין להם מעות הנתונות בעיסקא אבל כשיש להם מעות בעיסקא ואין הריוח מספיק למזונותם יטלו מהקרן וקודם מלמכור דברים אלו או אפשר דמוטב למכור קצת מדברים אלו מליטול מהקרן דלא אסרו חכמים רק למכור את אלו ולהניח המעות ולראות בהם עיסקא אבל כשכבר המעות בעיסקא לא חיישינן לשבח בית אביהם במקום שמפסידים ריוח ידוע וכן נראה עיקר דאם נימא דגם בכה"ג יטלו מהקרן למה להו לחז"ל לצוות שלא למכור ולהניח המעות הא אפילו כשישנם כבר בעיסקא מוציאין הקרן למזונותיהם :

כט בא"י שמחוייבין להפריש תרומות ומעשרות צריכים האפוטרופים להפריש מתבואתם מה שצריכים לאכול שאין מאכילין להם דבר האסור ואע"ג דתרומה בזמה"ז דרבנן לדעת הרמב"ם כמ"ש ביו"ד סי' של"א וקיי"ל דקטן אוכל נבילות אין ב"ד מצווין להפרישו וכ"ש באיסור דרבנן כמ"ש בא"ח סימן שמ"ג מ"מ כיון דעל האב מוטל

מוטל החיוב לחנכם גם במצוה דרבנן וכ"ש להפרישם מאיסור דרבנן כמ"ש שם עומד האפוטרופוס במקום האב ועוד דהאפוטרופוס הוי כמאכיל בידים וגם יש בזה גזל הכהנים אבל לא יעשרו רק מה שצריכים לאכול אבל להניח לאוצר לא יעשרו וכשיגדלו היתומים יעשרום בעצמם ויהיה אז טובת הנאה שלהם ליתן לכל כהן שירצו ואף גם אם נצרך למכור את התבואה לא יעשרם אלא ימכרם בטבלם והלוקח יעשרם ואף שאסור למכור טבל כמ"ש הרמב"ם בפ"ו ממעשר מ"מ לאפוטרופוס התירו ויודיע להקונים שהוא טבל והטעם בזה אפשר לומר דמפני שיהיה להלוקח טובת הנאה ליתן לכל כהן שירצה יתן יותר בעד התבואה ויש חולקים בזה וס"ל דאסור לו למכור טבל וחז"ל לא דברו רק לענין מה שצריכים לאכול יעשר ועל אכילת שנה ולא על מה שיצטרכו לאכול בשנה הבאה דאינו אלא שליח לצורך שעה [ראב"ד פי"א מנחלות ועתוס' שבת כד: ד"ה סוס] ודע דבירושלמי פ"א דתרומות הל' א' מבואר דביתום קטן רשאי האפוטרופוס לתרום כרצונו אבל בש"ס גיטין [נ"ב] מבואר כמ"ש והעיקר כש"ס דילן:

ל האפוטרופסים עושים לקטנים לולב וסוכה וציצית ושופר וס"ת ללמוד בה ובזמנינו צריכים לקנות ספרים הנדפסים מה שצריך ללימודם ולשלם שכר לימוד בעדם ותפילין כשהגיעו לחינוך ומזוזות ומגילה וכיוצא באלו דעליו מוטל לחנכם במצות דהוא עומד במקום האב כללו של דבר כל מצוה שיש לה קצבה בין שהיא מן התורה ובין מדרבנן עושים להם אע"פ שאין חיובם אלא מצד חנוך מ"מ מי יחנכם אם לא האפוטרופוס אבל אין פוסקין עליהם צדקה אפילו לפדיון שבוים מפני שמצות אלו אין להם קצבה ואין חילוק בזה בין אפוטרופוס שמינוהו ב"ד או אבי היתומים ודוקא בלא רשות ב"ד אין לו ליתן צדקה אבל ברשות ב"ד יתן [סה"מ סס] מיהו אם פסק עליהם צדקה להחשיבם כדי שיצא עליהם שם טוב והם אמודים לכך שפיר עביד ובגמ' [ב"ב ח:] משמע להדיא דגם בזה צריך ב"ד וכן משמע ביו"ד סי' רמ"ח ע"ש [ומ"ס סס"מ מתוספתא לפנינו בתוס' תרומות פ"א וב"ב פ"ח סוא לענין אחר ע"ס] וכל זה בצדקות שאין להם קצבה אבל בצדקה הקבוע כמו קופה ותמחוי וכיוצא בזה צריך האפוטרופוס ליתן כמ"ש ביו"ד שם וכתב הרמב"ם דמי שנשתטה או שנתחרש פוסקין ב"ד עליהם צדקה אם הם ראוים לכך לפי מצבם ובסי' קס"ג נתבאר מה שחייבים היתומים ליתן בצרכי העיר ע"ש:

לא תניא בתוספתא [סס] אין מוכרין ברחוק ליקח בקרוב ברע ליקח ביפה אין דנין לחוב ולזכות להכנים להוציא ליתומין אא"כ נטל רשות מב"ד עכ"ל ומשמע להדיא דכל מה שנתבאר שאין רשות להאפוטרופוס לעשות בהנכסים אם עשה ברשות ב"ד מותר דכיון שב"ד הסכימו לזה בודאי הוא טובת היתומים [סה"מ מפרס דאכל מילי קאי וכ"מ מטור ומר"ן ולגלדקס קסס מב"ב ח' ואולי יפרסו דרבס סיס אפוטרופוס ודוק]:

לב אם האפוטרופוס צריך להקנות מעות לאחרים לטובת היתומים אין מועיל קנין של מעמד שלשתן דזהו מתקנת חכמים כמ"ש בסי' קכ"ו והוא כהלכתא בלא טעמא ולא מצינו רק בהבעלים עצמם ואין ביכלתו להפקיע ממון היתומים בקנין כזה אע"פ שהוא רק לטובתם אבל אם אחר מקנה ליתומים במעמד שלשתן והוא במעמד האפוטרופוס קנו דלהכנים להם מעות הוי ידו כידם ומעמדו כמעמדם:

לג אין האפיטרופסים רשאים להוציא עבדים לחירות אפילו לוקח מהעבד דמים שנתן לו אחר ע"מ שאין לרבו רשות בו כדי שיצא לחירות ואין כאן עשה דלעולם בהם תעבודו כיון שלוקחים דמים והם צריכים להמעות כגון שאין להם מה לאכול מפני שהעולם יסברו שמזולזלים בנכסי היתומים [תוס' גיטין לח:] אבל מוכרין אותם לאחרים ולוקחין מהם הדמים ע"מ שיוציאוהו לחירות ואותם האחרים הם שמשחררים אותם ואם הוא חציו עבד של היתומים וחציו בן חורין נתבאר ביו"ד סי' רס"ז וכל זה לא מיירי אלא בלא רשות ב"ד אבל אם נטל רשות מב"ד מותר לעשות כל מה שירצה דע"פ ב"ד ליכא חשדא [מקורו מהתוספתא שהבאנו]:

לד כשיגדילו היתומים נותן להם ממון מורישם וכל נכסיהם וא"צ לעשות להם חשבונות מכל השנים מה שהכנים והוציא אלא אומר להם זהו שיש לכם מנכסים וממון שלכם והטעם נ"ל דאם מינוהו ב"ד מסתמא בחרו באיש נאמן וישר ואם מינהו אבי היתומים הלא האמין לו ואף שא"צ לעשות חשבון להיתומים מ"מ צריך לחשב בינו לבין עצמו לדקדק ולהזהר הרבה מאביהם שבשמים שהוא אבי יתומים ורוכב ערבות והיא רקיע השביעית שבה צדק ומשפט וצדקה וגנזי חיים וגנזי שלום וגנזי ברכה [חגיגה יב:] להשפיע טוב להעושים צדק ומשפט וצדקה ועם גודל רוממותו יתברך מביט משם אל יתומים ואלמנות דכתיב רוכב בערבות וגו' אבי יתומים ודיין אלמנות וגו' וחושך וענן וערפל מקיפים השמים הלזו [שם] להעניש לעושי עולה לבד עונשו בגיהנם ולהיפך גודל שכרו בג"ע:

לה ואע"ג שא"צ ליתן חשבון מ"מ במינוהו ב"ד צריך לישבע בנק"ח שלא גזלם כלום לצאת ידי הבריות ולהשקיט לב היתומים שלא יחשדוהו ואע"פ שאין להם עליו טענה ודאית בד"א כשמינוהו ב"ד אבל מינהו אבי היתומים וכן שאר המורישין כשמינוהו אינו נשבע על טענת ספק דחיישינן שאם נחייבו שבועה ימנע כל אדם מלהיות אפוטרופוס אבל במינוהו ב"ד אין לחשוש בזה דבזה שיצא עליו קול שהוא מוחזק אצל ב"ד שנאמן לא ימנע א"ע מלהיות אפוטרופוס מפני השבועה ואפילו במינהו אבי יתומים אם היתומים טוענים עליו טענת ודאי והוא כופר נשבע בנק"ח וכן אם אחר מהב"ד

טוענים

טוענים נגדו טענת ודאי נשבע שבועת התורה להכחישו ואם שנים מעידים צריך לשלם וכן אם נאבד שום דבר מהיתומים נשבע שבועת השומרים דכל שבועת שומרים הוא על הספק דהבעלים אינם יודעים אם הוא אבדו בפשיעה או שנאבד באונס ואם יש להאפוטרופוס חלק בהריוח של היתומים או שנוטל שכירות נשבע על טענת ספק אפילו במינהו אבי יתומים דכיון שיש לו ריוח לא ימנע מלהיות אפוטרופוס בשביל השבועה:

לו וי"א דבמינהו אבי היתומים הואיל שאינו נשבע בטענת ספק צריך ליתן חשבון דמתוך כך ידקדק יותר כשידע שצריך ליתן חשבון דדבר אחד בהכרח לנו לראות שידקדק הרבה או מפני השבועה או מפני החשבון וכתב רבינו הרמ"א דכן יש לנהוג וגם נותנין ח"ם על מי שלקח משל יתומים כלום ואפוטרופוס שנתמנה ע"פ ערכאות ודאי צריך ליתן חשבון כי כן הוא בדיניהם ולענין שבועה דינו כמינהו אבי יתומים דבספק לא משבעינן ליה ובודאי משבעינן ליה ויש מי שחולק וס"ל דגם במינוהו ב"ד צריך ליתן חשבון דבגמ' יש פלוגתא בזה רבי ואביו רשב"ג [גיטין נב:] דר' ס"ל שצריך ליתן חשבון ורשב"ג ס"ל דא"צ והרי"ף והרמב"ם והרא"ש ס"ל בכללא דהלכה כרבי מחבירו אין זה נגד אביו ורש"י [סנהדרין כג:] ורשב"ם [ב"ב קטו:] ס"ל דאפילו נגד אביו [סמ"ע] ואפשר דבזה כ"ע מודים דכיון שעושה בחנם לא גרע מגבאי צדקה שא"צ ליתן חשבון כמ"ש ביו"ד סי' רנ"ז ואם נוטל שכירות ודאי דצריך ליתן חשבון וגם לישבע:

לז אין ב"ד יכולים למנות אפוטרופוס להאמינו בלא שבועה אא"כ אינם מוצאים אדם הגון שירצה להיות אפוטרופוס אם לא יאמינוהו בלא שבועה דאז בהכרח ממנים מי שהגון לכך ופוטרים אותו משבועה ומ"מ קבלה סתם אומרים הב"ד דהא אין אומרים נגדו מפורש ולא יקפיד [ב"ל] וכשמשביעין אפוטרופוס שבועה בנק"ח שהיא שבועת המשנה צריך שיטענו אותו לפחות שתי כסף ופרוטה ויכפור בשתי כסף ויודה בפרוטה כדין שבועת התורה שנתבאר בסי' פ"ח וכמ"ש בסי' צ"ג בכל שבועות ספק אבל אם לא היתה טענה או כפירה והודאה כשיעור זה אם טוענין אותו טענת ודאי נשבע היסת כבכל טענות דעלמא ומגלגל עליו שלא עיכב בידו משלו כלום:

לח כתב רבינו הרמ"א ראובן שאומר שיש לו בידו מעות של שמעון ואומר שצוהו להתת לבניו אם רוצה לתת לכל בניו בשוה אינם יכולים להשביעו דהוה ליה כאפוטרופוס שמינהו אבי יתומים אבל אם רוצה ליתן לקצתם ולא לכולם א"כ לפי דבריו אינו אפוטרופוס עליהן [למי שאינו נותן] ויכולין [אלו] להשביעו שלא עיכב כלום לעצמו ואם הם קטנים ב"ד מעמידים להם אפוטרופוס ומשביעין אותו עכ"ל וצ"ל שידוע הדבר שאביהם מסר לו מעות דאל"כ למה ישבע הלא יש לו מיגו והוי כמשיב אבידה ולא גרע ממ"ש בסי' רנ"ה במי שבא ואמר ראיתי שאביכם הטמין מעות ע"ש [ענה"מ] ואע"ג דגם בידוע יש לו מיגו דהחזרתי להם אמנם באפוטרופוס לא אמרינן מיגו דהחזרתי [ש"ך] והטעם דאם נפטור לאפוטרופוס בטענה זו לא יהיה ביכולת לחייבו שבועה לעולם ועוד דמיגו לאפטורי משבועה לא אמרינן אם לא במשיב אבידה:

לט אפוטרופוס בין מינוהו ב"ד בין מינהו אבי יתומים פטור בגניבה ואבידה וחייב בפשיעה דדינו כש"ח ואע"פ שחייב בפשיעה אין לחייבו שבועה שלא פשע כל כמה דלא ידעינן אם נאבד של היתומים דנהי דמשבעינן ליה שלא עיכב משלהם כלום אבל לאבידה לא חיישינן בדליכא טענה אבל אם טוען שנגנב או נאבד והוא לא פשע בזה משבעינן ליה שלא פשע [סמ"ע] ויש שכתבו דהוה ספיקא דדינא אם דינו כש"ח או כש"ש וחייב בגניבה ואבידה [שכ] ויש מי שאומר דבמינהו אבי יתומים פטור אפילו מפשיעה ולא מן הדין אלא שאם תחייבנו לא ימצא מי שיתרצה להיות אפוטרופוס [שם] ובב"ד אין חשש זה כמ"ש בסעיף ל"ה ובנוטל שכר פשיטא דדינו כש"ש בכל ענין:

מ אפוטרופוס של יתומים שקנה להם שור ולא היה לו שינים ונתנו הרועה עם השוורים ולא ידע שלא היה אוכל ומת אינה פשיעה לאפוטרופוס ופטור וממי משתלמים נתבאר בסי' רל"ב ואפוטרופוס שלוה לצורך יתומים נתבאר בסי' ק"י וכתב רבינו הרמ"א אפוטרופוס שטען בב"ד מה שלא היה לו לטעון וע"י זה בא לזה שנגד היתומים השבועה ואלו טען כהוגן היה מגיע ליתומים השבועה לא מקרי פשיעה דמי יימר דמשתבע ולא מקרי פשיעה אלא אם נוטל זה בלא שבועה ואלו טען כהוגן היו נוטלים היתומים בלא שבועה עכ"ל ואע"ג דבנשבע ונפטר לא מצינו סברא זו דמי יימר דמשתבע מ"מ אינו ברי הזיקא שנקרא אותו פושע [נס"מ] ולכן אע"ג שהכנגדו נשבע ונפטר אינו חייב ונראה דה"ה אם היה טוען כהוגן היו נוטלים היתומים בלא שבועה וע"י טענתו צריכים לישבע לא מקרי פושע אף אם לא רצו לישבע והפסידו שיאמר להם אם האמת אתכם למה לא תשבעו ואם לאו למה אשלם לכם וכה"ג בכל הענינים [ב"ל]:

מא אין לב"ד לכפות לאדם להיות אפוטרופוס [סס"מ פי"א מנחלות] ואפילו אפוטרופוס שמינוהו ברצונו בין מינוהו ב"ד בין מינהו אבי היתומים עד שלא החזיק בנכסי היתומים ולא נתעסק עדיין בצרכיהם יכול לחזור בו ומשהחזיק בנכסיהם או התחיל לעסוק בצרכיהם אינו יכול לחזור בו ואע"ג דפועל חוזר בו אפילו בחצי היום זהו מטעמא דלי בני ישראל עבדים ולא עבדים לעבדים אבל אפוטרופוס הוא עבד ה' דמצוה קעביד [קלס"ח] ואפילו בנוטל שכר אינו יכול לחזור בו דעיקרא דמילתא מצוה היא ואינו עבד לעבדים [ב"ל] ודוקא

בשנשאר

כשנשאר בעיר ורוצה לחזור בו אבל אם הולך מן העיר למקום אחר על משך זמן או עוקר דירתו מכאן מביא הנכסים לב"ד והם ממנים אחר דאין סברא שנקלקל מצבו בשביל עסק האפוטרופסות ואפילו במצות צדקה יש גבול כמה ליתן ולבזבז ממונו כ"ש בעסק אפוטרופסות דאינו מחוייב להפסיד ע"י זה ומטעם נדר לא מחייב דבטירחא בגופו לא אמרינן שנעשה נדר כל זמן שלא קבל מפורש בנדר ועוד דזהו נדר ופתחו עמו דאנן סהדי דארעתא דהכי לא נדר שלא יהא יכול לחזור בו [כתי' ראשון נראה ממהרי"ק שורש קל"ג וכנ"ל בכוונת סמ"ך ר"ס רמ"ג]:

מב יתומים קטנים שסמכו מעצמם אצל בעה"ב אחד ונשתדל בשלהם יש לו דין אפוטרופוס לכל דבר ואפילו סמכו אצל אשה וי"א שאין משביעין אותו דק"ו ממינהו אבי יתומים דיכול להיות שקבל הנאה מאביהם ומ"מ אמרינן דלא ישבע דא"כ ימנעו מאפוטרופסות כמ"ש בסעיף ל"ה כ"ש בזה שקירבן מפני רחמנות וי"א שמשביעין אותו דאל"כ יש לחוש לאדם שאינו הגון שימשיך אליו את היתומים ויכלה ממונם והחששא שע"י זה ימנעו עצמם מהתקרב עליהם ימנעו ואם אדם כשר הוא וכוונתו לש"ש לא ימנע בשביל זה ואע"ג דחששנו שם בחשש זה מ"מ בכאן א"א לחשוש לזה מפני חשש אדם שאינו הגון ועוד נ"ל דאע"ג דהפוסקים כתבו סתמא דדינו כאפוטרופוס מ"מ לישא וליתן בנכסיהם למכור ולקנות אינו רשאי בלא רשות ב"ד אף בדברים שהאפוטרופוס מותר לעשותן דמי יימר שיודע איך להתנהג ואף שאדם כשר הוא מ"מ אולי בעסק אינו יודע דב"ד ואבי היתומים כשמינוהו יודעים שמסוגל לזה אבל קטנים שסמכו מעצמם מי יודע אותו ולכן לא יעשה בלא רשות ב"ד וכשעשה דבר רואין ב"ד אם יפה עשה מקיימין מעשיו ואם לאו מבטלינן לה ואף שבגמ' מצינו [גיטין סס] באשה שסמכו יתומים אצלה ומכרה שורם וקיימו מעשיה י"ל שראו שעשתה כהוגן ואע"פ שאין לנו ראיה לדברים אלו מ"מ כן נראה מצד הסברא והרמב"ם ז"ל השמיט לגמרי דין זה של יתומים שסמכו אצל בעה"ב ולא ידעתי למה והרי משנה מפורשת היא ונ"ל דס"ל דכשסמכו מעצמם מחוייבין ב"ד תיכף להשגיח מי זה האיש ואולי הוא אינו הגון ויאכל כספם וכשב"ד רואין שהגון הוא לכך ממילא דדינו כמינוהו והוי ממש כאפוטרופוס וטעמו מסתבר דהרי נפישי אנשים שאינם הגונים ואיך נניח על קטנים מעצמם וא"כ זהו ממש אפוטרופוס ולא הוצרך להזכירו:

מג כתב רבינו הרמ"א דקטן שסמך אצל אמו וראו ב"ד להחמיר עליה שתתן חשבון או שארי חיזוקים מותר דליכא למיחש דמימנע ולא עבדה דודאי האם דעתה קרובה אצל בנה ולא תמנע מפני זה עכ"ל ובשארי קרובים ודאי ג"כ צריכין ב"ד לראות לפי הענין ממצבם וישרת לבם וכשרואין שיש להשדם יסיעם מהם לאחרים

ומעשה בלאה אלמנת ראובן שנשאת לשמעון והכניסה לו ספרים של ראובן והיה לה בן מראובן והתנתה עם שמעון שיזון אותו וללמדו ומתה וטען הבן שלא נשבעה על כתובתה ורוצה ליטול הספרים ופסקו דאם אין בשווי הספרים יותר מכדי מזונותיו שהוציא שמעון עליו פטור שמעון דהו"ל כמו אפוטרופוס שהוציא על היתומים מה שצריכין [מרדכי סס] ודוקא שהתנתה שיזונו בעד הספרים אבל התנתה שיזונו בחנם ודאי צריך להחזיר לו הספרים:

מד יתומים שסמכו אצל בעה"ב וזן אותם משלו לא הניח מעותיו על קרן הצבי דכיון שיש להם נכסים מסתמא לא היתה כוונתו לזונם בחנם אבל אם פרנסו מפורש בתורת גמ"ח פטורים מלשלם לו וע' ביו"ד סי' רנ"ג וה"ה אחד שאמר שהלוה ליתומים ומברר שהוציאו זה לצרכיהם ההכרחיות צריכים לשלם לו כשמברר כמה הוציא אבל אם הלום לבזבז שלא לצורך הוה כמאבד בידים וא"צ לשלם לו כשיגדילו [בה"ג]:

מה מי שמינה אפוטרופוס לבניו הגדולים יכולים לומר אין אנו צריכין לאפוטרופוס דכשמת נופלים הנכסים לפניהם ואין לו דעה בהן כמ"ש בסי' ר"נ אא"כ יש בזה משום מצוה לקיים דה"מ כגון שהשליש ביד שליש כמ"ש בסי' רנ"ב וקטן שהגדיל אפילו היה אוכל ושותה יותר מראי ומפסיד נכסיו והולך בדרך רעה אין ב"ד מונעים ממנו ממונו ואין מעמידים לו אפוטרופוס אא"כ צוה מורישו שלא יתנו לו ושלא ישעבדם לאחרים אלא אם יהיה כשר ומצליח או שלא יתנו לו עד זמן מרובה דכיון שהיה לו כח למנות אפוטרופוס בקטנותם יש לו גם כח זה לעכב הנכסים ולא למסור להם אף כשיגדילו עד שיהיו אנשים מוכשרים לעסק ונ"ל דגם ב"ד כשמינו לקטן אפוטרופוס כשרואים שגם בגדלותו אינו מוכשר לעסק יש להם לעכב ביד האפוטרופוס עד שיהיה מוכשר לעסק ואע"פ שכשהוא גדול אין לב"ד כח למנות לו אפוטרופוס מ"מ מחוייבים ב"ד להוכיחו וללמדו ללכת בדרך ישרה וארחות צדיקים והשוטה והחרש דינם כקטנים ומעמידים להם אפוטרופוס ואם כשצוה האב שלא ליתן להם נכסיהם אף כשיגדלו עד זמן שיהיו מוכשרים ושיעבדו בתוך זמן זה נכסיהם אין במעשיהם כלום ושעבודם כחרס הנשבר [ב"י] ואם האב העמיד אפוטרופוס לבנו ואשתו היתה מעוברת וילדה בן אחר מיתתו והבן הראשון שבק חיים יהיו הנכסים ביד האפוטרופוס בשביל זה הבן הנולד דאומדן דעתא הוא שכן היה רצון האב כיון שידע שהיא מעוברת [סמ"ע]:

מו אפוטרופוס שמת והוציא בנו פנקס אביו שכתוב בו שהוציא בפרנסת היתומים כך וכך ולא נכתב בו שקבלו מנכסיהם ותובע בן האפוטרופוס מהיתומים אין מוציאין מהיתומים בפנקס זה אפילו כשהנכסים עדיין הם ביד האפוטרופוס והבן מוחזק בם דאין מוציאין ע"פ הפנקס

הפנקס דנכסים בחזקת יתמי קיימי [ס"ך] ואמרינן דשמא נתפרע ולא נמחק מהפנקס אבל בעודו חי נאמן לומר שהוציא עליהם כך וכך או הלוה להם כך וכך כיון שהוא מוחזק בהנכסים ונוטל בשבועה אבל כשהנכסים הם ביד היתומים גם הוא אינו נוטל אפילו בשבועה [סס] ואם צוה לפני מותו בפני עדים שמגיע לו מהיתומים כך וכך נוטל הבן כשהנכסים עדיין ת"י וי"א דהוא בעצמו נוטל בשבועה אפילו כשהנכסים ביד היתומים דהא ברשות ב"ד ירד [נס"מ] והוציא ברשות וה"ה כשהיה ממונה מאביהם כיון שברשות ירד ונשבע ונוטל:

הלכות פקדון

סימן רצא *) [דיני שומרים ואימתי חייב בשמירה ובו נ"ח סעיפים]:

א ארבעה מיני שומרים יש ששומרים את של חבריהם וכיצד הוא קנינם יתבאר לפנינו ואלו הן השומר שנתרצה לשמור בחנם והשומר בשכר שהושוו ביניהם שיתן לו כך וכך בעד שמירתו והשוכר מחבירו חפץ או כלי או בהמה שיעשה בהם מלאכה ונותן שכר להבעלים כפי שהושוו ביניהם וממילא שחייב בשמירתן והשואל דבר מחבירו לעשות בה מלאכה ואינו משלם לו שכר ודיניהם נפרדים לשלשה חלוקות לפי ששומר שכר ושוכר דין אחד להם והטעם לפי ששומר חנם כל ההנאה הוא להבעלים ולא להשומר והשואל כל ההנאה להשואל ולא להבעלים ושומר שכר ושוכר יש לשניהם הנאה דהשומר יש להבעלים הנאה ששומר חפצו ולהשומר יש הנאה שנוטל שכר ובשוכר הוא להיפך דלהבעלים יש הנאה שנוטל שכר ולהשוכר יש הנאה שמשתמש בו [ירושלמי שבועות פ"ח]:

ב לפיכך ש"ח אינו מחוייב לשלם רק כשפשע בשמירת הדבר שלא שמר כראוי וע"י זה נתקלקל הדבר או נגנב או נאבד בפשיעתו דזהו כעין מזיק בידים דהרי קבל עליו לשמור והבעלים סמכו עליו והשומר שכר והשוכר חייבים אף אם שמרו כראוי ונגנב או נאבד דמי שיש לו הנאה בעד השמירה חייב לשמור גם מגניבה ואבידה כמו שכתוב הייתי ביום אכלני חורב וקרח בלילה ותדד שנתי מעיני וכמו שומרי העיר שעיקר שמירתם הוא מגניבה אבל אם נאבד באונס כגון שבא עליו ליסטים מזויין או נפל עליו ארי או שאר אונס פטור דמה היה לו לעשות והשואל כיון שכל הנאה שלו חייב גם באונסים דהוי כחפץ שלו שסובל גם אונסי החפץ ואינו פטור רק כשמתה או נתקלקלה מחמת המלאכה שעשה בה ולא שינה כלום שעשה מלאכה זו שלזה שאלה בזה ודאי פטור דהא המשאיל סבר וקביל שיעשה בה מלאכה פלונית:

ג בכל הדברים שהשומרים פטורים אין נפטרים אלא בשבועה דאורייתא וגם זהו רק במקום שאין אנשים מצוים אבל במקום שאנשים מצוים אינו נפטר בשבועה רק יביא עדים כשרים שכן היה המעשה ויתבאר בסי' רצ"ד ובכל הארבעה שומרים הדין כן ופרטי השבועות יתבארו לפנינו בס"ד:

ד וכשם שהגנב צריך לשלם כפל כמו כן שומר חנם שטוען שנגנב ממנו החפץ ובאו עדים שהוא גנבה חייב לשלם כפל אבל אם טוען שנאבד ממנו החפץ ובאו עדים שהוא גנבה פטור מכפל ואינו משלם רק הקרן [ב"ק סג:] ודבר זה הוא גזירת התורה ויתבאר בסי' שנ"ב בס"ד אבל בשומר שכר ושוכר וכ"ש בשואל לא משכחת לה חיוב כפל מפני שתשלומי כפל אינו אלא בגניבה ואלו כשטוענים טענת גניבה הרי חייבים לשלם הקרן כמו שנתבאר ולכן אין דין זה רק בש"ח מפני שפוטר א"ע בטענת גניבה ודע דש"ח שפטור בגניבה ואבידה כששמר כראוי אע"פ שגניבה קרובה לאונס ואבידה קרובה לפשיעה [ב"מ לד:] מ"מ גזירת התורה הוא שפטור גם באבידה כמו שיתבאר:

ה השומר חנם והש"ש ששלחו יד בהפקדון קם החפץ ברשותם וחייבים גם באונסים ומהו שליחות יד יתבאר בסי' רצ"ב ולא לבד שחייבים באונסים אלא אפילו במתה מחמת מלאכה שגם השואל פטור חייבים הם דכיון ששלחו יד הרי הם כגזלנים וצריכים לשלם כשעת הגזילה וגם לענין יוקרא וזולא דינם כגזלן שאם הוזל החפץ לאחר ששלחו בו יד צריכים לשלם כשעת היוקר כמ"ש בסי' שס"ב אבל בשואל ושוכר לא שייך שליחות יד דהרי הם משתמשים בהחפץ ברצון הבעלים ואם היתה כוונתם לגוזלו לחלוטין אין זה שליחות יד אלא גזלן ממש ואם שינו במלאכתם יתבאר בסי' ש"ח וש"ט [ומ"ש בב"מ מ"א: לא תאמר של"י וכו' ותיתי מהואל ע"ש בפירש"י ודוק]:

ו גזירת התורה היא בכל השומרים כשהיה בעל החפץ עוסק

---

*) הדינים האלה נהוגים במקומות שאחב"י מתנהגים בד"מ ובד"ג ע"פ ד"ת, לא בארצותינו אנו, שבהן אל הדין העיקרי דינא דמלכותא דינא.

עוסק במלאכה של השומר באיזה מלאכה שהוא בשעה שקבל השמירה או בשעה ששאל החפץ או שכרה פטור השומר מכל מה שיארע בהחפץ אפילו אם פשע בהחפץ ונאבד או נתקלקל ע"י פשיעתו פטור ואפילו לא היה עוסק במלאכתו של השומר בשעת הפשיעה כיון שהיה עמו במלאכתו בשעת התחלת השמירה והשאלה והשכירות פטור מכל דבר לבד ממזיק בידים ממש ואף שאין לנו ליתן טעמים מפני מה גזרה התורה כן מ"מ יש שאמרו בזה טעם שמסתמא כיון שהיה להשואל ולהשומר קירוב דעת כזה בודאי נותן לו על דעת שיחזירנה לו רק כשהחפץ בעין וכיון שלא התנה עמו בפירוש שיתחייב בדיני שמירה פטור אפילו מפשיעה [ספורנו] וכל הדברים שבארנו מפורשים בתורה בביאור דברי רבותינו ז"ל :

ז כתיב בפרשת משפטים כי יתן איש אל רעהו כסף או כלים לשמר וגונב מבית האיש אם ימצא הגנב ישלם שנים אם לא ימצא הגנב ונקרב בעל הבית אל האלהים אם לא שלח ידו במלאכת רעהו ואח"כ כתיב כי יתן איש אל רעהו חמור או שור או שה וכל בהמה לשמור ומת או נשבר או נשבה אין רואה שבועת ה' תהיה בין שניהם אם לא שלח ידו במלאכת רעהו וגו' ואם גנב יגנב מעמו ישלם לבעליו וגו' ואח"כ כתיב וכי ישאל איש מעם רעהו ונשבר או מת בעליו אין עמו שלם ישלם אם בעליו עמו לא ישלם אם שכיר הוא בא בשכרו :

ח ודרשו רז"ל [שם] דפרשה ראשונה נאמרה בש"ח ופרשה שניה בש"ש דבפרשה ראשונה נאמר כי יתן כסף או כלים לשמור ובפרשה שניה כתיב כי יתן חמור או שור או שה וכל בהמה לשמור וסתמא דמילתא בשמירת כסף וכלים אין טירחא ורגילות הוא לשומרן בחנם אבל בבעלי חיים יש טירחא בשמירתן ואין רגילות לשומרן בחנם רק בשכר [תוס' שם מה:] ודיבר הכתוב בהוה כפי מנהג העולם ואין חילוק בזה דאם שומר בעל חי בחנם יש לו דין ש"ח ואם שמר כסף וכלים בשכר יש לו דין ש"ש ובפרשה ראשונה מבואר דהוא פטור על הגניבה דהכתיב אם לא ימצא הגנב ונקרב בעה"ב אל האלהים אם לא שלח ידו וקריבה זו היא שבועה כדמוכח בפרשה שניה דכתיב בה שבועת ה' תהיה בין שניהם אם לא שלח ידו הרי דא"צ לישבע רק שלא שלח בה יד אבל על הגניבה פטור ובפרשה שניה כתיב ואם גנב יגנב מעמו ישלם לבעליו הרי להדיא דש"ש חייב בגניבה וכ"ש באבידה דקרובה לפשיעה כמ"ש ועל אונסין פטור דהרי מיתה ושבורה ושבויה הוי אונס וכתיב שישבע על זה אם לא שלח בה יד אבל על האונסין פטור ובשואל כתיב דאף בנשבר ומת חייב ש"מ דשואל חייב אף באונסים ובמתה מחמת מלאכה פטור דסברא הוא דהא סבור וקביל שיעשה עמה מלאכה וראיה לזה דאם היתה כוונת התורה לחייבו גם במתה מחמת מלאכה לא לכתוב רק מתה לבד ולמה לי לכתוב או נשבר והרי לא כתבה כל האונסין כמו שלא כתבה שבויה אלא דשבירה בא לגלות על המיתה כשם שאין דרך שתשבר מפני המלאכה כמו כן במתה דוקא שמתה מפני איזה סיבה אבל מתה מחמת מלאכה פטור [כ"ל] :

ט ויש בכאן שאלה מנלן דש"ח פטור מאבידה שמא לא פטרתו התורה רק מגניבה אבל מאבידה שקרובה לפשיעה לא פטרתו ויש מרז"ל שדרשו חיוב אבידה בש"ש מדכתיב אם גנב יגנב לרבות אבידה [שם לד:] ממילא ש"מ דבשומר חנם פטור דאל"כ למה לו לרבות בש"ש הרי ק"ו הוא מש"ח אמנם יש מרז"ל דס"ל דכפל הלשון דגנב יגנב דברה תורה כלשון בני אדם וחיובא דאבידה בש"ש יליף מק"ו מגניבה א"כ מנלן דש"ח פטור בה ונ"ל דהנה רז"ל דרשו [ב"ק סג:] דטוען טענת גנב בשומר חנם כשבאו עדים שבעצמו גנבה חייב כפל מדכתיב אם לא ימצא הגנב כלומר אם לא ימצא כמו שאמר שנגנבה אלא הוא עצמו גנבה ונשבע לשקר ישלם שנים לרעהו דאם על הגנב עצמו כבר נאמר מקודם ישלם שנים ובטוען טענת אבד ונמצא שגנבה בעצמו אינו משלם כפל מדכתיב הגנב ביתור ה"א בא למעט טענת אבד א"כ מזה גופא שמעינן דש"ח פטור מאבידה דאל"כ מה שייך למעוטי מכפל הרי בטענה זה נתחייב בקרן אלא ש"מ דפטור בטענת אבד ובא הכתוב למעט שאם טען אבד ונמצא שהוא בעצמו גנבה פטור מכפל ואינו חייב אלא בקרן :

י ומנלן דשוכר דינו כש"ש דשמא כיון דכתיב אחר השואל דינו כשואל האמנם מדכתיב אם שכיר הוא בא בשכרו כלומר אם שכיר הוא אין לך לחייבו באונסין כשואל דהרי בא בשכרו שמשלם להבעלים ואין כל הנאה שלו כשואל אלא אינו חייב רק כש"ש שגם בשם יש הנאת שניהם ולכן כתיב אם שכיר ולא ואם שכיר לחלקו מדין השואל וזה שלא הסמיכה התורה שוכר לש"ש משום דלענין שליחות יד דמי שוכר לשואל ולא לש"ש כמו שבארנו בסעיף ה' :

יא פטור דהיה עמו במלאכתו כתיב בשואל ומדכתיב בש"ש כי יתן וגו' ולא כתיב וכי יתן ובשואל כתיב וכי ישאל ש"מ דפטור דשאילה בבעלים קאי גם אדלעיל וכך אמרו חז"ל וי"ו מוסיף על ענין ראשון ועוד דק"ו משואל שכל הנאה שלו פטור אם בעלים עמו במלאכתו מכ"ש ש"ח וש"ש ושוכר :

יב וזה שאמרנו דבמקום שאנשים מצוים לא נפטר בשבועה אלא בעדים כתיב בש"ש ומת או נשבר או נשבה אין רואה שבועת ה' תהיה וגו' ומשמע להדיא דכשיש רואה אינו נפטר בשבועה ולמה כתיב זה בש"ש ולא בש"ח משום דבשמירת כסף וכלים הטמונים בבית אין מצוי רואים אבל בשמירת בהמות מצוים רואים ולכן כתבה התורה בפרשה שניה דמיירי בבהמות אבל לדינא אין

אין חילוק לזה בכל הארבעה שומרים וגם אין שום סברא לחלק בזה:

יג ובמה הוא קנין השומרים אמרו רז"ל [ב"ק עט'] כדרך שתקנו משיכה בלקוחות כך תקנו משיכה בשומרין ופירש"י שאין השומר מתחייב בשמירתו עד שימשוך ולפ"ז אין ש"ח חייב בפשיעה וש"ש ושוכר בגניבה ואבידה ושואל באונסים קודם משיכה או איזה קנין אחר כמו במקח וממכר וממילא דהשואל או שוכר פרה מחבירו אינו חייב במזונותיה קודם משיכה וכן אמרו חז"ל [ב"מ נח'] משעת משיכה איחייב לה במזונותיה ומה שאמרו חז"ל דהשומר כשאמר הנח לפני הוי שומר כמו שיתבאר זהו במקום שהמקום קונה כמו ד' אמות בסימטא [סה"מ פ"ב מסכירות] או ברשותו של שומר ועוד יתבאר בזה וזהו דעת הרמב"ם בפ"א משאלה שכתב דמשעת משיכה נתחייב במזונותיה וכ"כ בפ"ב משכירות כשם שתקנו משיכה בלקוחות כך תקנו בשומרים וכן נראה דעת הרי"ף [בספ"ז דב"ק] ויש מי שאומר דאע"ג דבעינן משיכה לא דמי למשיכה דלוקח שצריך שימשוך לרשותו או לסימטא והשומר חייב אף במשיכה לרה"ר דכיון שהוציאו מרשות בעל החפץ חייב [נמק"י שם] ויש חולקין בזה [תוס' ב"ק עט'] [ובב"מ לט' ד"ה כיון בתירוץ השני כתבו ג"כ כנמק"י ולכן נראה עיקר כדעה זו]:

יד אבל יש מרבותינו דס"ל דשומר לא בעי קנין כלל ומיד כשאמר הנח לפני החפץ הזה או שקבל עליו לשמור ונסתלקו הבעלים משמירתו חייב בכל דיני שמירה וגם השואל והשוכר בהמה חייב מאז במזונותיה ומה שאמרו חז"ל דחיוב מזונותיה הוא משעת המשיכה לאו משיכה ממש כבלוקח דזה הוא משיכתה באומר הנח לפני ונסתלקו הבעלים משמירתן דהא אין זה לקנין לקנותה וכן השוכר והשואל מיד שבקש שישאילנו וישכירנו וא"ל אשאילך ואשכירך וא"ל הנח לפני ונסתלקו הבעלים משמירתן חייבין בגניבה ואבידה והשואל באונסים וזה שאמרו חז"ל שתקנו משיכה בשומרין כבלקוחות זהו שיכולין לחזור בהם עד המשיכה אבל להתחייב בשמירה חייב השומר גם קודם המשיכה ורבינו הב"י כתב בסעיף ה' שתי הדעות ולא הכריע וגדולי האחרונים [ס"ך וסגר"א] הסכימו לדעה ראשונה ובירושלמי שבועות פ"ח משמע ג"כ כדעה זו [דעה אחרונה הם התוס' בב"מ לט' והרא"ש שם ובפ"ו סי' ע"ז ובב"ק ע"ט כתבו התוס' והרא"ש כדעה ראשונה ע"ש בס"ג ובת"ס ובפס"ר]:

טו והיה נראה מצד הסברא דלענין פשיעה גם דעה ראשונה מודה דכשאמר הנח לפני ופשע בה דחייב לשלם מדיני דגרמי ולא גרע מפועל דכששכרו בדבור בעלמא וחזר בו והפועל הפסיד ע"י זה במקום אחר דחייב לשלם לו מדינא דגרמי כמ"ש בסי' של"ג וכ"ש כשא"ל לסמוך עליו ואפילו נאמר דאין זה גרמי ודמי לגרמא בנזקין דפטור מ"מ יש מהראשונים דס"ל דאף בגרמא אם הבטיחו לשמור הגרמא ולא שמר חייב לשלם ולפ"ז מה שתקנו משיכה בשומרין אין זה שייך בש"ח שכל חיובו הוא בפשיעה וכן משמע מלשון הרמב"ם שכתב שם כדרך שתקנו משיכה בלקוחות כך תקנו בשומרים האומר לחבירו שמור לי כלי זה וא"ל הנח לפני ה"ז ש"ח עכ"ל אלמא דבש"ח חייב בהנח לפני [והמפרשים נדחקו בדבריו לפרש הזהו במקום שהמקום קונה כמ"ש בסעיף י"ג ובב"ק שם דחשיב גם ש"ח ל"ק דאין זה קנין שיתחייב עי"ז וחיובו רק מגרמי אבל מהרמב"א והס"מ לא משמע כן דאל"כ ל"ק כלל ודוק]:

טז אבל מדברי רבינו הב"י בסעיף ה' לא משמע כן שכתב דיש מי שאומר שהשומר הזה מיד כשקבל עליו לשמור או שאמר הנח לפני ונסתלקו הבעלים משמירה חייב עליו אם פשע אע"פ שלא משך ויש מי שאומר שאינו חייב עד שימשוך ובמקום שמשיכה קונה עכ"ל הרי שכתב דגם בפשיעה נחלקו ודע דכל דיני שומרים אינו רק במטלטלין ובבע"ח ולא בקרקעות ועבדים ושטרות ולא בשל הקדש ושל עניים ויתבאר בסי' ש"א בס"ד:

יז בנזקין כתיב מיטב שדהו ומיטב כרמו ישלם וקיי"ל דאם רוצה לשלם במטלטלין יכול לשלם במה שירצה דמטלטלין כל מילי מיטב הוא שאם לא ימכרם בכאן ימכרם במקום אחר ואפילו יש לו מעות יכול לשלם בשוה כסף ע"פ שומת ב"ד רק אם משלם בקרקע משלם בעידית כמו שיתבאר בסי' תי"ט ורז"ל למדו דהארבעה שומרים כשצריכים לשלם יש להם ג"כ דין זה [ב"ק ס' וי"א דכשיש לו קרקע או כסף אינו יכול לשלם במטלטלין [רא"ש בנה ר"ת שם] ובכל השומרים כששמר או שאל או שכר כלי ונשברה או בהמה ומתה באופן שצריכין לשלם שמין השברים והנבילה ונוטלים הבעלים אותם והשאר משלים השומר עליהם כמ"ש בסי' שד"מ ובגנב וגזלן אינו כן כמ"ש בסי' שנ"ד ושס"ב ובנזקין שמין ובעיסקא שהיא פלגא מלוה ופלגא פקדון כשצריך לשלם משלם החצי פקדון מעידית והחצי מלוה מבינונית כדין בע"ח [ס"ך] וע' מ"ש בסי' תי"ט [ומ"ש הרא"ש שם בשם ר"ת אינו מכוון לדברי התוס' רפ"ו דב"ב ובב"ק ע' ד"ה ר"ה כתבו כהרא"ש ול"ע]:

יח כל השומרים שנתחייבו לשלם משלמים כשעת הפשיעה והגניבה והאונס כל אחד לפי חיובו ואם הוקר החפץ בשעת הנזק משלם כפי היוקר ואם הוזל משלם כפי הזול ואע"ג דבגזלן כשנשבר מעצמו או נאבד החפץ והוקר אינו משלם רק כשעת הגזילה כמ"ש בסי' שס"ב ולמה יהיה חמור השומר מגזלן אמנם טעם גדול יש לחלק בזה דהגזלן מיד שגזל יצא החפץ מרשות הבעלים ואינו יכול להקדישו ולמוכרו ולכן עיקר חיובו הוא על שעת הגזילה אבל השומר והשואל והשוכר אף שנתחייבו בשמירה משעת שאלה ומשעת שמירה מ"מ עיקר החפץ הוא של בעה"ב ויכול למוכרו ולהקדישו ועיקר חיובו הוא על שעת הנזק ולכן צריך לשלם כפי

העת

העת ההיא אף שנתייקר ועוד דהגזלן אינו שימר וא"א לחייבו על שעת האונס וחיובו הוא על שעת הגזילה והשומר עיקר חיובו על שעת הנזק לכך צריך לשלם כשעה זו [כס"מ] :

יט אם השומר יכול לסלק א"ע משמירתו קודם הזמן שקבע עמו י"א שיכול לחזור בו כפועל דגם הוא כיון שקבע לזמן לא גרע מפועל [רשב"א קדושין י"ג] וי"א דאינו יכול לחזור בו [הה"מ פ"ז משאלה] ואינו דומה לפועל שהשומר אינו עושה מעשה ואין על זה שם עבד דמטעם זה יכול הפועל לחזור בו וכן פסקו רבותינו בעלי הש"ע בסי' רצ"ג ויש מי שרוצה לחלק בין ש"ח לש"ש דש"ש כיון שצריך לשמור יום ולילה כמ"ש בסי' ש"ג דומה לפועל משא"כ ש"ח [מח"א] ולא נראה כן דא"כ נחלק ג"כ בין שמירת מטלטלין שסוגרם בביתו לשמירת בהמה בשדה אלא ודאי דאין חילוק בזה והבעלים ודאי דיכולים לחזור בהם וגם בש"ש אם משלם לו שכרו עד הזמן שקבע ואין השומר יכול לכופו לשמור דוקא דהזמן הוא לטובת בעה"ב כמ"ש בסי' ע"ד לענין הלואה דהזמן הוא לטובת הלוה ובשואל ושוכר לזמן אין המשאיל והמשכיר יכולים לחזור בהם תוך הזמן כמ"ש בסי' שמ"א אבל השואל יכול לחזור תוך הזמן וכן השוכר אם משלם לו שכרו דהא לטובתו נעשה הזמן ומ"מ בשאילת ושכירת בית אפשר שאין יכולים לחזור בהם אם אין מי שידור בהבית והבעלים מקפידים על זה משום דביתא מיתבא יתיב וכן כל כיוצא בזה ואם לא קבעו זמן יכול כל אחד לחזור בו כל זמן שירצה כמ"ש שם [ודע דלדעה ראשונה מ"ש חז"ל שתקנו משיכה בשומרין לדעה שבסעיף י"ד דלענין חזרה הוא לא שייך כלל בש"ח ודוק] :

כ השומרים שקבעו לזמן אחר שכלה הזמן אין עליהם חיובי השמירה כל אחד כדינו ומ"מ אמרו חז"ל דשואל אחר שכלה הזמן מ"מ דינו כש"ש דהואיל ונהנה ממנו כל ימי השאלה צריך להנותו לאחר מכאן שיהיה דינו כש"ש כמ"ש בסי' ש"מ ומזה למד רבינו הב"י בסימן שמ"ג דש"ש אחר שכלה הזמן אינו אלא כש"ח ואע"ג דמשואל אין ראיה שיהיה דינו אף כש"ח דהשואל כל הנאה שלו מ"מ פשיטא ליה מצד הסברא דכיון דלא השיבו לבעליו אין סברא כלל שיפטור מפשיעה ולפ"ז גם בש"ח הדין כן וכ"ש בשוכר וכ"כ אחד מגדולי ראשונים [ריטב"א פ"ו דב"מ] ויש מי שאומר דאפילו ש"ש לאחר הזמן אין דינו כש"ח ולא נהירא [וכ"מ מר"ן נדרים לז: ד"ה לפיכך ומ"ש המח"א מתוס' ב"מ נז: ד"ה ש"ח שכתבו דאפילו ש"ש אינו משלם בפשיעה והא דאמר כשב"י למה פטור בשבת תמיהני דהא שכרו ליום כפירש"י וידע מקודם דאינו שייך לשבת כלל והיה לו לשמור בעצמו בשבת דלהחזיר לו אינו יכול דהרי צריך לשמור אחר השבת] :

כא ש"ח הוא שהפקיד אצלו כסף או כלים או בהמה או כל דבר המטלטל לשמור והיינו שבקשו לשמור לו דבר זה והוא קבל עליו לשומרה שאמר אשמור ואפילו לא קבל בפירוש אלא שא"ל הנח לפני הוי ש"ח דהנח לפני משמע הנח ואשמרנו ואם בעל החפץ לא אמר מפורש שמור לי אפילו א"ל תן עיניך בו אינו כלום [מכילתא] דכתיב כי יתן איש אל רעהו כסף או כלים לשמור וגו' שיאמר לו לשמור ולא שיאמר לו תן עיניך בו [שם] וכ"ש אם הניח לפניו סתם דאין עליו דין שומר כלל אפילו א"ל הנח לפני [כ"ל] מיהו אם בפירוש קבל עליו לשמור אפילו בעל החפץ לא א"ל כלום ה"ז שומר גמור :

כב ואפילו בקש מחבירו שיתן לו רשות להכנים בהמתו או פירותיו לחצירו ונתן לו רשות ולא פירש כלום בשמירתן אינו חייב בשמירתן כלום אפילו מהיזק שיארע לו מבהמתו דבעל החצר כיון שלא קבל עליו לשמור וה"ק ליה הכנס בהמתך או פירותיך ותשמרם ורבינו הרמ"א בסי' שצ"ח הביא דעת י"א דכשנתן לו רשות להכנים שורו לחצירו חייב בעל החצר בנזקין דאתיא ליה מחצירו דכשא"ל הכנס כוונתו שאני אשמרנו מנזקי חצירי וכן בפירות כמ"ש בסי' שצ"ג ונ"ל מדלא הגיה רבינו הרמ"א בסימן זה סעיף ב' על דברי רבינו הב"י אלו ש"מ דס"ל דאין זה ענין לדיני שומרים וראיה דהא בנזק דאתא ליה מעלמא פטור בעל החצר כמ"ש שם ואי ס"ד דיש עליו דין שומר למה לא יתחייב אלא דכל דבר שמצוי שיארע נזק לזה שהכנים בהמתו או פירותיו מבהמתו של בעל החצר שתנגחנו או תאכל הפירות קבל עליו בעל החצר שמירת נזק זה אבל מה שיכול ליארע נזק או פשיעה או גניבה מן הצד אינו חייב עד שיקבל בפירוש לשמור [וא"ש קושית הש"ך סק"ט ומה שמדמה הש"ס זל"ז בב"מ פא: יתבאר בסעיף כ"ו] :

כג וי"א דדוקא לחצר אבל אם אחד נתן רשות לאחר להכנים חפציו לביתו אפילו לא קבל עליו בפירוש לשמור חייב בעה"ב בשמירתן [ש"ך בשם הג"א] וכן עיקר דכן משמע בירושלמי [פ"ה דב"ק] והטעם דדוקא בחצר יכול להיות שהיתה כוונתו אני נותן לך רשות ואתה תשמרנה דבחצר הכל נכנסין ויוצאין ותוכל לשמור אבל בבית אין דרך להתעכב שם בלי רשות מהבעה"ב ואם הבעה"ב לא ישמרנה מי זה ישמור אבל אם א"ל הרי הבית לפניך גרע מנתינת רשות ואינו חייב בשום שמירה [שם] דלשון זה משמע אם תרצה תניח ואם לא תרצה לא תניח ואני אין לי עסק בזה וכן אם ייחד לו מקום בהבית כגון שא"ל הנח בחדר זה או בזוית זו אינו חייב בשום שמירה דזהו ג"כ כמפורש שאינו מקבל שמירה [ר"ן פ"ק דפסחים] אלא בחדר זה או בזוית זו אני נותן לך רשות להניח והוא כשלך לענין חפציך [כס"מ] :

כד ובזה שנתבאר בסעיף כ"א דכשבקש ממנו שישמרנו וא"ל הנח לפני הוי ש"ח זהו דוקא כשא"ל הנח לפני

לפני אבל אם א"ל הנח לפניך או הנח סתמא או שא"ל הרי המקום לפניך ובחצר ובבית א"ל הרי החצר והבית לפניך אפילו ש"ח לא הוה ואינו חייב שבועה כלל שהרי לא נכנס בגדר השומרין ורק זה יכול להטיל קבלה סתם על כל מי שלקח הפקדון שלו ואינו מחזיר לו ובכ"ז אין חילוק בין ש"ח לש"ש [ס"ך] ואפילו ש"ש אינו מתחייב בשמירה עד שיקבל עליו לשמור או שיאמר הנח לפני אבל בלא זה אינו מתחייב בשמירה ויש מי שאומר שאפילו א"ל אתן לך שכר שמירה כך וכך והשיב הרי הבית לפניך אינו מתחייב בשמירה והשכר צריך ליתן לו בעד הבית ולא נראה כן דודאי בכה"ג או שלא יטול שכר או יתחייב בשמירתו ורק אם הושוה עמו בעד המקום שכירות כך וכך וא"ל שמור לי וא"ל הרי המקום לפניך אינו מתחייב בשמירה והשכר הוא בעד המקום שהושוה עמו [ככ"ל כוונת הריטב"א בסבית ספ"ך סק"ו ע"ש] :

כה וזה שכתבנו דכשא"ל הנח סתם לא הוי אפילו ש"ח זהו דוקא בשוק או בחצר די"ל דה"ק ליה הנח ושמור אבל בדרך וכיוצא בו ודאי קבל עליו שמירה כיון שניסע בדרך ובעל החפץ נשאר בכאן מי זה ישמרנו אם לא הוא ולכן גם בחצר ובשוק דכשא"ל שמור לי ואני אלך מכאן וא"ל הנח קבל עליו שמירה ואפילו לדעה שבסעיף י"ג א"צ מְשיכה בכה"ג [נס"מ] ומעשה באחד שהלך בדרך עם חמורו וא"ל אחד הוליך עמך אלו המנעלים וא"ל הניחם כאן על החמור ועשה כן ולא קבלן בעל החמור בידו אלא כמו שהניח זה את המנעלים על החמור כך הוליכן ולא קשרן והלך לו בעל החמור מן הצד להסך רגליו והניח החמור על אם הדרך ונאבדו המנעלים פסק הרא"ש ז"ל דהוה ש"ח והוא פושע מה שהלך מהחמור וחייב לשלם דבדרך כשמסר לו הוי כמו שא"ל שמור לי וכשא"ל הנח על החמור הוה כאומר אשמור אמנם זהו כשבעל המנעלים לא היה הולך עמו אבל אם היה הולך עמו אינו חייב דהיה לו לשמרן בעצמו [אחרונים] וכתב רבינו הרמ"א דיש חולקין וס"ל דאפילו במקום שאינו משתמר לא הוי ש"ח עד שיאמר הנח לפני עכ"ל אבל האחרונים הכריעו דבכה"ג שבעל החפצים לא היה אצל חפציו לית מאן דפליג וכן בכל מקום שנראה לפי הענין שקבל עליו השמירה דא"א להשמר אם לא יקבל עליו השמירה חייב בשמירה אפילו בהנח סתם אבל אם א"ל הרי החמור או העגלה לפניך אפילו בכה"ג אינו חייב בשמירתן דזהו כא"ל איני מקבל שמירה [נ"ל] :

כו יש שכתבו דזה שנתבאר דכשאמר לו הנח סתם לא קבל עליו השמירה זהו רק בחצר אבל ברה"ר או בסימטא יש סברא לומר דאף בהנח סתמא הוי שומר דבשלמא בחצר צריך ליתן רשות להניח שם חפציו אבל ברה"ר למה לו לדרוש רשיונו מטילא דכשא"ל הנח היתה כוונתו לשומרו דאל"כ על מה נתן לו רשיון להניח וכן יש סברא להיפך דאף לדעה שבסי' שצ"ג בנתן לו רשות להכנים פירותיו לחצירו חייב בשמירתן מנזקי חצירו מ"מ ברה"ר וסימטא י"ל דבהנח סתמא אינו חייב בשמירה ודוקא בחצר שהוא מקום שדרך להיות נשמר שם בזה קבל עליו שמירה אף בסתם אבל רה"ר דאינו מקום שמירה לא קבל שמירה בסתם. ולי נראה דאע"פ שסברות אלו הם בש"ס [ב"מ פח:] מ"מ מדרבותינו הראשונים השמיטו זה נראה דעיקר הענין כן הוא דהש"ס אומר דמשמירת נזקים שבחצר אין ללמוד לסתם שמירות שהוא אף ברחובות ושוקים מפני שיש להפך הסברות לכאן ולכאן אבל לדינא בסתם שמירות אין לנו לחייבו בשמירה כשאמר הנח סתם וכמ"ש בסעיף כ"ב וראיה לזה דהא בשמירת נזקין שבחצר יש סברא דחייב בנתינת רשות סתם אע"פ שבעל הפירות לא בקשו לשמור אלא בקשו ליתן לו רשות להכניסם לחצירו ואלו בסתם שמירות כשלא בקשו בעל החפץ לשמור פשיטא דאינו חייב בשמירתן אפילו כשא"ל הנח לפני אלא ודאי דאין ענין זל"ז כלל :

כז אם אחד קנה בק"ס חפץ מחבירו ועדיין החפץ אצל המוכר והמעות אצל הלוקח נעשה המוכר ש"ש על החפץ אבל אם קבל המעות או שאינו מקפיד על קבלת המעות והיה ברצונו למסור לו החפץ קודם קבלת המעות אינו אפילו ש"ח ואם ראובן זיכה חפץ לשמעון ע"י לוי אם שמעון היה בעיר והיה יכול לקבל החפץ מיד לוי אין ללוי דין שומר אבל אם שמעון אינו בכאן נעשה לוי ש"ח על החפץ וחייב בפשיעה ואם שמעון הוא קטן נעשה לוי תמיד ש"ח [נס"מ] ואם לוי אין רצונו לקבל עליו השמירה צריך שיאמר בפירוש איני מקבל שום שמירה בזה ויראה ראובן החפץ בטובתו של שמעון שיושמר החפץ [נ"ל] וכלל גדול צריך לדעת דבמקום שאין עליו דין שומר אינו חייב גם לישבע דשבועת השומרים אינה אלא בשומר אא"כ טען שהוא בעצמו גנב החפץ או הזיקו בידים דזהו כשארי טענות שבין אדם לחבירו וגם כששלח יד בהחפץ אינו חייב מדין שליחות יד דשומר אלא כגזלן דעלמא וכמה חלוקי דינים יש בין שליחות יד דשומר לגזלן כגון להתחייב ע"י שליח ולענין לשלם כשעת הגזילה וכיוצא בזה [קלס"ח] :

כח אפילו כשקבל עליו השמירה אינו חייב אלא כפי שווי החפץ שקבל עליו לשמור ואם בעל החפץ לא גילה לו כל שוויו אינו חייב לשלם רק מה שגילה לו כגון אם נתן לו לשמור דינר של זהב והיה נתון בכיס וא"ל הזהר בו של כסף הוא ופשע בו ונאבד אינו חייב אלא בשל כסף מפני שאומר לו לא קבלתי עלי רק שמירת דינר כסף וכן כל כיוצא בזה מיהו אם הפסידו בידים צריך לשלם כולו דלמה היה לו להפסידו בידים ודוקא כשמברר שהיה של זהב אבל בשבועה אינו נוטל וגם בשואל הדין כן [ס"ך] מפני שיכול לומר אלו הייתי

יודע שהוא של זהב לא שאלתיו ולא רציתי להכנס באחריות זהב ולכן אפילו נודע לו שהוא של זהב אינו חייב רק בשל כסף וכ"ש בשומר [נס"מ] וכן כל קבלת שמירה בטעות אין השומר חייב כמעשה שהיה ששמעון קבל ספרים מראובן להוליכן למקום אחר והיה לו לעבור דרך מקום גזלנים שנוטלים בעלילה וכל העובר דרך שם מטמין סחורתו ושמעון היה ש"ש וטוען ראובן ששמעון פשע במה שלא נזהר בהם כדרך שארי סחורות ושמעון טוען שאתה פשעת במה שהגדת לי שאין נותנין עין על ספרים ולכן לא שמרתי א"ע ואלמלא הגדת לי שהם צריכים שימור רב מהגזלנים לא הייתי מקבל עלי ופסקו שהדין עם שמעון וכן כל כיוצא בזה והרי קנין בטעות חוזר וכ"ש שמירה בטעות וכל מקום שא"ל שהשמירה קלה ונמצאת כבדה אינו חייב בשמירתה ומ"מ נ"ל דאם ביכלתו להודיע להבעלים שאינו מקבל שמירה כזו ולא הודיעו ה"ל פושע דשמא באמת לא ידעו הבעלים שהשמירה כבדה :

כט כיצד דרך השומרים הכל לפי הפקדון יש פקדונות שדרך להניחן בבית שער כמו קורות ואבנים שמפני כובדן מניחין אותן סמוך לרה"ר ויש פקדון שדרך שמירתו להניחו בחצר או בבנינים שבחצר כמו חבילות פשתן הגדולים וכיוצא בהן ויש שדרך שמירתו להניחו בבית כמו בגדים ויש שדרך להניחו בתיבה או בארגז ונועל עליו כמו בגדי משי ובגדים הנעשים מחוטי כסף וזהב וכיוצא בהם מחפצים יקרים :

ל יש שכתבו דבבגדים אין להטמין בתיבה דסתם תיבות חתורות הן אצל העכברים ויקלקלו הבגדים וצריך להשימן על נס וכיוצא בזה לתלותן על הכותל במקום שאין עכברים מצוים ויש שכתבו דדוקא כשיש בהתיבות דבר מאכל דאל"כ אין עכברים נכנסים להתיבה וכשיש מים סמוך לתיבה מותר להניחן אפילו בהתיבה דעכברים אין אוכלין בגדים רק כשצמאים למים ולכן כשיש מים סמוך לה לא יאכלו הבגדים [ס"ך] ובגדים התפורים עם עורות שועלים ושארי חיות צריך ליזהר בשמירתן ביותר דהשערות מתקלקלים אם אין המקום מצונן ולא יהא שם לחלוחית מהכותל ואין באלו דברים גדר וגבול אך כלל יש בזה שאם הניח הפקדון במקום שאין שמירתה טובה אף שהניחה עם חפצים שלו מ"מ חייב דבשלו יכול לעשות כרצונו ולא בשל אחרים :

לא אמרו חז"ל דכספים ודינרים ולשונות של זהב ושל כסף ואבנים טובות ומרגליות אין להם שמירה אלא בקרקע ויתן עליהם טפח עפר ובמקום דשכיחי רמאין הבקיאין לחפוש בקרקע יטמינם בכותל בטפח הסמוך לקרקע או בטפח הסמוך לקורה וכל מה שמעמיק בעובי הכותל עדיף טפי ובדיעבד אפילו לא נתנם בעובי הכותל באמצעה רק שהכנים טפח בעוביה דיו אבל לא יטמינם באמצע גובה הכותל שמא יחפרו הגנבים ויגנבום ואפילו הניחם בתיבה ונעל עליהם כראוי או החביא אותם במקום שאין אדם מכירו ולא מרגיש בו מ"מ ה"ז פושע וחייב לשלם לכך המפקיד אצל חבירו כספים בע"ש סמוך לבה"ש וי"א דאפילו אחר חצות היום בע"ש אינו חייב לטרוח ולקבור אותם עד מוצאי שבת ואם נתאחר למו"ש כדי לקברם ולא קברם ונגנבו או נאנסו חייב דתחלתו בפשיעה הוא ואם המפקיד הוא ת"ח אינו חייב עד שישהה אחר שיבדיל כדי לקוברן דשמא צריך מעות ליין להבדלה דת"ח אינו סומך על שמיעת הבדלה מאחרים [סמ"ע] וי"א דה"ה אם הנפקד הוא ת"ח משום דת"ח אינו עושה עובדין דחול קודם הבדלה על הכוס אף שמדינא מותר לעשות מלאכה אחר הבדלה דתפלה כמ"ש בא"ח סי' רצ"ט וזה שכתבנו שת"ח אינו סומך על שמיעת הבדלה מאחרים יש מפקפקים בזה דלמה לא יסמוך אם לא שיש לו בני בית שצריך להוציאם [מג"א סי' רצ"ו סק"י] ולפ"ז גם באינו ת"ח הדין כן וכ"ז הוא לפי דינא דגמ' :

לב וכתב הטור וז"ל כתב הרב ר"י ברצלוני ודאי כך הלכה דכספים אין להם שמירה אלא בקרקע אבל כך קבלנו מרבותינו שלא נאמר זה אלא במקום שגנבים מצוים ואנשים רמאים שמחפשים אחריהם אבל במקום דליכא כל הני א"צ לכסותו בקרקע אלא מניחם במקום שמניח מעותיו ולא עדיף מדידיה וע"ז סמכו קדמונינו וכתב א"א הרא"ש ז"ל וראוי לסמוך על קבלתו דהרי איתא בירושלמי אם נתנו במקום שראוי להניח שלו פטור עכ"ל וצריך להניחם במקום המשתמר כפי דרך המקום וכפי הזמן שהוא מפקיד וכן כתבו עוד מרבותינו דדוקא בזמנם שהיה להם בתים רעועות אבל האידנא א"צ שמירה בקרקע [סמ"ע] :

לג ואפילו בזמן הגמ' לא אמרו כספים אין להם שמירה אלא בקרקע אלא במפקיד סתם אצל חבירו לשמרם אבל מפקיד מעות אצל חבירו כדי להתעסק בהם ולהרויח פשיטא דהוי כמו א"ל בפירוש שאינו מצריכו לקבור בקרקע ובכל הפקדונות אם התנה הנפקד ע"מ שלא אטמנם בקרקע וכן כל דבר שהתנה עמו כגון שיניח הפקדון עם שלו או איזה תנאי אחר הכל לפי תנאו דבכל מה שמתנין בדבר שבממון תנאו קיים ואין חילוק בכ"ז בין ש"ח לש"ש :

לד המפקיד כספים אצל חבירו בדרך להוליכם לביתו או ששלח עמו מעות ממקום למקום צריכים שיהיו צרורים ומונחים בידו אם המקום קרוב שנאמר וצרת הכסף בידך אע"פ שצרורים יהיו בידך או אם המקום רחוק צריך שיהיו קשורים כראוי על בטנו מכנגד פניו עד שיגיע לביתו ויקברם כראוי לפי זמן הגמ' או להטמינם במקום יפה לפי מנהג זמנינו ואם לא קשרם בדרך הזאת אפילו נאנסו חייב לשלם שהרי תחלתו בפשיעה ויש שכתב דגם בזה אם הניח במקום שהניח מעותיו דפטור [ס"ך] :

לה כשמוליך מעות בדרך וצריך לישן אין להם שמירה רק

רק

רק שיתפור אותם בבגדו שעל החזה ויישן בהבגד אבל במכנסים אף שתפר פי הכיס אין זה שמירה דבקל יוכל הגנב לחתכו וליטול המעות וכן בהבגד העליון אף בכיס שאצל החזה ויישן בו אין זה שמירה דכיון שאין הבגד דבוק להגוף יכול הגנב לחתוך פי הכיס וליטול המעות וכ"ש להניחם תחת מראשותיו אינו שמירה כלל ולהניחם בבגד ומונח בצד כריסו אפשר דהוה שמירה וכן כשהולך בדרך צריך לתלותן בכיס תחת בגדיו לפניו ולא לאחריו וכן אם תפורים בהמכנסים בעת שניעור הוה שמירה מעולה אבל כשאינם תפורים אין זה שמירה וכן בשארי חפצים צריך שמירה מעולה דכמעות א"א לשמרם והכל לפי הענין ואם עשה שלא כהוגן אף שגם בשלו עשה כן חייב לשלם וזה שכתבנו שאם שמרם כשלו הוי שמירה ופטור זהו כשעכ"פ היתה שמירה מעולה כדרך בני אדם ואין חילוק בכ"ז בין ש"ח לש"ש :

לו המפקיד אצל חבירו בין כלים בין מעות ואמר תן לי פקדוני וא"ל השומר איני יודע היכן הנחתיו או באיזה מקום קברתי הכספים המתן לי עד שאבקשם ואמצאם ואחזירם לך ה"ז פושע וחייב לשלם מיד כשפשע וא"צ הנפקד להמתין לו עד שימצא דכל לא ידענא פשיעותא היא והוי כמזיק וחייב אפילו כשהיה שמירה בבעלים [נס"ת] ושומר שאינו יודע אם נגנב בפשיעה או באונס צריך לשלם דהא מחוייב לישבע שבועת השומרין ואינו יכול לישבע כיון שאינו יודע ודאי שבאונס נגנבה ומתוך שאיל"מ כמ"ש בסי' ע"ה [סמ"ע] ודוקא כשיודע שנגנב הפקדון אבל אם אינו יודע כלל שנגנב פטור כמ"ש בסי' רצ"ח וכן כשטוען שלא הבין דבריו שבהשטר או שבהמכתב וסבור היה שכוונתו כך וכך ולכן עשה מה שעשה אם לשון הכתב אינו סובל פירושו לפי ראות המבינים הוי פושע וחייב דכל לא ידענא פשיעותא היא [ס"ך] :

לז באו עליו גנבים וגנבו הפקדון ואם היה צועק היו באים בני אדם להציל מידם כשהלכו עם הגניבה חייב דפשע בזה שלא צעק ואפילו באו עליו אנסים חייב לצעוק שיבואו אנשים לעזרו לעמוד כנגדם ואם היה אפשר לו לעשות כן ולא עשה חייב אא"כ היה לו סכנה לצעוק שלא יהרגוהו או שלא יכוהו ודוקא אם היה מוצא אנשים שיעזרו לו בחנם חייב השומר חנם לעשות אבל אם לא היה מוצא מי שיעזרו אלא בשכר פטור דלשכור אנשים אין הש"ח חייב אבל ש"ש חייב גם לשכור אנשים ויתבאר בסי' ש"ג וה"ה בשוכר וש"ח ששכר אנשים להציל והציל פשיטא שהבעלים צריכים לשלם הוצאותיו עד כדי שווי החפץ [מסרי"ק קנ"ס] :

לח קיי"ל דתחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב ודוקא כשיש סברא לומר אלו לא פשע בה היה אפשר שגם האונס לא היה נארע כגון שהניח החפץ במקום שמשומר לגבי גניבה ואינו משומר לגבי דליקה שאש מצוי שם תמיד והוה פושע לגבי שריפה ולבסוף נגנבה כמעשה שהיה באחד שהפקיד מעות אצל חבירו והניחם במחיצה של קנים ששמירה מעולה היא לגבי גניבה אבל איש מצוי שם ונגנבו משם ואמרו חכמים אע"פ שזהו שמירה לענין גניבה אינה שמירה כראוי לשריפה ופושע הוא בתחלתו ולכן אע"פ שסופו באונס לענין גניבה מ"מ חייב דיכול להיות אם היה מטמינם במקום אחר כמו בקרקע לא היה בא האונס ג"כ שלא היו נגנבים משם וכן כל כיוצא בזה שאם פשע בו ולא שמרו כראוי לענין אחד אע"פ שלבסוף נאבד באונס בענין אחר נחשב פושע וחייב לשלם אם רק נוכל לומר שבלא הפשיעה היה באפשרי שגם האונס לא היה נארע וכן כשאנסו ליסטים במקום שאינו שמור מגניבה ויכול להיות שאם היה מפקידם במקום השמור מגניבה לא היו באים הליסטים על אותו מקום הוה תחלתו בפשיעה וחייב :

לט וכן כששמר בהמה במקום שמצוים גנבים ואין מצוים זאבים דלגבי זאבים הוי שמירה מעולה ולבסוף אירעו שם זאבים ואכלוה חייב דאולי אם היה שומרה במקום השמור מגנבים לא היו באים שם הזאבים וכן להיפך אם שמרה במקום שמצוים זאבים ואין מצוין גנבים ולבסוף נגנבה ג"כ חייב דהוה תחלתו בפשיעה לגבי זאבים ואולי אם היה שומרה במקום השמור מזאבים לא היו באים הגנבים שמה אבל דבר שבהכרח שאונס זה שאירע היה נארע גם במקום אחר אפילו פשע בה ולא שמרה כלל כגון שיצאת לאגם במקום דשכיחי גנבים וזאבים ומתה שמה כדרכה פטור אע"פ שתחלתו בפשיעה גמורה מ"מ פטור שהרי אונס מיתה שאירע שמה היה נארע בכל מקום דמלאך המות מה לו במקום זה או במקום אחר ולא אמרינן דהבל האגם היה קשה לה [ב"מ לו:] אם לא שידוע שההבל של אותו מקום מזיק לבהמות דפשיטא דחייב :

מ וכן אם שמר בהמה בשדה והעלה אותה לראש ההר ונפלה ומתה אם בההר היה מרעה יותר טובה מבעמק אין זה פשיעה כלל דהא עשה כראוי ובהנפילה אנוס הוא אבל אם לא היה שם מרעה טוב יותר ה"ז פושע במה שהעלה אותה ולכן אף אם בהנפילה היה אנוס שלא היה יכול לתקוף בה שלא תפול חייב משום תחלתו בפשיעה [סס בתוס'] וכ"ש אם לא היה אנוס גם בהנפילה שהיה ביכלתו לתוקפה שלא תפול דחייב אף במרעה טוב דזהו גופא הוי פושע ואם מתה שם כדרכה פטור בכל ענין דהא אין האונס בא מחמת הפשיעה ואם מעצמה עלתה לראש ההר אם השומר תקפה ולא הניחה לעלות והיא תקפתו ועלתה ונפלה הוי אונס גמור ואפילו היה ש"ש פטור ואם עלתה מעצמה והשומר לא מיחה בה והיה ביכלתו לתוקפה שלא תעלה אם ש"ש הוא חייב וש"ח פטור דנהי דאין זה אונס מ"מ גם פשיעה לא הוי

כיון

כיון שלא העלה אותה בעצמו וזהו כעין גניבה ואבידה וכן כל כיוצא בזה :

מא וכן ש"ח שהניח הבהמה בשדה ונכנס לעיר ובא ארי ודרסה או זאבים וטרפוה אם נכנס בשעה שדרך בני אדם השומרים נכנסים להעיר פטור בכל ענין אפילו אם היה יכול להציל מהם אם היה שם דהא שמר כדרך שומרי בהמות ואם נכנס בשעה שאין דרך ליכנס רואים אם היה יכול להציל כשהיה שם חייב ואם לאו פטור דהרי האונס לא בא מצד הפשיעה דאף אם לא פשע ולא היה נכנס לעיר לא היה מציל מהם ואין אומרים אלו היה שם היה נעשה לו נס כמו שאמר דוד גם את הארי גם הדוב הכה עבדך דאין לנו לחייבו מטעם זה ויש חולקין וס"ל דכיון שהיה תחלתו בפשיעה מטילין על האונס כל מה שביכולת לתלות אפילו מציאת רחוקה ורק במיתה דסעיף ל"ט אין מה לתלות דלמלאך המות אין חילוק בין מקום למקום אבל בזה תלינן וכ"כ הטור בשם הראב"ד ורבינו הב"י פסק כדעה ראשונה דממ"נ אם נתלה במציאת רחוקה נתלה גם המיתה בהאויר אף שאין רואין שינוי מ"מ הרי יכול להיות שינוי מאויר לאויר ולא ימלט שממקום למקום אין הפרש קצת בין אויר לאויר ומ"מ נ"ל דדעת רבינו הרמ"א לפסוק בש"ח כדעה ראשונה ובש"ש כדעה אחרונה ולכן כתב דעה זו בסימן ש"ג ולא בסימן זה :

מב וזה שנתבאר בסעיף ל"ט דכשפשע בה ויצאת לאגם ונגנבה משם חייב ואם מתה פטור מ"מ אם גנבה הגנב משם ומתה כדרכה* אצל הגנב חייב ולא אמרינן הא אפילו לא נגנבה היתה מתה דכיון שנגנבה הרי אבודה היא ביד הגנב ואפילו אם לא היתה מתה וחייב על שעת הגניבה וכן כל כיוצא בזה כשהיה תחלתו בפשיעה וסופו באונס ונעשית הפשיעה ואח"כ נתהוה גם האונס חייב אפילו אם אין האונס מצד הפשיעה דכיון דנעשית הפשיעה חייב על שעת הפשיעה דמשעת הפשיעה הוי כאבוד וגם בש"ח הדין כן ודע שיש מי שרוצה לומר דבאונס דלא שכיח כלל לא אמרינן תחלתו בפשיעה וסופו באונס חייב אף באונס שמצד הפשיעה ואינו כן [ס"ך] :

מג שומר ששמר במקום הראוי ואירע אונס פשיטא שפטור גם ש"ש ומ"מ נ"ל דאם היה להשומר מקום היותר שמור מזה המקום כמו העשירים שיש להם תיבות ברזל שאין האש שולט בהם והוא טמנם במקום אחר השמור ג"כ מגנבים ונתהוה דליקה אף דדליקה הוי אונס מ"מ אם הוא ש"ש חייב דהש"ש יש לו לשמור שמירה היותר מעולה אבל ש"ח פטור כיון ששמרם במקום הראוי וכן כל כיוצא בזה :

מד קיי"ל דשומר שמסר לשומר חייב ולא מיבעיא ש"ש שמסר לש"ח דגרועי גרעיה לשמירתו אלא אפילו ש"ח שמסר לש"ש חייב ובגמ' [שם] יש בזה שני טעמים אביי סבר משום דהנפקד יכול לומר אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר ורבא ס"ל מפני שיכול לומר לו אתה נאמן אצלי בשבועה והוא אינו נאמן אצלי ולטעם זה אם הראשון היה בעצמו בעת האונס או בש"ח בעת הגניבה שיכול הוא לישבע או שיש עדים על הגניבה והאונס ואין אנו צריכין לנאמנותו של שני פטור הראשון [תוס' בשם] וכן הלכה [שם] אבל לטעם הראשון היה פושע בזה שמסרו ליד אחר וחייב בכל ענין משום תחלתו בפשיעה וסופו באונס ואולי אצל הראשון לא היה נארע אונס זה אבל לטעם שני אין זה פשיעה כלל [רא"ש] ואע"ג דטעם שאין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר יש במשנה [גיטין כ"ט] ובגמ' [שם י"ד] זהו ודאי דכן הוא אבל הכל הוא מפני העדר אמונתו להשני וה"פ אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר כי אינני מאמין לו אבל במקום שא"צ לנאמנותו אין זה כלום ושומר שהשאיל והשכיר לאחר חייב בכל ענין דזהו שליחות יד ויתבאר בסי' ש"ז סעיף ו' [ומ"ש סתוס' בב"מ ל"ו דאסור להפקיד ביד אחר זהו לאביי פ"ש ודוק] :

מה מדברים אלו שהקדמנו נ"ל דשומר שרצונו לקבל עליו אחריות אם השני יאבדנו באונס ולא יהיה לו עדים וגם הוא לא יהיה ביכלתו לישבע רשאי למסור הפקדון לאחר וזה שנתבאר בהרמב"ם וש"ע סעיף כ"א דהוה פושע הכוונה הוא דהוא בעצמו פשע שיצטרך לשלם כשלא יראה בעצמו ולא יהיו עדים ומדברי רבינו הרמ"א בסי' שמ"ב יש ראיה לזה כמ"ש שם ועוד ראיה לזה דאל"כ אלא דזה מקרי פשיעה א"כ איך פטרינן ליה כשיכול לישבע או כשיש עדים נימא תחלתו בפשיעה וסופו באונס חייב כשיש לתלות שהאונס לא היה נארע בבית הראשון ועוד דחז"ל אמרו [גיטין שם] אין השואל רשאי להשאיל ואין השוכר רשאי להשכיר לישמעינן רבותא יותר שאפילו שומר אינו רשאי למסור לאחר אלא ודאי דזהו רק בשואל ושוכר שמשתמשין בהחפץ אין רצונו שאיש אחר ישתמש בו אבל בשמירה אין לו נ"מ אם לא יצטרך לנאמנותו של השני [ור"ל דאמר שם בגיטין כאן שנה ר' לא לדמותו לגמרי קאמר ור"ל מסיבו דהכ"מ סוא לסגנ ובספ"ק פסוקא סיכול סנפקד לקבל בחזרה ואף שמסרי"ף בב"מ שם משמע דלכתחלה אינו רשאי למסור לאחר ועשה כעין פשרה דגם רבא מודה לכתחלה אבל מתוס' ורא"ש לא משמע כן וגם לסרי"ף אין זה פשיעה בדיעבד] :

מו ואע"פ שכן נ"ל מ"מ למעשה איני אומר דבר זה מפני שהלשון של רבותינו בעלי הש"ע אינו מורה כן ולכתחלה אסור לשומר למסור לאחר וכן משמע מרמב"ם פ"א משכירות [ודברי הרמ"א בסי' ש"א נתבאר שם בס"ד] וזה דלא חשבינן כתחלתו בפשיעה מפני שאין זה פשיעה גמורה וצ"ע :

מז שומר שמסר לשומר חייב אפילו ש"ח שמסר לש"ש משום דאומר לו את מהימן לי בשבועה והיאך לא מהימן

מהימן לי בשבועה ואפילו ידוע שהשני טוב וכשר יותר מהראשון מפני שלכל אדם יש רשות להאמין ממונו למי שירצה ומ"מ אם פשע השני רצה גובה מהראשון ואם רצה גובה מהשני ואינו יכול לומר לאו בע"ד דידי את [ס"ך] כמו בשוכר פרה מחבירו והשאילה לאחר שיתבאר בסי' ש"ז וחיובו הוא מדר' נתן כמ"ש בסי' פ"ו דהא השני הוא שומר של הראשון [נס"מ] ולכן אם הראשון היה ש"ח והשני ש"ש ויש עדים שנגנבה משלם השני אע"פ שהראשון פטור מגניבה מ"מ כיון דהשני חייב להראשון לשלם ממילא דהתשלומין להבעלים דאין הלה עושה סחורה בפרתו של חבירו כמו בשם לענין אונס [נ"ל] ומיהו שומר שמסר לשומר לפני המפקיד ולא מיחה בו פטור ואין דינו אלא עם השני ואם מסר שלא בפני המפקיד רק אח"כ הודיע זה להמפקיד אין שתיקתו כהודאה וחייב הראשון ומה ששתק לפי שהיה אחר המעשה אא"כ הסכים בפירוש [סמ"ע סי' קע"ו סקל"ד]:

מח כיון שאין החיוב רק משום נאמנות לפיכך אם דרך הבעלים להפקיד אצל השני דבר ששוה כהפקדון הזה פטור השומר הראשון מלשלם אבל ביותר מסכום שרגיל להפקיד אצלו יכול לומר דעל סך כזה אין רצוני ליתן לו נאמנות וכן אם ידוע שזה הנפקד אינו רגיל לשמור בעצמו אלא מוסר פקדונותיו לאחרים דינו של המפקיד עם השני וכשראשון מסר לשני והראשון היתה שמירתו בבעלים דפטור מכל דבר והשני היה שלא בבעלים חייב השני כיון שאין בו פטור זה והתשלומין בע"כ להבעלים [ס"ך] וזה שאמרנו שכשרגילים הבעלים להפקיד אצל השני פטור הראשון זהו דוקא כשלא איתרע חזקת נאמנותו של השני בינתים [נ"י]:

מט וזה שאמרנו דברגיל להפקיד אצלו דינו רק עם השני זהו כשלא המעיט הראשון בשמירה אבל כשמיעט שהוא היה ש"ש והשני ש"ח או שהראשון הוא שואל והשני ש"ש או שוכר דינו כאינו רגיל להפקיד אצלו דהבעלים יכולים לומר כיון שבפעם הזאת רציתי להחמיר בשמירה פשעת שמיעטת בשמירה ובכה"ג אין רצוני עתה גם אצל השני אף שאני רגיל להפקיד אצלו ואם אין עדים על האונס או בשואל שמתה מחמת מלאכה צריך הראשון לשלם ואף שהראשון היתה שמירתו בבעלים מ"מ חייב הראשון דפטור זה לא מהני לפטור האונס שהיה אצל השני [סס"מ] אבל אם יש עדים שהשני שמר כראוי נפטר השומר הראשון דבעיקר הענין אין זה פשיעה ממש כמ"ש בסעיף מ ה ואפילו לא היו שם עדים אם השומר הראשון ראה ויכול הוא לישבע ה"ז נשבע ונפטר כמ"ש שם ויש מי שאומר דכשמיעט בשמירתו הוה פושע גמור וחייב הראשון בכל ענין ואינו כן [ס"ך] דזה לא הוה פושע רק שאין לו נאמנות על השני וכמ"ש ואדרבא יש מהפוסקים שסוברים דברגיל להפקיד אצלו אף בשמיעט בשמירתו פטור הראשון בשבועתו של השני והעיקר כדעה ראשונה [עמ"ס סגר"א בס"ק מ"ו ומ"ז ולע"ג]:

נ שומר שמסר לשומר אחר שרגילים הבעלים להפקיד אצלו אע"פ שאמרנו שדינו עם השני מ"מ אם השני פשע ואין לו במה לשלם חייב הראשון לשלם ואפילו לדעה שיתבאר דבאשתו ובניו כשאין להם לשלם פטורים הבעלים זהו דוקא משום דכל המפקיד על דעת אשתו ובניו הוא מפקיד כמו שיתבאר והוה כא"ל בפירוש תוכל למסור לאשתך ובניך אבל במסר לשומר אחר נהי דרגיל להפקיד אצלו מ"מ הא לא א"ל שימסור לו ולמה יפטור הראשון כשהשני פשע ואין לו לשלם הלא הוא השומר שלו ולא השני [סמ"ע סי' ע"ב סקל"ו] ויש חולקין וס"ל דדין זה כדין אשתו ובניו דגם זה הוי כהרשהו למסור להשני [ס"ך סס ס"ק קל"ד] אבל בשואל שהשאיל לאחר אפילו היו הבעלים רגילים להשאילו ונאנסה ואין לו במה לשלם דשואל לאו מטעם שמירה חייב אלא משום דאונסי החפץ עליו [נס"מ] וכ"ש בש"ש שמסר לש"ח הרגיל להפקיד אצלו ונגנבה דחייב הראשון מעיקר הדין ולא השני והשוכר שהשכיר לאחר הרגיל להשכירו דינו כשואל [נ"ל]:

נא שומר שמסר לשומר שרגילים הבעלים להפקיד אצלו שדינו עם השני כמ"ש והשני אינו רוצה לישבע או שהלך למדה"י והראשון רוצה לפטור א"ע בטענה שמא נאנסה מהשני או שמא פשע בה והוא חייב לשלם אין זה טענה נכונה דהרי כבר נתבאר בסעיף ל"ו דשומר כשאינו יכול לישבע משלם והבעלים הלא תובעים אותו שבועת השומרים ומתוך שאיל"מ ואין לומר כיון שמסרו ליד מי שרגיל להפקיד אצלו הוה טענת הראשון כאיני יודע אם נתחייבתי לך דפטור דאינו כן דמשעה שמסר לו לשמור יש לו עליו תביעה וכשמשיב לו איני יודע הוה כאיני יודע אם פרעתיך דחייב לשלם כמ"ש בסי' ע"ה [ס"ך] וי"א דאין זה רק כשהבעלים טוענים טענת ברי אבל בטענת שמא גם באיני יודע אם פרעתיך פטור ויש חולקין בזה דכיון דנעשה שומר אינו נפטר אלא בשבועה או בתשלומין וכל שבועת שומרין הוא בטענת שמא [ע"ס] מיהו אם נתן לו בפירוש רשות למסור לאחר אפילו טוען ברי וזה אומר איני יודע פטור דכבר נתבאר בסי' ע"ה דהטעם באיני יודע אם החזרתי שחייב מפני דטענת איני יודע אם החזרתי הוה טענה רעוע ובמקום דבאמת לא הו"ל למידע פטור וה"נ כשנתן לו רשות למסור לאחר טענתו טובה כשאומר איני יודע דהא לא הו"ל למידע [נס"מ] ואין לו להבעלים רק לכוף להשני לישבע או לשלם:

נב כל המפקיד אצל בעה"ב סתם על דעת אשתו ובניו ובנותיו ובני ביתו הגדולים הוא מפקיד בין שהפקיד כלים בין מעות דכל אדם יודע שאין הבעה"ב בעצמו שומר תמיד לבדו וסומך על אשתו וזרעו ובני ביתו והוה כא"ל מסור השמירה לאלו ואין חילוק בזה בין

ש"ח

ש"ח לש"ש [ס"ך סי' ע"ב ס"ק קל"ו] ויש מחלקין וס"ל דש"ש צריך הוא לבדו לשמור [כד"ס] ואם מסר לבניו ובני ביתו הקטנים או לעבדיו הכנענים בין גדולים בין קטנים או לאחד מקרוביו שאינם עמו בבית ואין סמוכין על שולחנו וכ"ש אם מסרו לאחר ה"ז פושע ואין אנו נותנים נאמנות להשני שיפטור הוא ע"פ שבועתו של השני ולכן חייב לשלם אא"כ הביא השומר השני עדים שלא פשע ובשומר שכר שנאנסה או אם הראשון עצמו יכול לישבע כמו שנתבאר בסעיף מ"ד וכן אם ידוע שגם מעותיו אינו מוסר לבני ביתו גם הם דינם כאחרים וכן אם הניח אחרים ליכנס במקום שהפקדון מונח אע"פ שאינם בחזקת גנבים מ"מ הוי פשיעה וחייב לשלם כשנגנבה אבל במי שידוע בודאי שאין דרכו לשמור בעצמו פקרונותיו ורגיל למסור ביד אחר שאינו שרוי בביתו ואינו סומך על שולחנו דינו כמוסר לבני ביתו כמ"ש בסעיף מ"ח :

נג וכמו שהמפקיד מפקיד על דעת אשתו ובניו של הנפקד כמו כן כשהנפקד החזיר הפקדון לאשת המפקיד פטור והוה כהחזיר להמפקיד עצמו ואע"ג דבשואל קיי"ל דלא מהני אם החזיר לאשת המשאיל כמ"ש בסימן ש"מ זהו רק בשואל מפני שכל הנאה שלו החמירו עליו אבל לא בשארי שומרים וי"א דאף בפקדון לא יצא אא"כ אשתו נושאת ונותנת במסחרו אבל בסתם נשים לא [ס"ך סס] והוה כפרעון של הלואה בסי' ק"ך ולפ"ז כשהחזיר הפקדון לבניו ובני ביתו של המפקיד ודאי דלא יצא ולא דמי חזרה לשמירה דבשמירה יודע המפקיד שא"א להנפקד לשמור בעצמו יום ולילה ובהכרח לסמוך על בני ביתו אבל בחזרה שהיא אך רגע מחוייב להחזיר להמפקיד בעצמו ואפשר דגם לדעה ראשונה לא מהני בחזרה רק לאשתו דאשתו כגופו ולא לבניו וב"ב [וה"ס ססתירס לסס סעיף ל"ח] ומה שבפרעון חוב לא מהני אף לאשתו כשאינה נושאת ונותנת יש לחלק בין הלואה לפקדון לדעה ראשונה והלואה הוי כשאלה :

נד מעשה באחד שהפקיד מעות אצל חבירו ונתנם השומר לאמו והחביאה אותם ולא טמנתם בקרקע ונגנבו והוא היה ש"ח ואמרו חכמים דאין השומר חייב לשלם דהרי כל המפקיד ע"ד בני ביתו הוא מפקיד והרי מסרם לאמו ואף שלא אמר לה שהם מעות פקדון שתזהרי בהם אין זה פושע שיכול לומר שסבר שאם לא יגיד לה שהם של אחרים ותסבור ששלו הם תזהר ביותר ודוקא ש"ח פטור אבל אם היה ש"ש חייב אף כשנאנסו מידה דלגבי ש"ש פשיעה היא במה שלא הודיע לה שהוא פקדון ונוטל שכר והוה תחלתו בפשיעה והאונס יכול להיות שלא היה נארע אם לא הפשיעה [ככ"ל בכוונת סכמק"י סבס"ך סקל"ג] ואמרו חכמים דגם אמו אינה חייבת לשלם שהרי לא אמר לה שהם פקדון וכיון שסברה ששל בנה הם אינה פושעת במה שלא טמנתם בקרקע דסברה שבנה צריך המעות לעסק שידעה שהוא רגיל לעשות עסקים ולכן הטמינתם בארגז שלה להיותם מוכנים כשידרשם [סמ"ע] ואין המפקיד יכול להשביעה שהבן לא אמר לה שהם פקדון שהרי זהו טענת שמא שהרי אינו יודע אם הבן אמר לה אם לאו והיא אינה שומרת שלו שתתחייב שבועה על טענת שמא אמנם אינה פטורה משבועה זו אלא כשיש עדים על הגניבה אבל אם היא צריכה לישבע על הגניבה דבזה בהכרח להשביעה גם בשמא כדין השומרין דהא עכ"פ היא שומרת הממון יכול להשביעה ,גם שבועה זו ע"י גלגול [ס"ך] ואע"ג דטענת שמא אין משביעין גם בגלגול בלא רגלים לדבר כמ"ש בסימן צ"ד מ"מ בשבועת שומרים שעיקר שבועתם הוא בשמא מגלגלין גם בכה"ג [נס"מ] וכן אם הבן טוען ברי שאמר לה שפקדון הוא צריכה לישבע היסת נגד טענת הבן [ס"ך] ופסקו חכמים שהשומר ישבע שאותם המעות עצמן מסר לאמו ואמו תשבע שהחביאה אותם במקום משומר כמו בארגז ונגנבו רק אם היתה יודעת שזהו פקדון היתה מחוייבת לטמינם בקרקע לפי זמן הגמ' ואם תביא עדים על הגניבה פטורה משבועה ואז נפטרים שניהם וכשתשבע על הגניבה צריכה לישבע ג"כ שנתנם במקום המשומר אלא שלא טמנתם בקרקע דאל"כ שמא לא שמרתם כלל וחייבת לבנה והוא ישלם להמפקיד ואפילו נאנסו מידה חייבת כשלא שמרתם כלל והוה תחלתו בפשיעה ודע דלפי זמנינו שאין טומנים מעות בקרקע לא משכחת לה להאי דינא כלל דממ"נ אם שמרה במקום שדרכם לשמור מעותיהם פטור גם כפקדון ואם לאו חייבת אף כשסבורה ששל בנה הם וגם לזמן הגמ' אינו אלא במעות או בחפץ שאינו מסוים אבל בחפץ מסויים נשבעת אמו שחפץ זה מסר לי בני ושמרתיו כראוי ונגנב או נאנס ואז אין אנו צריכין לשבועתו של הראשון [כ"ל] :

נה מכאן אתה למד שהשומר שמסר הפקדון לאשתו וב"ב והודיעם שהוא פקדון ולא שמרו כראוי שחייבים לשלם לבעל הפקדון והבעה"ב פטור מפני שמפקיד על דעת בני ביתו ואם אין להם לשלם חייב הוא לשלם דאל"כ כל פקדון שביד אדם יאכלום בניו וב"ב וע"פ רוב אין להם במה לשלם ואם גם הוא יפטור לא שבקת חיי וכשידעו שהוא חייב לשלם יזהרו בו ואף שלא הודיעם שהוא פקדון ואכלום או אבדום ואין להם לשלם חייב הבעה"ב לשלם [ס"ך] וי"א דכשאין להם לשלם מ"מ הוא פטור דכיון דמפקיד על דעתם הוה כאלו א"ל מסור להם הפקדון ועמ"ש בסעיף נ' בשומר שמסר לשומר ופשע השני ואין לו במה לשלם מה דינו של הראשון ונראה דהמנהג פשוט כדעה ראשונה וכן דנים בכל בתי דינים :

נו מעשה באחד שהפקיד כשות אצל אחד והיה להשומר גם כשות שלו ואמר השומר למשרתו השלך להשכר מזה הכשות שהיה שלו והלך המשרת והשליך לתוך השכר

מהכשות

מהכשות של פקדון ונתקלקל השכר ונעשה חומץ ואמרו חכמים דהמשרת פטור שהרי לא א"ל מזה תשליך ומזה לא תשליך והיה סבור שזה שא"ל מזה תשליך לא היתה בקפידא אלא מראה מקום הוא לו ושניהם שלו והבעה"ב ודאי פטור שהרי א"ל מזה תשליך וכיון שנעשה חומץ פטור מלשלם ואף אם לא נעשה חומץ אינו משלם רק כפי מה שנהנה מה שהשכר שוה יותר מפני הכשות אבל לא מה ששוה הכשות למכור אמנם בין כך ובין כך חייב השומר לישבע שבועת השומרים שכן היה המעשה או יביא עדים וכן כל כיוצא בזה וי"א דזהו רק בש"ח אבל בש"ש חייב שהיה לו לפרש להמשרת שמזה הכשות לא ישליך להשכר דהשומר שכר צריך ליזהר ביותר ואצלו הוי זה כפשיעה ואם הכשות של הפקדון היה במקום רחוק ממקום הטלת השכר ושלו היה קרוב והשליח שלו שהה לבא והבעה"ב היה שם ולא א"ל דבר חייב גם בש"ח שזהו פשיעה גמורה לפי שהיה לו להבין כשרואה שהמשרת שוהה הרבה דבודאי הלך ליטול את הכשות הרחוק שהרי לא א"ל בפירוש שלא תטול מזה הכשות הרחוק ולכן אם א"ל בפירוש לא תטול מזה פטור הבעה"ב דלא היה לו לחשוב שיטול מזה כיון שהזהירו [סמ"ע] וישלם המשרת ואף בש"ש הדין כן דהרי הבעה"ב הוא כאנוס [כ"ל] וי"א דה"ה אם הכשות של הפקדון היה יותר קרוב מהכשות שלו ומיהר לבא דחייב הבעה"ב דהיה לו להעלות על הדעת שלקח משרתו את של פקדון [סס] וי"א דבכה"ג הוי תמיד השליח של בעה"ב פושע דכיון שא"ל השלך מהרחוק היה לו להבין שהקרוב אינו שלו דאל"כ למה הטריחו למרחוק והוי כאלו א"ל אל תשליך מזה [ס"ך] אמנם כידוע שכמה פעמים אין האדם חושש לטרחתו של המשרת ולא היה לו להמשרת להעלות על דעתו זה ולכן תלוי הדבר לפי הענין ולפי ראות עיני ב"ד [כ"ל]:

נז כל דיני שומרים אינו אלא בסתם אבל כשהתנו איזה תנאי כגון שהשומר חנם התנה להיות חייב באונסים או שהשואל התנה שלא יתחייב אף בפשיעה כל תנאי שבממון קיים ואין זה כמתנה על מה שכתוב בתורה כמ"ש באה"ע סימן ל"ח ואף בדברים בעלמא בלא קנין מתקיים התנאי כשהתנו קודם המשיכה דירד בשעת הקנין לכך או לדעה שבסעיף י"ד קודם שאמר הנח לפני [סג"ה ס"פ הפועלים] אבל אח"כ לא מהני אמירה בלא קנין ואף שבסימן ש"א יתבאר דבדברים שאין חיובי שמירה נוהגת בהם והשומר קבל עליו חיובי השמירה לא מהני בלא קנין זהו משום דאינם כלל בתורת שמירה אבל בכאן שיש עליו תורת שמירה אלא שמתחייב א"ע על שמירה יותר גדולה יכול להתחייב גם בלא קנין [כמק"י סס] ואין לומר דסוף סוף איך יוכל להתחייב א"ע בדברים בעלמא במה שהתורה פטרתו דבההיא הנאה דנפיק עליה קלא דאינש מהימנא הוא גמר ומשעבד נפשיה [גמ' סס] והוי בשעבוד הגוף וכ"ש להתפטר מחיובו ביכלתו לעשות שאינו משעבד א"ע לחיוב זה וכ"ז בשעת החיוב כמ"ש אבל לאחר החיוב אינו מועיל בלא קנין ולכן שומר שבאמצע שמירתו השתעבד עצמו להיות כשואל לא מהני בלא קנין וכן להפחית שמירתו אינו מועיל בלא קנין ואם הפקיד אצל אחד וקבל עליו אחריות סתם ה"ז ש"ש [רסב"ה] דסתם אחריות הוא מגניבה ואבידה וכשהשומר נתחייב לשלם לא נשתעבדו נכסיו משעת משיכה אלא משעת האונס [סמ"ע] ואם התנה ש"ח להיות כש"ש וטוען שנאנסה ותבעו בעל החפץ שישבע שנאנסה והשומר טוען שלא קבל עליו רק שישלם כשיבואו עדים שנגנבה אבל לא לשבועה ורוצה לפטור א"ע בשבועה שלא פשעתי כש"ח יש להסתפק בזה [ס"ך] ונראה דצריך לישבע כש"ש [בברייתה סס מתנה ש"ס לסיות כשוהל וברי"ף סגירסה ש"ח ודוק]:

נח כבר נתבאר בסעיף ו' דין שמירה בבעלים ולכן המפקיד אצל חבירו בין בחנם בין בשכר או השאילו או השכירו אם שאל השומר את הבעלים עם הדבר שלהם או שכרם הרי השומר פטור מכלום ואפילו פשע במה ששמר ונאבדה מחמת הפשיעה פטור ודבר זה הוא גזה"כ כמ"ש שם בד"א כששאל הבעלים או שכרן בתחלת השמירה או שהיו הבעלים שאולים או שכורים אצלו מקודם לכן כיון שהם במלאכת השומר בעת התחלת השמירה אע"פ שלא היה עמו במלאכתו בעת שנאבד החפץ פטור אבל אם נטל החפץ תחלה ונעשה עליו שומר ואח"כ שאל הבעלים או שכרן אע"פ שהיו הבעלים עמו במלאכתו בשעה שנאבד החפץ חייב דקרא דאם בעליו עמו קאי אשעת התחלת השאלה ואע"ג דבבעלים אין עליו דין שומר מ"מ אם שלח בה יד חיובו כשומר וכן צריך לישבע שד"א שאינה ברשותו רק דא"צ לישבע שלא פשע ובש"ש שלא נגנבה ובשואל שלא נאנסה שזהו עיקר שבועת השומרים [כס"מ] ומעשה בראובן שנתן חפץ לשמעון שימכרו בחנותו וקצץ לשמעון שכר על זה והלך שמעון מהחנות ונאבד החפץ וטען שמעון בשעה שהלכתי מהחנות אמרתי לך לשמור חנותי ואמרת הן ופשעת בעצמך שלא שמרת ובעל החפץ כופר בו שלא קבל השמירה ותובע משמעון דמי החפץ וחזר שמעון ואמר לראובן כיון שלפי דבריך אתה מורה שלא שמרת כלל ואני אומר שאתה ש"ח שלי ופשעת וכיון שאני מוחזק אשבע על טענתי ואפטור ממך ופסקו דמ"מ שמעון חייב לשלם דהרי אפילו לפי דבריו שראובן היה שומר שלו מ"מ הלא היה אז שמעון במלאכתו של ראובן שהרי קבל עליו למכור חפצו והוי שמירה בבעלים [ע"ז] ופטור בעל החפץ אף מפשיעה דכל איזה מלאכה קטנה כשהיו הבעלים במלאכתו של שומר נפטר השומר גם מפשיעה וכן כל כיוצא בזה ושמעון חייב שהרי קבל החפץ בקיצוץ שכר והוי ש"ש וחייב בגניבה ואבידה ועוד יתבארו פרטי דינים בזה בסי' ש"ה ע"ש:

שליחות

סימן רצב [דיני שליחות יד בפקדון ובו ל"ה סעיפים]:

א שליחות יד שאמרה תורה בשומרים פירושו שעשה בו מעשה לגוזלו כגון שהגביה להפקדון ממקום שהיה מונח או משכו ממקום זה למקום אחר וכוון בהגבהתו או במשיכתו לגוזלו ואפילו נתכוין רק לגזול מקצת מהפקדון ואפילו לא נטל עדיין אותו המקצת דקיי"ל שליחות יד א"צ חסרון אלא כיון שמשכה או הגביהה ליטול כולה או מקצתה קם ליה כל הפקדון ברשותו ואפילו נאנס הפקדון אח"כ או מתה מתוך ממלאכה חייב לשלם להבעלים דשלו נאנם ומת ולא של הבעלים וזהו שאמרה תורה בש"ח שצריך לישבע שלא פשע וש"ש שלא נגנבה אם לא שלח ידו במלאכת רעהו דאם שלח ידו בין כך ובין כך צריך לשלם וזה שקראתה התורה שליחות יד לומר לך שאע"פ שעדיין לא נטל בפועל ממש אלא שלח יד בהפקדון במשיכה או בהגבהה על כוונה זו ה"ז גזלן אבל משום דבור בעלמא שאמר אשלח יד בפקדון זה וכ"ש במחשבה אין זה כלום ומאי דכתיב על כל דבר פשע אין הכוונה על דיבור של הפשע דכיון דכתיב אם לא שלח ידו בעינן שליחות יד ממש וזה שכתוב לשון דבור בא לרבות שאפילו שלח בה יד ע"י שלוחו ששלח שליח לשלוח יד בהפקדון ועשה השליח כן חייב המשלח אע"ג דאין שליח לדבר עבירה כמו שיתבאר וכ"ש אם הגביהה או משכה לגוזלה כולה דבזה לא שייך לומר שלא חסרה דהא חסרה כולה וגזלן גמור הוא ואפילו למאן דס"ל שליחות יד צריכה חסרון זהו בכוון ליטול מקצת צריך שיטול אותו המקצת וכל זמן שלא נטל אין זה שליחות יד כיון שעדיין מחובר המקצת עם מותר הפקדון אבל בכוון ליטול כולה מה שייך חסרון מיהו אנן קיי"ל שליחות יד א"צ חסרון:

ב ויש בזה שאלה דהא אם אחר לקח חפצו של חבירו שלא מדעתו רק להשתמש בו אע"פ שאינו מחסרו כלום ה"ז גזלן דקיי"ל שואל שלא מדעת גזלן הוי כמ"ש בסימן שנ"ט וא"כ למה הצריכה התורה בשליחות יד שיתכוין לגוזלה כולה או מקצתה והרי אף בתשמיש בעלמא בלא שום חסרון וכוונת גזילה הוי גזלן וקם ליה ברשותיה ויש שאמרו דהג"מ הוא דמשום שואל שלא מדעת אינו חייב רק כשישתמש בו התשמיש ההוא וכל זמן שלא נשתמש אע"פ שהגביהה או משכה להשתמש בו אינו חייב משום שואל שלא מדעת ובשליחות יד אע"פ שעדיין לא נטל אותו המקצת כמו שנתבאר וזהו דעת הטור והש"ע וכן משמע מרמב"ם פ"ג מגזילה ע"ש:

ג ויש שאמרו שבאמת ענין אחד הוא אלא שכל גזלן שבשומרים נקרא שולח יד וזהו ענין שליחות יד לפי מה דקיי"ל דא"צ חסרון לא מיבעיא אם משכה או הגביהה לגוזלה כולה או מקצתה דחייב אע"פ שלא נטל אותו המקצת אלא אפילו לא היתה כוונתו לגזול כלום אלא להשתמש בו תשמישו הוי כגזלן דשואל שלא מדעת הוי גזלן [המאור ס"פ המפקיד וריטב"א בשם הראב"ד] ויש שהקשו ע"ז דא"כ למאן דס"ל צריכה חסרון אינו חייב עד שיחסרנו והרי אפילו שואל שלא מדעת גזלן הוי בלא שום חסרון ובזה לית מאן דפליג אמנם גם זה א"ש דודאי כשעשה המעשה בין שעשה חסרון ממש ובין שהשתמש בו בלא חסרון שניהם הוי כגזלנים וזה דס"ל צריכה חסרון רצה לומר חסרון המעשה בפועל ממש בין שהמעשה הוא לגזילה ממש בין לשימוש וכשם שלפי מה דקיי"ל דא"צ חסרון א"צ המעשה של החסרון ושל השימוש לשיטה זו כמו כן למאן דס"ל צריכה חסרון צריך החסרון של המעשה או של השימוש ואנן קיי"ל דא"צ חסרון לפיכך לפי דעה זו כשמשך הפקדון או הגביהו בין שהיה כוונתו לגזול ממש כולו או מקצתו בין להשתמש בו חייב אפילו נאנסה אח"כ [ולפ"ז מ"ש בב"מ מא: בהטלטלה לצורך גוזלות וכו' ר"ל דגם זה הוא של"ז]:

ד ויש שכתבו דלאו בכל פקדון שייך שאילה שלא מדעת שיתחשב כגזלן ודוקא אם לא עסק בצורך הפקדון כלל כגון שהפקיד אצלו סולם ונטל הסולם להעמידו באיזה מקום לצרכו הוי שואל שלא מדעת ודינו כגזלן אבל כשמשתמש בפקדון לצורך הפקדון ובהילוך אחד משתמש גם לצרכו כגון שהפקיד אצלו בהמה והוליכה לשדה לרעותה ובדרך הילוכה הניח משאו עליה נמצא שלא הוציאה מרשות הבעלים כלל שהרי הוליכה לרעות ושואל שלא מדעת נקרא כשמוציאה מרשות בעלים במקום שהונח החפץ אבל זה אין עליה שם שואל שלא מדעת אלא שם שליחות יד שמשתמש בפקדונו של חבירו [רמב"ן במלחמות שם]:

ה ויש שכתבו ג"כ כעין זה באופן אחר דכל פקדון שכשמשתמשים בו איזה תשמיש אינו מתקלקל כלל כמו סולם שנתבאר ודאי אין אנו צריכים לשליחות יד והוי שואל שלא מדעת אבל פקדונות דבע"ח שמתכחשים בתשמישם לא חל על זה שם שואל שלא מדעת אלא שליחות יד [רש"י שם] דשואל שלא מדעת אינו מצד שמחסר הדבר דא"כ גזלן גמור הוא ולכן בדבר שע"י התשמיש נחסר אין ע"ז רק שם שליחות יד ולכן למאן דס"ל שליחות יד צריכה חסרון כל כמה דלא חסריה לאו כלום הוא ואין לתמוה דלפ"ז יהיה חמור דבר שאין חסרון בתשמישו שמיד חל ע"ז שם שואל שלא מדעת מדבר שיש חסרון בתשמישו שאין ע"ז רק שם שליחות יד ואינו חייב רק כשיחסרנו דאין זה מן התימא דודאי מה שיש חסרון בתשמישו לא שייך ע"ז שם שאילה שלא

מדעת

מדעת וכיוצא בזה מצינו ששומר חנם חמור מש"ש לענין תשלומי כפל בטענת גניבה אמנם לדינא קיי"ל דשליחות יד א"צ חסרון וממ"נ חייב [ומיושב קושית הגר"א ומסרמ"ע]:

ו ולפי מה שנתבאר יש נ"מ לדינא בין הדעה שבסעיף ב' לשלש דעות הללו דלדעה שבסעיף ב' חיובא דשליחות יד הוא אע"ג דעדיין לא שלח בה יד ומיד כשהגביה או משכה לשלוח יד חייב בתשלומין ובשואל שלא מדעת אין החיוב רק עד שעת התשמיש ולאלו הדעות אין מוכרח חילוק זה:

ז וזה לשון הטור והב"י בסעיף א' אין הנפקד רשאי לשלוח יד בפקדון ואם שלח בו יד אפילו אינו מכוין לגוזלו אלא להשתמש בו קם ליה ברשותיה וחייב באונסים אע"פ שעדיין לא נשתמש בו דשליחות יד א"צ חסרון רק שיגביהנה כדי להשתמש בה בתשמיש שמחסרו אז חייב כאלו חסרו אבל אם הגביהו לעשות בו תשמיש שאינו מחסרו אינו חייב משעת הגבהה אלא משעת תשמיש ולא משום שליחות יד שהרי אינו שולח בו יד כוון שאינו מחסרו אלא מפני שהוא שואל שלא מדעת דהוי כגזלן עכ"ל ונ"ל בדעתם ז"ל דכל תשמיש שיש בו חיסור בתשמישו כמו בעלי חיים אם הגביהו או משכו כדי להשתמש בו יש בזה משום שליחות יד וחייב אע"ג דעדיין לא השתמש בו וכ"ש כשהגביהו או משכו לחסרו ממש כמו שהגביה החבית ליטול ממנה רביעית יין אבל בתשמיש שאין בו חיסור כמו סולם וכיוצא בו אין בו משום שליחות יד כשהיה רצונו רק להשתמש בו ואינו חייב עד שישמש בו ומשום שואל שלא מדעת וזהו כהדעה שבסעיף ה' [וכ"מ מסב"ח ומתורץ קושית הגר"א]:

ח ועל מה שכתבו דבתשמיש שאינו מחסרו אינו חייב אא"כ השתמש בו וחיובו משום שואל שלא מדעת כתב רבינו הרמ"א דאם החזירה למקום שנטלה משם חזר להיות דינו כשומר הואיל ולא הוי עליו מתחלה רק שואל בעלמא ובמעות בבה"ג חייב באונסין ועיין לקמן סעיף ו' עכ"ל וגדולי האחרונים דחו דבריו דלהדיא מבואר בש"ס דבשואל שלא מדעת אפילו החזירה למקומה חייב באונסים [ב"מ מא:] וכ"כ בש"ע סעיף ו' המפקיד חבית אצל חבירו בין שיחדו לה הבעלים מקום בין שלא יחדו לה מקום וטלטלה לצורכו ונשברה בין קודם שהחזירה למקומה בין אחר שהחזירה למקום שיחדו לה חייב לשלם ואם טלטלה לצורכה בין שנשברה מתוך ידו בין שנשברה משהניחה במקום אחר פטור עכ"ל ומהמקור שלקח דין זה [מרדכי סוף ב"ק] מיירי ששאל מדעת הבעלים או בדבר שאין הבעלים מקפידין עליו [ס"ך וט"ז] אמנם המעיין בהגהת מיימוני פ"ד מגניבה אות ב' יראה שא"א לומר כן:

ט ולי נראה דהדין עם רבינו הרמ"א דהא קיי"ל בגנב שלא לדעת בעלים והחזירו שלא מדעת יצא ורק בפקדון שבאו עדים שגנבו השומר לא יצא בחזירתו שלא מדעת בעלים מטעם דכיון שגנבו מסולק משמירתו דאין הבעלים מאמינים לו עוד כמ"ש בסי' שנ"ה והקשו בזה דהרי כשהחזירו עשה תשובה ולמה מסולק משמירתו ותרצו דכיון שיש עדים החזיר מיראת העדים [סה בסמ"ע סק"ו] ולפ"ז בשואל שלא מדעת נהי דהוה כגזלן מ"מ הרי מעצמו החזיר ועשה תשובה ולא כלתה שמירתו וממילא דא"צ דעת בעלים ומה שאמרו בש"ס דלא מהני זהו כשיש עדים וכן נאמר מ"ש בסעיף ו' ועוד דבטור שם כתב ושלח יד בהחבית [וכ"כ בלבוש] אבל בשאילה שלא מדעת פשיטא דכשאין עדים אינו מסולק משמירתו ועוד דע"פ רוב אין האיסור גלוי לכל וזהו כמו שאמרו חז"ל לא תחמוד לאינשי בלא דמי משמע להו וזהו שדקדק רבינו הרמ"א דלא היה רק שואל בעלמא ולא היה כוונתו לגזול ונהי דדינו כגזלן אבל השבה מיהו מהני אבל כשעדים הזהירו אותו שלא יטול ונטל בזה ודאי דלא מהני השבה ובכזה מיירי הש"ס [וא"ש מאי דפריך שם הא סקליכסו והקשה הריטב"א מאי מהני ולפמ"ש א"ש וגם לפמ"ש הס"ך עלמו סם א"ש ודוק]:

י כבר נתבאר בסעיף א' דשליחות יד אפילו לא גזל עדיין אלא הגביה או משך לגזול אפילו מקצתה חייב בכולה אבל כשלא הגביה ולא משך אינו חייב אא"כ גזל לפיכך אם הטה את החבית של פקדון ונטל ממנה רביעית ואח"כ נשברה באונס אינו חייב אלא ברביעית כין שלא הגביהה ולא משכה אלא הטיה בעלמא אמנם כשהחמיצה חייב בכולה שמחמת שהחסיר ממנה הרביעית נחמצה וזהו ביין שדרכו להחמיץ כשהוא חסר אבל בשארי משקין וכ"ש פירות כששלח יד במקצתן ולא הגביהן ולא משכן ונתקלקלו אח"כ אינו חייב אלא כפי מה שנטל אבל אם הגביה או משך כדי ליטול מעט חייב בכולה אף כשלא נטל ומ"מ גם בזה יש מסתפקים בדבר דשמא אין דין זה רק בדבר שהוא כגוף אחד כמו משקים או מיני מאכלים המתדבקים יחד אבל בכים של פקדון והגביה הכים ליטול ממנו דינר אחד או בחבית פירות שהגביהה ליטול ממנה מקצת פירות והפירות אינם מתדבקים כמו תפוחים ורמונים אין ההגבהה ליטול מקצת מחייב בכולה וזהו דעת הרמב"ם ז"ל בפ"ג מגזילה דהוי ספיקא דדינא וגם בגמ' [ס"פ המפקיד] נשאר בתיקו וכ"כ בש"ע ומ"מ רוב רבותינו חולקים ע"ז וס"ל דהספק בגמ' הוה רק למ"ד דשליחות יד צריך חסרון אבל למאי דקיי"ל דא"צ חסרון אין נ"מ בזה והרמב"ם סובר דכיון דכוונת הגבהתו היתה רק ליטול מקצתו והם נפרדים זה מזה י"ל דזהו כאלו התכוין מפורש שלא תועיל הגבהתו להשאר ולא עדיף שליחות יד מקנין מקח דכשבוון מפורש שלא לקנות אינו מועיל כמ"ש בסימן קפ"ט [וס"ל דרב אשי הא קאי אמתניתין ולפי מה דקיי"ל ולא לפי הפירוש הקודם]:

יא כבר נתבאר דבאמירה בעלמא שאמר אשלח יד בהפקדון

בהפקדון אינו חייב אע"פ שאמר כן בפני עדים ואם עיכב הפקדון מחמת תביעת חוב שיש לו על המפקיד יש מי שמסתפק בזה אי מקרי שולח יד בפקדון או לא [פ"ך] ונראה דאם שלח יד ונטל ממנה חייב גם בכה"ג דהא הסכימו הפוסקים דבשליחות יד חייב אף כשדעתו לשלם ולא גרע משואל שלא מדעת וא"כ אף אם נאמר דהיה לו רשות לעכב את הפקדון עד שיעמוד עמו בדין מ"מ מי נתן לו רשות ליטול ממנו דשמא אף אם המפקיד היה יצא חייב בב"ד היה משלם לו במעות ואף אם הפקדון היה מעות מ"מ לא היה לו להוציאם עד שיזכה בדין אבל כשלא נטל ממנו אף שהגביהה כדי ליטול ממנו כיון שלפי דעתו שלו הוא בעד חובו אין לנו לחייבו מפני מחשבתו כיון דעדיין לא נטל [ועתוס' ב"מ ו' ד"ס ספק] :

יב השולח יד בפקדון ע"י שלוחו ה"ז גזלן ונתחייב באונסין דהתורה ריבתה בזה דשלוחו כמותו כמ"ש בסעיף א' ויש להסתפק אם מהני אף ע"י מי שאינו ראוי לשליחות כמו קטן וכיוצא בו ויראה לי דאם השליח כבר שלח יד ונטל ממנו חייב המשלח גם ע"י מי שאינו ראוי לשליחות אבל אם זה השליח הגביה כדי ליטול ועדיין לא נטל אינו מתחייב על ידו [ורא"ס מתוס' מעילה כ"א: ד"ס נתנו ודוק] וי"א דהמשלח אינו חייב רק כשהשליח לא ידע שהוא פקדון או שאינו בר חיובא אבל כשידע שזהו פקדון והוא בר חיובא חייב השליח ולא המשלח וכשאין להשליח במה לשלם חייב המשלח [דו"פ] ויש חולקין וס"ל דלעולם אין השליח חייב אא"כ אכלו להפקדון דאז הוי כמו גזל ולא נתיאשו הבעלים ובא אחר ואכלו דרצה מזה גובה רצה מזה גובה [נס"מ] כמ"ש בסי' שס"א :

יג כבר נתבאר דכשטלטל הפקדון לצרכו חייב באונסים ואם טלטלה לצרכה פטור ואם היה הטלטול שלא לצרכו ולא לצרכה אלא שהיה צריך להמקום שמונח שם הפקדון אין זה כשליחות יד דהא לא כוון לשלוח יד בעצם הפקדון ולכן פטור מאונסים וחייב בפשיעה ואם אח"כ אירע איזה אונס מפני שינוי המקום אם המפקיד ייחד לה מקום חייב אפילו משהניחה דהוה תחלתו בפשיעה ששנה המקום שיחדו לה הבעלים וסופו באונס והאונס בא מחמת הפשיעה כמ"ש בסי' רצ"א אבל אם לא ייחדו לה מקום פטור משהניחה דהא לא פשע כלל במה שהניחה במקום אחר [זהו ביאור הרמ"א בסעיף ו' וכ"כ סב"ח וסמ"ז ומ"ש ססמ"ע בס"ק י"ג וסש"ך בסק"ז לע"ג] :

יד כתב הטור דין שולח יד בפקדון הוי כשאר גזלן שאינו משלם אלא כמו שהוא בשעת תשלומין שאם שלח יד ברחל ריקנית וטענה או נתעברה אצלו וגזזה או ילדה אינו משלם אלא כמו שהוא עתה וכן לענין יוקרא וזולא אם בשעה ששלח בה יד שוה ד' זוז ובשעה שמוציאו מן העולם שוה זוז אע"פ שאם היה בעין היה אומר לו הרי שלך לפניך עתה שאינו בעין משלם ד' זוז לא שנא שברו בידים לא שנא נשבר מאליו ואם מתחלה היה שוה זוז ובשעה שמוציאה מן העולם שוה ד' אם שברו בידים משלם ד' זוז ואם נשבר מאליו אינו משלם אלא זוז עכ"ל והטעמים מזה יתבארו בסי' שנ"ד בס"ד :

טו וכבר תמהו עליו במה שכתב שמשלם כשעת תשלומין דהא קיי"ל דמשלם כשעת הגזילה שהוא בשעת השליחות יד ולפ"ז אין הדין בשבח כמו שכתב אלא אם שלח יד בפרה מעוברת וילדה וברחל טעונה וגזזה משלם דמי פרה העומדת לילד ודמי רחל העומדת ליגזז ואם שלח יד בפרה ריקנית ונתעברה אצלו וברחל ריקנית ונטענה אצלו אפילו לא ילדה ולא גזזה אינו משלם אלא דמי פרה ורחל ריקנים ולא עוד אלא אפילו כשהיו טעונים בעת השליחות יד ותבעו בעת הטעינה שעדיין לא ילדה ולא נגזזה ג"כ השבח שהשביחו משעת השליחות יד הם שלו כדין גנב שבסי' שנ"ד וכדין גזלן שבסי' שס"ב :

טז ונ"ל שהטור כתב כן לפי דעת הרמב"ם בפ"ב מגזילה דאין הגזלן קונה השבח שלפני יאוש אלא שלאחר יאוש ובשליחות יד לא שייך יאוש דהא המפקיד אינו יודע משליחות ידו ואינו מתייאש והטור כתב בסי' שנ"ד דלידה וגזיזה הוה שינוי וקונה בזה ולפ"ז צ"ל דמה שאמרו בגמ' [ב"מ מג:] דענין שליחות יד דנ"מ לענין השבח דגיזה ולידה צ"ל דוקא כשגזזה וילדה דאל"כ שבח שקודם יאוש אינו קונה ולפ"ז אין התשלומין כשעת השליחות יד וזהו שקורא הטור כמו שהוא בשעת תשלומין דהיינו כשהיא ריקנית כמו שמפרש ומה שכתב בטעונה וגזזה דמשלם כמו שהיא עתה ר"ל דמשלם לו הרחל בלא הגיזות והבהמה בלא הולד ומ"מ צריך שומא מה שהיתה שוה יותר בעבור העובר והצמר שהיה עליה קודם ומשלים לו שומא זו אבל קנאם בשינוי :

יז אע"פ שאסור להשתמש בפקדון מ"מ במעות יש דין אחר ולכן משתנה גם דין שמירתן שכשנשתמש בהם חייב גם באונסין ואף כשעדיין לא נשתמש והוא שומר חנם מ"מ דינו כש"ש דהיתר התשמיש הוי כשכר שמירה אמנם לא תמיד מותר להשתמש ולא כל אדם וכך אמרו חז"ל [סס] דאם הנפקד הוא שולחני או חנוני אם המעות אינם חתומים ולא קשורים בקשר משונה שיהא ניכר שאין רצונו של המפקיד שהנפקד ישתמש בהם אע"פ שהם צרורים כמו שצר אדם מעותיו בכיסו מותר לו להשתמש בהם דהמפקיד יודע שהם צריכים תמיד למעות ואין לו היזק בתשמישם וכיון שלא קשרם וחתמם אינו מקפיד בתשמישן ונעשה מיד ש"ש וחייב בגניבה ואבידה וכשנשתמש בהם הוי כשואל וחייב באונסים וחייב גם אם נפסלה המטבע לשלם במטבע היוצא באותה שעה דדינו כלוה [ס"ך] ואפילו לא הוציא רק פרוטה חייב בכולם [נס"מ] וחייב אפילו אחר שהחזירן למקומן עד

ש"ח

שיחזירן לבעליהן ובמעות אין חילוק בין אלו לאלו ויכול לשלם לו במעות אחרים אפילו כשמעותיו עדיין הן בעין [שם] והרבה חולקים בזה וכן עיקר אבל קודם תשמיש אין דינו כשואל אע"פ שבמציאה דינו כשואל גם קודם תשמיש מ"מ בפקדון שיכול להיות שמיד יבא המפקיד לבקש פקדונו אין דינו כשואל עד שישתמש בהם וכמ"ש בסי' רס"ז ואם הם צרורים והתומים או קשורים בקשר משונה לא ישתמש בהם לפיכך אם אבדו או נגנבו אינו חייב באחריותן דאינו אלא ש"ח אא"כ נוטל שכר שמירה:

יח ואם הופקדו אצל בעה"ב אפילו הם מותרים לא ישתמש בהם לפיכך אם אבדו או נגנבו אינו חייב באחריותן והוא שיטמנם במקום משומר כמ"ש בסי' רצ"א ובעה"ב שרוב עסקיו בריבית דינו כחנוני ושולחני לפי שצריך תמיד למעות וכתבו הפוסקים דעכשיו כל בעה"ב דינו כשולחני דבזמן הגמ' עסקו בקרקעות ולא היו צריכין למעות אבל עכשיו שאין לנו קרקעות וכל עסקינו במסחור ויודע המפקיד שישתמש בו ואין חילוק בין מקום שתגרים מצוים לאין מצוים וכן אין חילוק בין עני לעשיר וכ"ז במעות ממש אבל בנסכא של כסף לא ומיהו הכל לפי הענין:

יט אם הנפקד נשא ונתן בהמעות של הפקדון והרויח בהם אם גילה דעתו שעסק לצורך המפקיד נוטל המפקיד את הריוח ואין זה כריבית מפני שלא באו לידו המעות בתורת הלואה וזה שנצרך גילוי דעת היינו במקום שהנפקד מותר להשתמש בהם אבל כשאסור להשתמש כגון שהיו צרורין וחתומין או שהתנה בפירוש שלא ישתמש אפילו עסק סתם הריוח לבעל הפקדון ואמרינן שמסתמא עסק לצורך המפקיד ואינו נאמן לומר לעצמי עסקתי והריוח שלי דאינו נאמן לומר שעשה איסור ומסתמא בהיתר עשה עד שיאמר לפני עדים לעצמי אעסוק ואם אמר כן לפני עדים או שהיה לו רשות להשתמש בהם ועסק סתם א"צ לתת מן הריוח לבעל הפקדון ויש מי שאומר דאע"פ שלא היה לו רשות להשתמש בהם ועסק סתם הריוח לעצמו אא"כ גילה דעתו שעסק לצורך המפקיד או שיש הוכחה לזה כגון שנתן לו פעם אחד מה שהרויח מהפקדון והעיקר כדעה ראשונה [ט"ז] דאין לנו לתלות שעשה באיסור כל זמן שאינו אומר מפורש כן:

כ ואין להתפלא במקום שאסור להשתמש בהמעות למה הריוח לעצמו כשאמר שלעצמו עוסק והרי המעות הם של המפקיד ומהראוי להיות הריוח של המפקיד כמו בשליח בסי' קפ"ג אמנם באמת לא דמי לשם דבשליח ששלחו לעסוק שלוחו כמותו ואם יפסיד יהיה ההפסד להמשלח ואינו יכול לעסוק במעות משלחו לעצמו אבל בפקדון הא המפקיד לא צוה לו לעסוק בהם ואם יפסיד יפסיד לעצמו ולכן גם הריוח שלו כשאומר שלעצמו עוסק ואף שעשה איסור מ"מ מה שעשה עשוי וגדולה מזו אמרינן בירושלמי דב"מ [פ"ה ה"ג] דהמבטל כיסו של חבירו כגון שנתן לו מעות לקנות חטים וישב ולא לקח אף שהמשלח הפסיד ע"י זה את הריוח פטור מלשלם ואין זה רק כגרמא וכ"ש בזה שלא עשה היזק להמפקיד שהרי לא צוהו לעסוק בהם בעדו ועוד איתא שם דהמבטל קרקע של חבירו חייב לשלם ופירשו הטעם מפני שההפסד ברור והוי כגרמי ומבטל חנותו וספינתו של חבירו נשאר בספק ופסק הסמ"ג [עשין פ"ב] לקולא דפטור אבל אם ההפסד ברור חייב לשלם ולפ"ז גם במעות כשההפסד ברור חייב ג"כ לשלם דהוי כגרמי [מיהו מנמק"י פ"ט דב"מ מתבאר דחיוב קרקע הוא מפני המנהג ע"ש אבל מריטב"א משמע כמ"ש וא"ש מה שהקשה הפ"מ שם ודוק]:

כא כתב רבינו הרמ"א מיהו אם בא בעל הפקדון ואמר תן לי פקדוני ואני ארויח בהם לעצמי והלה מעכב בידו חייב ליתן לו הריוח מכאן ולהבא עכ"ל ויש מי שאומר דאפילו בכה"ג שעכבו ולא נתן לו המעות פטור דאין זה אלא מבטל כיסו של חבירו ולי נראה כדברי רבינו הרמ"א דבירושלמי לא אמרו אלא כשגם הוא לא הרויח אבל כשהרויח וזה תבעו תן לי ואני ארויח בהם חייב על להבא דאין זה גרמא אלא כגרמי כיון שהרויח בהם ולא גרע משדה שחייב כשבטלה וכן נראה מדברי הגאון שהביא המרדכי [פ"ט דב"ק] ע"ש ועוד דאפשר דעיקר דין דמבטל כיס אינו אלא על העבר ולא על להבא כשתבעו אף אם לא הרויח בהם ואם זה שנתן לשלוחו לקנות לו חטים ולא לקח ובא אליו וא"ל תן לי מעותי ואקח חטים ולא נתן לו אפשר דחייב כשהיה הריוח ברור וכן נראה עיקר ודע דכל זה הוא כשלא כוון לגזול אבל אם כוון לגזול הריוח שלו ויש לו דין גזלן שמשלם כשעת הגזילה [נה"מ]:

כב ואע"ג דבס"ס פ"א נתבאר בהלואה כשאמר להמלוה אתן לך ריוח אין זה רק דברים בעלמא ויכול לחזור בו ולמה בפקדון מחוייב ליתן לו הריוח מכאן ולהבא אמנם באמת גם בהלואה אם הגיע זמן הפרעון ותבעו צריך ליתן לו הריוח דהוי כפקדון [שם בסמ"ע] וי"א דבהלואה אפילו הגיע זמן הפרעון ותבעו ולא נתן לו הריוח לעצמו דכיון דניתנה להוצאה אף שהגיע זמן הפרעון וזה מעכבו אינו עושה איסור בזה אבל בפקדון אף כשמותר להשתמש בהם מ"מ כשבא המפקיד לבקש מעותיו מחוייב ליתן לו מיד [ט"ז] ונראה עיקר כדעה ראשונה דהא גם בחוב כשהגיע זמן הפרעון מחוייב ליתן לו כשיש לו ודומה לפקדון ורק כשאין לו בזה לא דמי לפקדון:

כג כשבא המפקיד לבקש מעותיו וא"ל הנפקד הוצאתים בעסק אם תרצה תקבל עליך העסק בין לשכר בין להפסד וזה אומר לו איני רוצה בעסק תן לי מעותי אם היה לו רשות להשתמש בהם הדין עם הנפקד ואם עסק באיסור הדין עם המפקיד ויש חולקין וס"ל דאפילו אם

אם עסק בהיתר מ"מ הרי פקדון הוא ובכל עת שבא לבקש מעותיו מחוייב ליתן לו [סגר"ת]:

כד המפקיד אצל חבירו ממון או כלים חשובים ובאו עליו גנבים וקדם ונתן להם הפקדון להציל עצמו אם הנפקד איש אמיד שהוא בעל ממון חייב לשלם להמפקיד שחזקה שבגללו באו הגנבים ולא בשביל הפקדון ונמצא שהציל א"ע בממון של חבירו וחייב לשלם ודוקא כשלא היה ביכולת הגנבים לשלוט בהפקדון אם הוא לא היה נותן להם כגון שהיה טמון במקום אחר אבל אם היה ביכולת הגנבים לשלוט בו פטור [ס"ך] ואם אינו אמיד פטור בכל ענין שחזקה שלא באו הגנבים אלא לשמע הפקדון ולכן אפילו לא היו יכולים לשלוט בו אם לא היה נותן להם פטור דמה היה לו לעשות הלא אנסוהו ליתן ואינו מחוייב ליתן שלו כיון שבאו בשביל הפקדון ואע"ג דקיי"ל כשאנסים אונסים לאחר להביא ממון של חבירו והביא בידים דחייב לשלם כמ"ש בסי' שפ"ח שאני פקדון דארעתא דהכי קבל שמירה שאם יבואו הגנבים בעד הפקדון שלא יתן את שלו דאין סברא שישמור את של חבירו לרעתו אבל באנסוהו משמיא הוא דגזרו עליה דהאחר לא היה סיבה לזה [סס] ואף שיש מי שחולק וס"ל דפקדון דומה לאנסוהו מ"מ כן עיקר לדינא וגם באנסיהו י"א שפטור מלשלם כמו שיתבאר שם בס"ד:

כה הופקד אצלו ממון של פדיון שבוים ובאו עליו אנסים ונתן להם להציל עצמו אם לא היה מצוי אצלו שם ממון שלו לפדות א"ע אפילו יש לו ממון במקום אחר פטור דבעת מעשה הרי היה מוכרח ליתן להם ממון זה ולשלם אח"כ אינו מחוייב דהא ממון של פריון שבוים הוא ופדה א"ע בהם כמו מי שהולך בדרך ואין לו מה יאכל דמותר לקבל צדקה ופטור מלשלם אח"כ אף שהוא עשיר בביתו כמ"ש ביו"ד סי' רנ"ג [סמ"ע] ודוקא שהמעות היה של סתם פריון שבוים אבל אם היו לשבוים ידועים חייב לשלם דכבר זכו בהם אותם השבוים והוה כשלהם ואינו רשאי להציל עצמו בממון חבירו וכן אם הממון הוא של שארי מיני צדקות והקדשות חייב לשלם:

כו המפקיד פירות אצל חבירו ה"ז לא יערבם עם פירותיו דאז אפילו יחסרו כמה יאמר לו הרי שלך לפניך ואם עבר ועירבן עם פירותיו ואח"כ נמצא חסרון בכולל יחשב החסרון לפי הערך כיצד אם הפקדון הוא עשרה סאין ועירבן עם עשרה סאין שלו יחשוב החסרון למחצה ואם הפקדון היה שליש משלו יחשב שליש החסרון על הפקדון וכן לעולם ודוקא כשנחסר כמה שדרך להתחסר אבל כשנחסר יותר מכפי המורגל ישבע הנפקד שלא פשע בשמירתן ואם אין רצונו לישבע ומקבל עליו מה שחסר יותר מכפי המורגל הדין עמו [ט"ז]:

כז וכן אם נתן לו מעות להוליכם על אחריות המפקיד ונתנם עם מעותיו ונאבדו מקצת המעות באונס ההפסד לפי ערך המעות אבל אם נתן לו להוליך טבעות של זהב או שארי חפצים ועירבן עם שלו ונאבד אחד מהם יכול המוחזק לומר שלך נאבד ושלי קיים אבל במעות שאין קפידא בתערובתן דבך לי מעות אלו כאלו וכן בפירות ותבואות השוות שאין בהן קפידא לא שייך לומר שלך נאבד כי כולם הם כדבר אחד וההפסד לפי חשבון ולכן במעות ופירות לא שייך לומר הרי הנפקד מחוייב לישבע אם חסר גם משל חבירו אם לאו והרי אינו יכול לישבע שהרי אינו יודע ומתוך שאינו יכול לישבע משלם דכיון שזהו כדבר אחד הוה כיודע שנאבד לפי ערך וכן נמי לא אזלינן בתר רובא לומר שנאבד מהרוב [עס"ך] כיון שבדבר אחד הוא וחשבינן לפי ערך ודוקא כשהמעות היו בכיס אחד והפירות בשק אחד או בתיבה אחת או חדר אחד בלי הפסק מקום אבל כשהיו של כל אחד בכיס בפ"ע או שק בפ"ע אלא שנתערבו הכיסים והשקים ואינו ניכר אין זה כחתיכה אחת ודינם כחפצים [סס] וזה שאמרנו שבחפצים יכול המוחזק לומר שלך נאבד אפילו ששלו היה רוב מ"מ יכול לומר כן דבממון אין הולכין אחר הרוב כשהוא מוחזק [סס] ואין לומר אדרבא כיון שהוא שומר ומחוייב שבועת השומרין ששל הנפקד נאבד ואינו יכול לישבע ע"ז ויתחייב לשלם דאינו כן דכיון דנשבע או מביא עדים שנאבד מהבולל יצא ידי שבועת השומרים ושוב כיון שהוא מוחזק יכול לומר שלך נאבד [סס]:

כח שנים שהפקידו אצל אחד מעות שלא על אחריות הנפקד והפקידו בכים אחד [ס"ך] ונאבדו או נגנבו מקצתן ההפסד הוא לפי חשבון ואם הפקידו בשני כיסין או הפקידו חפצים אזלינן בתר רובא כיון שאין אחד מהם מוחזק וכל דפריש מרובא פריש לפיכך אם של אחד היה עשרה ושל שני חמשה ונאבד חמשה אין לבעל החמשה הפסד כלל ואפילו אם גם של הנפקד היה סך מרובה והוא אינו סובל נזק כלל מפני שהוא מוחזק מ"מ מהמפקידים סובל הבעל המרובה את הנזק [סס] ודוקא כשנפרש מעצמו אמרינן מרובא פריש אבל כשאדם לקח קיי"ל דכל דבר הקבוע במקומו כמחצה על מחצה דמי כמ"ש ביו"ד בסי' ק"י ולכן בגניבה לא משכחת לה רק בבעלי חיים שנרנדו מעצמן ממקומן ונגנבו דאז אזלינן בתר רובא אבל במעות ומטלטלין כיון שלקחן הגנב במקומן ה"ל קבוע וההפסד לשניהם [לבוש] ויש מי שאומר דאם הגנב היה עכו"ם כיון דליתא בהשבה כמ"ש בהלכות גניבה ה"ל כפריש ומרובא פריש [ס"ך] ויש מי שחולק על עיקר הדין שכתבנו דמרובא פריש דזהו אם היינו באין לדון על הנפרשים כמו באיסור אבל הכא הרי אנו דנין על הנשארים במקומן והם הרי קבועים וכמחצה על מחצה דמי ודעה ראשונה ס"ל דכיון דהנשארים תלוים בטעם הנפרשים של מי נאבדו הוה עיקר הדין על הנפרשים אמנם בירושלמי דב"ק פ"ד איתא דההפסד לפי חשבון ונ"ל דהטעם הוא משום דא"א לילך בתר קביעות

הנשארים כיון דהטעם תלוי בהאבודים וא"א לילך אחר האבודים ולילך אחר הרוב דהא אנו באים לדון על הנשארים ולפיכך הוי לפי חשבון ואין לומר דהירושלמי מיירי שהיו בכים אחד דהא אמר שם דכל אחד נוטל לפי כיסו ואם נתנו לו בשני כיסין ועירבן בכים אחד ונאבד או נגנב מקצתן משלם לשניהם דפשע במה שעירבן בלא רשותם [כס"מ ומה שהקשה מפ"ב דמע"ש יש ליישב וז"ל הירושלמי מה אמית מימר בגניבה אנן קיימין או אינן קיימין אלא במשתייר וה"פ ששואל למה הדין כן ומשני משום דאין יודעין אם לחשב לפי הגניבה ולילך אחר הרוב או לילך אחר המשתייר והוי קבוע ולפיכך דנין לפ"ח ומסיים שאין סברא לילך אחר הרוב דילקה מדת הדין ולפי המשתייר ודאי דאין לילך וצ"ל שם ואין תאמר והמפרש והכס"מ נדחקו בפירושו]:

כט ואם עירב פירות של פקדון עם פירותיו ולקח מהכולל לצרכי ביתו ולא לקח במדידה וממילא דנעלם כמה היה חסרון שראוי להתחסר יחשב לו חסרונות כפי הרגיל להתחסר מפירות כאלו וכך אמרו חכמים דאם היו חטים ואורז קלוף יחשב לו ד' קבים ומחצה לכל כור ולשעורים ודוחן ט' קבין לכור ולכוסמין ולזרע פשתן בגבעולים ולאורז שאינו קלוף ג' סאים לכל כור וכמדה זו לכל שנה בד"א שמדד לו הפקדון בעת הגורן והחזיר לו בימות הגורן אבל מדד לו בימות הגורן והחזיר לו בימות הגשמים לא יחשב לו חסרונות כלל מפני שמתוספות מחמת הלחלוחית ונתמלאה המדה כשיעור החסרון וכן אמרו חז"ל שמוציא לו שתות ליין מפני שהיו משהין היין בקנקנין של חרס ונבלע הרבה בקנקנים ושלשה לוגין שמן למאה לוגין לוג ומחצה שמרים ולוג ומחצה על בליעת הקנקנים דשמן אינו בולע כיין ואם היה שמן מזוקק אינו מוציא לו שמרים ואם היו קנקנים ישנים אינו מוציא לו הבלע ויין בולע אפילו כלי ישן [תוס' ב"מ מ:] וכל אלו הדברים תלוים לפי הזמנים ולפי המקומות וכמנהג הסוחרים:

ל המפקיד פירות שאינם מדודים אצל חבירו ועירבן הנפקד עם פירותיו ולא מדדן ה"ז פושע ולכן כשבא בעל הפקדון לבקש פקדונו ואומר כך וכך היו והשומר אומר איני יודע משלם בלא שבועה שהרי חייב השומר עצמו בתשלומין ואינו יודע כמה ודינו כמחוייב לישבע ואינו יכול לישבע משלם ורק יש לו להטיל קבלה על כל מי שנוטל ממנו יותר מהפקדון כמ"ש בסי' רח"ץ ושם יתבאר עוד בזה:

לא המפקיד פירות אצל חבירו ולא עירבן עם פירותיו אע"פ שרואה שחסרים ומתמעטין והולכים לא יגע בהם לפי שאדם רוצה יותר בפירותיו אע"פ שנתמעטו [ב"מ לח' וע"ש ברא"ש] בד"א כשחסרו חסרון הראוי להם כמו שנתבאר ואפילו חסרו במשך חודש ימים חסרון הראוי לשנה מ"מ ימתין שמא יבא אבל אם חסרו יותר מכדי חסרון לשנה אם המפקיד בעיר יודיענו ואם לאו מוכרן בב"ד וכל המוכר פקדון ע"פ ב"ד ה"ז מוכר לאחרים ולא יקנה זה לעצמו מפני החשד כמו באפוטרופוס שבסי' ר"צ והדמים יהיו מונחים אצלו ויש לו רשות להשתמש בהם לפיכך הרי הוא על המעות ש"ש אף כשלא נשתמש בהם עדיין וכשנשתמש בהם הוי שואל וחייב באונסים:

לב המפקיד פירות אצל חבירו והרקיבו דבש ונפסד יין והחמיץ אע"פ שיותר לא יתקלקלו עוד מ"מ עושה תקנה לבעל הפקדון כשאינו בעיר ומוכרן בב"ד דהרי הסלים והקנקנים מתוספים בהפסד והמפקיד חמץ אצל חבירו והגיע הפסח ה"ז לא יגע בו עד שעה חמישית בע"פ שעדיין מותר למכרה דשמא יבואו הבעלים ואם בשעה חמישית לא באו הבעלים יוצא ומוכרן בשוק מפני השבת אבידה לבעלים וגם זה צריך למכור ע"פ שומת ב"ד אע"פ שזמנו בהול [תוס' פסחים יג'] ואם הזמן דחוק שא"א למכור בשעה זו ימכור קודם לכן [מג"א סי' תמ"ג] ולפי מנהגינו מוכרם בע"פ לעכו"ם ע"י ב"ד כפי המנהג:

לג וה"ה לפקדונות מטלטלים שרואה הנפקד שמתחילין להתקלקל וכשימתין יתקלקלו עוד מוכרן ע"פ שומת ב"ד לאחרים ולא לעצמו ואם אין מתקלקלין לא יגע בהן מפני חשש זול ואע"פ שיודע בודאי שיוזלו בזמן פלוני או אנסים יאנסו אותם דשמא עד אותו הזמן יבואו הבעלים ויטלום אבל כשהגיע זמן הזול או האונס ימהר למכור ולהציל ממון חבירו [סמ"ע]:

לד המפקיד ס"ת אצל חבירו גוללו פעם לי"ב חודש ואע"ג דבמציאה גוללו אחת לשלשים יום כמ"ש בסי' רס"ז מ"מ במפקיד שהפקיד לדעת ולא א"ל שיגלול בכל חדש די שיגלול באחת לי"ב חדש וי"א דגם בפקדון הדין כמו במציאה [טור] ואם בשעת גלילתו פותחו וקורא בו מותר אבל לא יפתח בגלל עצמו ויקרא וה"ה שאר ספרים ובסי' רס"ז נתבארו כמה פרטים בזה ואם פתח וקרא בגלל עצמו הרי שלח יד בפקדון ונתחייב באונסים וכמו שאסור לקרות ממנו כך אסור להעתיק ממנו אפילו אות אחת דבהעתקתו הרי משתמש בו ודוקא כשהנפקד אינו ת"ח אבל כשהוא ת"ח ואין לו ספר כזה מותר לקרות ולהעתיק ממנו דודאי אדעתא דהכי הפקיד אצלו כמו מעות אצל שולחני שיודע שישתמש בהם ובמקום ביטול תורה שאין ספרים נמצאים יכולין ב"ד לכוף למי שיש לו ספרים להשאילם ללמוד בהם ולשלם לו בעד מה שיתקלקלו וכן מותר מטעם זה להעתיק ספר אף שהבעלים מקפידים וכתיב לא יבוזו לגנב כי יגנוב זה שגונב ד"ת ומעתיקן [מדרש משלי ותוספתא ב"ק פ"ז] דבכגון זה כופין על מדת סדום ובימינו שהספרים מצוים בדפוס לא שייך זה ומ"מ עני ת"ח שאין לו במה ללמוד ובעל הספר אינו רוצה להשאיל לו ספריו גדול עונו מנשוא ויכולין ב"ד לכופו להשאילו וגם בזמה"ז יש דין ת"ח בזה:

המפקיד

לה המפקיד כסות אצל חבירו מנערה כענין שנתבאר במציאה בסי' רס"ז בד"א בפקדון שהלכו בעליו למדה"י אבל אם היה עמו באותה העיר או סמוך לה ה"ז לא יגע בו אע"פ שיאבד דיבא וינערו בעצמו וכן נראה הדין בס"ת ובספרים ודוקא בפקדון אבל במשכון מחוייב המלוה לנער בעצמו את הבגד דהלוה אין ביכלתו לבא לבית המלוה ולנערו דהמלוה יקפיד עליו וגם בפקדון בש"ש נ"ל דהשומר חייב לנערו [והא דלא מפני בב"מ ל' דמיירי בש"ס דהא דומיא דאבידה קתני] :

סימן רצג [מתי ניתן הפקדון ליתבע ואם יכול להחזירו בכל מקום ובו ו' סעיפים] :

א אין המפקיד יכול לתבוע את הפקדון אלא במקום שהפקידו לשם שאם הפקידו אצלו בטבריא אינו יכול לתובעו בצפורי ולא מיבעיא בפקדון חפץ ואין לו אותו החפץ בצפורי דאינו שייך כלל שיתבענו שמה אף שיאמר לו שלח אחרי הפקדון לטבריא על הוצאותי להביאו לכאן אלא אפילו הפקיד אצלו מעות ויש להנפקד מעות בצפורי שא"צ להם דבכה"ג במלוה יכול לבקש ממנו בצפורי כמ"ש בר"ס ע"ד אבל בפקדון אינו יכול לכופו לשלם לו בצפורי אף שאין נ"מ במעות בין אלו לאלו דדוקא מלוה שלהוצאה ניתנה לא שייך שהלוה יאמר בא עמי לטבריא ואשלם לך אותם המעות שהלויתני דהרי גם אותן המעות של הלוה הם אבל בפקדון יכול לומר אין רצוני למסור לך אלא אותם מעות שהפקדת אצלי [זהו כוונת הרא"ש פ"י דב"ק סי' ל"א וא"ש קושית הנ"ת שהביא הסמ"ך] :

ב אבל אם הפקדון עצמו בצפורי יכול לתובעו שיחזירנו שמה וכן יכול לתיבעו בטבריא אף שהניחו הנפקד בצפורי מ"מ כיון שהפקידו בטבריא מחויב הנפקד להביאו מצפורי וכן הנפקד יכול להחזיר להמפקיד פקדונו בכל מקום שירצה והמפקיד צריך לקבל ממנו ואינו יכול לומר לא אקבלו ממך כי אם במקום שהפקדתי אצלך ובמעות יכול להחזיר לו מעות אחרים דאין נ"מ במעות בין אלו לאלו אמנם אם יש נ"מ דינן כחפצים ואפילו לא קבל המפקיד את הפקדון ברצון אלא הנפקד אנסו ונתנו לו הוי נתינה ופטור ואם הפקיד אצלו לזמן ידוע אינו יכול להכריחו לקבלו ממנו תוך הזמן בשום מקום וכבר נתבאר בסי' רצ"א סעיף י"ט דיש חולקין בזה ע"ש ואפילו בלא קבע זמן זהו דוקא שנותן לו הפקדון בכאן אבל אם הנפקד אומר לו המתן כאן ואביא לך הפקדון והמפקיד לא המתין והלך לו ונארע פשיעה או גניבה בש"ש חייב הנפקד כיון שאין זה המקום שהפקיד אצלו אבל במקום שהפקיד אצלו וא"ל בא לביתי ואמסור לך פקדונך ולא בא פטור הנפקד [כ"ל] וכן אפילו שלא במקום הפקדון אם המפקיד אמר להנפקד הבא לי פקדוני וא"ל הנפקד המתן ואביאו לך ולא המתין והלך לו פטור הנפקד מאחריות [סמ"ע] דהרי המפקיד בעצמו פטרו כשיביאו לפה [נס"מ] ולכן אפילו הפקידו לזמן והוא בתוך הזמן פטור [כ"ל] :

ג בד"א שהנפקד יכול להכריח את המפקיד שיקבל פקדונו גם שלא במקום הפקדון במקום ישוב אבל אם הביא לו פקדונו במדבר והוא הפקידו אצלו בישוב אינו יכול לכופו לקבלו ממנו ויכול לומר לו הרי הוא באחריותך עד שתחזירנו לי בישוב כדרך שהפקדתיו אצלך ואם הנפקד רוצה לקבל עליו אחריות הדרך עד הישוב יכול לכופו לקבלו גם במדבר [טור] וכן אם הפקידו לזמן והגיע הזמן יכול לכופו לקבלו גם במדבר ובלא קבלת אחריות [כ"ל] וכן אם כשהפקידו אצלו א"ל המפקיד אני רוצה לצאת למדבר וא"ל הנפקד גם אני רוצה לילך למדבר אע"פ שלא דיבר עמו שיקבלנו במדבר מ"מ יכול לכופו לקבלו במדבר דזה שא"ל גם אני רוצה לילך למדבר הוה כמו שאמר לו ע"מ שאחזירנו לך במדבר וי"א דזהו דוקא כשא"ל מפורש אי בעינא אהדר לך [מהרש"ל] וכן משמע מלשון הש"ס [ב"ק קי"ח] אמנם באמת דבכה"ג אין זה רבותא כלל והטור והש"ע לא הזכירו זה [וכמדומני שגירסא אחרת היה להם בגמ' וכ"מ מהרע"ב ולשון רש"י שהביא בב"י אינו כגירסא שלנו והרמב"ם בפ"ז מפקדון השמיט כל דין זה ול"ע] :

ד המפקיד אצל חבירו והלך בעל הפקדון למדה"י והנפקד רוצה לפרוש בים או לצאת בשיירא או לנסוע למרחקים אם בא והביא את הפקדון לב"ד נפטר מאחריות שמירתו והדעת נותנת כן דאיך יעשה הנפקד והאם בשביל פקדונו של זה יהיה כאסור במקומו וגם להוליכו עמו א"א דשמא יארע לו אונס ולכן מוסרו לב"ד והב"ד מפקידים אותו ביד אדם נאמן מפני השבת אבידה לבעלים אבל הנפקד עצמו לא ימסור לאחר דלאו כל כמיניה למסור פקדון של אחרים אפילו להיותר נאמן בלי רשות ב"ד ואם עשה כן דינו כשומר שמסר לשומר שנתבאר בסי' רצ"א ונ"ל דאם אפילו כשהפקיד הפקדון הפקיד לזמן והנפקד סבר וקביל ובתוך הזמן הוצרך הנפקד ליסע למרחקים ג"כ ביכלתו למסור לב"ד דאין סברא לומר שבשביל שקבע לו זמן לפקדונו ישליך עניניו אחרי גוו ואין זה דרכי נועם ואף בש"ש נראה שהדין כן דאין לך אונס גדול מזה :

ה ואם לא היה יכול להניחו בישוב כגון שלא היה ב"ד באותו מקום או שלא מצאו ארם נאמן למסור לו הפקדון והוכרח להוליכו עמו ונאנס מידו פטור דהא עשה כראוי

כראוי והוכרח לעשות כן ולא עדיף הפקדון מחפציו בדבר שעושה כהוגן ולכן אין במה לחייבו אפילו הוא ש"ש דהוה אונס גמור וכן בכל פקדון אם היה מוכרח ליקח הפקדון ממקום שהונח שם מפני איזה סיבה שנתהוה והניחו במקום אחר המשומר ונאנס שמה פטור אפילו יחדו לו הבעלים מקום דהא אנוס היה לקחתו משם וכן כל כיוצא בזה:

ו שלח לו הנפקד פקדונו ע"י אחר בין שאמר הנפקד להשליח הולך פקדון זה לפלוני ובין שא"ל תן פקדון זה לפלוני חייב באחריותו עד שיגיע הפקדון ליד המפקיד כיון שבעל הפקדון לא עשאו שליח להביאו לו ולפיכך אם בא הנפקד לחזור וליטול מיד השליח את הפקדון רשאי כיון שהוא עדיין באחריות ואיך נכוף אותו שיהיה הפקדון ביד אחר ובזה לא שייך לומר תן כזכי כבמתנה דהא כבר הוא של המפקיד דזהו רק שליחות ולא זכיה בר"א שלא הוחזק הנפקד כפרן אבל אם בינתים הוחזק כפרן זכה השליח מיד בשביל המפקיד ואין הנפקד יכול לחזור וליטלו מידו דאנן סהדי שהבעלים אין רצונם שיחזיר לו ומ"מ חייב הנפקד באחריות עד שיגיע ליד המפקיד ואין לומר איך נחייבו באחריות של החפץ ולא נמסור לו החפץ דוודאי כן הוא דהוא גרם לעצמו ונ"ל דאם הוחזק לכפרן גם קודם שמסר לו המפקיד את הפקדון והמפקיד ידע מזה יכול ליטלו מיד השליח דהא המפקיד סבר וקביל בכפרנותו וי"א דה"ה נמי אפילו לא הוחזק כפרן אלא שבעל הפקדון היה רגיל להפקיד אצל זה שהופקד עתה אצלו באחרונה אינו יכול לחזור וליטלו ממנו ואפילו אם גם רגיל להפקיד תדיר גם אצל נפקד זה הדין כן [ס"ך] ומ"מ חייב באחריות כיון שעשה מרצונו למסור לאחר ואותו אחר אינו רשאי להחזיר לו וכן נמי אם שלח לו המפקיד פלוני זה איש נאמן הוא ושלח על ידו אינו יכול לחזור בו כיון דניחא ליה להמפקיד ומ"מ חייב באחריות דהא המפקיד לא עשאו שליח אלא הודיעו שהוא איש נאמן והוא עשה ומסר מרצונו לפיכך דנין לו כן:

סימן רצד [הכופר בפקדון או שטוען נגנב מה דינו ובו י"א סעיפים]:

א תבע המפקיד את הפקדון וכפר בו הנפקד ואמר להד"ם או החזרתי לך ונתברר ששקר אמר נעשה עליו גזלן מיד וחייב באונסים ופסול לעדות ולשבועה כמ"ש בסי' צ"ב ואפילו הפקיד אצלו שלא בעדים [סמ"ע] דכיון שעתה נתברר שקרותו ע"י עדים הוה גזלן בר"א כשיש עדים שבשעה שכפר בו היה הפקדון ברשותו וידע ממנו ואינו נאמן לומר שזה שאמר להד"ם מפני שבא לידו בתורת מכר ובזה אין העדים מכחישים איתו דא"כ היה לו לפרש אבל אם אין עדים שהיה הפקדון ברשותו בעת כפירתו אפילו נתברר אח"כ שהפקדון אצלו מ"מ אינו נעשה גזלן דאמרינן שמא בעת מעשה נאבד ממנו הפקדון ואמר אכפור בו עתה ואדחנו עד שאמצאנו ואחזירנו לו דאין ביכלתו של אדם להוציא את מי שהוא בחזקת כשרות כל כמה שביכולת להכשירו ודין זה כמו במלוה שם דהכופר במלוה כשר לעדות דאמרינן אשתמוטי הוא דקא משתמט עד שישיג מעות ודוקא כשלא נשבע אבל אם נשבע לשקר פסול מצד שבועתו כמ"ש שם:

ב ואע"ג דנתבאר בסי' רצ"ב סעיף א' דבאמירה בעלמא לא נתחייב באונסין זהו לענין שליחות יד שאינו כופר בעיקר הפקדון ויכול להיות שלא יקיים דברו אבל כשמכחיש עיקר הפקדון לבעליו אין לך גזלן גדול מזה אבל אין לחלק ולומר דשם הוי שלא בפני הבעלים אבל בפני הבעלים יהיה דינו כגזלן אף בשליחות יד באמירה בעלמא דלא משמע כן בגמ' [דה"כ לוקמי ב"ס בס"פ המפקיד לקרא דעל כל ד"פ בכה"ג] ונ"ל עוד דאע"ג דמשמע מהטור והש"ע דגם לענין אונסים כשאין עדים שהפקדון היה אצלו בעת כפירתו אינו מתחייב באונסים מ"מ יכול המפקיד להשביעו שלא היתה כוונתו לגוזלו דבגמ' לא אמרו זה רק לענין שאינו נפסל לעדות מפני חזקת כשרותו אבל מ"מ איך נפקיע ממונו של זה בשביל חזקת כשרותו של זה ולכן יכול להשביעו לכל הפחות:

ג לא כפר בו אלא טען נגנב או נאבד ישבע שבועת השומרים ושלשה שבועות חייב השומר לישבע שבועה שלא פשעתי בה ושומר שכר ישבע שלא נגנבה ולא נאבדה ושבועה שלא שלחתי בה יד ושבועה שאינה ברשותי דשמא לא נגנבה כלל ודעת הרמב"ם ז"ל בפ"ד מפקדון ועוד גדולי ראשונים דעיקר השבועה שחייבה התורה לשומר הוא שנגנבה ולש"ש שנאנסה וזהו השבועה שאינה ברשותי ושתי השבועות שלא פשע ושלא שלח בה יד אינו אלא ע"י גלגול ומה שכתוב וגונב מבית האיש וגו' ונקרב בעה"ב אל האלהים אם לא שלח ידו ה"פ ונקרב אל האלהים לישבע שנגנבה אך זהו בתנאי אם לא שלח בה יד אבל כששלח יד מקודם חייב אף כשנגנבה אח"כ [הס"מ] ולפ"ז אם יש עדים בש"ח שנגנבה ובש"ש שנאנסה פטור גם משבועות שתים הנשארים אבל יש מרבותינו שאומרים דשבועה שלא פשעתי היא ג"כ מעיקר השבועה אף בלא גלגול ואף שיש עדים שנגנבה ישבע שלא פשע ובגלגול ישבע שלא שלח בה יד ולכן אם יש עדים שגם לא פשע פטור משבועה דשליחות יד דאחזוקי אינשי ברשיעי לא מחזקינן

מחזקינן כשאין ראיה לדבר וזהו דעת הרא"ש והטור והיכן היא בתורה שבועה שלא פשע דה"פ וגונב מבית האיש בלא פשיעתו דאם נגנבה בפשיעתו חייב ולזה ונקרב אל האלהים דהיינו שישבע שנגנבה בלא פשיעתו [וברמב"ם פ"ו ס"ג משמע ג"כ כן ובפ"ד מפורש כמ"ש] ובירושלמי פ' המפקיד [ס"ז] משמע ג"כ כדעה זו ולפ"ז אפילו הפקדון לפנינו מקלקל או מתה אינו נפטר משבועה דשמא מתה או נתקלקל מחמת פשיעתו וכ"ש בשואל דאין פטורו אלא במתה מחמת מלאכה [נס"מ] אמנם כבר בארנו בסי' ע"ב סעיף כ"ו דבטוען שהפקדון נתקלקל לא חייבה התורה שבועה ע"ש :

ד כבר בארנו בסי' רצ"א סעיף ג' דגזירת התורה היא שאינו נפטר בשבועה רק במקום שאין עדים מצוים אבל במקום שיש עדים מצוים מוכרח להביא עדים ואם לאו ישלם ואפילו הודה מעצמו שהיה הדבר במקום שעדים מצוים אינו נפטר בשבועה במיגו שהיה אומר שהיה הדבר במקום שאין עדים מצוים דזהו כמיגו במקום עדים [סס] ולכן אע"פ שיש לו מיגו דלהד"ם או החזרתי לך אינו נאמן בלא עדים מטעם זה [ומתורץ קושית סקלס"ח] ואין להקשות על כל פקדון שחייבה התורה שבועה למה אינו נאמן במיגו דלהד"ם או החזרתי לך אם יש לו מיגות אלו דקיי"ל דלא אמרינן מיגו לאפטורי משבועה וגם הוי מיגו דהעזה כמ"ש בכללי מיגו בסי' פ"ב ע"ש ועוד יתבאר בסי' רצ"ו בס"ד :

ה וזה שאמרנו דבמקום שעדים מצוים משלם כשלא הביא עדים זהו דוקא במידי דשלטא בה עינא כמו מעביר חבית בשוק וכיוצא בזה אבל מילתא דמתרמי דלא שלטא בה עינא כגון הנושא חפץ בידו דאפשר שאף שרבים מצוים שם מ"מ יכול להיות שיארע האונס ולא ירגישו בו בני אדם דינו כמקום שאין עדים מצוים :

ו מי שטען טענת אונס בפקדון ומביא עדים שנאנס בידו חפץ כזה כגון שהפקיד אצלו בגד של תמונה פלונית ומביא עדים שבגד כזה נאנס ממנו והמפקיד אומר שמא בגד כזה נאנס אצלך ולא שלי דכמה בגדים יש בתמונה אחת והנפקד אומר שלך היתה והעדים אינם יודעים בבירור שהוא של המפקיד מ"מ פטור ואפילו שבועה אינו חייב והטעם דאלו היה הבגד בידו והמפקיד היה אומר לא זה הוא והנפקד היה אומר זה הוא היה הנפקד נאמן בהיסת דשבועת שומרים לא שייך בזה כמ"ש בסי' רצ"ו ואם היה המפקיד אומר שמא והנפקד ברי היה פטור אפילו מהיסת וא"כ כיון דהמפקיד אינו יודע הבגד שנאנס אם שלו הוא אם לאו ממילא דהנפקד נאמן דהרי מביא עדים שנאנס ממנו בגד כזה והוי כמו שהבגד לפנינו דעל מה שיש עדים לא שייך שבועה וממילא דנאמן בלא שום שבועה [זהו כוונת סס"ך וסקלס"ח ומיושב קושית הב"ח וסט"ז ודברי הכס"מ צ"ע] :

ז אם התנה הנפקד שיהא פטור משבועה תנאו קיים דכל תנאי שבממון קיים ויש להסתפק אם היה הדבר במקום שרואים מצוים אם צריך להביא עדים דהא מזה לא פטרו או אפשר כיון דהעדים הם במקום השבועה וכיון דא"צ שבועה א"צ עדים וצ"ע :

ח נגנב הפקדון שלא בפשיעתו ובשומר שכר כשנגנב באונס כמו ע"י ליסטים מזויין ואח"כ הוכר הגנב מחוייב השומר לעסוק עם הגנב ולטרוח להוצ"א ממנו הגניבה בין שהוא ש"ח בין שהוא ש"ש ואם יאמר אשבע ולא אטרח אין מניחין אותו דכיון שהוא שומר וממנו נגנבה מוטל עליו הטורח ואם אחר הטורח לא יוכל להוציא מיד הגנב א"צ לשלם וישבע שלא פשע ובש"ש שנגנבה באונס ושלא שלח בה יד לדעה שניה שבסעיף ג' אבל אם השומר כבר נשבע או הביא עדים על הגניבה ואח"כ הוכר הגנב אם ש"ח הוא יעשה כרצונו או שיעמוד בשבועתו ובעדיו שהביא או שיטריח עם הגנב והש"ש מחוייב לטרוח עם הגנב אף אחר השבועה והעדים וי"א דבכל מקום שהדין הוא שיטרח עם הגנב אם ידוע שיוציא מהגנב את הפקדון מחוייב לשלם להמפקיד מיד ובמקום שהדין בש"ש שיטרח עם הגנב מפני שנוטל שכר לא מהני אף. אם ירצה להחזיר השכר שיהיה דינו כש"ח [ב"ח] כמו שאינו מועיל זה להפטר מחיובו דגניבה ואבידה :

ט כתב הרמב"ם ז"ל [פ"ח] נגנב הפקדון באונס והחזירו הגנב לבית שומר והרי היא בהמה ומתה שם בפשיעה יש בדבר ספק אם כלתה שמירתו ונפטר או עדיין לא כלתה שמירתו לפיכך השומר פטור מלשלם ואם תפסו הבעלים אין מוציאין מידם עכ"ל ודין זה בעיא היא בגמ' [ב"ק קח'] וכל הפוסקים השמיטו דין זה דס"ל דכיון דקיי"ל בהוכר הגנב דצריך השומר לטרוח אחר הגניבה אלמא דלא כלתה שמירתו ע"י הגניבה או האונס וא"כ כ"ש שאם החזיר לו הגנב דחייב בפשיעה כיון דלא כלתה שמירתו ומאן דבעי לה בגמ' סבר בהוכר הגנב דא"צ לטרוח וכלתה שמירתו וכשהחזירה להגנב הוי ספק אם כלתה שמירתו [קלס"ח] אמנם הרמב"ם ס"ל דיכול להיות שאף שלענין טירחא מחוייב בה מ"מ לענין תשלומין אפשר דכלתה שמירתו [וס"ל דרבה זוטא בס לא פליג אדרבא יע"ש ודוק] :

י כתב רבינו הרמ"א ראובן הטציא חוב בטוח לשמעון וקבל שכר על הסרסרות ואח"כ נתקלקל החוב וצריכין להשתדל עם השר בעד החוב ושמעון רוצה שראובן יטריח אותה טירחא הואיל וקבל שכר מן החוב י"א דהדין עם שמעון דומיא דהוכר הגנב עכ"ל ויש חולקין בזה דלא דמי להוכר הגנב שהוא שומר ונגנב ממנו ודאי מחוייב לעשות כל מה שביכלתו להחזיר לבעליו אבל זה שהיה רק סרסור על ההלואה ובעד זה קבל שכרו וגמר מלאכתו למה החיוב עליו לטרוח בגביית החוב [ס"ך] ונ"ל דלא פליגי לדינא כלל דודאי אם היה רק סרסור בעלמא והמלוה בעצמו הלוה להשר ודאי דאין הסרסור

חייב לטרוח עוד בזה אבל רבינו הרמ"א כוונתו שהסרסור הלוה להשר והביא הזכיות להמלוה דהשר לא ראה כלל את המלוה ובכה"ג וראי דדמי לשומר וצריך לטרוח בגביית החוב ועמ"ש בס"ס קפ"ה וכן הנהוג בסרסרות כזה שהחוב נעשה ע"י הסרסור שמטריח א"ע בגביית החוב:

יא כשמשביעין את השומר שלא פשע משבעינן ליה בלשון זה אבל לא ישבע שנעשה הנזק שלא בכוונה דלשון זה יכול לסבול שפשע בשמירתו והנזק נעשה שלא בכוונה וחייב לשלם אלא ישבע שלא פשע בשמירתו [סס]:

סימן רצה [שומר שרוצה לשלם ולא לישבע מה דינו ובו ז' סעיפים]:

א שומר חנם שאמר הריני משלם ואיני נשבע שבועת השומרים אם היה הפקדון דבר שבכל מינו שוה וגם מצוי לקנותו בשוק כמו פירות ויריעות של צמר ושל פשתן השוות בכל ענינם זל"ז או קורות שאינן מצויירות וכל כיוצא בהם ה"ז משלם ואינו נשבע אבל אם היה הפקדון בעל חי או בגד מצוייר או כלי מתוקן או דבר שאינו מוצא לקנות בשוק כמותו אף שבכל מינו שוה חוששין שמא עיניו נתן בו ורצונו לעכבו לעצמו ולכן משביעין אותו בנק"ח שאין החפץ ברשותו שנגנב או נאבד ואח"כ משלם ומרויח שא"צ לישבע ששמרו כראוי שלא פשע ושלא שלח בו יד דזה ירא לישבע דשמא לא שמר כראוי באיזה זמן או שמא פעם אחת נהנה מן הפקדון והוי שליחות יד [סמ"ע] וי"א דה"ה אפילו קבל כבר המפקיד התשלומין מידו מ"מ ביכלתו להשביעו אח"כ שבועה זו שאינו ברשותו [רמ"ס] וה"ה לשארי השומרים כגון השואל שאמר מתה או נגנבה וש"ש והשוכר שאמרו נגנבה או נאבדה אע"פ שהם חייבים לשלם משביעים אותה שבועה שאינה ברשותם ואח"כ משלמים דמי הבהמה או החפץ מפני שאנו חוששין להם שמא עין נתנו בה ואם אמרו הבעלים שהיה שוה יתר על זה כולל בשבועתו שאינו שוה אלא כך וכך ואין חילוק בזה בשומרים בין שאומרים שחייבים לשלם ובין שאומרים שאין חייבין לשלם אלא שמפני שאין רצונם לישבע שבועת השומרים משלמים מ"מ שבועה שאינה ברשותו נשבע:

ב נמצא דכל שומר שנשבע שבועת השומרים כולל בשבועתו ג' דברים ששמר כדרך השומרים שלא פשע בה וזה שאירע הסיבה להפקדון הוא שלא ע"י פשיעתו וגם נשבע שאינה ברשותו שזהו עיקר שבועת השומרים שחייבתו תורה כמ"ש בסי' רצ"ד והיא שבועה שנגנבה או נאבדה או נאנסה וצריך להקדימה משבועה שלא פשע בה ואפילו הקדים את השבועה שלא פשע ושמה שאירע להפקדון היתה שלא בפשיעתו מ"מ צריך לישבע גם את השבועה שאינה ברשותו דיכול להיות אמת שנגנבה אבל הגנב החזירה לו או שנאבדה ומצאה או נאנסה והוסר האונס וכן צריך לישבע שלא שלח בה יד קודם שאירע המאורע הפוטר אותו ואם רצה לשלם נשבע שאינה ברשותו אם הוא דבר שאינו מצוי או שאין כל מינו שוה וכולל בשבועתו שכך וכך היה שוה אם המפקיד אומר שהיה שוה יותר [כמ"ש מיושב קושית סמ"ע סק"ט ועט"ז ודו"ק]:

ג אמרו חז"ל [רפ"ג דב"מ] המפקיד אצל חבירו בהמה או כלים ונגנבה ממנו או נאנסה ולא רצה לישבע ושילם להמפקיד דמי שווי החפץ ואח"כ נמצא הגנב ושילם כפל או בבהמת פקדון שהגנב שחטה ושילם תשלומי ארבעה וחמשה נוטל השומר את הכפל והארבעה והחמשה וטעמא דמילתא דאזלינן בתר אומדנא דדעת הבעלים להקנות לו את הכפל והד' וה' בעבור זה ששילם לו הקרן כיון שאין הריוח בזה מגוף החפץ אלא מן הצד ואין לו היזק בזה ניחא ליה להקנותו להשומר כשישלם לו הקרן אבל שבח דמגופיה כמו גיזה וולדות לא מקני ליה ואם תשאל באיזה קנין קנה השומר את הכפל והד' וה' דהא הכפל לא יוכל להקנותו דהוה דבר שלבל"ל וזה אין לומר דבביאת הכפל לעולם מקני ליה דהא קיי"ל שאפילו הבעלים אינם רוצים שיקבל השומר את הכפל מהגנב מ"מ נוטל השומר בע"כ משום דהבעלים הקנו ליה מקודם והרי מקודם הוה דשלבל"ל אלא כך אמרו חכמים דנעשה כמו שא"ל בשעה שמסרה לו לשמור לכשתגנב ותרצה לשלם לי הרי פרתי קנויה לך מעכשיו שיהיה הכפל שלך ולא לשבח דמגופה ואין הקנין סמוך לגניבתה דא"כ אם בעת הגניבה היתה שלא ברשות השומר כגון שעמדה באגם אין ביכלתו לקנותה אלא הקנין הוא בעת תחלת השמירה דאז היא ברשות השומר [כליסנא קמא דסס]:

ד ולאו דוקא ששילם אלא כיון שאמר הריני משלם אע"ג שלא שילם עדיין בההיא ניחא נפשיה שהבטיח לו לשלם מקנה לו הכפל וי"א דדוקא כשנשבע שבועה שאינה ברשותו דאז מקנה ליה באמירתו את הכפל אבל בלא שבועה אינו מקנה לו באמירה בלבד [רמ"ס] ורוב הפוסקים חולקים בזה [ס"ך] ובשואל אמרו חז"ל כיון שכל ההנאה שלו הוא אינו מקנה לו הכפל עד שישלם דא"צ להחזיק לו טובה בשביל אמירה בעלמא ואפילו נשבע שאינה ברשותו אינו מקנה לו עד שישלם [סס] ואפילו התנה להיות כש"ח הדין כן [נמק"י] וכן ש"ח אף שהתנה להיות כשואל מ"מ בזה דינו כש"ח וכן אפילו כשנשבעו שבועת שומרים ופטרו עצמם ואח"כ נמלכו לשלם הכפל שלהם

שלהם אך בזה אינו מועיל אמירה עד שישלמו דאינו סומך על אמירתו כשכבר פטר א"ע ע"י שבועה אמנם כל זה הוא דוקא כששילם לו מרצונו אבל היכא שהכריחו הדיין עד שהוכרח לשלם כגון שאמר פשעתי בה ולא רצה לשלם או שאמר איני יודע היכן הנחתיו ולא רצה לשלם והדיין הכריחו וגבה ממנו בע"כ אינו מקנה לו הכפל [גמ'] אבל אם ברצונו שילם לו אף שנתחייב בדין לשלם כגון שפשע בה ואמר פשעתי ורוצה לשלם מקנה לו הכפל [סס] ואמרו חז"ל הטעם דכיון דהשומר חנם היה יכול לפטור א"ע בטענת גניבה וש"ש בטענת אונס והשואל במתה מחמת מלאכה וכיון דלא אטרחיה בדין ודברים מקנה לו שבחא דמעלמא ומזה נראה דאם היו עדים על חיובו כגון שראו עדים שפשע בה אינו מקנה לו הכפל דהרי לא עבר ליה שום ניחא נפשיה שלא היה יכול לפטור א"ע ובירושלמי פוטר גם בבכה"ג אמנם מש"ס שלנו לא משמע כן [רמב"ן] ויש מי שאומר דה"ה אם היו להם עדים על הפטור כגון שש"ח היו לו עדים על הגניבה ועכ"ז שילם לו אינו מקנה לו הכפל דזה לא עלה על דעת המפקיד שישלם לו בכה"ג ולכן גם מקודם לא הקנה לו בכה"ג [נמק"י]:

ה שומר שאמר אני נשבע ורצה המפקיד לגלגל עליו עוד טענות אחרות וחזר בו ואמר הריני משלם אע"פ שהחזרה הוא מפני הגלגולים מ"מ כיון דסוף סוף שילם לו ברצונו הכפל שלו [רא"ש סוף שבועות] ואמרו חז"ל [ב"מ ל"ד:] שאם אמר איני משלם וחזר ואמר הריני משלם הכפל שלו אבל אם אמר בב"ד הריני משלם וחזר בו ואמר איני משלם אע"פ שאינו יכול לחזור בו כיון שקבל עליו בב"ד לשלם מ"מ הוי ספיקא דדינא אם זכה בהכפל או לאו כל זמן שלא שילם וכן אם אמר הריני משלם ומת ואמרו היורשים אין אנו משלמים או שלא הספיק לתבוע אותו עד שמת הנפקד ותבע לבניו ושלמו או ששלמו בני הנפקד לבני המפקיד הוי ספיקא דדינא דשמא לא הקנה הכפל רק להנפקד בעצמו ולא לבניו אף ששלמו כיון שהאב לא אמר שישלם וכן הוי ספק כששילם לו החצי או ששאל שתי פרות ושילם אחת מהן או ששאל משותפין ושילם לאחד מהן חלקו או שותפין ששאלו ושילם אחד מהם או ששאלו מהאשה מנכסי מלוג שלה ושילם לבעלה או אשה ששאלה בהמה לעבוד בה עבודת קרקע של נכסי מלוג שלה ושילם בעלה בכולהו הוי ספיקא דדינא וכתב הרי"ף ז"ל דחולקין ביניהם הכפל ואם תפס אחד מהם אין מוציאין מידו אפילו בח"ל שאין דנין דיני כפל וכ"כ הרמב"ם בפ"ח ולמה יחלוקו לפי שאין אחד מהם מוחזק אבל הרא"ש ז"ל פסק דהמפקיד חשוב כמוחזק שהרי הבהמה שלו היא והכפל שלו:

ו כמו שמקנה לו הכפל כמו כן מקנה לו כל שבח דמעלמא לפיכך אם הוקר החפץ אחר שהופקד בידו ונמצא החפץ אחר ששילם לו או אמר לשלם הוי היוקר של הנפקד מהטעמים שנתבארו וא"צ ליתן אלא דמי שויו של שעת הפקדון [סמ"ע] וי"א שמשלם לו כפי שויו של שעת הגניבה וכן כשיש עדים מתי נאבד ואין יודעים אם בפשיעתו ואם שלא בפשיעתו ושילם לו כל שבח דיוקרא שבא אחר הגניבה הוא של הנפקד [ס"ך]:

ז דעת הרמב"ם ז"ל שאפילו היה הדבר המופקד או המושאל או המושכר רק שוה פרוטה הרי השומר נשבע עליו ורבו עליו החולקים וס"ל שצריך כפירה שתי מעין כסף ובכלים די בפרוטה ולהרמב"ם אף פחות מש"פ אבל זהו לכל הדעות שאין אחד מהשומרים צריך כפירה במקצת והודאה במקצת ורק במודה מקצת דהלואה גזרה התורה כן ולא בפקדון ובסי' פ"ח בארנו בס"ד פרטי הדברים בזה ע"ש:

סימן רצו [המפקיד בעדים וטוען הנפקד שנגנבה או להד"ב ובו י"א סעיפים]:

א אחד המפקיד או המשאיל או המשכיר לחבירו בעדים או שלא בעדים דין אחד להם כיון שזה הודה מפי עצמו שהפקידו בידו או שהשאילו לו או השכירו לו ה"ז נשבע שבועת השומרים ואע"פ שיש לו מיגו שהיה אומר לא הפקדת אצלי מעולם ולא היה חייב שבועת התורה מ"מ חייב והטעם מפני שאין אומרים מיגו לאפטורי משבועה [רמב"ס] ובארנו הטעם בסי' צ"ג מפני שבטענת ממון האדם מדקדק בטענותיו וכיון שיש לו מיגו לפטור א"ע ש"מ דקושטא קאמר אבל בשבועות אין האדם מדקדק כל כך בטענותיו ואפשר שלא שם על לבו מיגו זה ועוד דקיי"ל כל היכי דאיכא לברורי מבררינן אפילו במקום חזקה ולכן כיון שאפשר ע"י שבועה לברר הדבר מבררינן אף שיש לו מיגו [ט"ז] ועוד דחכמים לא ראו לסלק השבועה מפני המיגו כיון דאינו הוצאת ממון ואע"פ שמדינא פוטרו המיגו [ביאור הסמ"ע ע"ס] ועוד דכשאדם רוצה לפטור א"ע מממון אינו חושש בטענותיו לפטור עצמו משבועה ומקבל עליו כל חששי שבועות ולכן א"א לפוטרו משבועה [לבוש] וי"א דאמרינן מיגו לאפטורי משבועה דשבועה מביאה לידי ממון כשאינו נשבע רק בשומרים לא אמרינן מיגו מפני דהוה מיגו דהעזה גדולה לכן לא אמרינן ליה אבל בשארי מקומות אמרינן מיגו זה:

ב כל עיקר שבועת שומרים אינו אלא במודה הנפקד בעיקר הפקדון וטוען שנגנבה או נאנסה ובשואל שמתה

שמתה מחמת מלאכה אבל אם כופר בעיקרו שאומר לא הפקדת בידי מאומה ולא השאלתני ולא השכרתני או שאומר החזרתיו לך דלפ"ז אינו מודה עתה בעיקר הפקדון נשבע היסת ונפטר ואפילו הפקידו בעדים יכול לומר החזרתיו דהמפקיד אצל חבירו בעדים א"צ להחזיר לו בעדים כמ"ש בסי' רצ"ז ואפילו הפקיד בידו בשטר או השאילו והשכירו בשטר דיכול המפקיד לומר לו אם כדבריך שהחזרת לי למה הנחת שטרך אצלי כמו בשטר הלואה שאין הלוה נאמן לומר פרעתי מטעם זה כמ"ש בסי' פ"ב מ"מ בפקדון נאמן והטעם דכיון שאם היה אומר נגנבה ממני אם הוא ש"ח או נאנסה אם הוא ש"ש או שוכר ומתה מחמת מלאכה אם הוא שואל היה נאמן בשבועת שומרים לכן נאמן גם לומר החזרתי לך במיגו דנגנבה ונאנסה ומתה מחמת מלאכה דמפני שסמך על מיגו זה לא חשש לקבל שטרו מהמפקיד משא"כ בהלואה דחייב בכל ענין ואין לו שום מיגו לכן אינו נאמן :

ג וכן כיון שבשטר עיקר נאמנותו מפני מיגו כשם שאם היה טוען המיגו היה צריך לישבע שד"א בנק"ח שבועת השומרים כמו כן בשטוען החזרתי לך צריך לישבע כעין של תורה בנק"ח דשבועת השומרים ממש א"א לחייבו דאין זה שבועת שומרים שחייבתה תורה כמו שנתבאר אלא דמחייבינן ליה שבועה חמורה כעין של תורה והטור שכתב דחייב לישבע שד"א כוונתו כעין דאורייתא [ש"ך] ואפשר דס"ל דכל החלוקים שיש בין שד"א לשבועה דרבנן כמו לענין היפוך ולירד לנכסיו ולענין חשוד כמ"ש בסי' פ"ז ליכא בשבועה זו כמו בדאורייתא מיהו י"א דגם שבועה זו דינה לענין הדברים שנתבארו בכל שבועות דרבנן [שם] ואי קשיא דא"כ איזו מיגו הוא ונחשוד אותו שכוונתו להפכה או שאינו רוצה שב"ד ירדו לנכסיו לכן טוען כן אמנם באמת אין זה מיגו ממש ככל המיגות דעיקר הטעם דלכן לא נזהר מלקבל שטרו מפני שביכלתו לטעון נגנבה או נאנסה ולכן דינו כהפקיד בעדים ונאמן לומר החזרתי לך אלא דמ"מ כיון דמטעם זה לא לקח השטר מחמרינן עליו בשבועתו כעין דאורייתא [נה"מ] אבל יש חולקים וס"ל דיש לשבועה זו כל הומרות שיש בשד"א [תו"ת בכללי מיגו אות קי"ב] וראיה לזה מהפוסקים והטור שקראוה שד"א ולא שבועה חמורה ככל שבועות דרבנן החמורות :

ד כתב אחד מהגדולים דאם יש להנפקד עד אחד שהחזיר לו הפקדון ה"ז פוטרו משבועה כדין עד אחד המסייע שפוטר מן השבועה כמ"ש בסי' ע"ח ואע"ג דנתבאר בסי' פ"ז דאין עד המסייע פוטר משבועה אלא במקום שנאמנותו על הטענה בלא מיגו או שהעד היה מסייעו גם בטענת המיגו אבל במקום שנאמנותו ע"י מיגו ועל המיגו אינו נפטר ע"י העד שאינו מסייעו להמיגו כגון בזה שנאמנותו מפני מיגו דנאנסו והעד המסייעו אינו מעיד רק על חזרה ואם היה טוען טענת אונס לא היה לו עד מסייע מ"מ פוטרו בכאן עד המסייע דאין זה מיגו גמור שנדונו ככל המיגות כמ"ש [תו"ת שם] ועמ"ש שם סעיף ט' [וצ"ע שם על הנה"מ] :

ה וכיון שעיקר נאמנותו משום מיגו דנאנסה או נגנבה לכן אינו פטור רק כשהיה השומר יכול לטעון נאנסה או נגנבה כגון שלא היו מצריכים אותו להביא עדים על טענתו אבל אם היה חייב להביא עדים כגון שהיה הדבר במקום שעדים מצוים כמ"ש בסי' רצ"ד אינו נאמן לומר החזרתי דעל מה סמך להניח השטר בידו דהא אינו מהימן לומר נגנבה או נאנסה והוה כמלוה בשטר שבסי' פ"ב דמחוייב לשלם רק שהמפקיד ישבע בנק"ח שלא החזיר לו הפקדון וגם זהו דוקא כשטוען הנפקד אשתבע לי שלא החזרתי לך אבל אם אינו תובע השבועה אנן לא משבעינן ליה ואומרים להנפקד ז"ל שלים ליה דמי הפקדון כמ"ש שם :

ו בא הנפקד להחזיר פקדונו להמפקיד וא"ל המפקיד אין זה פקדוני אלא אחר הוא או שטוען שלם היה ואתה שברתו או חדש היה ונשתמשת בו או שטוען מאה סאין הפקדתי אצלך ואין אלו אלא חמשים והנפקד אומר ז"ו הדבר כמו שהפקדת אצלי ומה שהנחת אתה נוטל הרי השומר נשבע רק היסת כבשארי טענות מפני שאין השומר נשבע שבועת השומרים האמורה בתורה אלא בזמן שמודה בעצמו של פקדון כמו שאומר המפקיד אלא שטוען נגנב או נאבד או נאנס אבל אם אמר זהו שהשאלתני או השכרתני או שנתת לי לשמור והבעלים אומרים אינו זה אלא אחר הוא או נשתנה מכמות שהיה הרי השומר נשבע היסת ואם הודה במקצת נשבע שד"א כיצד אם אומר מאה סאין הפקדתי אצלך והשומר אומר לא הפקדת אצלי אלא חמשים ואינו אומר לו הילך החמשים נשבע שבועת התורה מפני שהודה במקצת ולא מפני שבועת השומרים אבל כשאמר מה שהנחת אתה נוטל אינו חייב רק היסת דהו"ל הילך ועוד דלא הודה בדבר שבמדה ושבמשקל ושבמנין כמ"ש בסי' פ"ח ואם לא הודה לו במינו כלל פטור משבועת התורה אף בלא הילך כגון שא"ל מאה כור של חטים הפקדתי אצלך והוא אומר לא הפקדת אצלי אלא מאה של שעורים אינו נשבע אלא היסת כשאר כל הנשבעים בטענה זו דטענו חיטים והודה לו בשעורים פטור בהיסת כמ"ש בסי' פ"ח ע"ש :

ז כבר נתבאר בסי' רצ"א דכל תנאי שבשומרים קיים כשהתנה בעת קבלת השמירה ולכן מתנה ש"ח להיות פטור אף משבועה והשואל להיות פטור מתשלומין ומשבועה ומי צריך להתנות נתבאר בר"ס ר"ז וכן לחומרא דבעל הפקדון יכול להתנות כשהשומר נתרצה כגון אפילו אם הוא רק ש"ח מתנה שיהיה דינו כשואל וכ"ש ש"ש ושוכר וחייבים גם באונסים ובשואל יכול להתנות שיתחייב במתה מחמת מלאכה שכל תנאי שבממון או בשבועה הנוגעת לממון התנאי קיים וא"צ
לא

לא קנין ולא עדים דלא איברי סהדי אלא לשיקרא ובלבד שיתנו בתחלת השמירה אבל אח"כ צריך קנין ולפ"ז אם היה ש"ח וטען המפקיד שהיה שם תנאי שיתחייב באונסים כשואל והשומר אומר לא היה תנאי נשבע השומר שבועת השומרים ומגלגל בה שלא היה שם תנאי :

ח וכן להיפך אם השומר הודה שפשע רק טען תנאי היה בינינו שלא אצטרך לשומרו כדרך השומרים והמפקיד אומר לא היה תנאי אע"פ שהפקיד אצלו בעדים רק שאינם יודעים אם היה תנאי אם לאו ואף שלפניהם מסר בסתם מ"מ יכול להיות שהתנו מקודם ועל התנאי הקודם מסר לו בפני העדים [ס"ך] והשומר נאמן במיגו מתוך שהיה יכול לומר שמרתי כדרך השומרים ונאנסה נאמן ג"כ לומר שהיה ביניהם תנאי לפיכך ישבע השומר בנק"ח שלא שלח בה יד ושאינה ברשותו ושהיה ביניהם תנאי ולכן אם היה במקום שעדים מצוים או שהמפקיד הביא עדים שפשע חייב השומר לשלם ואינו נאמן לומר תנאי היה בינינו שהרי אין כאן מיגו ודוקא שהעדים יודעים עכ"פ שהוא שומר בזה אבל בלא זה אע"פ שפשע נאמן במיגו שהיה יכול לומר לא הייתי שומר עליו ולא אמרתי לו רק הא ביתא קמך ואם טוען תנאי היה בינינו אחר מסירת הפקדון כשיש עדים על הפקדון אינו נאמן במיגו דנאנסה דהוה כמיגו במקום עדים :

ט אם טען המפקיד שהפקיד אצלו וזה אומר לא קבלתי עלי שמירה אלא אמרתי הנח לפניך או הא ביתא קמך ולא נעשיתי לך שומר כמ"ש בסי' רצ"א נשבע היסת שלא קבלו אלא בדרך זה וכולל בשבועתו שלא שלח בו יד ולא איבדו בידים ולא גרם לו שיהיה חייב מדינא דגרמי דבכל זה אף שאינו שומר חייב לשלם אבל שלא פשע בה אינו נשבע דהרי אף אם פשע ולא סגר הדלת ומפני זה נגנב החפץ כיון שאין דין שומר עליו אינו חייב בפשיעה כזו [סמ"ע] :

י יש מי שאומר דעל פשיעה אינו מועיל תנאי שיפטר השומר ואין כן דעת כל הפוסקים וגם אין סברא נכונה לחלק ביניהם :

יא אם הנפקד מת ולא נמצא הפקדון בין חפציו טוענים הב"ד בשביל היורשים שמא נגנב או נאנס דכללא בידינו דכל מה דיכול אביהם לטעון טוענים ג"כ בשביל היתומים ויש חולקים בזה דגניבה ואונס לא שכיחי ולא טענינן בשבילם מילתא דלא שכיחא אף שאביהם היה יכול לטעון כן אבל החזרתי טוענים בעדם ואע"ג דהוא לא היה נאמן בטענת החזרתי רק במיגו דנאנסו כמ"ש וכיון דאין טוענים להם נאנסו לא נטעון להם טענת חזרה מ"מ טוענים להם וכבר נתבאר זה בסי' ק"ח סעיף ט' עיי"ש ונתבאר שם דזהו ספיקא דדינא ויש מי שאומר דלדעה זו שטוענים בעדם טענת אונס טענינן להם אף במקום שאביהם לא היה יכול לטעון כגון במקום שיש עדים מצוים דלאביהם היו אומרים לו הבא עדים אבל הם מאין להם לדעת מי היה בשעת מעשה [סע"מ] ודברי טעם הן וגם שבועת היורשים אין משביעין אותם דשבועת היורשים אינה אלא בבאין ליטול ולא בבאין לפטור א"ע כמ"ש שם :

סימן רצז [הכופר בפקדון והמפקיד נותן סימן בחפציו ובו ז' סעיפים] :

א ראובן אומר הפקדתי אצל שמעון חפץ פלוני אם אומר שהפקיד שלא בעדים נאמן שמעון בהיסת לומר להד"ם ואפילו ראו עדים עתה את החפץ בידו והכירוהו בטב"ע שזהו חפצו של ראובן יכול לומר לקחתיו ממנו או מיד אחר שקנה ממנו ולכן אפילו נותן סימן מובהק בהחפץ אינו מועיל לו מטעם זה ואפילו שמעון אינו אמוד שיהא לו חפץ כזה מפני שיש מתרושש והון רב ועוד שמא מציאה מצא וגם נאמן לומר שמתנה נתנו לו ואפילו אין ראובן רגיל ליכנס לביתו של שמעון שנאמר שראה החפץ אצלו ולכן יודע הסימנים דהרי אפי' כשיש עדים ששלו הוא אינו מועיל לו מטעם שיכול לומר לקוח הוא בידי וכמ"ש בסי' קל"ג :

ב ואם הפקיד אצלו בעדים אינו נאמן לומר החזרתיו לך דקיי"ל המפקיד לחבירו בעדים א"צ להחזיר לו בעדים ולכן מפני מיגו דהחזרתי לך יכול ג"כ לומר חזרתי ולקחתיו ממך או במתנה נתת לי ודוקא כשלא ראו עדים את החפץ בידו קודם ירידתו לב"ד דאז יכול להוציא את החפץ לפני ב"ד ולומר אמת הדבר שהפקיד אצלי אבל לקחתיו ממנו או נתן לי במתנה במיגו שהיה יכול שלא להראותו עתה ולומר החזרתיו לך אבל אם עדים ראו את החפץ קודם ירידתו לב"ד אינו נאמן בשום טענה דכיון שאין יכול לומר החזרתיו ממילא דאינו יכול לטעון לקוח ומתנה כיון שאין לו מיגו ואי משום שהיה יכול לומר החזרתיו קודם שראו עדים את החפץ הוה מיגו למפרע ומיגו למפרע לא אמרינן דצריכין לדון כפי שעת הדין בפני ב"ד :

ג ואפילו העדים לא הכירו בטב"ע את החפץ שהוא של המפקיד אלא ע"פ סימן מובהק שנתן המפקיד ג"כ הדין כן ודוקא סימן מובהק אבל אם טוען הפקדתי בידך חטים ע"פ עדים וכך וכך היתה מדתן ונתתם בחבית פלוני והעדים אומרים שראו כן אצל הנפקד מ"מ נאמן לומר החזרתים לך ואלו אחרים הם דאין זה סימן מובהק ורק במציאה מחזירין בסימנים כאלו מפני שאין מי שטוען כנגדו כמ"ש בסימן רמ"ז אבל כשזה אומר שלי הם

הם ואחרים הם נאמן וממילא דע"פ מיגו זה יכול ג"כ לומר לקחתים ממך או במתנה נתתים לי וי"א דאין זה מיגו טוב דכיון שנמצא אצלו כזה ירא לומר שאחרים הם [ס"ך] כללו של דבר אין המפקיד יכול להוציא את החפץ אא"כ מביא עדים שהפקיד אצלו חפץ זה שראו אותם העדים או עדים אחרים קודם שירדו לב"ד והעדים מכירים את החפץ בטב"ע שהוא של המפקיד או ע"פ סימן מובהק שנתן המפקיד וזהו שנתבאר בסימן קל"ג דבעינן עדים וראה :

ד ובכה"ג שיש עדים וראה לא מיבעיא שמוציאין את החפץ מידו כשהוא חי אלא אפי' מת הנפקד מוציאין אותו מהיורשים אפילו בלא שבועה ולא טענינן בעד היורשים אולי היה אביהם מביא עדים שחזר ולקחה ממנו דאין טוענים ליורשים מילתא דלא שכיחא ואפילו למי שסובר שטוענין בעדם נאנסו בס"ס רצ"ו מ"מ בעדים וראו אין טוענים בעדם ואדרבא יש דבר שכח היתומים גרוע מכחו כגון שבא המפקיד ואמר חפץ פלוני הפקדתי אצל שמעון בעדים ויש לי סימנים מובהקים בחחפץ כך וכך ומביא עדים שהפקיד בפניהם וגם מעידים שראו ערך חפץ כזה ביד הנפקד רק שאינם יודעים בטב"ע וגם הסימנים לא ראו ומבקש המפקיד להכריחו להנפקד להראות את החפץ לפני ב"ד אולי ימצאו הסימנים או שהעדים יתבוננו בו ואולי יכירוהו בטב"ע אינו יכול להכריחו לזה דיכול לומר החזרתיו לך וזה אחר הוא ולא אראהו לפניכם כיון שאני יודע בבירור שכן הוא וממילא דבמיגו זה יכול ג"כ לומר לקחתיו ממנו דהא בהא תליא כמ"ש ואפשר דמ"מ לא אמרינן מיגו בזה דאין טוב לו לומר החזרתיו לך כיון שעכ"פ ראו בידו כעין חפץ זה ורק דאם עכ"ז טוען החזרתי נאמן אבל שיהא נאמן לומר לקוח במיגו דהחזרתי אינו נאמן וזהו בו בעצמו אבל ביתומים כשטוען כן כופין ב"ד את היתומים להוציא את החפץ ולהראותו להעדים ואם יעידו שזה הוא או ע"פ טב"ע או ע"פ סימנים מובהקים שנותן המפקיד מחזירין החפץ לו והטעם כיון שאין היתומים טוענים טענת ברי וטענתו של המפקיד טובה ונראית אמת מחוייבין בזה להשתדל בזה ואפילו אם הנפקד היה אמיד מוציאין החפץ מהם כיון שיש עדים וראה ואפילו היה המפקיד רגיל ליכנס לבית הנפקד ויכול להיות שיודע הסימנים מ"מ כיון שיש עדים שהפקיד לפניהם מוציאין מהם אמנם כשהיתומים טוענים טענת ברי אבינו אמר ששלו הוא ומסתמא החזיר להמפקיד את שלו אינם מחוייבים להראותו ונשבעים היתומים ואע"ג דיתומים אין נשבעים לפטור א"ע כמ"ש בסי' ק"ח מ"מ כיון דהמפקיד עומד וצווח שלי הוא חפץ זה ואני מבקש שיראה אותו לפני ב"ד אין ביכלתם לעכב את החפץ בלא שבועה וכ"ש שהוא בעצמו כשאינו רוצה להראותו שמחוייב לישבע היסת :

ה עוד יש דבר שכח היורשים גריעא מכחו דאלו אביהם כשהפקיד בלא עדים אינו יכול להוציא ממנו אפילו בסימנים מובהקים ואפילו אין הנפקד אמיד כשטוען להד"ם ולקוח הוא בידי כמו שנתבאר וביורשים אינו כן דמי שבא ואמר ליורשים כך וכך הפקדתי אצל אביכם ואלו הם הסימנים המובהקים ונמצא כבר חפץ כזה ביד היתומים שראוהו עדים בכל סימניו שאומר והדיין יודע ברור שהמת לא היה אמיד שיהיה לו חפץ כזה יש לו לדיין להוציא החפץ מידם ולמוסרו לזה שנתן סימניו כיון שהיורשים אין טוענים ברי והאמת ניכר הן מצד המפקיד שנותן סימנים מובהקים והן מצד היורשים כיון שאביהם לא היה אמיד לזה ולכן אם היה אמיד לזה או אפילו לא היה אמיד רק שזה המפקיד היה רגיל ליכנס לבית אביהם אין נותנים לו דחיישינן שמא של אחר הוא והוא לפי שהיה רגיל אצלו מכיר סימניו ובחד צד אין מחזירין לו דכיון דחזרה זו הוא רק ע"פ אומדנא צריכים אומדנא משני צדדים וכן כשהיורשים טוענים ברי דינם כאביהם ואם באו עדים והעידו לפני הדיין שאביהם לא היה אמיד אין זה כלום דהדיין שדנים ע"פ אומדנא צריך הדיין בעצמו לידע האומדנא ואין סומכין על אומדנת העדים להוציא מיתומים וגם זה לא היה אלא בזמן הש"ס אבל האידנא כבר כתב הרמב"ם ז"ל דמשרבו בתי דינים שאינם הגונים ואפילו הם הגונים במעשיהם אינם חכמים כראוי ואינם בעלי בינה בטיב העולם הסכימו רוב בתי דיני ישראל שאין מוציאין מיתומים אפילו באומד דעתו של הדיין ולכן כל מה שנתבאר בסעיף זה אין דנים בזמה"ז אבל גם זה לאו כללא הוא בכל הענינים כמ"ש בסי' ט"ו ואם החזיר הדיין ע"פ אומדנא שלו את הפקדון ואח"כ דן דיין אחר שאין זה אומדנא גמורה אין זה כטעות גמור והדיין פטור וגם למי שהחזיר א"צ להחזיר אמנם אם נתברר שלא היה שלו אלא שלהם או של אחר מוציאין מידו ונותנים למי ששלו הוא [זהו כוונת הרמ"א ומקורו מירושלמי שהביא הרי"ף ס"פ הכונס כמ"ש הגר"א ומ"ש הסמ"ע לא נתברר] :

ו וי"א כיון דבעדים בלא ראה נאמן לומר לקוח במיגו דהחזרתי לכן טענינן גם ליתומים לקוח במיגו דהחזרתי ואף שבא לב"ד ואמר הפקדתי אצל אביהם כך וכך ונותן סימנים מובהקים והיתומים מראים אותו לב"ד ועדי הפקדון מכירין אותו שזהו שהפקיד ביד אביהם מ"מ כיון שלא היה כאן עידי ראיה והיה אביהם יכול לטעון החזרתי או לקוח במיגו דהחזרתי טענינן להם ג"כ לקוח אבל אם ראהו עדים אחר מותו אפילו לא ראו אותו אח"כ עד שירד לדין לא טענינן להו לקוח במיגו שהיו היתומים יכולים לטעון אנחנו החזרנוהו אחרי ראיית העדים דאין זה מיגו שהרי הם אינם יודעים דבר ולכן אם טוענים ברי שאביהם לקחו נאמנים במיגו זה וצריכים לישבע היסת כיון שטוענים ברי ודע דבכל מקום שאמרנו דכשיש עידי ראיה אינו יכול לטעון החזרתי או לקוח במיגו דהחזרתי כ"ש אם הוא מונח כבר ביד ב"ד שהב"ד

בעצמם

בעצמם הם עדי ראיה ודוקא כשהביאו לב"ד בשעת הדין שייך מיגו אבל לא כשהיה החפץ אצל ב"ד קודם הדין וכ"ש שאין טוענים ליתומים בכה"ג [ס"ך] :

ז וכשיש עדים שכלי זה הופקד בידו וראוהו גם לאחר מותו או שהיתומים מודים שזהו פקדון רק שהעדים והיתומים אינם יודעים של מי הוא נאמן התובע כשנותן סימן מובהק ולא היה רגיל ליכנס לביתו של זה ואם אין היתומים יודעים אם לקחה אביהם אח"כ אע"פ שיודעים שבפקדון בא לידו ואיכא עדי ראיה מ"מ אם אין עדי פקדון טענינן להו לקוח ודוקא כשהיה אמיד דאל"כ אין טוענים לקוח בערדם [סס] ולפמ"ש בסעיף ד' אין טוענים ליתומים טענת לקוח בכה"ג אפילו היה אמיד :

סימן רצח [נפקד אומר איני יודע כמה הפקדת והמפקיד אומר כך וכך ובו ג' סעיפים] :

א כל שומר שנתחייב לשלם ואמר איני יודע כמה אני חייב לשלם והבעלים אומרים אנו יודעים כך וכך היה שוה כגון שהפקיד אצלו כיס מלא זהובים ופשע בו והמפקיד אומר מאתים דינרים היו והשומר אומר אמת שהיו בו דינרים אבל איני יודע כמה נמצא זה כטוען מאתים ומודה לו במקצת ואמר על השאר שאינו יודע הוי מחוייב לישבע ואינו יכול ומשלם ולפיכך הבעלים יטלו בלא שבועה והוא שיטענו דבר שהם אמודים בו ויש לשומר להטיל קבלה על מי שלוקח ממנו יותר מהראוי לו וזהו דעת הרמב"ם והב"י :

ב ויש מרבותינו שחולקים על דין זה וס"ל דלא אמרינן מתוך שאיל"מ אלא במקום דהוה ליה למידע כמו בתובע מנה שהלוהו ואמר חמשין ידענא וחמשין לא ידענא דפשע בעצמו דאיך אינו יודע מה שלוה לכך חייבתו התורה לשלם אבל בפקדון מנ"ל למידע כמה היה בכיסו של המפקיד והרמב"ם ס"ל דאין חילוק בזה דכיון דהתורה חייבתו שבועה למודה מקצת אין לו להפטר אלא בשבועה או בתשלומין וכיון שאינו יכול לישבע משלם ויש שחולקים על זה מטעם אחר דמודה מקצת לא הוי אלא כשמודה בדבר שבמנין כגון שמודה על פרוטה ובזה הרי אינו מודה על סכום ידוע וזהו כמו אם אמר מה שהנחת אתה נוטל ואין כאן שד"א אלא דרבנן ובדרבנן לא אמרינן מתוך שאיל"מ כמ"ש בסי' ע"ה ולהרמב"ם י"ל דדעתו דרק במה שהנחת אתה נוטל דהדבר בעין שפיר לא הוה דבר שבמנין משום דנעלם ממנו כמה יש בזה אבל בכאן שנאבד הפקדון פשיטא שאין לנו לחייבו אלא בממון היותר קל והיינו פרוטה דמניין לנו לחייבו יותר ואף אם יודע שדינרין היו אין לנו לחייבו רק דינר וא"כ הוה כמודה בדבר קצוב ושפיר הוי מודה מקצת [ש"ך סי' ע"ב סק"ג בסס רמב"ן] ובסי' צ' הובא בש"ע שני הדעות ושמה בארנו בזה בס"ד ע"ש ובסי' ע"ב :

ג ואם הנפקד אומר איני יודע כלל מה היה בו ואולי היה שם חול או צרורות שאינו שוה כלום אין בזה דין מודה מקצת ומדינא נשבע הנפקד ונפטר כבכל שבועת היסת כשטוען איני יודע אם נתחייבתי לך אלא די"א דכמו שתקנו חכמים בגזלן שהנגזל נשבע ונוטל כמ"ש בסי' צ' כמו כן תקנו תקנה זו בפקדון שהמפקיד ישבע ויטול כדי שיהיה הנפקד זהיר לשמור הפקדון ויש חולקים בזה כמ"ש שם ואם גם המפקיד אומר איני יודע מה היתה בה א"צ הנפקד שבועה כלל [סמ"ע] אלא שיש להמפקיד להטיל קבלה על כל מי שכובש ממונו ואינו משלם לו ואם המפקיד לא היה לו לדעת כגון שמת אביו והניח לו שק צרור מופקד אצל אחד ופשע בו הנפקד והמפקיד אומר איני יודע מה היה בו ושמא מרגלית היה בו וכן הנפקד אומר איני יודע כתבו הטור והש"ע שישבע השומר שאינו ברשותו ובגלגול ישבע שאינו יודע בודאי שהיה בו יותר על שווי כך וכך וישלם מה שהודה לו ואם אומר שאינו יודע שהיה שוה אפילו פרוטה אינו משלם כלל ואף שנתבאר בסי' צ"ד דאין מגלגלין אלא כשהנתבע טוען ברי שאני שבועת שומרים דעיקרה מן התורה בטענת שמא של התובע הלכך אין חילוק בין ברי ושמא לענין גלגול ובזה ניחא נמי מה שיתבאר בסי' שד"מ ע"ש ומפקיד שאמר נגנב לי מן הפקדון והשומר אומר איני יודע נשבע שאינו יודע ופטור ואין שייך בזה תקנת נגזל שישבע ויטול דזהו דוקא אם מודה שחסר בזה שייך התקנה כדי שיהא זהיר לשמור פקדון ולא כשאינו יודע אם חסר כלל [סס] :

סימן רצט [שנים שהפקידו ביד אחד ובא אחד מהם לתבוע ובו סעיף אחד] :

א שנים שהפקידו אצל אחד ובא אחד מהם ליטול את שלו חצי הפקדון אין שומעין לו עד שיבא חבירו דשנים שהפקידו כאחד צריכין ליתן להם כאחד בד"א כשאין השני בעיר או שהוא בעיר ואפשר שאינו יודע מזה שחבירו תובע פקדונו אבל אם הוא בעיר ויודע שחבירו תובע ולא בא מסתמא ניחא ליה במאי דעביד חבריה

חבריה ושליחותו קעביד ויכול למסור לו אפילו כל הפקדון כשמבקש ממנו ואין אח"כ להשני שום תביעה על הנפקד דהיה לו לבא ומדלא בא מסתמא שלוחו הוא ודוקא לתבוע הפקדון אין ביכולת האחד בלעדי השני כשאין השני יודע אבל לתבוע לדין יכול האחד לתובעו גם בלעדי השני [סמ"ע] דמה לו להמתין בתביעה לדין על חבירו כמ"ש בסי' קע"ו ואחד שהפקיד אצל שנים דינו כהלוה לשנים שנתבאר בסי' ע"ז סעיף ב' דנעשו ערבים זל"ז אע"פ שלא פירשו :

סימן ש [שנים שהפקידו אחד מנה ואחד מאתים וכ"א אומר המאתים שלי ובו ה' סעיפים] :

א שנים שתובעין לאחר כל אחד אומר הפקדתי אצלו מנה והוא אומר אחד מכם הפקיד אצלי ואיני יודע איזהו שניהם נשבעים ונוטלים דפושע הוא במה שאינו זוכר מי הוא המפקיד וכן אם שנים הפקידו אצלו זה מנה וזה מאתים וכל אחד אומר מאתים שלי והוא אינו יודע של מי הם המאתים כל אחד ישבע ויטול מאתים ומפסיד הנפקד מנה דפושע הוא במה שלא דקדק מי הוא בעל המנה ומי הוא בעל המאתים ואין לומר למה צריכים שבועה הא כל אחד מהם תובע ממנו מאתים והוא מודה במנה והשאר אינו יודע ומתוך שאינו יכול לישבע משלם דכיון דאחד מהם ודאי רמאי אין ביכלתם ליטול בלא שבועה [נמק"י פ"ג דב"מ] ועוד דהרי הוא יודע בודאי שאינו חייב לשניהם יותר מג' מאות והוא משלם מאה יותר ולכן איך יטלו בלא שבועה [סס"מ פ"ס] :

ב ודוקא כשתובעים אותו ושניהם טוענים ברי והוא טוען שמא ולכן כיון שפשע חייב לשלם אבל כשאין תובעין אותו שגם להם הדבר ספק הו"ל שמא ושמא ופטור מדינא מלשלם לפיכך כשאומר בלא תביעה אחד מכם הפקיד אצלי מנה ואיני יודע איזהו או שאומר אתם הפקדתם אצלי אחד מנה ואחד מאתים ואיני יודע מי הוא בעל המאתים משלם לזה מנה ולזה מנה ומנה השלישי יונח אצלו וי"א דיניחנה בב"ד כדי שלא יבא לעשות הערמה ולכן טוב יותר שיהא מונח ביד ב"ד עד שיבא אליהו או עד שיודה אחד לחבירו או עד שיחלוקו וכן במנה אחת תהא מונח ביד ב"ד ומ"ם במנה ומאתים אם בא לצאת י"ש צריך להחזיר לכל אחד מאתים כיון שפשע ובמנה אחת פטור אפילו לצאת י"ש דבמנה אחת לא היה לו לדעת ולהעלות על לבו שיתהוה אצלו ספק על מי שלא הפקיד כלל ולכן נהי דכשתובעים אותו נחשב כפושע וחייב מדינא מ"מ כשאין תובעים אותו ומדינא פטור אין סברא לחייבו בזה אפילו לצאת י"ש ובסי' ע"ו נתבאר בהלואה כה"ג ושיש מי שסובר דגם במנה אחת אם בא לצאת י"ש צריך לשלם לשניהם ונ"ל מדלא הביא רבינו הרמ"א דעה זו בסי' זה ס"ל דדוקא בהלואה שהיא טובת הלוה ומשתמש בהמעות חשבינן גם זה לפשיעה בבא לצאת י"ש אבל בפקדון שאין שום טובה להנפקד ואף כשמשתמש במעות הפקדון כמ"ש בסי' רצ"ב מ"מ עיקר הפקדון שלא לטובת הנפקד הוא לא מקרי פושע בכה"ג ואף שמהטור שם מוכח דלא ס"ל חילוק זה [ע"ס בב"י] מ"מ י"ל כן ובמכר בארנו בסי' רכ"ב סעיף ו' ואע"פ שבמנה אחת אם אין תובעין אותו א"צ ליתן לזה ולזה אף לצאת י"ש מ"מ אם אומר אביכם של אחד מכם הפקיד אצלי מנה ואיני יודע איזה מכם חייב ליתן לכל אחד מנה בבא לצאת י"ש דדוקא בהם עצמם שפשעו ג"כ בזה במה שביניהם נפל ספק אבל באביהם שהם אינם צריכים לידע חשבינן ליה כפושע בבא לצאת י"ש :

ג אמרו חז"ל דאימתי צריך להחזיר לכל אחד מאתים כשהפקידו בשני כריכות אבל כשהפקידו בכרך אחד אפילו תובעים אותו א"צ ליתן רק לזה מנה ולזה מנה ומנה שלישי יהא מונח בב"ד ואפילו לצאת י"ש פטור וי"א דאם תבעו אותו חייב לצאת י"ש אפילו בכה"ג וטעמא דמילתא דכיון שהפקידו בכרך אחד יכול הנפקד לומר להם כיון שראיתי שאינכם מקפידים זע"ז והבאתם בכרך אחד לא הטרחתי עצמי לידע ולזכור תמיד מי הוא בעל המאה ומי הוא בעל המאתים והרמב"ם מפרש בכרך אחד כמשמעו שהביאו מעותיהם בכים אחד ושני כריכות כמשמען אף שהפקידו זה בפני זה והפשיעה היא שהיה לו לכתוב שם כל אחד על כים שלו ורש"י והטור מפרשים דלאו דוקא בכרך אחד דה"ה כשהפקידו בשני כיסין רק שהפקידו זה בפני זה יכול לומר מאחר שראיתי שלא הייתם חושדים זה את זה לא נתתי לבי לדקדק מי הוא בעל המאתים ושני כריכות מקרי כשהפקידו זה שלא בפני זה וכתב הטור דלצאת י"ש חייב כשתובעין אותו ואפשר לומר דבכרך אחד ממש מודה להרמב"ם דאף לצאת י"ש אינו חייב והרמב"ם יודה להטור כשהפקידו זה בפני זה דנהי דמדינא יש לו לתרץ א"ע שאינו פושע גמור מ"מ לצאת י"ש היה מוטל עליו להזכיר מי נתן לו כרך של מנה ומי נתן לו של מאתים אך שיש מהפוסקים שמשמע מדבריהם דאפילו לפירש"י פטור גם מלצאת י"ש [עמוס' ב"מ ל"ז ד"ס סתס] :

ד כמו שהדין במעות כמו כן בחפצים אם הפקידו אצלו שני כלים אחד גדול ואחד קטן וכל אחד אומר הגדול שלי ישבעו שניהם ויתן הגדול לאחד מהם ודמי הגדול לשני וישאר לו הקטן ואם כל אחד מבקש הכלי יטילו גורל ביניהם או יעלוה במקח ואם הביאום בכרך אחד

באחר נותן הקטן לאחד ודמי הקטן להשני דשובר הכלי הגדול ונותן לו מקצתו ממנו [סמ"ע] והשאר יהא מונח שיודה האחד לחבירו או עד שיתרצו לחלוק או עד שיבא אליהו ואינו מחוייב להוציא מעות מכיסו כדי דמי הקטן ואע"פ שע"י השבירה תפסד קצת מ"מ מה לו לעשות אבל בשני כריכות כשצריך לשלם לשניהם אינו יכול ליתן להשני את הקטן ולהשלים מכיסו עד דמי הגדול דיכול לומר איני רוצה הקטן כי רצוני לקנות גדול בעד המעות שתתן לי וכשאין תובעין אותו דינו כמו במעות שנתבאר :

ה וכן שנים שהפקידו שתי בהמות אצל רועה ומתה אחת מהן או שאחת גדולה ואחת קטנה או אחד הפקיד שתי בהמות והאחד בהמה אחת וכל אחד מהם אומר החיה שלי או הגדולה או השתים שלי ישלם לשניהם אחר שישבעו שבועה חמורה כמו במעות ואפילו הפקידו יחד ומקושרים זה בזה אין דינם ככרך אחד דאף אם היו מפקידים זה שלא בפני זה אין לשמור מרמאות שהרי השני היה רואה אותה בשדה והיה יכול לומר שלי היא אא"כ הפקידו בעדרו שלא מדעתו שהעמידו אצלו להפקיד במרעה שלו אך שהביאו אותן שלא בפניו מניח הבהמה ביניהם ומסתלק דהא לא פשע כלום כיון שלא מסרו לידו ותהיה מונחת הבהמה המסופקת עד שיודה האחד לחבירו או שיתרצו לחלוק אותה או עד שיבא אליהו :

סימן שא [דיני שמירה בעבדים וקרקעות ושטרות והקדשות ושל עניים ובו י"ג סעיפים] :

א כתיב כי יתן איש אל רעהו כסף או כלים לשמור ודרשינן לה בכלל ופרט וכלל דבעינן דבר הדומה לפרט שיהא מטלטלין וגופן ממון לאפוקי קרקעות ועבדים שהוקשו לקרקעות ושטרות מפני שאין גופן ממון ומדכתיב רעהו ממעטינן של הקדש ושל עכו"ם ומדכתיב לשמור ממעטינן של עניים ושארי צדקות דלשמור פירושו שנותן לו לשמור על מעט זמן ויחזירנו לו אבל של עניים ושל צדקות לא יוחזר להמפקיד אלא להעניים ולהצדקה וגם לעניים לא שייך שיוחזר להם שהרי יכול ליתן לעניים שירצה והוי ממון שאין לו תובעים ועוד יתבאר בזה וכל אלו נתמעטו מדיני שומרים :

ב לפיכך שלשה דינים האמורים בתורה בהד' שומרים אינם נוהגים בכל אלו ואם מסר לו לשמור קרקע ועבדים ושטרות ונכסי מצרי ונכסי הקדש הן של מזבח הן של בדק הבית לאפוקי הקדשות שבזמה"ז דינן כהדיוט כמ"ש בסי' צ"ה או שהשאילן או השכירן שומר חנם אינו נשבע על הפשיעה וש"ש ושוכר אין נשבעין על גניבה ואבידה ושואל אינו נשבע על אונס שאפילו אם פשעו או נגנבו ונאבדו או נאנסו פטורים מלשלם דכל אלו אינם כמזיקים אלא גזירת התורה היא בשומרין והתורה מיעטה לכל אלו מדיני שומרים ומ"מ ש"ש מפסיד שכרו עד שישבע ששמרה כראוי דאיך יתבע שכר שמירה והוא לא שמרה כראוי ודעת הרמב"ם ז"ל בפ"ב משכירות דבפשיעה חייבים לשלם דהוא כמזיק ולא מיעטן הכתוב אלא מחיוב השבועה על הפשיעה שלא פשע בה ולא מחיוב התשלומים אם פשע ואפילו בש"ח ורבים חולקים עליו וס"ל דמכל דבר מיעטה תורה לכולם דאין הפשיעה כמזיק דהרי פשיעה בבעלים פטור ובמזיק ודאי דחייב ורבינו הרמ"א פסק כדעה זו ויש מן האחרונים שפסקו כדעת הרמב"ם [ש"ך סי' ס"ו ס"ק קכ"ו וע"ש בקו"ת] :

ג כל אלו פטורים אפילו משבועה שאינו ברשותו וכ"ש דפטורים משבועה שלא פשעתי ושלא נגנבה בש"ש דאפילו נגנבה או פשע להחולקים על הרמב"ם פטורים וכן משבועה שלא שלחתי בה יד דהיא רק גזירת התורה בשומרים דמנלן לומר ששלח יד בהפקדון וכיון שפטורים משבועה שאינה ברשותי כ"ש משבועות אלו לבד בהקדשות תקנו חכמים שישבע שבועת השומרים כדי שלא יזלזלו בהקדשות ונ"ל שאין נשבעין רק שנגנבה ממנו ולא כל השבועות של שומרים [וכ"מ מרש"י ב"מ נ"ח: ד"ה נשבעין] ובכל אלו אם נתחייב לו השומר שבועה ממקום אחר מגלגלין גם על אלו דגלגול שבועה דאורייתא היא והרי אפילו ע"י היסת מגלגלין כמ"ש בסי' צ"ד וי"א דע"י גלגול אינו נשבע רק שאינה ברשותו [כס"מ] ולהרמב"ם יכול לגלגל גם שבועה שלא פשעתי בה :

ד אע"פ שאין נשבעין על אלו ה"מ מדאורייתא כבכל שבועת שומרים שנשבעים גם על טענת ספק של התובע אבל על טענת ודאי נשבעים עליהם היסת כבכל התביעות שתקנו היסת על טענת ודאי ובהקדשות נשבעין גם על טענת ספק מפני התקנה שלא יזלזלו כמ"ש [ומ"ש הטור בסי' ל"ה בשם הגאון דבהקדשות אפילו היסת אין נשבעין כבר תמה בזה הב"י ואדרבה בהקדש היא כעין דאורייתא כמ"ש הרמב"ם אמנם כוונתו הוא רק לחסד בעלמא אין משביעין ע"ש ודוק] :

ה כל אלו אם קנו מידם להתחייב באחריותם בכל השומרים חייבים בתשלומין ובשבועה בכל השומרים אבל בדיבור בעלמא לא מהני ואע"ג דמתנה ש"ח להיות כשואל בדיבור בלבד כמ"ש בסי' רצ"ו זהו מפני שיש עליו חיוב שמירה מהני אמירתו להגדיל חיובו אבל בכל אלו שאין עליהם חיובי שמירה כלל לא מהני בלא קנין ועוד דבשם מתנה להיות כשואל אבל בכאן הרי גם שואל

שואל פטור [ס"ך] ונ"ל דאף שבגמ' [שם] אינו מתבאר רק דקנין מועיל לענין חיוב תשלומין [וכ"מ מנמק"י] מ"מ חייב ממילא גם בכל שבועות שומרים אע"פ שלא פירש בקנינו שיתחייב גם בשבועת השומרים דאל"כ לא משכחת לה קנין בשומר חנם לדעת הרמב"ם ז"ל שיהיה שוה לשארי שומרים ולהדיא משמע שאין חילוק בהם:

ו כתב רבינו הרמ"א שומר שמסר לשומר בדברים אלו חייב דגרע מפשיעה ויש חולקין עכ"ל וחלקו עליו דודאי אין שום דיעה שיהיה אפילו פשיעה בשומר שמסר לשומר וכמ"ש בסי' רצ"א וזה שהרא"ש כתב בתשו' דשומר שמסר לשומר בדברים אלו הוי כאלו השליכו לנהר מיירי שנתנו לגמרי ולא בתורת שמירה [ס"ך וסגר"א] ולי נראה כדברי רבינו הרמ"א דאי בנתנו לגמרי פשיטא ומה שייך בזה שמירה או פשיעה והרי הוא גזלן גמור אלא ודאי דבשמירה מיירי והענין כן הוא דבדברים שיש בהם תורת שמירה בתשלומין ובשבועה אין בזה פשיעה אלא דאין השני נאמן לו בשבועתו ולכן כשיש עדים או שהראשון יכול לישבע פטור כמ"ש שם אבל בדברים אלו שאין בהם תורת שמירה ופטור גם משבועה ואף מפשיעה פטור לרוב הפוסקים ממילא דכשנתן להראשון ופשע דפטור מגזירת התורה וסבר וקבל כן כשעשאו לשומר אבל הראשון שמסר להשני הרי הוא כמאבד בידים דכיון דע"פ דין התורה אין על השני תורת שמירה מי נתן לו רשות ליתן לו ואף אם יהיו עדים שהשני לא פשע מ"מ תחילת נתינתו הוה כמאבד בידים ויש מי שאומר דכשידוע בעדים שלא פשע פטור אף לדעה זו ולא נהירא דאם פשע השני ודאי דגם להיש חולקין חייב דנהי דהתורה פטרה מפשיעה אין זה רק למי שהבעלים מסרו לידו ואפשר שסמכו על ישרותו שישמור כראוי אבל מי נתן לזה רשות לעשות שומר להשני בדברים אלו שאין בהם תורת שמירה אמנם דעה ראשונה ס"ל דמיד שמסרה לשני הוה כמזיק ואף אם הבעלים היו רגילין להפקיד ביד השני מ"מ דברים שאין עליהם תורת שמירה אינו רוצה ליתן לו עתה ואפשר שאם הראשון מסר להשני בקנין שיתחייב בשמירה ויש עדים ששמר כראוי פטור גם לדעה ראשונה:

ז המוסר לחבירו לשמור דבר המחובר לקרקע דינו כקרקע ואפילו תבואה העומדת להתלש וה"ה בשאלה ושכירות ולכן כתב רבינו הרמ"א דהשואל בית ונשרפה פטור מלשלם ואף שהאונס היה מסיבתו פטור [סמ"ע] ואף בפשיעה לדעת רוב הפוסקים והמוחזק בודאי יכול לומר קים לי כדעה זו ובפרט שדעת רוב ראשונים כן הוא וכ"ש בשוכר בית ונשרפה דפטור השוכר מלשלם וכבר נתבאר בסי' צ"ה דאפילו למי שסובר דתלוש ולבסוף חיברו הוה כתלוש מ"מ בבתים הכל מודים שדינם כקרקע ע"ש עוד נתבאר שם דשטרות של המלוכה הם ככסף ממש ע"ש:

ח מי שהפקידו אצלו מעות של עניים או של פריון שבוים והשומר הוא המחלק [כס"מ] ופשע בהם ונגנבו פטור שנאמר לשמור ולא לחלק לעניים והרי הוא ממון שאין לו תובעים כיון שיכול ליתן לאיזו עניים שירצה בד"א כשאין ממון זה מופקד לעניי עיר זו או לשבוים ידועים אבל אם היו מופקדים בעד עניים אלו ושבוים אלו והרי הממון הזה קצוץ להם הרי יש לממון זה תובעים וישלם אם פשע או ישבע שלא פשע כדרך כל השומרים ודוקא שחלק כל אחד יהיה ידוע [הס"מ פ"ב מסכירות] דאל"כ אכתי אין לזה תובעין שיכול לומר לכל אחד לא אתן לך רק פרוטה ואע"ג דכולם כאחד יכולים לתבוע ממנו מ"מ כיון שלכל אחד בפ"ע יכול לדחות לא מקרי ממון שיש לו תובעים ושיכתבו כולם הרשאה זל"ז ג"כ לא שייך בזה דהרשאה לא שייך רק בדבר ששלו היתה מכבר [וכן לפמ"ש הסמ"ע וכ"מ מרש"י ס"פ החובל אבל מלשון הרמב"ם נ"ל דכוונתו שבכולל קאי להם] וכשהיה קצוץ לכל אחד דחייב השומר חייב ג"כ בגניבה ואבידה למאן דס"ל דשומר אבידה הוה ש"ש מפני שעוסק במצוה [ס"מ שם בשם הרמ"ס]:

ט וכתב רבינו הרמ"א וכן אם הגבאי אמר לשומר שמור לי חייב כשאר שומר עכ"ל ודוקא כשאמר תחזיר לי ולא להעניים דאז הוה ממון שיש לו תובעין דהגבאי תובעו אבל אם הגבאי נתן לו רשות שיחלקם פטור אם אין קצוץ לכל אחד כמ"ש [ונ"ל דר"י בס"פ החובל נתן לו רשות לחלק דאל"כ נ"ל לטעמא דקליגס הלא ר"י גבאי הוה כדפירש"י] ואם אחד נתן משכון לגבאי בעד מעות צדקה ומסר הגבאי לשומר אם א"ל שמור לי חייב לשלם להגבאי ואם לאו פטור השומר וגם הגבאי פטור בחלק הצדקה אבל מה שהמשכון שוה יתר על החוב חייב הגבאי לשלם להלוה [ס"ך] ויש מי שאומר דבצדקה כל מקום שפטור אפילו הזיק בידים פטור דהוי ממון שאין לו תובעין [כס"מ] ומיהו בדיני שמים ודאי חייב אף כשפשע בהם דגם פשיעה הוי כמזיק קצת אבל בגניבה ואבידה שלא ע"י פשיעה פטור אף מדיני שמים [כ"ל]:

י ציבור שנותנים מעות לגבאים ונותנים לכל עני כפי אומד דעתם ואם העניים מתרבים הציבור מוסיפין ואם נתמעטו נוטלין המעות לצרכים אחרים ודאי דחייבים הגבאים כשפשעו בהם דהציבור הם התובעין וכן שארי מעות של מצוה של הציבור כגון מעות שהכינו לתקון בהמ"ד או לבית החיים או למרחץ או לשארי צרכי ציבור הוה ממון שיש לו תובעין וחייב הנפקד לשלם כשפשע בהן [כס"מ] ומי שהפקידו אצלו ממון של פריון שבוים ובאו עליו גנבים וקדם והציל עצמו בממון זה אם הוא פטור נתבאר בסי' רצ"ב סעיף כ"ה:

יא מי שיש בידו מעות של יתומים קטנים דינו כדין מעות שאר כל אדם ואין זה כממון שאין לו תובעים דהרי כשיגדלו יתבעו והוה ממון שיש לו תובעין [סמ"ע] ועמ"ש בסי' ש"ב ואסור להשתמש בהם כמ"ש בסי' רס"ז ולכן אין דינם כשואל וגם לא כש"ש אלא כש"ח [שם עכו"ם]:

יב עכו"ם שהפקיד ואח"כ נתגייר [בימיס קדמוניס] אין לו כל דיני השומרים עד שיהיה תחלתו וסופו ישראל שנאמר כי יתן איש אל רעהו וכתיב ישלם שנים לרעהו דגם בשעת תשלומין צריך שיהיה רעהו וכן הנפקד צריך להיות תחלתו וסופו ישראל [סמ"ע] ואם תחלתן וסופן ישראל ובאמצע נתקלקלו יש בהם דין שומרין [כ"ל] וכן בחולין ואח"כ הקדישן ביד השומר אין בזה דין שמירה וכן הפקיד של הקדש וכשהיה ביד השומר פדאו מן ההקדש אין בזה דין שמירה מטעם שנתבאר [סס] ואם הפקיד חולין וכשהיה ביד השומר הקדישו ופדאו יש בזה דין שמירה [כ"ל]:

יג אין השומר חייב אא"כ נתנו לו בתורת שמירה אבל אם נתנו לו לאבד הדבר פטור דדרשינן לשמור ולא לאבד ולא לקרוע ואפילו לא א"ל אבדהו ע"מ לפטור ואפילו א"ל אח"כ שמרהו לי כיון שמתחלה לא בא לידו בתורת שמירה פטור [סס] וה"מ כשבא לידו בתחלה בתורת קריעה או איבוד אבל אם בתחלה מסר לידו בתורת שמירה ואח"כ א"ל קרע או אבד חייב אם לא א"ל ע"מ לפטור דאמרינן שהשטה בו במה שהרשהו לקרוע ולאבד דהרי בתורת שמירה נתנו לו [סס] וכן אין השומר מתחייב כשנתנו לו שיתנו במתנה לכל מי שירצה דכתיב לשמור ולא ליתן במתנה [ירושלמי שבועות פ"ח] דהרי הוא ממון שאין לו תובעין ואף דהמפקיד יכול לתובעו שהרי לא קיימת על מה שהפקדתי אצלך מ"מ התורה מיעטתו מדין שומר וממילא שאינו יכול לתובעו [ככ"ל פירושו ודוק]:

סימן שב [האיש והאשה שוין בדיני שמירה ודין קטן שהפקיד ובו ב' סעיפים]:

א אחד האיש ואחד האשה שוין בדיני שומרים בין שהיא מפקדת ובין שהיא נפקדת ובין שהיא שואלת ושוכרת ובין שהיא משכרת ומשאלת והא דכתיב כי יתן איש אל רעהו לאו למעוטי אשה אלא דאורחא דקרא הוא ובהרבה מקומות בתורה משמש לשון זה כמו שהיה כתוב אדם דהרי שותה התורה אשה לאיש לכל דינין שבתורה בעניני ממון שנאמר בפרשת נשא בגזל ונשבע לשקר איש או אשה כי יעשו מכל חטאת האדם וגו' [ב"ק ט"ו:] ואשה ששברה כלים של בעלה בפשיעה פטורה מלשלם ולא מן הדין אלא מפני שלום בית כמ"ש באה"ע סי' פ' אבל שברתו במזיד או נתנתו לאחר חייבת [ס"ך] ולכתחלה אין מקבלין פקדונות מאשה שיש לה בעל דחיישינן שמא גנבה ממנו ומכל מקום אם עבר וקבל מחזיר לה כמו שכתב באה"ע סימן פ"ו עיין שם:

ב קטן שהפקיד או השאיל לגדול נשבע שבועת השומרים לקטן וא"ף שאין נשבעין על טענת קטן כמ"ש בסי' צ"ו זהו על טענת ודאי שלו דאינו בר דעת שנחשב טענתו כטענת ודאי אבל בשומרים שהשבועה הוא על טענת שמא נשבעין גם על טענתו וזהו דעת הרמב"ם בפ"ב משכירות ולדעתו אין אנו צריכים ביתומים להטעם שבארנו בסי' ש"א סעיף י"א אבל יש חולקין וס"ל דמן התורה אין נשבעין על שום טענת קטן ועוד דבשומרים כתיב כי יתן איש ולא קטן ורק מדרבנן נשבעין על טענתו [מ"מ] ועוד נתבאר בזה בסי' צ"ו וגם נתבאר שם דין חרש ושוטה ע"ש:

הלכות שומר שכר

סימן שג [דיני שומר שכר ובו י"ח סעיפים]

א שומר שכר הוא שנותנין לו בהמה או כסף או כלים ושארי מטלטלין לשמור בשכר אפילו השכר הוא רק פרוטה או ש"פ אבל פחות מזה לאו ממון הוא ודינו כש"ח לענין שאינו מתחייב בשמירתו עד שימשוך במקום שראוי למשוך לדעת הרמב"ם אבל לדעת החולקים עליו מיד כשקבל עליו לשמור ונסתלקו הבעלים משמירתו חייב אע"פ שלא משך ומשיכה אינה אלא לענין חזרה כמ"ש בסי' רצ"א סעיף י"ג וי"ד ובירושלמי שבועות פ"ח:

ב כששכרו ליום כגון שא"ל שכרך כל יום בפרוטה ליום שמשלם לו הוי ש"ש וליום שאינו משלם לו אינו ש"ש לפיכך ביום השבת אינו ש"ש דאסור ליטול שכר שבת אבל אם שכרו לשבוע או לחודש או לשנה הוי גם בשבת ש"ש דבהבלעה מותר ליטול שכר שבת כמ"ש בא"ח סי' ש"ו ומה דינו של ש"ש לאחר שכלתה זמן שמירתו נתבאר בסי' רצ"א סעיף ב' דדינו כש"ח אבל בשבת כשאינו נוטל שכר שבת אין דינו אפילו כש"ח ע"ש ואם א"ל שמור לי יום אחד בשכר הוי ש"ש מעל"ע ואם א"ל היום אינו שומר אלא עד הלילה ואם שכרו לשבוע אחת הוי שומר שבעה ימים מעל"ע ואם א"ל שבוע זו אינו אלא עד תשלום השבוע ושבת בכלל השבוע העבר וכן בחודש ושנה כששכרו לחודש או לשנה הוי מיום ליום כגון ששכרו בעשרה בניסן על משך חודש

חודש

חודש הוי ש"ש עד עשרה באייר וכששכרו בעשרה באייר הוי ש"ש עד י' סיון ואע"ג שמן י' ניסן עד י' אייר הוי יום אחד יותר מן י' אייר עד י' סיון דניסן הוא מלא ואייר הוא חסר מ"מ בלשון בני אדם הוי חדש באופן זה וכן בשנה אין נ"מ בין שנת העיבור לאינו עיבור דשנה הוי מיום ליום ואם שכרו לחדש זה הוי ש"ש עד ר"ח ולא ר"ח בכלל ואפילו אם ר"ח שני ימים דיום הראשון הוא שלשים לחדש העבר מ"מ בלשון בני אדם שייך לחדש הבא ואם שכרו לשנה זו הוה ש"ש עד ר"ה ולא ר"ה בכלל וכששכרו עד ר"ח אדר ולא פירש אם אדר הראשון אם השני ליש מרבותינו סתם אדר הוא אדר ראשון ויש שסוברים דשני האדרים הם כחדש אחד ולכן אם אמר עד ר"ח אדר הוא הראשון ואם אמר עד סוף אדר הוא השני וזהו דעת הרמב"ם בפ"י מנדרים והרא"ש והרמב"ם מחלק בין כשירע שהשנה מעוברת דאז סתם אדר הוי השני וכשלא ידע שהיא מעוברת הויין כחדש אחד ועיו"ד סי' ר"ך :

ג אפילו לא שכרו במעות אלא בעד טובה שעשה לו כגון שאומר לו אעשה לך דבר פלוני ותהא לי שומר דינו כש"ש דזהו כמו ששכרו בעד זה וכן כשא"ל בעד זה שעשיתי לך דבר פלוני שמור לי דבר זה וקבל עליו וכ"ש אם אמר מפורש בשכר שעשיתי עמך וקבל עליו דהוי כש"ש וכן אם שכרו בעד הלואה שמגיע לו מהשומר הוה ש"ש ואע"ג דהמקדש במלוה אינה מקודשת וכן במכירה אינו מועיל מ"מ שכר מיהא הוי ולא עוד אלא אפילו א"ל אלוה לך מעות ובעד זה תהיה שומר שלי הוה ש"ש ואף שעושה איסור וזהו ריבית גמור מ"מ הרי הושוה עמו בעד זה ואיסורא דעבד עבד וכ"ש אם שכרו בהרווחת זמן ההלואה או בהנאת מחילת ההלואה דגם בקדושין מועיל כמ"ש באהע"ז סי' כ"ח ואין חילוק בין שכרו בעד טובת ממון שעושה לו או שאר מין טובה כמו טובת הכבוד וכיוצא בזה והרי אף ש"ת מתנה להיות כשואל ואפילו לא א"ל מפורש לשון שכירות אלא א"ל שמור לי בעד ענין זה הוי ש"ש דהא זה הדבר שוה פרוטה וכן אפילו עשה לו טובה שמחוייב לעשות מן התורה כגון שהצילו מן הנהר ומן הליסטים וכיוצא בזה וא"ל שמור לי בעד טובה זו וקבל עליו דינו כש"ש דכיון דא"ל בעד טובה זו משמע להדיא דבשכר טובה זו קאמר והוא קבל עליו [ככ"ל בדיניס אלו] :

ד י"א דאפילו אינו אומר לו שמור לי בשכר ואפילו קודם השמירה היה כשומר חנם ונתן לו מתנה כגון אדם ששלח ע"י חבירו חפץ להוליכו למקום פלוני ובתוך כך שלח לו מתנה הוי כש"ש דתלינן דבעד שמירתו נתן לו מתנה זו ורבינו הב"י מפקפק בזה ולדינא בארנו בסי' קפ"ה סעי' ז' ע"ש והסרסור דינו כש"ש דהא משתכר מזה ושם נתבאר וכתב רבינו הרמ"א ראובן שאמר לשמעון יש לך חפץ פלוני למכור אשרתך ואמכרנו ושמעון אומר תנהו בכך וכך והמותר יהא שלך נעשה ראובן ש"ש עליו אע"פ ששתק כשקבלו עכ"ל דשתיקה כהודאה דמי מידי דהוה לשומר אבידה למאן דס"ל דהוה כש"ש אע"פ שלא ירד לשכר מתחלה וגם החולקים דדינו כש"ח זהו מפני שאין זה נחשב כשכר אבל מה שלא התנה מתחלה אינו מעכבו מלהיות ש"ש [סגר"א] ושואל לאחר שכלה זמן שאילתו דינו כש"ש כמ"ש בסי' רצ"א סעיף כ' ולוקח כלים מבית האומן לשגרן במתנה אם יקבלום ממנו ואם לאו יביא לו בחזרה דינו בחזירתו כש"ש כמ"ש בסי' קפ"ו וכן השותפים דינם כש"ש ונתבאר בסי' קע"ו ומשרת ומשרתת בבית בעה"ב דינם כש"ש דמסתמא שוכרים אותן על כל מה שיצוו להם לעשות ולשמור אא"כ התנו מפורש שלעשות מלאכה שכרן ולא לשמירה דאז דינם כש"ח [ועקלס"ח ומח"ח ולח פליגי לדינח ודוק] :

ה כל שכיר אצל בעה"ב אם הוא מושכר לכל מה שיצונו דינו בשמירה כש"ש ואם הוא מושכר למלאכה מיוחדת ונתן לו חפץ לשמור אין דינו אלא כש"ח והחנונים ששולחים מעות להסוחרים היושבים במקומות הגדולים לשלוח להם סחורה ונוטלים דבר קצוב בעד טרחתם דינם כש"ש והשולח סחורה ע"י בעל עגלה להוליכה למקום פלוני וכן מי ששלח סחורה בספינה בעל העגלה ובעל הספינה דינם כש"ש עד העמדתם למקום שהושוו שימסרו הסחורה למי שצוהו ואומנים ובעלי רחים וטבחים דינם כש"ש ויתבאר בסי' ש"ו ואם מסר לאחרים שמירתו נתבאר בסי' רצ"א וגם נתבאר שם דכל המפקיד על דעת אשתו ובניו וב"ב הוא מפקיד וגם נתבאר שם אם אין להם לשלם מה דינם והשמש שבבה"כ ובהמ"ד אם שמירת כלי הבהכ"נ והבהמ"ד עליו דינו כש"ש דהא נוטל שכירות או הכנסה ולא הוה ממון שאין לו תובעין דהרי הגבאי תובעו ועוד דהציבור הם התובעים וכמ"ש בסי' ש"א סעיף י' ע"ש :

ו חיובו של שומר שכר מפורש בתורה שחייב בגניבה ואבידה ופטור באונסים וכיצד חיובו בגניבה לאו דוקא כשלא שמר כראוי כגון ששכח לנעול הדלת או לא נעלה כראוי דזהו פשיעה שגם ש"ח חייב בה אלא אפילו נעלה כראוי ונגנבה או נאבדה חייב דהשומר שכר צריך לשמור שמירה מעולה כדרך ששמר יעקב אבינו את צאן לבן שאמר הייתי ביום אכלני חורב וקרח בלילה ותדד שנתי מעיני וכדרך שומרי העיר שעליהם מוטל שמירת העיר [ספ"ז דב"מ] ואינו פטור אלא כשבאו עליו ליסטים מזויינים ועמד כנגדם ולא היה יכול להציל או שלא היה יכול לעמוד כנגדם מפני הפחד דזהו אונס גמור וכן כל אונס כה"ג וכשנאנס משלם לו בעה"ב שכרו [ס"ך] דמאי הו"ל למיעבד והלא הוא עשה שמירתו כראוי ומשמיא הוא דאנסי ליה :

ז מצד הסברא נראה כיון דהתורה פטרה אונס לש"ש א"כ אם טמן את הפקדון בקרקע עמוק ונגנבה ע"י מחתרת או אם בא עליו חולי של טירוף הדעת או שינה נפלה עליו באונס או אונס אחר שאינו יכול לשמור

שפטור מגניבה אבל יש מרבותינו דס"ל כיון שהתורה חייבה לש"ש בגניבה אף שגניבה קרובה לאונס לכן אף אם שמר כראוי ונתן הפקדון תחת הקרקע בעומק מאה אמה שא"א לגנבו משם אם לא ע"י מחילות או אפילו תקפתו שינה או קפץ עליו חולי ולא יכול לשומרה וכל כיוצא בזה ונגנבה חייב ואפילו הקיפו חומה של ברזל ואפילו גם אם היה שם לא היה יכול להציל כגון שבא גנב מזויין מ"מ חייב בגניבה ואבידה אא"כ היה שם ולא היה יכול להציל וכדעה זו כתבו רבותינו בעלי הש"ע אבל רב"ם חולקים על זה וס"ל דכשנגנבה ע"י אונס גמור פטור דאף שחייבה התורה כשנעל כראוי ונגנבה זהו מפני שאם היה שם או לא היה ישן לא היתה נגנבה אע"ג שגם זה קרובה לאונס מ"מ חייבתו תורה אבל באונס גמור פטור כשנגנבה [יש"ס וש"ך וסגר"א וכ"מ מתוס' ב"ק כ"ז ומרדכי פ' המפקיד ומהג"מ פ"ד מהל"ש ומירושלמי שבועות פ"ח שהביאו לפי גירסא שלפנינו הוי ראיה להיפך דאמר שם שמשערין בגופו ודוק] ונראה דהוי ספיקא דדינא וזהו דבר פשוט אם ידוע בעיר דרכי השמירה של שומרי שכר ושמר בשמירה זו דפטור אף לדעה ראשונה דעל דעת כן מסר לו [מרדכי שם] וכן כשמסר לו דבר לשמור בשכר וידע הנפקד שאין השומר אצל הפקדון ונגנבה באונס גמור פטור אבל כשנגנבה שלא באונס גמור אף שלא פשע שנעל כראוי חייב דבזה חייבתו תורה אא"כ התנה מתחלה כן או שהמנהג כן:

ח איזהו אונס בא עליו ליסטים מזויין אפילו אם גם השומר נושא עליו כלי זיין לפי שהליסטים מוסר נפשו יותר וזהו שבויה האמורה בתורה ונוטל שכרו כיון שנאנס והרי עשה פעולתו ואפילו אם האונס לא בא על הפקדון אלא על גופו של שומר כגון שסגרו אותו שלא יוכל לצאת מן הבית ולקחו החפצים שבחצר ג"כ הוי אונס ודלא כיש מי שאומר דאונס לא הוי רק כשהאונס היה על הפקדון [עב"י]:

ט אם נפלה דליקה בעיר ונשרפו החפצים שהיה עליהם ש"ש הוי אונס אם לא היה יכול להציל בעצמו ולא ע"י אחרים ואף שהוא מציל את שלו ומתוך כך נשרף הדבר שהיה עליו ש"ש כיון שהיה יכול להציל את החפץ לא נחשב אונס מטעם שהחפצים שלו היו נשרפין [ש"ך] אבל ש"ח פטור בכה"ג [אחרונים] ודוקא שיודע בבירור שהפקדון נשרף אבל אם אינו יודע בבירור רק שהפקדון היה מונח בהבית שנשרפה חייב בכל ענין דהא אינו יכול לישבע שנשרף דשמא נכנסו גנבים וגנבוהו דע"פ רוב מצוים גנבים בעת השריפה ר"ל והוא הרי חייב על הגניבה ולכן חייב הש"ש לשלם אא"כ הגנבים הנכנסים הם ליסטים מזויינים דאז ישבע שנשרף או נגנב בליסטים מזויינים ופטור או לדעה אחרונה שבסעיף ז' כשנאנס ולא היה יכול לבא להבית פטור אפילו בגניבה כמ"ש שם:

י כל מין אונס לבד אונס גניבה פטור כגון רועה שבאו זאבים וטרפו ממנו בהמה אם היה זאב אחד אינו אונס אפילו בשעת משלחת זאבים דמזאב אחד יכול להציל ושני זאבים ה"ז אונס ופטור ושומר חנם אפשר דפטור גם בזאב אחד דנהי דאונס לא הוי מ"מ גם פשיעה אינה והוי כגניבה ואבידה ויש מהגדולים שכתבו כן וכן נראה עיקר ושני כלבים אינם אונס אפילו באו משתי רוחות אבל יותר משנים הוי אונס אפילו כשבאו מרוח אחת וי"א דמשני רוחות גם שני כלבים הוי אונס [טור] ובש"ח לכ"ע פטור אבל כלב אחד גם ש"ח חייב דבקל להבריחו ופשע כשלא הבריחו [נ"ל] והארי והדוב והנמר והברדלס והוא מין בע"ח מזיק והנחש הרי אלו אונסין בזמן שבאו מאליהן אבל אם הוליך הבהמות למקום שמצוים המזיקים או ליסטים אין זה אונס וחייב לשלם ואף ש"ח חייב בזה דזהו פשיעה גמורה במה שהוליכן למקום סכנה [נ"ל]:

יא יש מי שאומר דזה שאמרנו דלא הוה אונס כמו זאב אחד ושני כלבים זהו דוקא כשלא השתדל להציל וברח מפני הפחד אבל אם השתדל להציל ולא יוכל להם אין לך אונס גדול מזה ואף בכלב אחד דמה היה לו לעשות יותר ולכן גם ש"ש נשבע שהשתדל להציל ולא היה יכול ונפטר ודברי טעם הם וכן עיקר:

יב כמו שהרועה אם הוליך הבהמות למקום סכנה הוה פשיעה כמו כן אם אפילו לא הוליכן למקום סכנה אלא שהוא היה סיבה שיאנסו כגון שגירה א"ע בהגנב וא"ל הרי אנחנו הרבה רועים במקום פלוני וכך וכך כלי מלחמה יש בידינו אפילו אם כוונתו לטובה היתה להראותו שאינו מתיירא ממנו כדי שיפול פחד בלב הגנב לבא עליו מ"מ אם מתוך הדבורים האלו נתוודע הגנב איפה הם רועים ובא מזויין ונצחו ולקח מהעדר הרועה חייב דמ"מ הוא עצמו היה סיבה לזה ויש להסתפק בשומר חנם כשכוונתו היתה לטובה אם נחשב זה לפשיעה שגם הוא יתחייב או לא אבל בשלא היה כוונתו לטובה פשיטא דפושע הוי וחייב לשלם ויכולים הבעלים להשביעו היסת אם היתה כוונתו לטובה וכן כל כה"ג [נ"ל]:

יג ולא עוד אלא אפילו לא היה סיבה להאונס וגם לא היה בו כח להציל ע"י עצמו מ"מ אם ע"י אחרים היה יכול להציל ולא הציל חייב ואפילו הודיע להבעלים שישכור אנשים להצילן חייב דעליו הדבר מוטל לפיכך רועה שהיה לו להציל את הטריפה או השבויה ברועים אחרים ובמקלות ולא עשה כן ה"ז חייב וגם ש"ח חייב בזה דפשיעה גמורה היא שזהו חיובו של שומר אלא שיש הפרש בין ש"ח לש"ש דשומר חנם אינו מחוייב לשכור רועים ומקלות אלא אם יכול להשיגם בחנם דטרחא כזו לא קבל עליו שיצטרך לשכור אנשים ומ"מ אם קדם ושכר רועים ומקלות חייב הבעה"ב להחזיר לו עד כדי דמי הבעלי חיים ואף איש אחר שאינו שומר אם עשה

בי

כן חייב להחזיר לו דלא גרע מיורד לתוך שדה חבירו והשביחה דנוטל השבח כמ"ש בסי' שע"ה [ס"ך] וש"ש מחוייב לשכור הרועים והמקלות וכל הצריך להצלתם עד כדי דמי הבהמות וחוזר ולוקח שכרן מהבעלים ואם לא עשה כן והיה לו לשכור ולא שכר ה"ז פשיעה לגביה וחייב לשלם ולא תקשה לך דאם יעלה הוצאות עד כדי דמיהן מה ירויחו בזה הבעלים דבאמת גם זהו ריוח שלא יצטרך לטרוח ולקנות אחרים ומה גם בבעלי חיים שהן למודות לקולו והנהגתו משא"כ כשיקנה חדשות [ספ"ז דב"מ] ומ"מ אם לא הציל וחייב לשלם א"צ לשלם רק כדי שווין אבל בעד הטירחא ובעד שהן למודות אצלו אין סברא לחייבו וכן א"צ להוציא יותר מכדי דמיהן להצלתן דשמא אין רצונו של בעה"ב להחזיר לו בעד זה [סמ"ע]:

יד ורועה שטען הצלתי ע"י רועים בשכר ואין לו עדים כמה הוציא נשבע כמה הוציא ונוטל ככל הנשבעים ונוטלים שתקנו רבנן כיון שהוציא ברשות ואינו יכול לטעון אלא עד כדי דמיהן דבזה היה לו מיגו לומר שנטרפו מהזאבים וישבע בנק"ח ככל הנשבעין ונוטלין שנתבאר בסי' פ"ט וגם בש"ח הדין כן:

טו כבר נתבאר בסעיף ז' דבגניבה ע"י אונס גמור יש מחייבין ויש פוטרין אמנם גם לדעת הפוטרין יש חילוק בין אונס גניבה לאונס אחר דרועה שהניח עדרו ובא לעיר בין בשעה שדרך הרועים להכנס לעיר ובין בעת שאין דרך הרועים ליכנס ובאו זאבים וטרפו או ארי ודרס אין מחייבין אותו בלא אומר אם היה יכול להציל אם היה שם דנאמר אולי אם היה שם היה מתלבש בו רוח גבורה והיה מציל אלא אומדין אותו אם היה יכול להציל ע"י רועים ומקלות חייב ואם לאו פטור ואע"ג דאם נכנס בשעה שאין דרך ליכנס הוי תחלתו בפשיעה וסופו באונס מ"מ הרי אין האונס מצד הפשיעה כיון שלא היה יכול להציל אף כשהיה שם ופטור בכה"ג כמ"ש בסי' רצ"א אבל בגניבה בכה"ג אף אם נכנס בשעה שדרך ליכנס ונגנבה משם באונס באופן שאף אם היה שם היה נגנב ג"כ מ"מ חייב דהא כל גניבה קרובה לאונס ואפ"ה חייבתו התורה וכן אפילו אם היה ישן בשעה שבני אדם ישנים אפ"ה חייב [נס"מ] אבל בשאר אונסים פטור כמו שנתבאר ומ"מ אם אין הדבר ידוע אם היה יכול להציל אם היה שם חייב דאמרינן מסתמא היה יכול להציל ואע"פ שנכנס בשעה שדרך ליכנס מ"מ הרי הוא ש"ש וצריך לשמור שמירה יתירה [גמ'] אבל ש"ח פטור אפילו כשנכנס בשעה שאין דרך ליכנס דבו אין תולין לומר שמסתמא היה יכול להציל [סמ"ע] וי"א דבכה"ג גם בש"ח חייב דאין הטעם משום דאמרינן מסתמא היה יכול להציל אלא הטעם משום דכל שומר מחוייב לישבע שיודע בבירור שנאנסה והוא אינו יכול לישבע כיון שאינו יודע בבירור וחייב לשלם [ס"ך וט"ז] אך כשנכנס בשעה שדרך ליכנס בלא"ה ש"ח פטור אפי' אם היה יכול להציל דשמר כראוי לפי שמירתו דהרי לא פשע ויש חולקין בכל זה וס"ל דכשנכנס בשעה שאין דרך ליכנס חייב בכל ענין אפילו אם לא היה יכול להציל אם היה שם משום דהוי תחלתו בפשיעה וסופו באונס ותלינן האונס מצד הפשיעה דאולי אם היה שם היה מציל בדרך נס דבתחלתו בפשיעה תלינן האונס אף במציאות רחוקה שאולי היא מצד הפשיעה כמ"ש בסי' רצ"א ואפילו ש"ח חייב רק לרבינו הרמ"א שבארנו שם בסעיף מ"א פטור בש"ח ואם נכנס בשעה שדרך ליכנס לא תלינן במציאות רחוקה גם בש"ש כיון שלא פשע [סמ"ע]:

טז רועה שנוטל שכר שהעביר הבהמות על הגשר ודחפה אחת מהן לחברתה ונפלה לשבולת הנהר אע"פ שלא פשע כלל ובש"ח פטור כה"ג מ"מ לגבי ש"ש מקרי פשיעה והוא כעין אבידה שקרובה לפשיעה אע"ג דלאו פשיעה ממש היא וחיובו מפני שהיה לו להעבירן אחת אחת שאין השומר נוטל שכר אלא לשמור שמירה מעולה וצריך לחשוש על כל דבר שעושה שמא יהיה פשיעה עי"ז וכיון דלגביה נחשבת פשיעה במה שהעבירן כאחד ונמצא שפשע בתחלתן ולכן אע"פ שנאנס בסופן בעת הנפילה חייב דתחלתו בפשיעה וסופו באונס והאונס הוא מצד הפשיעה כללו של דבר יש דברים שלגבי ש"ש נחשבת כפשיעה ולא לגבי ש"ח דבש"ח לא מקרי פשיעה אא"כ היתה פשיעה ממש כמו שהגשר היה רעוע או קצר שאין שני שוורים יכולים לעמוד עליו ובהכרח שאחד יפול לתוך המים אבל בגשר חזק ורחב אינו מחוייב לטרוח ולהוליכן אחת אחת אבל בש"ש גם זה הוי פשיעה דיש לו להעלות על הדעת שמא תדהף וא"ז דמי שנוטל שכר צריך לחשוש כל החששות בשמירתו וכה"ג בשאר עניני שמירה:

יז רועה בשכר שהבהמה מתה כדרכה פטור דאונס גמור הוא וע"ז נאמר ומת או נשבר וגו' שבועת ה' תהיה וגו' ודוקא כשלא שינה בה כלל אבל כששינה בה תולין המיתה מחמת השינוי כגון שעשה לה איזה סיגוף שהעמידה בחמה או בצינה או הרעיבה קצת או שהניחה לשתות מים שאין יפים לה או איזה מאכל שרע לה ומתה ואפילו לא מתה מיד חייב דאמרינן שמאותה שעה התחילה להתקלקל ומתה מזה לאחר זמן אמנם אם ראינו שהיתה אח"כ בריאה וטובה במראיתה פטור כשמתה לאחר זמן דכיון דאין לתלות האונס מצד הפשיעה פטור גם בש"ש דאין חילוק בזה בין ש"ח לש"ש [וכ"מ מתוס' ב"מ ל"ג: ד"ס סיגפה] ואם יש לתלות אף בצד רחוק שהאונס היתה מצד הפשיעה בארנו בסי' רצ"א סעיף מ"א דלרבינו הרמ"א יש חילוק בין ש"ח לש"ש כמ"ש בסעיף ט"ו:

יח תקפתו ועלתה לראשי ההרים ותקפתו ונפלה ה"ז אונס גמור אבל העלה אותה לראש ההר אע"פ שתקפתו ונפלה משם חייב שתחלתו בפשיעה וסופו באונס

באונס ודוקא שלא העלה אותה לשם בעד מרעה דבהעלה לרעות פטור כמ"ש בסי' רצ"א סעיף מ' ואם היה יכול לתקוף אותה שלא תפול ולא תקפה אפילו העלה אותה למרעה חייב וגם בש"ח הדין כן כמ"ש שם ואם עלתה מאליה והיה יכול למונעה מלעשות ולא מנעה אע"פ שהנפילה היתה באונס שתקפתו ונפלה ומתה או נשברה חייב בש"ש דאף שאין זה פשיעה גמורה ובש"ח פטור כה"ג כמ"ש שם מ"מ בש"ש חייב דלגביה נחשבת פשיעה והוי כאבידה שחייבתו תורה דכיון דלא היתה שם מרעה לא היה צריך להניחה לעלות דהיה לו לחשוש שמא תפול משם ולכן אף שהנפילה היתה באונס חייב מפני שתחילתו בפשיעה אבל אם מתה שם כדרכה אפילו העלה אותה לראש ההר דהוי פשיעה גמורה או שפשע בה ולא שמרה כראוי ויצתה לאגם ומתה שם כדרכה פטור כמ"ש שם דאין חילוק למלאך המות בין מקום זה למקום אחר ולא אמרינן דהאויר של אותו המקום הרגה אא"כ ידוע שהאויר של אותו המקום הוא מזיק לבהמות כמ"ש שם סעיף ל"ט ואע"ג דבש"ש תלינן האונס בהפשיעה אף בספק רחוק מ"מ לענין מיתה אין זה תליה כלל אם לא בידוע איזה טעם אמנם זהו ודאי כשנגנבה מהאגם ומתה בבית הגנב חייב דמיד כשנגנבה קם ליה ברשות הגנב ושלו מת וגם בש"ח חייב בכה"ג כמ"ש שם סעיף מ"ב ובפרט בש"ש דבלא"ה חייב על הגניבה ולכן אפילו הוליכה לאגם למרעה ונגנבה משם ומתה בבית הגנב חייב [ס"ז] וכן אם יצאת לאגם בפשיעתו שלא שמרה כראוי ונטלה ליסטים מזויין דהוה אונס גמור ומתה אצלו דחייב דתחלתו בפשיעה במה שיצאת לאגם שלא למרעה ואינו נפטר בהמיתה [סמ"ע] וש"ש שכלה זמנו בארנו שם וגם יתבאר בסי' שמ"ג בס"ד:

סימן דש [דין מעביר חבית ממקום למקום ונשברה מתי חייב ובו י"א סעיפים]:

א המעביר חבית ממקום למקום ונתקל בהליכתו ונשברה החבית מדין תורה ש"ח פטור דלאו פשיעה היא כמ"ש בסי' ת"ב דנתקל לאו פושע הוא אבל ש"ש חייב דנהי דלאו פושע הוא מ"מ גם אונס לא הוי ודמי לגניבה וחייב לשלם שאין זה אונס גדול אבל חכמים תקנו שגם ש"ש א"צ לשלם ודינו כשומר חנם שישבע שלא פשע בה כגון שלא נשאה כראוי או שבכוון התמוטט עצמו אף שלא היתה כוונתו להזיק מ"מ הוי פושע והכל לפי הענין ולמה תקנו חכמים כן מפני תקון העולם שאם אתה אומר שישלם אין לך אדם שיעביר חבית לחבירו בשכר ולכן עשו בו שבירת החבית כמיתת הבהמה ושבירתה דהוי אונס וצריך לשלם לו גם שכרו כיון דהוי כאונס [סמ"ע] ויש חולקין דנהי שתקנו חכמים שלא ישלם אבל שיטול שכרו לא תקנו [ט"ז] והסברא נותנת כן דכיון דעשאוהו כש"ח למה יטול שכר ובפשיעה גם בש"ח חייב:

ב כתב הטור דזהו דוקא כשהיה מקום מדרון אבל שלא במקום מדרון שנשא במקום מישור ונתקל ושבר החבית הוי פשיעה וחייב וכתבו גדולי האחרונים דהטור חולק על כל הפוסקים וגם הרמב"ם והש"ע לא הזכירו חילוק זה ואף שלא במקום מדרון פטור ולענ"ד נראה ברור שא"א לומר כן שהרי גם אביו הרא"ש ז"ל לא הזכיר חילוק זה [ספ"ו דב"מ] ואם הטור היה חולק עמו איך לא הזכיר דעתו כלל ועוד דברמזים שחיברם הטור כתב ג"כ כן ועוד איך לא היה רבינו הב"י מזכיר בחבורו הגדול שיש חולקים בזה ויותר מזה קשה דהטור עצמו בסי' ת"ב סעיף ו' שפסק דנתקל לאו פושע הוא לא הזכיר ג"כ שזהו דוקא במקום מדרון וא"כ קשה דידיה אדידיה:

ג ולכן נ"ל דלא פליגי כלל והכל מודים דכל נתקל בהכרח שיהיה ע"י איזה סיבה כמו שנתקל באבן או בעץ או שהיה מקום גליד או מקום מדרון וכיוצא בזה ומאן דס"ל נתקל פושע הוא גם בכה"ג הוי פושע דיש לו לאדם להתבונן בדרך שהוא הולך אמנם להלכה קיי"ל דאין דרכן של בני אדם להתבונן בדרכים [ר"פ המניח] ונתקל לאו פושע הוא אבל בדרך ישרה על קרקע חלקה במאי נתקל ובע"כ שבפשיעה נפל שלא הלך כדרך בני אדם וכל הפוסקים שדיברו בנתקל כוונתם שע"י סיבה נתקל ולרוב פשיטותו לא הוצרכו להזכירו והטור שהזכיר כאן דבר זה מפני שבגמ' הזכירו זה בענין העברת חבית ולקמן סי' ת"ב לא הוצרך להזכיר דהרי אתחלת ענינא קאי דמיירי במניח את הכד ברה"ר ובא אחר ונתקל בו ולכן כל מה שזכר שם נתקל הוא ע"י איזה סיבה [וראיה ברורה מהראב"ד רפ"ג משכירות וכ"מ מרש"י ב"ק כ"ט: ד"ה אלא שהזכיר הך דר"פ דאיבעי ליה לעיוני והא נתקל ע"י הכד וכ"מ מרא"ש שם שהזכיר הך דחבית ואף שמתוס' שם ד"ה והמשאל לא משמע כן אמנם גם בר"ן מ"ש שם לע"ג דמה הקשו להמשאל אדרבא לדידיה א"ש ושלא באפילה ויש ליישב ע"ש ועוד דאיך נעשה פלוגתא רחוקה דלרב והמשאל ור"י הוי פושע אף כשנתקל בהכד ולדידן לא יהיה פושע אף שלא ע"י דבר כלל ועוד ראיה מזה ל"א דאמר רבא ראשון ודאי פושע ופירש"י דמגפפים נפל ע"ש היטב וראית הש"ך אינה מכרעת למעיין שם ודוק]:

ד כתב הטור אדם הנושא חבית גדולה שהיא כבדה למשא אדם אחד ונתקל בה ונשבר פושע הוא וחייב עכ"ל ואפילו ש"ח חייב דמפני כבידת המשא נתקל בהליכתו ולכן אע"ג דכל נתקל באיזה דבר לאו פשיעה היא

היא מ"מ בזה תחלתו בפשיעה שלקח משא כבדה מכחו וזה צריך לדעת לפי מנהג הנושאים משאות במקום זה:

ה עוד כתב דהנושא משא במוט כפוף באמצע ונותן על כתפו ונותן שני כדין בשני ראשין ונשבר משלם החצי שאינו אונס גמור שהרי קל הוא לשנים וכבד לאחד עכ"ל ולפ"ז ש"ח א"צ לשלם כלל כיון שאינו פשיעה גמורה דדרך הוא לשאת משא כבד לאדם אחד בענין זה כדרך שואבי מים במקומותינו ולדבריו אם נשאום שנים פטורים דאונס גמור הוא אבל הרמב"ם כתב [סס] ועוד תקנו בדבר זה שאם נשאו אותה שנים במוט ונשברה משלמים חצי הואיל ומשא זה גדול לגבי אחד וקל לגבי שנים הוי כאונס ואינו אונס ומשלמים מחצה אם יש עדים שלא פשעו בה עכ"ל וטעמו כיון שמשא זו כבד אצל כל אחד מהם אפשר לומר שסמך כל אחד מהם על חבירו להקל משאו והוי פשיעה [לבוש] ורק מפני התקנה לא ישלמו אלא מחצה:

ו כתב הרמב"ם ז"ל [סס] נשברה במקום שאין עדים מצוין נשבעים שלא שברוה בפשיעה ומשלמים חצי דמיה שהרי לא היה לכל אחד להעביר אלא משוי שהיה יכול לעמוד בפ"ע ומכאן אתה למד שהאחד שהעביר חבית גדולה שאין דרך כל הסבלים להעבירה ביחיד שהוא פושע ואם נשברה משלם הכל עכ"ל וזהו כדברי הטור שבסעיף ד' ויש מרבותינו דסבירא ליה דכל זמן שאין המשא לשני בני אדם ונשאה אחד ושברה אף על פי שפושע הוא אינו משלם אלא מחצה [רס"י וסמ"ע] דדמי לאונס ודמי לפשיעה מפני שיש בני אדם שמתחזקים לשאת הרבה כל זמן שאין בו משא שנים וש"ח פטור:

ז הסבל שנשא חבית יין של חנוני ושברה בפשיעה ונתחייב לשלם והיא שוה ביום השוק ד' זוז ובשארי ימים היא רק ג' זוז דעת הרמב"ם דאם החזירו ביום השוק חייב להחזיר לו חבית של יין או ישלם לו ד' זוז דביום השוק היה יכול למוכרה בד' ולכן זהו דוקא אם לא היה לו יין למכור ביום השוק אבל אם היה לו יין מחזיר לו ג' דהא לא הפסידו שהרי היה לו יין בלעדה ואלו היה לו זו החבית לא היה מוכרה עתה ואם החזיר לו בשארי הימים מחזיר לו שלשה ואע"ג דבשומרין הולכין אחר שעת הפשיעה כמה היתה שוה אז כמ"ש בסי' רצ"א סעי' י"ח ולפ"ז היה להיות הדין דאם שבר ביום השוק ישלם ארבע ואם שבר כשאר ימים ישלם ג' ולמה אנו הולכין בזה אחר שעת החזרה דוודאי כן הוא דבעיקר יוקרא וזולא של הסחורה הולכים אחר שעת הפשיעה אבל במה שלוקחים ביום השוק בזוז יותר מבשארי ימים אין זה בגדר יוקרא וזולא אלא דטבע המסחור כן הוא וכעין שכר טירחא הוא דביום השוק מפני ריבוי הקונים וריבוי הטורח מוכרים ביוקר קצת ויודעים שלמחר ימכרו בזוז פחות ולכן אולינן בתר שעת החזרה דאם החזירו בשארי ימים יחזיר לו ג' אבל כשמחזיר לו ביום השוק הרי רצינו להחזיר לו ד' דאל"כ מי הכריחו לשלם לו ביום השוק לכן יחזיר לו או חבית יין או ד' זוז [כנ"ל בטעמו וס"ס מס ססקסו עליו]:

ח אבל רוב הפוסקים חולקים ע"ז וס"ל דאזלינן בתר שעת השבירה כדין שומר שמשלם כשעת הפשיעה ואם שבר בשארי ימים משלם ג' ואם שברה ביום השוק כשבא לפרוע בשארי ימים צריך ליתן לו ד' ואינו נפטר בחזרת חבית יין דהא באותו יום שהזיקו היתה שוה ד' ועתה מחזירו רק שוה ג' ואינו יכול לומר לו המתן עד יום השוק ותהיה שוה ד' דיכול לומר לו אני צריך למעות מיד ואפילו היה לו ביום השוק כששברה הרבה יין ונשאר לו יין ולא היה מוכרה אז מ"מ הלא אז היתה המקח שלה ד' והזיקו ד' וצריך לשלם לו ד' ולא מה שיהיה שוה ד' אבל אם בא לפורעו ביום השוק יכול להחזיר לו חבית יין דהא מחזיר לו שוה ד' וכתב רבינו הרמ"א דדוקא שאין לו יין אחר למכור עתה בשוק אבל יש לו יין אחר למכור הרי היא אצלו כשאר ימים וצריך ליתן לו דמי היין דוקא ודוקא שקנה היין אחר השבירה אבל אם יין זה היה לו קודם השבירה נפטר בחזרת חבית סמ"ג [סמ"ע] דאם אתה אומר שאינה שוה אצלו עתה ד' הלא לא הזיקו ד' כיון שהיה לו יין ולכן אם היה לו ביום השוק ששברה הרבה יין ומחזיר לו ביום השוק שיש לו עדיין הרבה יין מחזיר לו חבית יין ונפטר [וסמ"ע חולק בזה ולא ירדתי לס"ד גם מ"ש סס"ך בדעת הרמב"ם כל מפרשי הרמב"ם לא תפסו כן וגם לפמ"ש הטעם א"א לומר כן ודו"ק]:

ט ויש מרבותינו שסוברים שיטה אחרת בזה וס"ל ג"כ כהרמב"ם דאין חילוק בזמן השבירה אלא דגם בחזרה אין חילוק בין החזיר לו ביום השוק לשארי ימים אלא אם החזיר לו קודם שהגיע יום השוק הראשון אחר השבירה מחזיר לו חבית יין ואם החזיר לו אחר יום השוק הראשון מחזיר לו ד' דהא אלו היה לו היין היה מוכרה ביום השוק בד' ולכן אם היה לו יין הרבה ביום השוק יכול להחזיר לו תמיד חבית יין [רס"י ותוס' ב"מ ל"ט:] ודעה זו ס"ל דלעולם שמין אותה ד' כיון שהיא שוה ד' ביום השוק הוה זה כמקח קבוע ולכן כל זמן שלא עבר יום השוק מהשבירה מחזיר לו החבית וימכרנה ביום השוק אבל כשעבר יום השוק ולא היה לו יין הרי הפסידו ד' ואין תועלת במה שיחזיר לו חבית יין שימכרנה ביום השוק השני והרי בלא זה ימכור אז והשוק העבר הפסיד ד' ולכן מחזיר לו ד':

י לכל הדעות שבארנו כשמחזיר לו מעות יש ביכלתו לנכות לו הטורח שהיה נצרך לו לטרוח במכירתה ושארי מיני הוצאות שיש על מכירת חבית יין כגון אם צריך ליתן לאומן שכר בעד נקיבת החבית [רס"י] דחביות שלהם היו של חרס והיו צריכין אומן לפתוח הנקב וכן כל כיוצא בזה:

יא אמרו חז"ל דאפילו במקום שהפועל חייב לשלם מ"מ מצוה ליכנס עמו לפנים משוה"ד ואין ליטול ממנו ההיזק אם לא שהזיקו בכוונה אבל כשהזיקו בפשיעה אין זה מזיק ועל זה נאמר למען תלך בדרך טובים ולא עוד אלא אם הפועל עני ואין לו מה יאכל יתן לו שכרו כדי שיהיה לו מה לאכול ועל זה נאמר וארחות צדיקים תשמור וכזה עשו חכמי הש"ס [ספ"ו דב"מ] ומשמע בגמ' שהדיין מחוייב לומר לו כך שמהראוי לעשות כן ויאמר לו דאף דלאו מדינא הוא אמנם אנשים טובים וצדיקים עושים כן ואם ישמע ישמע ואם לאו אין כופין אותו על כך וכבר נתבאר בסי' רצ"א דשומר שכר כיון שכלתה זמנו כלתה שמירתו ואפילו החפץ עדיין בביתו אינו עליו אלא ש"ח ויתבאר בסי' שמ"ג:

סימן שה [שומר שכופר או שטוען נאנס או נגנב ובו ט' סעיפים]:

א שומר שכר דינו כש"ח בשארי טענות כמו לענין אם כפר בו בעיקר שמירתו וא"ל לא שכרתני לשמור כלל או אם א"ל נשתמשת בהחפץ וקלקלתו וכיוצא בזה נשבע היסת ונפטר דאין זה שבועת שומרים שחייבה תורה דשבועת התורה אינה אלא כשמודה בעיקר הפקדון כמו שאמר המפקיד אלא שטוען נאנסה כמ"ש בסי' רצ"ו וכשטוען נאנסה אם במקום שעדים מצוים מוכרח להביא עדים ואם לאו ישלם וכשאין עדים מצוים במקום זה ישבע שנאנסה ויכלול בשבועתו שלא שלח בה יד דאלו שלח בה יד קודם האונס הרי הוא כגזלן וחייב באונסים דברשותו נאנסה ויכלול ג"כ שאינה ברשותו דאולי אחר האונס הוחזרה לידו מיד האנס [ט"ז] ואם אומר שנגנבה והריני משלם משביעין אותו שבועה שאינה ברשותו ואינה שד"א ואם נמצא הגנב אח"כ הכפל שלו ואפילו אמר פשעתי בה ונמצא הגנב הכפל שלו וזהו מאומדנות חז"ל כמ"ש בסי' רצ"ה ושומר שטען איני ש"ש אלא ש"ח ונגנבה וטוען שהוא ש"ח ופטור והמפקיד אומר שהוא ש"ש וחייב לשלם נ"ל דאם אין לו עדים על הגניבה וצריך לישבע שבועת השומרים ישבע בגלגול שהוא ש"ח אבל אם יש לו עדים על הגניבה אינו נשבע אלא היסת דלא זו היא שבועה שחייבה התורה בשומרים מיהו לדעה שהבאנו בסי' רצ"ד סעיף ג' דגם שבועה שלא פשעתי היא מן התורה ישבע שבועה זו ובגלגול ישבע ג"כ שאינו ש"ש אא"כ יש גם עדים שלא פשע:

ב נגנבה בליסטים מזויין ששומר שכר פטור בזה והוכר הגנב צריך השומר לפרוע להבעה"ב והוא יעמיד הגנב בדין כמ"ש בסי' רצ"ד וי"א דא"צ לשלם אלא הטירחא הוא עליו שיעמוד עם הגנב בדין [סמ"ע] ושם נתבאר די"א כשידוע שיוציא מהגנב מחוייב לשלם להבעלים מיד ואפילו אם כבר נשבע ונפטר ואח"כ הוכר הגנב כיון שנמצא הגנב חייב להעמידו בדין ואין דינו בזה כש"ח כמ"ש שם הטעם ובענין פרעון להבעה"ב תלוי בדעות שנתבאר:

ג קבל עליו ש"ש להתחייב גם באונסים או שהתנה לפטור מגניבה ואבידה ומפשיעה ומשבועה הכל לפי תנאו כמ"ש בסי' רצ"א ושכרו מפסיד ע"ש ואם אמר סתם שלא אתחייב באחריותו פטור אפילו מפשיעה ובתחלת השמירה א"צ קנין אך כשהתחיל לשמור צריך קנין כמ"ש שם ועל מנת לא מהני [ס"ך וט"ז] ודין שומר שמסר לשומר נתבאר שם וכל המפקיד ע"ד אשתו ובניו וב"ב הוא מפקיד כמ"ש שם:

ד כבר נתבאר בס"ס רצ"א דגזירת התורה היא דשמירה בבעלים פטור מדיני שומרין שאם הבעלים של החפץ היו במלאכת השומר בתחלת שמירתו אע"פ שבעת האונס לא היה עמו במלאכתו פטור אף מפשיעה לפיכך האומר לחבירו שמור לי ואשמור לך הוי שמירה בבעלים דהא כל אחד במלאכתו של חבירו לשמור לו אבל אם א"ל שמור לי היום ואשמור לך למחר נעשים שומרי שכר זל"ז דבעת השמירה אין חבירו עמו במלאכתו וה"ה כשא"ל שמור לי שעה זו ואני אשמור לך שעה שניה דכיון שאינם בזמן שוה אין זה שמירה בבעלים אפילו כשהם ביום אחד [ס"ך] ודין ש"ש יש להם דהא כל אחד נוטל שכר במה שחבירו שומרו ואם ראובן אמר לשמעון שמור לי היום ומחר ואני אשמור לך למחר וליום שאחר מחר ראובן פטור מדין ש"ש מפני שלמחר בעת שיתחיל לשמור שמעון עמו במלאכתו ולשמעון יש דין ש"ש ואין בו שמירה בבעלים מפני שבעת התחלת שמירתו אין ראובן עמו במלאכתו ואע"ג דלמחר יהיה עמו במלאכתו מכל מקום כיון שבתחלת השמירה אינו במלאכתו לא הוי שמירה בבעלים [כ"ל]:

ה וה"ה אם אמר השאילני ואשאילך מיד הוי שאילה בבעלים דהמשאיל הוא במלאכת השואל לשמור לו הכלי המושאלת לו וכן אם א"ל שמור לי ואשאילך מיד הוי שמירה בבעלים דהבעלים מכינים עצמם לעשות לו מלאכת ההשאלה להשאיל לו כליו דלא בעינן דוקא מלאכה גדולה אלא אפילו מלאכה קלה אבל על השאלה דינו כשומר דאחר ששאל לו אין המשאיל עמו במלאכתו וכן אם א"ל השאילני היום ואשאילך למחר או לאחר זמן הראשון חייב דאין המשאיל שומר כלי שלו בתחלת מלאכתו והשני אם למחר עדיין כלי שלו בשאלה אצל הראשון הוי אצלו שאילה בבעלים דהראשון צריך לשמרה

לשמרה ואם למחר שבה אליו גם הוא חייב בשמירתו כש"ש כמו שיתבאר וכן בשמור לי ואשאילך למחר אין זה שמירה בבעלים דאין הבעה"ב מכין א"ע להשאילו ואינו במלאכתו וה"ה לאחר שעה וכן הדין בהשאילני ואשמור לך הוי שמירה בבעלים דבעת שמירתו הבעלים שומרים חפצו שהשאילו אבל השאילה לא הוי בבעלים [נס"מ] דאין המשאיל עמו בשום מלאכה אלא דדינו כש"ש ולא כשואל דאין כל הנאה של השואל דהרי שומר לו בעד השאלה ויש מי שאומר דלדעה זו גם השאילה הוי בבעלים דכיון דהמשאיל קבל עליו שמירתו של שואל דמטעם זה אין דין השואל רק כש"ש ומהנה אותו לפוטרו מאונסים מקרי שאילה בבעלים [ע"ז] אמנם א"א לומר כן דא"כ כל שומר שנהנה מהבעלים באיזה דבר בתחלת שמירתו יהיה פטור מטעם שמירה בבעלים דהן אמת כשהבעלים עמו אף במלאכה קלה הוי שמירה בבעלים אבל לא מה שמהנה אותו:

ו ויש חולקין על כל זה וס"ל דהשאילני ואשאילך וכ"ש שמור לי ואשאילך או השאילני ואשמור לך אפילו בזמן אחד אין זה שאילה בבעלים ולא שמירה בבעלים דאין זה מלאכה מה שכלי השואל אצלו בשאלה ושאם תאנס יתחייב לשלם דמלאכה לא מקרי אלא בשמור לי ואשמור לך דעושה מעשה השמירה בפועל ולא במה שהכלי אצלו בשאלה ולכן לא מקרי זה בבעלים כלל אלא דבכל אלו אין דינם כשואל אלא כש"ש דשואל לא הוי אלא כשכל הנאה שלו אבל הכא הלא בעד ששאל ממנו מישאילו גם הוא וכן בשמור לי ואשאילך או השאילני ואשמור לך הרי שומר לו בעד שאילתו וכדעה זו כתב רבינו הרמ"א ומ"מ אין להוציא ממון נגד דעה ראשונה [ע"ז]:

ז לדעה ראשונה דבהשאילני ואשאילך הוי שאילה בבעלים אם א"ל ראובן לשמעון השאילני בגד שלך שהוא קל ללבוש וטול בגד שלי שהוא כבד ותלבישהו אתה ונאבד האחת אין השני יכול לעכב בגד של הראשון והיא תשוב להראשון דהו"ל שאילה בבעלים ופטור אפילו כשנאבד בפשיעה ולהיש חולקין חייב גם בגניבה ואבידה אבל אם נאנסה ממנו פטור דדינו כש"ש ולא כשואל כמ"ש מיהו אם השני עסק עם בגד הראשון באיזו מלאכה כגון שהניחו בעגלה שלו או על חמורו להעביר את הנהר או להוליכו כמשא ולא לבשו על גופו פטור הראשון אף להיש חולקין מפני שהשני עמו במלאכתו להעביר הבגד שלו דרך הנהר או להוליכו [ב"י וא"ס לדעה זו עובדא דב"מ פ"א: באריך וגוץ ע"ש ודוק]:

ח ואף גם לדעה ראשונה לא מקרי בכזה שאילה בבעלים כשאין הדבר השאול ביד השואל אלא ביד אחר כגון שראובן היה חייב ממון לשמעון ונתן משכון ולא נתן המשכון בידו אלא ביד לוי ושמעון השאיל דבר לראובן ואם היה המשכון ביד שמעון היה ראובן פטור דשמעון עמו במלאכתו לשמור משכונו אבל כיון שאין המשכון בידו אינו שומרו של ראובן וחייב ראובן באונסים וחיובו של שמעון בהמשכון או כש"ח או כש"ש לפי הדעות שבריש סי' ע"ב ואם ההשאלה היתה תמורת המשכון שנטל מראובן ושמעון רוצה להשתמש בהמשכון נעשים שומרי שכר זל"ז כמ"ש [וזהו כוונת הרמ"א שכתב שם"ע סס זל"ז דאין לזה הבנה אלא מיירי בכה"ג וכ"ה במהרי"ק שורש קכ"ה]:

ט ש"ש אע"פ שפטור מדיני שמירה כשהיה שמירה בבעלים מ"מ שכרו מפסיד כמו בדברים שאין בהם דין שמירה שנתבארו בסי' ש"א ומפסיד שכרו כמ"ש שם כמו כן בשמירה בבעלים ואפילו אומן שדינו כש"ש כמ"ש בסי' ש"ו ואם היה בבעלים פטור מ"מ מפסיד דמי אומנתו אע"פ שעיקר שכרו אינו בשביל השמירה [נס"מ] ודלא כיש מי שמסתפק בזה והרי גם שליח מפסיד שכר שליחותו בכה"ג אף דעיקר שכרו הוא בשביל השליחות ולא בשביל השמירה [ב"מ כ"ח] כללו של דבר שכל שהיה להבעלים היזק ע"י השומר והאומן והשליח אף שפטור מלשלם ע"פ גזירת התורה מ"מ מפסיד שכרו ואם באומנות ובשליחות נשאר מעט ריוח אך הפסידו הריוח הרב שהיה להיות בזה אפשר דנוטלים שכירותם כפי ערך הריוח וכ"ז דוקא שלא באונס אבל באונס גמור חייב לשלם לו שכרו דבכל ש"ש הדין כן דמאי הוה ליה למעבד והרי עשה פעולתו כמ"ש בסי' ש"ג:

הלכות אומנים

סימן שו [דיני אומנים כשומרי שכר ואומן שקלקל מה דינו ובו י"ז סעיפים]:

א כל האומנין שנותן להם לתקן בקבלנות הם כשומרי שכר להתחייב בגניבה ואבידה וזהו שכרן שמשתכרין במה שנותנין להם לתקן ליטול שכרן [טור] ואפילו קבלו השכר קודם דינם כש"ש דלא כיש מי שחולק בזה ודמי לש"ש ולשוכר דמשום דיש טובת שניהם לפיכך חייבתם התורה בגניבה ואבידה ופטרם מאונס כמ"ש בריש סי' רצ"א ע"פ הירושלמי ואומן ג"כ טובת שניהם הוא [והטעם שכתב הסמ"ע סוף בס"ם ב"מ פ: אליבא דר"מ אבל למאי דקיי"ל דכש"ם דמי הטעם פשוט]:

ב י"א דדוקא קבלן דינו כש"ש אבל שכיר יום אין דינו

דינו כש"ש אלא כש"ח [סמ"ע] וי"א דאפילו שכיר יום דינו כש"ש כשעושה המלאכה בביתו ולא בבית בעה"ב [ב"ח] וי"א דאפילו שכיר יום העושה בבית בעה"ב דינו כש"ש [ש"ך ומל"מ] ומדברי רבותינו הראשונים [רש"י ונמק"י] משמע דדוקא כשעושים המלאכה בביתם ולא בבית בעה"ב והטעם נ"ל דהא באמת אינו נוטל שכר על שמירתו והטעמים שנאמרו בזה אינם מספיקים לחייבו כש"ש ובשוכר שחייבתו התורה כש"ש היינו טעמא דמי ישמרנה אם לא הוא כיון שהבעלים אינם אצלה וכן באומן עיקר הטעם הוא דכשאין הבעלים אצלה מי ישמרנה וממילא אנו מדמים החיובים זל"ז כיון דהנאת שניהם הוא אבל כשהמלאכה בבית הבעלים למה נטיל על האומן השמירה כש"ש ישמרנה הבעה"ב בעצמו וממילא דעיקר החיוב הוא בקבלן דשכיר יום אינו עושה ע"פ רוב אלא בבית בעה"ב אבל אם עושה בביתו דינו כקבלן [ככ"ל במ"ש רבותינו קבלנים והם אומן הל יותר על קבלן וכ"מ שם קי"ב י' ודוק] :

ג האומן שגמר מלאכתו ואמר להבעה"ב טול את שלך והבא מעות באומר איני מעכבו בעד המעות דינו כש"ח כמו ש"ש אחר שכלה זמן שמירתו וכן אפילו אם רק א"ל גמרתי המלאכה ולא לקחו הבעלים את הכלי אינו אלא כש"ח דתלינן דלכן א"ל גמרתי כאומר קח לך את הכלי אבל אם אמר הבא מעות וטול את שלך עדיין הוא ש"ש כמו שהיה דכיון דמעכבו בעד מעותיו מוכרח לשמרה ואם אמר טול את שלך ואיני שומרו עוד פטור גם מפשיעה דהא גילה דעתו שאינו רוצה עוד בשמירתו כלל ובמה יוכל לכופו וכשאמר מפורש איני שומרו עוד משמע להדיא שמסלק א"ע אפילו משמירת ש"ח ומצוהו לקבל החפץ אמנם אם אמר הבא מעות וטול את שלך ואיני שומרו עוד אין זה כלום דכיון שמעכבו בעד המעות מוכרח להיות ש"ש [סמ"ע] ובמקום שאין מגיע לו מעות כגון שכבר קבל אפילו א"ל טול את שלך סתם אינו אפילו ש"ח דדוקא כשמגיע לו מעות אז אף שאינו מעכבו בעד המעות מ"מ כדאי לו להיות ש"ח אבל לא כשאין מגיע לו [ש"ך] :

ד נתן לאומנים לתקן וקלקלו חייבים לשלם כל שווי הכלי ולא מיבעיא אם נתן כלי לאומן לתקן דבר מה כגון שנתן לחרש שידה תיבה ומגדל לקבוע בהן מסמר ושברו דחייב לשלם כל מה שהכלי היה שוה קודם שקלקלה אלא אפילו נתן לחרש עצים לעשות מהן שידה תיבה ומגדל ונשברו אחרי שנעשו משלם לו דמי שידה תיבה ומגדל כפי שויים קודם השבירה בניכוי דמי מלאכתו משום דקיי"ל אין אומן קונה בשבח כלי ופירושו דהאומן כשעושה כלי מעציו של בעה"ב לא אמרינן דשבח שנשתבחה הכלי הוי של האומן ויש לו בגוף הכלי עד שישלם לו שכרו וזהו כקנין במשכון שלא בשעת הלואה אלא השבח הוא של בעה"ב כיון שמעציו נעשה ולהאומן אינו מגיע רק שכירות וא"כ הרי קלקל כלי של חבירו וחייב לשלם וכן פסקו הרי"ף והרמב"ם בפ"י משכירות וכן פסקו רבותינו בעלי הש"ע והגם שבאה"ע סי' כ"ח כתבו שני דעות בזה זהו מפני חומרא דא"א [ב"ח] וביו"ד סי' קכ"א שנראה כמסתפקים בדין זה יש בשם. טעם אחר ומבואר שם בטור וכן נראה ממה שיתבאר בסי' של"ט אמנם יש מי שכתב דהוה ספיקא דדינא דמירושלמי ב"ק פ"ט [ס"ד] נראה להדיא דאומן קונה בשבח כלי [ש"ך] מיהו יש מי שאומר דאפילו מאן דס"ל אומן קונה בשבח כלי אינו אלא בקבלן ולא בשכיר יום [מע"מ] וטעמא דמסתבר הוא דשכיר יום אין עינו ולבו רק לשכירת יומו ולא לעשיית הכלי בשלימות [ומ"ש הש"ך למה לא מוקי הש"ס שם כן ל"ק כלל דהא שם מפורש עשה לי שירים ונזמים הרי שכרו לעשיית הכלי והתם אומן הוא בקבלנות כמ"ש ומ"ש הרשב"א בב"ק ל"ח. דקונה בשבח הוא רק לענין קלקול לע"ג מסך דעשה לי שירים ובסי' של"ט יתבאר עוד] :

ה הבנאי שקבל עליו לסתור את הכותל ושבר האבנים או הזיקם חייב לשלם דהיה לו להיות זהיר במלאכתו ולא אמרינן כיון ששכרו לסתור אין מלאכתו רק הסתירה דלא כן הוא דוודאי כוונת הבעלים שישמור אבניו הטובות שלא ישתברו ואם היה סותר הכותל מצד זה ונפל מצד אחר ונשתברו האבנים פטור דאין זה אלא גרמא בעלמא ואם מחמת המכה שהכה בחוזק נפל מצד אחר חייב דהוה כזורק חץ ומזיק בידים ודוקא שהכה יותר מהראוי אבל אם הכה בדרך האומנין פטור ויתבאר בסי' שפ"ד:

ו נתן צמר לצבע והקדיחתו יורה שהרתיחו יותר מדאי ונשרף ונתקלקל הצמר נותן לו דמי צמרו ודוקא שנתקלקל מיד קודם שנפל בו הצבע והשביחו אבל אם נתקלקל לאחר שנפל בו הצבע והשביחו נותן לו דמי צמרו ושבחו אם אין האומן קונה בשבח כלי ולפמ"ש דהוי ספיקא דדינא אין מוציאין ממנו השבח ואם צבע את הצמר אלא שצבעו כעור מהפסולת שבשולי היורה או שנתנו לו לצבוע אדום וצבעו שחור או שחור וצבעו אדום או נתן עצים לחרש לעשות מהם כסא נאה ועשה כסא רע או עשה ספסל אמרו חז"ל [ב"ק ק':] דאם השבח יתר על ההוצאה נותן בעל הכלי לו את ההוצאה ואם ההוצאה יתירה על השבח נותן לו את השבח בלבד ונחלקו הראשונים בפירושו י"א דהוי כיורד לשדה חבירו שלא ברשות שיתבאר בסי' שע"ה כגון שהצמר הוא עשרה דינרין והצבע הוציא על סממנין ושארי הוצאות עשרה דינרין אם הצמר שוה עתה יותר מעשרים דינרים דהשבח שהשביח הצמר הוא יתר על ההוצאה שהוציא הצבע נותן לו ההוצאה העשרה דינרים שהוציא ואם אינו שוה עתה רק י"ח דינרים אין לו אלא הוצאה שיעור שבח והיינו שמנה דינרין וטרחתו אין שמין לו כלל כיון שעשה שלא ברשות אבל אין שמין בהקרן מה שהצמר היה שוה אם היה עושה כמו שצוו לו הבעלים ולפ"ז אם

הסימנים

הסממנים וכל ההוצאות היתה של הבעלים אין כאן שומא רק בצד אחר והוא דהצבע אינו נוטל כלל ורק כששוה פחות ממה שהוציא הבעה"ב על הצמר והסממנים וההוצאות צריך הצבע לשלם לו הפחת:

ז וי"א דגם מה שהיה שוה אלו עשה כצווי הבעלים חשבינן ג"כ בהקרן כגון שהצמר עולה עשרה זהובים וסממנים והוצאות עשרה ואם היה צובע כמו שצוה לו היה שוה עוד ה' זהובים והיה עולה בכולל כ"ה זהובים זהו הקרן שנקרא הוצאה ואם עתה השבח יתר כגון שעתה שוה כ"ו נוטל זוז ואם אינו שוה רק כ"ה אינו נוטל כלום ואם שוה פחות מכ"ה אם הוא הוציא ההוצאות אינו נוטל מהוצאותיו רק לפי חשבון שישאר להבעלים כ"ה ואם הבעלים הוציאו ההוצאות צריך הצבע להחזיר להם עד שיעור זה וזה שאמרו חז"ל דכשההוצאה יתירה נותן לו השבח משום דע"פ רוב מוציא הצבע ההוצאות ואף שביורד שלא ברשות לא חשבינן כן זהו מפני שלא צוהו כלל אבל הכא הרי צוה לו אלא ששינה מצוויו לפיכך חשבינן בהקרן כפי מה שצוה [וזהו כוונת התוס' בב"ק שם] ומיהו בצבעו כעור לא משבחת לה השבח יתר על היציאה בכה"ג דא"א שבקלקול יהיה שוה יותר [שם] וההוצאות שהוציא הצבע על פועלים נחשב בהקרן וצריך להחזיר לו אם רק נשאר שווי כ"ה ואם שוה פחות מזה ינכה לו כפי הפחת [סמ"ע שם] ויש מרבותינו שסובר דחשבינן בההוצאה גם שכר הצבע כשכיר יום שאם יש בהשבח יותר נוטל כשכיר יום [רש"י עכו"ם ז'.] וכן הוא ביורד שלא ברשות [ש"ך] והסברא נותנת כן דנהי דאין נותנין לו כמו שהושוה עמו מ"מ לא גרע משאר פועל ויש מי שפוסק כן לדינא [שם]:

ח דין זה שנתבאר הוא מתקנת חכמים ולא מדינא בכל הדברים כמו בנתנו לצבוע אדום וצבעו שחור או להיפך וכן בנתן עצים לעשות כסא ועשה ספסל דמדינא קנאם בשינוי כמו בגזל עצים ועשאן כלים דמשלם כשעת הגזילה וה"נ לא היה לו לשלם רק דמי הצמר או העצים בלבד אלא כיון שלא נתכוין לגזול עשו חכמים תקנה זו שלא יהיה הרבה היזק לשניהם לפיכך אין ביד אחד מהם לשנות כגון אם הבעה"ב אומר איני רוצה בתקנה זו אלא יתן לי דמי הצמר והעצים אין שומעין לו אם האומן אינו מתרצה לזה דשמא קשה על האומן ליתן הדמים וכ"ש אם האומן אומר הא לך דמי צמרך ועצך דאין שומעין לו כשהבעה"ב אינו מתרצה לזה ואע"ג דגם אם לא קנה בשינוי מ"מ יקנה בשבח כלי שעשה למאן דס"ל אומן קונה בשבח כלי ולא ישלם אלא כמו קודם השבח אמנם כבר נתבאר דאין אומן קונה בשבח כלי ואפילו למאן דס"ל דקונה כיון דתקנת חכמים היא ממילא דכמו שתקנו לענין שינוי כמו כן תקנו לענין שבח כלי [דהל"כ לדיעה זו יסתנה הדין ולא משמע כן והרמב"ם לרווחא דמילתא כתב כן וכפמ"ם בסעיף זה כן מוכח מרמב"ם ורע"ב במשניות ומ"ם הס"ך דמב"ק ק"ב משמע דמן הדין כן סוף לע"ג ולחנם השיג על רש"ל וכ"מ מהגר"א סק"ח וגם דברי התוס' שם ז' י"ל כן ודו"ק]:

ט המוליך חטים לטחון וקלקל הטוחן בטחינה כגון שלא לתתן כראוי ויצא הקמח רע כמו סובין או מורסן או שהיה צריך להיות סולת ויצא קמח וכיוצא בזה וכן נתן קמח לנחתום וקלקלו באפיה כגון שעשאו פת נפולין שנשבר כשאוחזין בו וכיוצא כזה וכן נתן בהמה לשוחט לשוחטה ונתנבלה בשחיטה אם עשו בשכר חייבין לשלם דמיהן ואם עשו בחנם אם היו מומחים לעסק זה פטורים מלשלם ואם לא היו מומחים חייבים לשלם והטעם דכשאינו מומחה הוי פושע דלא היה לו ליטול מלאכה שאינו מומחה בה ובפושע גם ש"ח חייב אבל כשהוא מומחה אינו פושע אמנם גם לאונס א"א לדמותו דאם היה משגיח היטב לא היה נארע זה ודמי לגניבה שקרובה לאונס דש"ש חייב וש"ח פטור ואם אינו ידוע אם הוא מומחה אם לאו עליו להביא ראיה שמומחה הוא ואם לא הביא ראיה ישלם ואע"ג דרוב מצוין אצל שחיטה מומחין הן מ"מ מאחר שקלקל הרי יצא מכלל רוב ושוחט שהוא מומחה לתרנגולים אף שאינו מומחה לשארי מינים מ"מ לתרנגולים דינו כמומחה [כ"מ בב"ק ל"ט:] ונ"ל דמה שאמרו חז"ל ולא לתתן היינו שלא לתתן כראוי דאם לא לתתן כלל אין לך פושע גדול מזה:

י נ"ל דה"ה בכל האומנות כשלא שינו מדעת בעלים ועשה המלאכה אלא שקלקל כמו בנתן לחרש שידה תיבה ומגדל לתקן ונשברה או בנאי שקבל לסתור הכותל ונשברו האבנים אם עושים בחנם ומביאים ראיה שהם מומחים בזה פטורים מלשלם אבל בצבעו כעור או אדום וצבעו שחור דהוי שינוי וקלקול מדעת אין חילוק ובהקדיחתו יורה אם לא השגיח בעת שעמדה על האש הוי פושע ואם השגיח רק שמאיזה סיבה הקדיחתו יורה אם הוא מומחה ועושה בחנם פטור וכן בכל המלאכות כה"ג:

יא אין חילוק בשכר בין שכר גדול או קטן אפי' ש"פ ולא עוד אלא אפילו השוחטים שלוקחים הכרכשתות מכשירות לבד מקרי שכר ואם ניבלו חייבים לשלם אע"ג דמזה אינו לוקח שכר דכיון שאם לא היתה נטרפה היה נוטל זהו שכרו [סמ"ע] ולפ"ז בתרנגולים פטור כשאינו נוטל שכר מהם אבל יש עוד טעם אחר דהשכר שנוטל מן הכשרות זהו שכרו גם על הטריפות ועל התרנגולים ולפ"ז גם בתרנגולים חייב [ש"ך] וכה"ג בשארי מלאכות כעין זה ודע דברכה לא מקרי שכר ואף שבגמ' אמרו [חולין פ"ז.] דברכה שוה עשרה זהובים מ"מ שכר לא הוי אלא דבר של ממון [קצה"ח] וראיה משומר אבידה דאף דקעביד מצוה מ"מ אינו ש"ש ואף למאן דס"ל דהוי ש"ש היינו מפני שהוא פטור מנתינת צדקה בעת שעוסק בה כמ"ש בסי' רס"ז סעיף י"ז:

יב בד"א שניבלה בוודאי אבל אם עשה בה טריפות הפוסלה מספק כגון ששהה במיעוט סימנים וכן שארי טריפות

טריפות שבשחיטה במיעוט סימנים פטור וכן אם מצא הסכין פגום ובדקו קודם השחיטה וי"ל דבעצם המפרקת איפגם לאחר שחיטה אע"ג דמחמרינן לענין איסור כמ"ש ביו"ד סי' י"ח מ"מ לענין ממון לא מפקינן מספק ואע"ג דלגבי מומין אמרינן דמקח טעות הוא גם בספק כמ"ש בסי' רל"ב דהתם שאפילו מספק פרשי אינשי אין לך מום גדול מזה והוי מקח טעות משא"כ כשבא להוציא ממון מפני שהזיקו יכול לומר הבא ראיה שהפסדתיך [ש"ך] ואף דנוהגין שם לאסרו מ"מ פטור מממון וכן הכריע רבינו הרמ"א ומ"מ שכרו הפסיד דדילמא בסכין פגום שחט וכשם שהבעה"ב אינו יכול להוציא ממנו ההפסד כמו כן אינו יכול להוציא מהבעה"ב שכרו וכתב אחד מגדולי אחרונים דדוקא בחומרא שלא נתפשטה בכל המדינה דיש מקילין ויש מחמירין אבל במה שאין מי שמקיל בזה כמו שהיה במיעוט קמא ומיעוט בתרא צריך לשלם דזהו כטריפה ודאית וכן נראה עיקר [שם] ושוחט שסילק סירכא וכוונתו היתה לסלקה ולהכשירה כפי המנהג וקלקל בהסרתה ונטרפה אח"כ א"צ לשלם כיון שכוונתו היתה לטובה [נה"מ]:

יג ולא לבד במעשה בפועל חייב אלא אפילו בדיבור בעלמא לפעמים כגון המראה מטבע לשולחני לידע הטובה היא ולקבלה אם לאו וא"ל טובה היא ונמצאת רעה או מזוייפת אם נתן לו שכר בעד ראיתו חייב לשלם אע"פ שהוא בקי ואינו צריך להתלמד אצל אחרים בבקיאות מטבע ואם ראה בחנם פטור אם הוא בקי שאינו צריך להתלמד ואם אינו בקי חייב לשלם והוא שאמר להשולחני אני סומך עליך או שהיו הדברים מראים שהוא סומך לגמרי רק על ראיתו ובלא זה אין לנו לחייב את השולחני מפני שיכול לומר לא ידעתי שתסמך עלי לבדי ותשאל עוד אצל אחרים ולכן לא דקדקתי יפה יפה וי"א דאפילו סתמא נמי חייב דכל המראה לשולחני מסתמא סומך עליו לגמרי וכתב רבינו הרמ"א דהסברא הראשונה נראה עיקר ובשכר חייב אע"פ שלא אמר עליך אני סומך [נה"מ] דכיון דנוטל שכר וודאי דסמיך עליה לגמרי וחיוב זה הוא מדיני דגרמי שיתבאר בסי' שפ"ו ובשכר הוי חיובו כש"ש:

יד וה"ה אם ראובן שאל לשמעון אם לוי הוא אמוד ובטוח להלוות לו מעות וא"ל שהוא אמוד ובטוח והלוה לו על פיו אם א"ל עליך אני סומך או שהענין מוכיח כן שסומך עליו ואח"כ נמצא שלא היה אז אמוד ובטוח חייב לשלם לו מדין ערב כמ"ש בסי' קכ"ט ואם לא א"ל אני סומך עליך ולא היה הענין מוכיח שסומך עליו פטור [ש"ך] וכן אם אחד בא ליקח סחורה בהקפה מסוחר ושאל הסוחר לאחר אם יכול להקיף לזה ג"כ הדין כן [שם] ונ"ל דזהו דוקא כששאלו שלא בפניו אבל אם שאל בפניו אין לחייבו שבידוע שבפניו לא היה ביכלתו להגיד שאינו בטוח ואין לחייבו רק בערבות גמורה ואף אם רק יודע הלוה ששאל ממנו נ"ל דאין לחייבו ולא היה לו להמלוה והסוחר לסמוך עליו ושמאים ששמו חפצים לבע"ח וקבלו ע"פ שומתם ואח"כ נמצא שטעו אין דומה לדינים אלו ודינם כב"ד שטעו דפטורין כמ"ש בסי' כ"ה [נה"מ] ודוקא כשבקש אותם הוא או הב"ד שישומו אבל אם באו מעצמם ואמרו שישומו וביכלתו לסמוך עליהם וטעו חייבים לשלם מדיני דגרמי ואין להם דין ב"ד [נ"ל] וכן אם שמו בשכר נ"ל דחייבים בכל ענין דדינם כש"ש:

טו כתב רבינו הרמ"א הנותן מעות לחבירו לכתוב לו ס"ת ונמצאו בו טעותים וצריך לשכור אחר שיגיהו אותה אם הם טעיות שדרך הסופרים לטעות אין הסופר חייב כלום אבל אם טעה כל כך שאין דרך לטעות חייב ומ"מ אזלינן בתר המנהג אם מנהג המקום שכותבי ספרים מגיהים בעצמם אף זה צריך להגיה ובסתם המקומות שאין על הסופר להגיה אם עמד והגיה מעצמו חייבים הבעלים לשלם לו עכ"ל דהוה כיורד לשדה חבירו שלא ברשות שנתבאר בסי' שע"ה ודוקא כשרצונו לסמוך על הגהתו אבל אם אין רצונו לסמוך עליו ונותן למגיה אחר א"צ לשלם לו [נ"ל]:

טז [ב"מ ק"ט:] אמרו חז"ל דמי שהוא ממונה על העיר באחת המלאכות וקלקל מסלקין אותו בלא התראה כגון הנוטע אילנות לאנשי העיר והפסיד בנטיעתם וכן שוחט של בני העיר שהטריף בשחיטתו הרבה בהמות והמקיז דם שחיבל כמה אנשים וסופר העיר הכותב שטרות שטעה והפסידו הבעלי דברים על ידו בין סופר בלה"ק ובין סופר בלשונות לעז [נ"ל] ומלמד תינוקות שפשע ולא למד אפילו יום אחד מעל"ע [סמ"ע] או למדם בטעותים וכל כיוצא באלו מהאומנים שא"א שיחזרו ההפסד שהפסידו מסלקים אותם בלא התראה שהם כמותרים ועומדים עד שישתדלו במלאכתם הואיל והעמידו הציבור אותם עליהם ואף כשעושים בחנם מסלקינן להו שלא יעשו לא בחנם ולא בשכר [סמ"ע] ואפילו כשעושים בשכר ובדבר ששייך שישלמו כמו בטבח מ"מ מסלקינן להו דהרי צריכים לבשר ומה מועיל התשלומים וכן כל כיוצא בזה [שם] וי"א דלאו דוקא לציבור אפילו היה ממונה ליחיד מסלק אותם קודם הזמן ונ"ל דבממונה ליחיד אין כחו יפה שיסלק אותם שלא יעשו עוד לאחרים ואע"ג שמלשון הטור משמע דשוין הם זהו לענין ההסתלקות וכ"ז כשדרכם להפסיד תדיר אבל בשביל הפסד אקראי לא מסלקינן להו ולפחות צריכין שיהיו מוחזקים בשלשה פעמים או שיתרו אותם [נמק"י שם]:

יז מעשה בראובן שנתן מטוה לשמעון לארוג לו בגד וטען עליו החלפת לי טוב ברע ושמעון הודה שנחלף לו ואמר שנעשה בלי דעתו ואומר לראובן השבע כמה הוא ההיזק ואשלם לך וטען ראובן איני יודע כמה הוא השבע אתה כמה ופרע לי ואמר שמעון ג"כ שאינו יודע ופסק הרא"ש ז"ל [תשו' כלל ק"ד] ששמעון מחוייב לישבע ואינו יכול לישבע ומשלם כפי שומת השמאין ואע"ג דדין

זה אינו אלא בטענת ברי כמ"ש בסי' ע"ה מ"מ זהו כטענת ברי דהרי תובעו ודאי שיש היזק וזה מודה לו ואינו יודע כמה ובע"כ שישלם כפי שומת השמאין [ומתורץ קושית סקל"ס] :

הלכות שוכר

סימן שז [דיני שוכר ואם השכיר או השאיל לאחר מה דינו ובו י"ג סעיפים] :

א השוכר מחבירו בהמה או כלים דינו כש"ש להתחייב בגניבה ואבידה ופטור מאונסין ואף שהשוכר משלם לו מ"מ בהנאתו שנהנה מזה נעשה ש"ש ומפני שהנאת שניהם היא אין דינו כשואל כמ"ש בריש סי' רצ"א ועמ"ש בסי' ש"ו :

ב יכולין המשכיר והשוכר לחזור בהם עד שימשוך או עד שיעשה אחד מדרכי הקנין וכן אינו מתחייב בגניבה ואבידה ובפשיעה עד שיעשה קנין וזהו דעת הרמב"ם כמ"ש שם וי"א שמשסילקו הבעלים שמירתן מעל החפץ מדעת השוכר נתחייב בשמירתה והקנין הוא לענין חזרה כמ"ש שם :

ג מעשה בראובן ששכר בית משמעון ונתן שם חטים ומחמת ששהו שם החטים ימים רבים נתקלקלו הכתלים ונפלו והזיקו לשמעון ולשכניו והיה ניכר וידוע קלקול הכתלים והתרו בו לסלק החטים ולא סילקן פסק הרא"ש ז"ל דהוי פושע ויותר מפושע דהוא כמזיק גמור דהרי הזיק בגירי דיליה וחייב לשלם כל ההיזק דאלו היה רק פושע היה פטור בקרקע כמ"ש בסי' ש"א אמנם זהו מזיק ממש וגם אחר שאינו שוכר אם עשה כן חייב [ס"ך] וזה שצריך התראה מב"ד דוקא כשלא היו הכתלים רעועים בעת שהניח שם החטים אבל אם אז היו הכתלים רעועים חייב לשלם גם בלא התראה [נס"מ] דמזיק א"צ התראה אמנם בכה"ג אם שכר מפורש להניח בו חטים אין האחריות עליו אלא על המשכיר ורק בשכר סתם ולא היה לו להניח שם חטים אמנם אם בשעת שכירותו היו הכתלים טובים אפילו שכרו להניח שם חטים ורק מפני שהניחם שם זמן הרבה נתקלקלו הכתלים החיוב על השוכר וכמו שפסק הרא"ש ז"ל וצריך בזה התראה מב"ד דוקא [כן מוכרחני לפרש והו"ק] :

ד כל דיני ש"ש בשבועותיו ובתשלומיו ובענין קניית הכפל נוהגין ג"כ בשוכר וכשם שאין השומר רשאי למסור לאחר כך אין השוכר רשאי להשכיר לאחר מה ששכר הן בעלי חיים הן מטלטלין ואפילו לפמ"ש בסי' רצ"א סעיף מ"ה מ"מ בשוכר פשיטא דהוי איסור גמור דאיך ימסור לאחר להשתמש בשל חבירו בלתי ידיעתו ואם עבר והשכיר דינו כדין שומר שמסר לשומר שנתבאר שם :

ה השוכר פרה מחבירו והשאילה לאחר שלא ברשות המשכיר או אפילו נתן לו רשות ומתה כדרכה או נאנסה כיון שהשני חייב לשלם יחזרו התשלומין למשכיר ואף כשהמשכיר יודע שנאנסה [טור] ואע"ג דאם היה אצלו היה פטור בזה מ"מ אין הלה עושה סחורה בפרתו של חבירו וחשבינן כאלו הוא שלוחו של המשכיר להשאילו [רא"ש] ואם אמר לשוכר אם תרצה תשאילנה ויהיה דינך עם השואל ודיני יהיה עמך ישלם השואל להשוכר והשוכר פטור כיון שהתנה כן ודוקא כשיש עדים שנאנסה או מתה כדרכה או כשהשוכר בעצמו יודע כן ויכול לישבע ע"ז דאל"כ אף אם רק השכירה לאחר חייב בכל ענין לשלם כמ"ש שם ובהשכירה לאחר גם כשיש עדים שנאנסה אם אין עדים שלא היתה תחלתו בפשיעה חוששין לזה כיון שהראשון אינו יכול לישבע שהשני לא פשע בה והשני אינו נאמן לו בשבועתו אם לא היה רגיל להשכירו כמ"ש שם ושבועה שלא פשעתי היא מן התורה ובהכרח לישבע אותה וכשאינו יכול לישבע חייב לשלם ולכן לדעה שנתבאר בסי' רצ"ד דשבועה שלא פשעתי הוא רק דרך גלגול פטור בכה"ג [נס"מ] :

ו ש"ח או ש"ש שהשאיל או השכיר לאחר חייב בכל ענין לשלם דהא השומר אין לו רשות להשתמש בה וכשהשאילה או השכירה לאחר שישתמש בה הוי שליחות יד וחייב בכל ענין [ס"מ ב"מ ל"ס:]

ז יש לפעמים שהשוכר פרה מחבירו יצטרך המשכיר לשלם להשוכר כיצד ראובן ששכר פרה משמעון על מאה ימים וא"ל שמעון אם תרצה תשאילנה במשך הזה ויהיה דינך עם השואל ודיני יהיה עמך וחזר שמעון ושאלה ממנו על תשעים יום ומתה אצלו באונס הרי צריך לשלם לראובן פרה כדין שואל דכיון שהתנה שיהיה דינו עם השואל מה לי שואל אחר או שהמשכיר שאלה ולבד זה צריך המשכיר ליתן פרה להשוכר להשלים לו שכירות עשרה ימים מה שנשאר לו מקודם מהמאה יום כשהשאילו להמשכיר ואם השאילו לכל ימי השכירות אפשר דבטל ממנו שם שוכר כיון שלא השאיר לעצמו משכירותו שום זמן [כתוס' סס כמסתפקים בזה] ואין לשאול על מה שכתבנו שעוד צריך ליתן לו פרה על עשרה ימים להשלים שכירותו ינכה לו שכרו שנוטל בעד אלו הימים בעת שמשלם לו די"ל דוודאי אם שכר ממנו פרה זו הדין כן הוא כיון שמתה אבל כששכר ממנו פרה סתם מחוייב להעמיד לו פרה אף כשמתה כמ"ש בסי' ש"י ולכן יכול השוכר לומר העמד לי פרה ואשלם לך השכירות [ענס"מ] :

ח קיי"ל דאדם שהזיק אדם משלם חמשה דברים נזק וצער וריפוי ושבת ובושת כמ"ש בסי' ת"ך ושבת הוא כגון .

כגון שהזיק לו ידו שאין ביכולתו לעשות עמה מלאכה משך זמן ואח"כ תשוב לאיתנה א"צ לשלם לו נזק היד אלא ישלם מה שיתבטל ממלאכתו משך זמן הזה ועוד יש מין שבת ויתבאר שם בס"ד ונזק הוא כשקלקל ידו לעולם שמין שווי היד וקיי"ל דאדם שהזיק בהמה אינו משלם אלא נזק בלבד ולפ"ז הדין פשוט דאם לקח אדם סוסו של חבירו וסגרו בחדר על כמה ימים פטור בדיני אדם אע"פ שהפסידו ממלאכתו שהיה משתכר עמו מ"מ פטור דאין זה נזק אלא שבת שביטלה ממלאכתה ובבהמה ליכא דין שבת :

ט ויש שלמדו מדין זה שהשוכר פרה מחבירו ונולדה בה מכה בפשיעת השוכר שלא מחמת מלאכה כגון ששינה בהמלאכה וע"י זה נתהוה המכה וסופה להתרפאות אלא דתתבטל ממלאכה משך זמן אחר שתכלה זמן שכירותו דפטור השוכר מלשלם לו שאין זה אלא שבת כיון שתשוב לאיתנה ואין שבת בבהמה ויש חולקים בזה וס"ל דרק כשסגרה שייך שבת אבל במכה שבגופה אף שתתרפא במשך העת מ"מ אין זה שבת אלא נזק דדוקא אדם שאינו עומד למכירה שייך לומר בו שבת בכה"ג אבל בהמה שלמכירה עומדת כל שעה ואם יבואו למכרה עתה בהמכה כמו שהיא הלא יתנו בעדה פחות מבלא מכה א"כ הוי נזק גמור ויש מי שכתב שהעיקר כדעה זו [קל"ה] אבל רבינו הרמ"א כתב דסברא הראשונה עיקר לדינא דכן כתב הטור בסי' ש"מ בנכחש בשר וסופה לחזור דפטור מטעם שבת ויש שכתבו דהוי ספיקא דדינא ואם תפס בעל הבהמה אין מוציאין מידו ואף לדעה ראשונה אינו אלא אם תחזור לבריאותה לגמרי אבל אם ישאר בה קצת רושם צריך לשלם כל הנזק [נס"נ] ובסי' ש"מ יתבאר עוד בזה בס"ד :

י יש מי שכתב שהחובל בהמת חבירו והוציא בעל הבהמה הוצאות לרפואתה חייב החובל לשלם לו ואע"פ שאין בבהמה תשלומין רק נזק מ"מ כיון שע"י הריפוי מתמעט הנזק הוי זה עצמו נזק ואם יכולה לשוב לבריאותה בלא הוצאת ריפוי א"צ לשלם הריפוי וכן מה שאוכלת כל ימי חליה צריך לשלם לו דנהי דמה שהיתה מרווחת יותר ע' אכילתה מקרי שבת מ"מ מה שמפסידו בהוצאת אכילתה הוי נזק גמור [סב"י] ודברי טעם הם ופשיטא דלא גרע זה מגרמי [וכ"כ בנס"מ סי' ש"מ] :

יא כתב אחד מגדולי אחרונים דזה שבשוכר נקרא שבת דא"צ לשלם לפי דעה ראשונה אין זה רק כשנתבטלה ממלאכתה אחר שהשיבה להמשכיר אבל אם נתבטלה ממלאכה אצל השוכר יותר מזמן שכירותו כגון ששכרה לחדש וע"י המכה נתבטלה ממלאכתה שני חדשים צריך לשלם לו שכירות בעד שני חדשים ואפילו שלא ע"י מכה רק שסגרה בחדר צריך לשלם להמשכיר כפי הזמן שהיתה אצלו דשבת לא שייך רק באדם מן השוק כשתפש בהמת חבירו וסגרה והבטיל אותה ממלאכתה אבל בשוכר אין שם שבת ע"ז אלא שכירות ומשלם ואם שכרה בזהוב ליום אחד והשהה אצלו שני ימים אף שהיתה בטילה אצלו משלם שני זהובים כדמוכח ממה שיתבאר בסי' ש"י [נוב"י] ודברים ברורים הם דמה לנו להטיל בזה שם שבת נטיל ע"ז שם שכירות ואדם אחר שסגרה אף שעשה מעשה גזלן וחייב בדי"ש מ"מ בב"ד פטור :

יב עוד נ"ל דאדם שתפס בהמה חולבת של חבירו וסגרה כמה ימים עד שנתמעט חלבה או נתקלקלה בגופה דצריך לשלם דזהו נזק גמור דכשיבואו למכרה יתמעטו דמיה עי"ז וכיון שיש מקצת נזק חייב לשלם בעד כל הנזק ואפילו לדעה ראשונה שבסעיף ט' דהתם הלוקח יודע שבמשך פלוני תשוב לאיתנה אבל החלב שהפסידה לא יוחזר לו לעולם ופשיטא שאם חלב אותה שמשלם כל דמי חלבה וכה"ג בשארי דברים :

יג אמרו חז"ל בתוספתא [פ"ח דב"מ] אין אדם רשאי לחרוש בפרתו ערבית ולהשכירה שחרית דצריך ליתן להשוכר בהמה שנחתה ממלאכתה כדי שיהא יכול השוכר לעשות בה מלאכה כראוי ואף לעצמו אסור לעשות כן מפני צער בעלי חיים דהרבה חששה התורה לצער בע"ח והרי אמרו חז"ל [ברכות מ'] שאסור לאדם לאכול עד שיתן תחלה לבהמתו שנא' ונתתי עשב בשדך לבהמתך והדר ואכלת ושבעת :

סימן שח [השוכר בהמה לרכב עליה או לאסרה בעגלה כמה משא יתן ובו י"ד סעיפים] :

א כתב הרמב"ם בפ"ד משכירות השוכר את הבהמה לשאת עליה משקל ידוע והוסיף על משאו אם הוסיף חלק משלשים על השיעור שפסק עמו ומתה חייב פחות מכאן פטור אבל נותן הוא שכר התוספת שכר סתם אינו נושא אלא משקל הידוע במדינה לאותה בהמה ואם הוסיף חלק משלשים כגון שרכבה לשאת שלשים וטען עליה שלשים ואחד ומתה או נשברה חייב עכ"ל דהכי קים להו לחכמים שבחלק אחד משלשים מהמשא ביכולת הבהמה להתקלקל מזה ובפחות מזה לא תתקלקל :

ב ודקדקו המפרשים מדבריו שכתב שכששכר על משקל ידוע והוסיף אחד משלשים חייב אע"פ ששארי בהמות כאלו נושאות יותר ממשא זו עם התוספת מ"מ מדהושוה רק על משא זו מסתמא ידע בחלישות בהמתו שאין בה כח לשאת יותר :

ג וי"ש מרבותינו שחולקין בזה וס"ל דנהי דלכתחלה אסור לו

לו להוסיף מכפי ששכר מ"מ כל זמן שהמשא הוי פחות מכפי הרגיל ליתן על בהמה כזו אין מחייבין אותו [רמב"ן] ויש שכתבו דלא פליגי כלל דודאי אם המשכיר אמר להשוכר אני משכיר לך בהמתי שתתן עליה משא כך וכך אם הוסיף חייב אע"פ ששארי בהמות נושאות יותר דבודאי ידע שבהמתו אין ביכלתה לשאת יותר דאל"כ למה השכירה לפחות מהמורגל אבל אם השוכר אמר להמשכיר השכר לי בהמתך על משא כך וכך אינו חייב בהוספתו רק כשהוסיף על המשא הרגיל ליתן על בהמות כאלו דאין ראיה שהיא חלושה אלא שהשוכר לא הוצרך למשא יותר ודברי טעם הן [ב"י]:

ד יש מרבותינו שכתבו דכשהוסיף אחד משלשים על המשא שדרך בהמות כאלו לשאת ומתה או נשברה אפילו לא ידעינן הסיבה מפני מה מתה ונשברה חייב משום דתלינן דמחמת ההוספה הוא אבל בשכרה על פחות מכפי הרגיל והוסיף אחד מל' ומתה או נשברה לא תלינן הסיבה בזה מן הסתם אא"כ נראה להדיא שמהוספה מתה ונשברה דהוי מזיק כיון ששינה [נמק"י פ"ו דב"מ]:

ה ונראה דהכל אמת לדינא דכולם נכונים בטעמן לפיכך אם המשכיר אמר להשוכר אני משכיר לך על משא כך וכך חייב בהוספתו אפילו לא ידעינן הסיבה ואם השוכר אמר הנני שוכרה על משא כך וכך אם לא ידענו הסיבה פטור בהוספתו ואם ידענו שהסיבה היתה מחמת ההוספה חייב ובהוספה פחות מחלק שלשים פטור אפילו כשידוע שמתה מחמת ההוספה [קלס"ח] דהוה כאנוס ואף שלכתחלה אסור לו להוסיף אף כל שהוא מ"מ אין לחייבו בכך ועוד דודאי לא מפני ההוספה בלבד מתה דכבר אמרו חז"ל שבפחות מחלק ל' א"א שתמות או תשבר ויותר קרוב שלא היה ביכלתה לשאת גם המשא שהושוה עמו וא"כ המשכיר עצמו פשע בזה ונראה עוד דאפילו הושוה עמו ליתן עליה משא יותר מכפי הרגיל אינו חייב בהוספה פחות משלשים מטעמים שבארנו וכל מדות חכמים כן הוא:

ו השוכר בהמה לרכב עליה איש לא ירכיב עליה אשה דאשה כבדה מאיש מיהו י"א דזהו רק לכתחלה אבל בדיעבד אף שנזוקה הבהמה אינו חייב לשלם ויש חולקין ולפי החלוקים שנתבארו לא פליגי לדינא דאם המשכיר אמר אני רוצה להשכירה לאיש חייב בכל ענין ואם השוכר אמר כן אינו חייב אא"כ ידוע שמחמת כבדתה נזוקה ולכל הדעות אם מנהג המקום ליקח ביוקר ברכיבת האשה משל איש יוסיף לו כפי המנהג ואם שכרה לרכב עליה אשה יכול לכתחלה להרכיב עליה איש:

ז שכרה לרכב עליה איש יכול להרכיב איזו איש שירצה ושכרה להרכיב עליה אשה מרכיב עליה כל אשה שירצה בין גדולה בין קטנה ואפילו מעוברת וגם היא מניקה ונושאת עמה הולד וכשמניקה תאומים אפשר שיש קפידא כיון דלא שכיחא ואם שכרה בעד קטן או קטנה אין לו להרכיב עליה גדול או גדולה ואם שינה חייב בכל ענין דהפרש רב יש במשקלם והוה פשיעה ומזיק:

ח כתב הטור בשם הרמ"ה דוקא שכר לאשה סתם אבל לאשה זו אינו יכול לשנות לאשה אחרת אפילו אינה כבדה ממנה וי"א שיכול לשנותו אם אינה כבדה ממנה וכן דעת א"א הרא"ש ז"ל עכ"ל וכן הסכימו גדולי האחרונים וכ"ז דוקא כשהשוכר או הבעלים הולכים עם הבהמה דאל"כ אפילו מכבד לקל לא ישנה שאין השוכר רשאי להשכיר ואסור לו ליתן את הבהמה על יד אחר ואם הוא אחד מבני ביתו של השוכר יכול לשנות אפילו אינו הולך עמה כמו שאמרו כל המפקיד ע"ד אשתו ובניו ובני ביתו הוא מפקיד [ס"ך] ובכל ענין לא ירכיב עליה אנס דסתם אנס אינו חושש על ממון ישראל ואם עשה כן הוי פושע וחייב בנזקה:

ט אמרו חז"ל [ב"מ ע"ע:] השוכר את החמור לרכב עליה יש לו להניח עליה כסתו ששוכב עליו ולגינו שמחזיק בה מים או יין ומזונותיו של אותו הדרך לפי שאין דרך השוכר לחזור בכל מלון ומלון לקנות מזונות יתר על זה אם בא להניח הרי מעכב עליו בעל החמור וכן יש לבעל החמור להניח עליה שעורים ותבן ומזונות לעצמו של אותו היום יתר על זה השוכר מעכב עליו מפני שאפשר לו לקנות בכל מלון ומלון לפיכך אם אינו מצוי לקנות בכל מלון או שבשארי מלונות המזון לא טוב או ביוקר מניח עליה מזונותיו שלו ושל בהמתו של אותה הדרך ואם יש שם מנהג ידוע יעשו כמנהגם:

י במדינתנו שנוסעים בעגלות כשהושוה עמו שיסע לבדו או שני אנשים אסור לו להבע"ג להוסיף יותר וכשדיבר עמו להושיבו תחת המחסה של העגלה אסור לו להושיבו שלא במקום המחסה וכשדיבר שלא יהיה משא על העגלה אסור לו ליטול משא אף מעט ואם דיבר שלא להושיב אשה בעגלה מפני שמקפיד לנסוע עם אשה אסור לו להושיב שם אשה ומפני שאלו הדברים קלים בעיני העגלונים צריכים להודיע להם את הדין שבשמשנים הם גזלנים גמורים:

יא אמרו חז"ל [שם פ'] שהנפח של המשא קשה למשא לפיכך השוכר את הבהמה להביא עליה מאתים ליטרין של חטים והביא מאתים של שעורין שהן קלין מחטין ומתה חייב מפני שהנפח קשה להמשא וכן אם שכרה להביא תבואה כך וכך במשקל והביא תבן במשקל זה אבל אם שכרה להביא שעורים במשקל כך וכך והביא במשקלה חטים פטור וכן כל כיוצא בזה:

יב יראה לי דכל מה שנתבאר שחייב בההוספה זהו כשהלך השוכר לבדו עם הבהמה או שגם המשכיר הלך רק שלא ידע מן ההוספה אבל כשידע ולא מיחה בו אין השוכר חייב בנזקה דהיה לו למחות בו ומדלא מיחה מסתמא הוה ניחא ליה וכן משמע ממה שיתבאר בסעיף י"ג:

יג הכתף שנשא משא על כתפו והוסיפו לו הבעלים על המשא אמרו חז"ל [סס] דכשהוסיף לו קב אחד והוזק חייבים הבעלים בנזקין דמשא האדם הוא שלשים קבין [טור] ואין לומר כיון שהוא בר דעת היה לו להשליך המשא ממנו די"ל דכיון שלא ידע מהתוספה היה סבור שמחמת חלישותו עתה הרגיש זה הכובד ובין כך ובין כך צריכים לשלם לו בעד התוספת [פ"ז] ואינו חייב אלא בנזק בלבד ולא בארבעה דברים דבאלו אינו חייב רק כשהזיקו בידים [טור] ואפילו נחבט לאלתר מ"מ אינו כמזיק בידים ופטור מד' דברים [כס"מ] דלא כיש מי שחולק בזה וכן משמע בש"ס שם:

יד הלוקח חמורו או סוסו של חבירו שלא מדעת בעלים ועשה עמו מלאכה אע"פ שהיה בדעתו ליתן לו שכרו מ"מ הוא כשואל שלא מדעת והוה גזלן וחייב באונסים ואם הבהמה עומדת לשכור לא הוי גזלן ופטור מאונסים אבל בפחת שמחמת מלאכה חייב כשרצון הבעלים בזה יותר מבשכרה כמ"ש בסי' שס"ה [כס"מ] ומיהו אם מיחו בו בני הבית ואמרו לו שבעל הבהמה צריך לה עתה הוי כשלא מדעת והוא גזלן ובכל מקום שדינו כגזלן צריך לשלם פחתה ולא שכרה כמ"ש שם ואם אין בה פחת א"צ לשלם כלום דכל הגזלנים משלמים כשעת הגזילה אמנם כשאירע לבעה"ב איזה הפסד פתאומי והוכרח ליטול בהמתו של חבירו להציל הפסדו ורוצה ליתן לו הפסדו או שכרו לא הוי גזלן ולכתחלה רשאי לעשות כן בלא דעת בעל הבהמה דתנאי ב"ד הוא דכל מי שפגע בו היזק פתאומי הרשות בידו ליקח כליו ובהמותיו של חבירו להציל א"ע מן ההפסד ונותן לו שכרו כמ"ש בסי' רס"ד ואפילו מתה מחמת מלאכה פטור כיון דתנאי ב"ד הוא [סס] הוי כשוכר מדעת בעלים דפטור בכה"ג דהא אפילו שואל פטור במתה מחמת מלאכה ואפילו לדעת החולקים בסי' רד"ע זהו שאינו יכול לכופו בע"כ אבל כשאינו כאן הכל מודים שיכול ליקח שלא מדעתו להציל הפסדו [סמ"ע]:

סימן שט [השוכר את הבהמה לילך למקום זה והלך עמה למקום אחר ובו י' סעיפים]:

א השוכר את הבהמה להוליכה למקום ידוע והוליכה למקום אחר אם אויר המקום שהוליכה שם משונה מאויר המקום ששכרה לילך שם ומתה או שנחשים או שארי מזיקים מצוים שם והכישה נחש או שאר מזיק חייב אפילו אם זו הדרך קצרה מהדרך שפסק עמו אבל אם אין האויר משונה שם ואין מזיקים מצוים ואינה ארוכה יותר מהדרך שפסק עמו פטור:

ב ואם פסק עמו להוליכה בהר והוליכה בבקעה או להיפך ונתיגעה ומתה חייב דכששינה מבקעה להר תולין שמא בטורח עלייתה על ההר נתיגעה ואפילו לא מתה מיד עד שבאתה למישור אנו תולין אותו בטורח העלייה ואלו הוליכה בבקעה לא היתה מתייגעת ואם שינה מהר לבקעה תלינן דשמא אם היה מוליכה בהר היה האויר שולט בה ולא היתה מתייגעת וכ"ז דוקא כשנתייגעה ומתה אבל אם מתה כדרכה פטור ואע"ג דהוי תחלתו בפשיעה דהשינוי הוי פשיעה לענין הוחלקה והוחמה כמו שיתבאר מ"מ פטור דכל שאין האונס מצד הפשיעה פטור כמ"ש בסי' רצ"א [ד"מ] ועוד דבשינוי מהר לבקעה ולהיפך אין זה פשיעה גמורה דהזיקות מצוי בזה כבזה אלא שהזיקות חלוקות הם [נמק"י פ"ו דב"מ]:

ג השוכר את החמור להוליכה בהר והוליכה בבקעה אם הוחלקה פטור אף שעבר ע"ד בעלים והיה אסור לו לעשות כן מ"מ כיון דהאונס שנתהוה היה מוכן בהר יותר פטור ואם הוחמה חייב דבבקעה יש יותר חמימות מבהר ומתה מחמת השינוי ואם שכרה להוליכה בבקעה והוליכה בהר הוי להיפך דאם הוחלקה חייב שהחלקלקות מצוי בהר יותר מבבקעה ואם הוחמה פטור שבבקעה יש יותר חמימות מבהר מפני הרוח שמנשבת בראשי ההרים ודוקא שלא הוחמה מחמת העליה להר כגון שבעת שעלתה היתה גם אח"כ איזה זמן שלא בחמימות אבל כשהוחמה מחמת המעלה כגון שמיד שעלתה ראינו שהוחמה חייב כמ"ש בסעיף ב' וכן כל כיוצא בזה כגון אם שכרה להוליכה למקום אחד והוליכה למקום אחר וידוע שהאויר משונה שם חייב כמ"ש בסעיף א' ותלינן שמפני שינוי האויר מתה ואם שכרה להוליכה במקום מישור והוליכה בהר והוחמה מחמת המעלה או הוחלקה וכן אם הוליכה בבקעה והוחמה חייב אבל אם הוחלקה שם פטור ואם שכרה להוליכה בהר והוליכה במקום מישור והוחלקה פטור אבל אם הוחמה חייב דעל ההר מנשבת הרוח יותר מבמישור ואם שכרה להוליכה בבקעה והוליכה במקום מישור פטור בין כשהוחלקה בין כשהוחמה שאין בזה לתלות במישור יותר מבבקעה [נ"ל]:

ד מעשה באחד שהשכיר בהמתו לילך בה למקום פלוני ואמר להשוכר שיחזירנה לו למחר ורוב אנשים שנוסעים למקום זה חוזרים בו ביום וכן עשה השוכר הזה שהלך עליה למקום ההוא והחזירה בו ביום ונתרעם המשכיר לזקני העיר על אשר הוליכה והביאה ביום אחד שנחלתה מזה ואמרו לו הזקנים שיקבלה וישתדל ברפואתה וכן עשה ולבסוף ח' ימים מתה ופסק הרא"ש ז"ל דהשוכר חייב כיון שפשע בה דמסתמא ידע המשכיר בבהמתו שאין ביכלתה לילך ולשוב ביום אחד וכמ"ש בסי' ש"ח

סעיף

סעיף ג' ואף שלא מתה מיד אלא לאחר ח' ימים מ"מ כיון שהתנה עמו ושינה ונחלתה מזה ומתה לאחר זמן יש הוכחה שמזה מתה ומה שקיבלה המשכיר ע"פ מאמר הזקנים לא היה צריך לזה דהשוכר היה מחוייב לטפל בה עד שתבריא ולכן אין דינו של המשכיר רק כש"ח וישבע שלא פשע בה במאכל ובהשקאתה כפי שהיתה צריכה אז ולא רכב עליה לצרכו בתוך השמונה ימים רק להשקותה והשוכר חייב לשלם לו :

ה כתב רבינו הרמ"א בסי' של"ה אחד ששכר סוס על שמונה ימים לילך למקום אחד וכאשר הלך שני ימים נמלך וחזר למקומו יכול לעשות באלו ששה ימים עם הסוס מה שירצה להשכירו בעיר להביא עצים או שארי מלאכות המיוחדים לסוסים באותה עיר אע"פ שזו המלאכה כבדה מן הראשונה דניחא ליה שתהא בהמתו בעירו ועושה מלאכה כבדה ממה שתלך למקום רחוק עכ"ל ונ"ל דכוונתו בסתמא אבל אם יודע שאין רצון המשכיר לעשות בבהמתו מלאכה כבדה אסור לו לעשות ואף גם בסתמא אינו אלא בכבדה מעט יותר אבל בכבדה הרבה אסור לו לעשות ועוד נ"ל דמה שהתיר להשכיר אותה בהעיר זהו כשהשוכר הראשון ישגיח עליה דאל"כ הא אין השוכר רשאי להשכיר כמ"ש בסי' ש"ז ורצ"א :

ו השכיר את בהמתו והתנה עם השוכר שאם תמות שיתחייב לשלם לו ואח"כ מתה פטור מלשלם לו השכירות דיכול לומר לא קצבתי לך השכירות אלא בחזרתה ולא כשאפרע לך בעדה אא"כ התנה מפורש שישלם לו גם השכירות כשתמות [ס"ך] ואין בזה משום ריבית כמ"ש ביו"ד סי' קע"ז וזה שצריך לזה תנאי מפורש אינו אלא בהתנה עמו שישלם לו כפי שוויה בעת המשיכה והוה כמכירה מאותו זמן וא"כ למה ישלם שכירותה אבל בשוכר סתם כשחייב לשלם לו כשמתה בפשיעתו או ע"י מה ששינה בה צריך לשלם גם השכירות דהא מה שנכחשה מחמת מלאכה הוא על המשכיר וא"צ לשלם רק כפי שוויה בשעת הפשיעה ואם הוזלה באותו זמן הפחת למשכיר ולכן צריך לשלם השכירות [נס"מ] :

ז בזמן הש"ס היה המנהג שכשאחד רצה לחרוש שדהו היה שוכר פרה מאחד עם כלי מחרישה ובעל הפרה לא היה חורש בעצמו ונתנם על יד השוכר והעמיד שני נערים אחד אוחז בהדרבן לכוין הפרה לתלמיה והשני הולך אחר המחרישה ומכביד היתד בקרקע ובו הברזל הנקרא קנקן בלשון משנה ולפעמים היה בעל הפרה מעמיד את הנערים לפיכך השוכר את הפרה לחרוש בהר וחרש בבקעה ונשבר הקנקן פטור השוכר דההר קשה יותר מבקעה ואם היה חורש בהר פשיטא שהיה נשבר ודינו של בעל הפרה עם הנערים ואם שכרה לחרוש בבקעה או בארץ מישור וחרש בהר ונשבר הקנקן חייב השוכר ודינו של השוכר עם הנערים דהיה להם ליזהר במלאכתן כשארי חורשי בהרים וי"א דזהו דוקא כששכרן השוכר אבל אם הנערים הם שכורים מן בעל הפרה הרי הם פטורים מן השוכר הואיל דשינה מפני שיכולים לומר אנו השכרנו עצמנו לבעל הפרה לחרוש בבקעה ואתה ששנית שלם ובעל הפרה צריך ליתן להם שכרן ואף כשהשוכר הוא עני ואין לבעל הפרה מה לגבות ממנו מ"מ צריך לשלם להם שכירותן ואינו יכול לומר פשעתם במה ששמעתם לו לחרוש בהר דיכולין לומר כיון שלא אמרת לנו חרשו בבקעה סברנו דצריכין אנו לשמוע בקולו של השוכר אע"פ ששמענו ששכר ממך לחרוש בבקעה מ"מ היה לך להגיד לנו לחרוש בבקעה ודוקא כשאמר להם לכו עם השוכר לעשות מלאכתו סתם אבל אם אמר להם לכו וחרשו בבקעה א"צ לשלם להם [כ"מ בטור] :

ח כשהנערים חייבים לשלם מי מהם משלם אמרו חז"ל דזה האוחז את הכלי בעת המחרישה שהוא העמיקה יותר מדאי ולפיכך נשברה ואם היתה השדה מלא אבנים ושרשים שניהם חייבים בדמי הקנקן המנהיג אותה במלמד והאוחז את הכלי מפני שבמקום כזה בקל שישבר הקנקן וכשהבהמה תטה מעט מן הדרך ישבר מיד ויש לו לבעל הדרבן ג"כ ליזהר בזה ושניהם עלולים לפשיעה ואמרינן דמכח שניהם נשברה אא"כ אפשר לברר מכח מי נשברה דאז חייב רק זה שעל ידו נשברה :

ט שכרה לדוש בקיטניות ודש בתבואה והוחלקה פטור דכ"ש שהיתה מוחלקת בקיטניות ואם שכרה לדוש בתבואה ודש בקיטניות והוחלקה חייב שהקיטניות מחלקת ואם שכר בעל הפרה איש לדוש תבואתו של השוכר אם א"ל תדוש בתבואה הפסיד שכרו ואם א"ל לעשות מלאכתו של השוכר סתם אע"פ ששמע ששכר הפרה ממנו לדוש בתבואה מ"מ חייב בשכרו כמ"ש בקנקן :

י השוכר את החמור ונעשה פסח בדרך ולא חש השוכר לכך והניח עליו משוי ונתקלקל הוי פשיעה דלא היה לו להניח עליו משוי והיה לו לשכור בהמה אחרת ולהניח את החמור אצל אדם נאמן ולא להוליכו עמו כי גם ההילוך קשה לו ואם לא מצא אדם נאמן להניחו יכול להוליכו למקומו בלא משוי ודוקא כשאינו נחוץ כל כך לדרכו והיה ביכלתו לשכור בהמה אחרת להניח עליה המשא אבל אם היה נחוץ לדרכו ולא היה באפשרי להשיג בנקל בהמה אחרת לא הוי פשיעה אף כשהניח המשא עליו ויש לו רשות לעשות כן דעל זה שכר את החמור וכן הדין במדינתנו כששכר עגלה עם סוס ונתקלקל בדרך יש לו לשכור ע"ח בעל העגלה סוס אחר ויניח הסוס המקולקל אצל נאמן עד שיתרפא ואם אינו מוצא נאמן יאסור הסוס בצד העגלה ויוליכו עמו ואם א"א לו להשיג סוס אחר כגון שנחפז לדרכו יכול לנסוע כמו שהוא ונראה שאין חילוק בין שהבעל עגלה נוסע עמו או לא :

סימן שי [השוכר את החמור ונסתמא או מת או נשבר ובו ט"ו סעיפים]:

א השוכר את החמור או סוס בין לרכיבה בין למשא או סוס עם עגלה להוליכו למקום פלוני ומת החמור או הסוס או נשבר קודם שהגיע לאותו מקום חייב בעל הבהמה להעמידו למקום פלוני דהא שיעבד נפשיה לזה כמו שיתבאר ואין חילוק בין א"ל חמור סתם אני משכיר לך או חמור זה אני משכיר לך ובשניהם חייב להעמידו למקום פלוני ויש חילוק דבחמור סתם חייב לשכור לו חמור ובחמור זה אינו חייב לשכור לו חמור אחר דהא לא שיעבד לו אלא חמור זה אבל חמור הזה משועבד שיכול למכור נבלתו וליקח חמור אחר שיוליכנו עד המקום הפלוני ואם אין בדמי הנבלה ליקח חמור ישכור לו חמור בדמים אלו להוליכו למקום פלוני ואע"ג שנכלה כל הקרן של בעל החמור מ"מ יכול השוכר לעשות כן דהא שיעבד לו חמורו לזה ובמדינתנו גם העגלה נשתעבד לזה שיכול למכור העגלה כדי לשכור עגלה עם סוס להוליכו למקום פלוני:

ב ואם אין בהדמים אף לשכור אינו חייב ליתן לו חמור אחר כיון שא"ל חמור זה אלא משלם לו שכר הדרך עד כה ע"פ הפרטים שיתבארו ויש לו עליו תרעומות שנתן לו חמור רעוע כזה ודעת הרמב"ם ז"ל [פ"ה] דבא"ל חמור זה יש חילוק בין שכרו לרכיבה ולהוליך כלי זכוכית לשכרו לשארי משאות דברכיבה או כלי זכוכית הדין כמ"ש אבל בשארי משאות אינו חייב ליתן לו אחר מנבלתו אלא נותן לו שכר הדרך עד כה ומניח לבעל החמור נבלתו דלגירסתו בגמ' [ב"מ ע"ט] לא נאמר דין זה רק על רכיבה ורבים תמהו על חילוק זה ונ"ל הטעם דוודאי כשא"ל חמור זה יש גם לפרש דרק כמות שהוא השכיר לו ולא נבלתו אך ברכיבה וכלי זכוכית שיש קפידא גדולה באיזו חמור לרכוב ולהוליך זכוכית כמו שיתבאר לענין אם נסתמא ואמרו חז"ל אם יש בדמיה ליקח יקח לשכור ישכור שביד השוכר לעשות כרצונו משום דאמדינן שהיה דעתם כן ואין זה רק ברכיבה ובזכוכית שיש קפידא גדולה ליקח דוקא חמור טוב ובודאי לא נתרצה השוכר להוציא מכיסו על חמור טוב ובהכרח שהיה דעתם כן אבל בסתם משא שאין קפידא באיזה חמור לכך אמדינן דעת השוכר שגם הוא לא נתכוין רק להחמור כמו שהוא ולא לנבלתו ואם ימות ישכור מכאן איזו חמור שהוא [וע' במפרשי סמ"ע]:

ג זה שאמרנו שנותן לו שכרו עד המקום הזה זהו דוקא כשיכול לשכור חמור אחר עד מקום ששכרו בהמותר דמים שנשאר לו אחר תשלומו לבעל החמור ואם צריך להוסיף על זה ינכה לבעל החמור משכרו שעד כה ולהיפך אם יכול לשכור בזול יוסיף לבעל החמור כי אינו צריך להרויח ולהפסיד מזה [טור] או אפילו אם אינו מוצא לשכור חמור אחר רק שיכול למכור סחורתו בכאן אע"פ שלא יהיה הריוח כמו אם היה מוליך הסחורה למקום ששכרו אבל כשאינו מוצא למכור פה בקצת ריוח ואינו מוצא לשכור חמור אינו נותן לו כלום משכרו דהא לא הועילה לו נסיעתו עד כה מאומה וכן בחמור סתם שצריך לשכור לו חמור אחר צריך בעל החמור לשכור לו באופן שלא יעלה להשוכר ביוקר מכפי מה ששכרו וכן אם יכול לשכור בזול הריוח של בעל החמור [סמ]:

ד וכ"ז הוא בחמור סתם או בחמור זה ויש בדמי נבלתו לשכור אבל אם אין הנבילה שוה כלום וא"ל חמור זה צריך ליתן לו שכר הדרך שעד כה אפילו אם אינו מוצא לשכור ולמכור הסחורה בכאן דהא לא נשתעבד לו רק בזה החמור ושכר הדרך שעד כה צריך לשלם לו [סמ] דבמה פשע בעל החמור שלא ישלם לו:

ה ויש בכאן שאלה בזה שנתבאר דבחמור סתם חייב להעמיד לו חמור אחר במה נשתעבד לו על חמור אחר וי"א דבאמת זהו דוקא כשהקנה לו בקנין שיוליכו למקום פלוני אבל בלא קנין פטור מזה [ראב"ד] וי"א דה"פ כשבעל החמור מבקש שכרו שעד כה מחוייב להעמיד לו חמור אחר ואם לאו א"צ ליתן לו משכרו כלום אבל כשאינו מבקש שכרו אינו מחוייב להעמיד לו חמור אחר [סס"מ בשם י"מ] וי"א שבמשיכת החמור שמשך השוכר וכ"ש כשהתחיל לילך לדרכו זהו קנינו שבזה נשתעבדו נכסי המשכיר להעמיד לו חמור עד המקום ששכרו [רא"ש ורשב"א] ולפ"ז בכל ענין מחוייב להעמיד לו חמור [וכ"ס דעת הרמ"א בד"מ] ומדברי הרמב"ם ז"ל נ"ל דאדרבא דחמור סתם קילא מחמור זה וזהו ודאי דאינו משועבד לו לשכור בעדו חמור אחר אלא דחמור הראשון נשתעבד לו כשאינו שוכר בעדו חמור אחר הרי נבלתו ועורו של חמור זה משועבדים לו לשכור מהם חמור וזה שאמרו חז"ל בחמור סתם שחייב להעמיד לו חמור זהו לטובתו של המשכיר כלומר שביכולת המשכיר להעמיד לו חמור ואין השוכר יכול לכופו למכור הנבלה והעור ולשכור מהם חמור אבל בחמור זה יכול השוכר לשכור לו מהנבלה והעור בע"כ של המשכיר ולכן באמת בחמור סתם ג"כ אם אין הנבלה שוה כלום אינו מחוייב לשכור לו חמור ושכרו שעד כה ישלם לו [כ"כ]:

ו זה שנתבאר דבחמור סתם חייב להעמיד לו חמור אחר אינו אלא כשמת או נשבר שאינו ראוי כלל למלאכה אבל אם נתקלקל החמור ומ"מ ראוי עדיין למלאכתו כגון שנסתמא או התליעו רגליו או חולי אחר כיוצא בזה שראוי עדיין למלאכה אלא שנתוסף בו טורח להשוכר לישרו בדרך אם שכרו למשא יאמר לו המשכיר הרי שלך לפניך כיון שראוי עדיין למלאכה וגם מזלך גרם

ושכרו

ושכרו משלם לו בשלימות ואפילו ישתהה ע"י כן מעט בדרך אא"כ קבע לו עת מתי לבא לשם וא"א לבא על זה החמור לזמן הזה דאז חייב להעמיד לו חמור אחר אפילו אם בעל החמור בעצמו נוסע עמו ואין להשוכר טורח לישרו בדרך כמו בע"ג שלנו שנוסע בעצמו ג"כ אם נתקלקל הסוס כגון שנסתמא או התחיל לפסוח קצת ועדיין ביכלתו לילך בעגלה אם לא קבע לו זמן אין ביכולת השוכר לכוף אותו לשכור סוס אחר ואם קבע לו זמן מחוייב לשכור לו סוס אחר [כ"ל] ואם שכרו לימים יתבאר בסעיף ט"ו :

ז וזהו דוקא כששוכרין למשא או לישב בעגלה אבל שכרו לרכב עליו או להוליך כלי זכוכית וכיוצא בזה שאם יפול יהיה היזק בהסחורה אם א"ל חמור סתם צריך להעמיד לו חמור אחר במו במתה דבוודאי היה כוונתו כן כיון דא"א לרכב עליו ולהוליך עליו כלי זכוכית ובזה לא שייך לומר מזלך גרם כיון דאינו יכול ליסע עמו אבל אם א"ל חמור זה א"צ להעמיד לו חמור אחר דלא נשתעבד לו אלא בזה ומ"מ אם יש בדמי החמור לשכור חמור אחר ימכרנו השוכר וישכור לו בדמיהן חמור אחר דהרי חמור זה נשתעבד לו כמו במתה שבארנו וזהו דעת הטור ודעת הרמב"ם הוא דאינו יכול למוכרה ולשכור אחרת וטעמו נראה דבשלמא כשמתה עומדת הנבילה למכירה והרי נשתעבד לו בזה אבל בנסתמא או חלתה שעדיין ראויה למלאכה ואינה עומדת למכירה בוודאי בכה"ג לא נשתעבד לו שבשבילו ימכור עתה בהמתו [הגר"א] ולכן משלם לו שכרו עד כה ועוד ס"ל להרמב"ם דגם בחמור סתם ושכרו לרכיבה או כלי זכוכית דצריך להעמיד לו חמור אחר זהו כשרוצה מהשוכר כל שכרו אבל אם אינו רוצה כל שכרו א"צ להעמיד לו חמור אחר אלא נותן לו שכרו עד כה ואפילו קבל שכרו בשלימות מחזיר לו השכר שמכאן עד המקום ששכרו וזהו כעין מ"ש בסעיף ה' אלא דבמתה יש לו רשות להשוכר למכור עכ"פ נבלתו אבל בכה"ג אין ביכלתו מטעם שבארנו [הגר"א] והשוכר חמור זה אם יכול ליתן להשוכר חמור אחר טוב כזה יתבאר בסי' שי"א :

ח בזמן הגמ' היה המנהג שהממשלה היתה נוטלת חמורים בדרך כשהיתה צריכה לכך ואמרו חז"ל דאם גלקח החמור מהשוכר בדרך באנגריא של הממשלה אם בדרך הליכתו ניטל א"צ ליתן לו חמור אחר אף באנגריא שאינה חוזרת ואם לאו צריך ליתן לו חמור אחר כשהשכיר לו חמור סתם ובחמור זה אע"פ שאינו בדרך הליכתו א"צ ליתן לו חמור אחר דהא לא נשתעבד לו רק בחמור זה ואיננו ומשלם לו שכרו עד כה וזהו כמו בחמור זה ומתה ואין הנבילה שוה כלום שנתבאר :

ט ומהו דרך הליכתו פירש"י שיש לו להשוכר לילך באותו דרך שהולכת האנגריא הסכך כיון שיש לו לילך באותו דרך ומדרך האנגריא כשטוגעת חמור אחר מנחת את זה ונוטלת האחר ולכן חייב לילך עמהם וכשתמצא אחר יחזירו לו זה ואפילו אם היא אנגריא שאינה מחזרת מעצמה אם לא שילכו אחריהם חייב השוכר לעשות כן וזהו שקראו חז"ל אנגריא שאינה חוזרת [טור] והרמב"ם מפרש אנגריא שאינה חוזרת שאינה מחזרת כלל ודרך הליכתו מפרש שהאנגריא אינה מחפשת אחר חמורים ואם החמור היה בביתו לא לקחוהו שאינם נוטלים רק בדרך הליכתם כשהולכים בדרך ולכן אומר לו מזלך גרם כיון שהיית בדרך וצריך השוכר לשלם לו כל שכרו אבל אם האנגריא נוטלת גם שלא בדרך הליכתם שמחפשת בבתים אינו יכול לומר להשוכר מזלך גרם דהרי אם גם היה בבית המשכיר היו נוטלים אותו ולכן כשרוצה בכל שכרו צריך להעמיד לו חמור אחר וכמ"ש לדעתו בסעיף ז' ובזה אין חילוק בין שכרו למשא לשכרו לרביבה [סמ"ע]:

י ממה שנתבאר יש ללמוד בשוכר ששכר חמור ונטלו ממנו אנס בדרך יש לזה כל הדינים שנתבארו ויש מי שאומר שאם נטלו רק לעשות מלאכתו ואח"כ יחזירנה לו אין השוכר מנכה לו כלום דיכול המשכיר לומר לו מזלך גרם אבל אם נטלו לגמרי אינו יכול לומר לו מזלך גרם [כס"מ] ואע"פ שאם לא היה מוצא אותו בדרך לא היה נוטלו מ"מ מה בכך הרי שוכר פטור מאונסים ואינו משלם לו שכרו רק עד כה וכן נראה עיקר ולא דמי לאנגריא שדרך הממשלה בכך והוי כעין דינא דמלכותא ויש מי שרוצה להשוותם ולא נ"ל :

יא ראובן השכיר בהמתו לשני ימים לילך ולחזור ובחזירתו של השוכר גדל הנהר או נתהוה סיבה אחרת עד שהוצרך להתעכב עוד יום אם שכרה לימים פשיטא שצריך ליתן לו שכירות של כל יום מיהו אם שכרה להוליך עליה משא ושמה עמדה בטל א"צ לשלם בשלימות בעד היום שעמדה בטל כביום שהוליכה משא אלא משלם כפי בטילתה [סמ"ע] ולא שייך לפטור מטעם דאין שבת בבהמה דכבר בארנו בסי' ש"ז דבשוכר כשהבהמה אצלו לא שייך דין שבת ע"ש סעיף י"א :

יב ואם לא שכרה לימים אלא ליסע למקום פלוני ולחזור ומקום זה ידוע שההליכה והחזרה הוא שני ימים או ששכרה לשני ימים והזכיר המקום שרוצה לילך שם וידוע גם להמשכיר שמקום זה הוא שני ימים ההליכה והחזרה ונתהוה סיבה שנתעכב יותר אם הסיבה מחמת השוכר כגון שחלה או הושיבוהו במאסר וכיוצא בזה צריך לשלם לו שכר כל יום דאין זה אונס שהשוכר פטור בו דזהו כשהאונס מעכבו מלחזור לו הבהמה כמו גידול הנהר או לקחוה ליסטים שהאונס היה על הבהמה שמפני האונס לא היה באפשרי להחזירה אבל בזה שהאונס היה עליו והיה יכול לשלוח הבהמה להמשכיר ע"י שליח צריך לשלם שכירות מכל יום רק-שמשלם כפי בטילתה וכן הסכימו גדולי אחרונים [נס"מ וסמ"ע] דאין זה מהאונסין שהשוכר פטור ודלא כיש מי שרוצה לומר שזהו כאונס שהשוכר פטור בו :

ואם

יג ואם האונס לא היה מחמתו אלא שנתגדל הנהר ולא היה באפשרי לעבור בו או סיבה אחרת כיוצא בזה אם הנהר לא היה רגיל להתגדל הוי פסידא דמשכיר ואפילו אם היה רגיל להתגדל אך המשכיר ידע מזה אפילו אם גם השוכר ידע מזה ההפסד עליו אבל אם השוכר ידע מזה והמשכיר לא ידע ההפסד הוא על השוכר דכללא הוא דכל מקום ששניהם ידעו או שניהם לא ידעו ההפסד הוא על המשכיר דהיה לו להתנות כן ומדלא התנה איהו דאפסיד אנפשיה דהא בא להוציא מהשוכר ועליו הראיה אבל כשהוא ידע והמשכיר לא ידע על השוכר היה מוטל להתנות כמו שיתבאר בפועלים בסי' של"ד ודין מזונות הבהמה כדין השכירות דאם מחוייב לשלם שכירות מחוייב גם לזונה ואם לאו המזונות ע"ח המשכיר וע' בטור:

יד אם שכרה לימים ונהוה בבהמה דבר שהוא מחוייב לילך עליה כפי מה שנתבאר כגון שנסתמא או שחיגרת קצת שבארנו דכשיושב בעגלה מחוייב ליסע עליה דזהו כמו למשוי כמ"ש בסעיף ז' אמנם ע"י זה מה שהיה צריך לנסוע ביום אחד יסע עתה שני ימים נ"ל ברור דאינו חייב ליתן לו שכירות של כל יום אם שכרו אף לימים אלא לפי החשבון שהיה נוסע אם לא נתהוה הסיבה דאיך נחייבנו לשלם עתה יותר מכפי מה ששכרו בשביל שסובל גם טורח הדרך יותר ומאבד זמן בחנם ודלא כיש מי שרוצה לומר שחייב בשכירות של כל יום ויום [וראיה מהשוכר שדה ואכלה חגב בסי' שכ"ב] ולא דמי לעכבו נהר דהתם הבהמה לא נתקלקלה [ומ"ש הכס"מ ל"ע]:

טו השוכר בית מחבירו ונטלוה לחיל המלך אם אפשר לדור עמם הוי כראוי למלאכה זו ששכר ומשלם כל השכירות ואם א"א לדור עמהם אינו משלם רק עד הזמן שדר בו [כס"מ] ואין לו טענה על המשכיר דהרי אנוס הוא ובסי' שי"ב יתבאר עוד:

סימן שיא [השוכר ספינה וטבעה בחצי הדרך או פרקה ובו י"א סעיפים]:

א השוכר את הספינה ולא פירש כמה משא להטיל בה אמרו חז"ל דספינה קטנה שיעורה ט"ו כור וכל כור הוא שלשים סאים וכל סאה ששה קבים וכל קב ד' לוג ולוג ששה ביצים ושיעור ספינה גדולה תשעים כור ובינונית שיעורה ל' כור ואם הוסיף אחד משלשים על המשא ונתקלקלה הספינה מפני זה חייב השוכר בהזיקה אם המשכיר לא ידע בהתוספת דשיעור תוספת אחד משלשים הוא בין לספינה בין לאדם בין לבהמה כמ"ש בסי' ש"ח וכל הדינים שנתבארו לשם הם ג"כ בספינה כגון אם השכיר לו על פחות מסכום זה והוסיף אחד משלשים אם חייב וכל שארי דינים שנתבארו לשם נמצא לפ"ז דתוספת בספינה גדולה ג' כורין ובקטנה לתך והוא חצי כור ובבינונית כור [טור] ובספינות שלנו כששכר סתם צריכין לידע מנהג המקום והנהר והכלי כמה מוליכין בכלי כזה:

ב השוכר את הספינה והוליך בה יין או שאר סחורה למקום פלוני וטבעה בחצי הדרך אמרו חז"ל [ב"מ ע"ט] דאם א"ל ספינה זו אני משכיר לך והשוכר שכרה להוליך בה יין סתם אף שנתן לו השכר יחזיר לו שהרי השוכר אומר לו הבא לי אותה הספינה עצמה ששכרתי ואני אביא יין אחר ואוליך בה וכיון שהשוכר יכול לקיים תנאו והמשכיר אינו יכול דהרי אמר ספינה זו ונטבעה א"צ ליתן לו שכר כלל ואם נתן יטול ממנו ואם היה להיפך שהמשכיר א"ל ספינה סתם אני משכיר לך והשוכר שכרה להוליך בה יין זה אע"פ שלא נתן לו עדיין שכירות חייב ליתן לו כל השכר שהרי המשכיר אומר לו הבא לי אותו היין עצמו ואני אביא לך ספינה אחרת ואוליכנו ורק שצריך לנכות לו כדי הטורח של חצי הדרך שלא הלך שאינו דומה המטפל בהולכת הספינה ליושב ובטל:

ג יש שדקדקו מדברים אלו שמי שאמר ספינה זו או חמור זה אני משכיר לך אינו יכול ליתן להשוכר ספינה אחרת וחמור אחר וכן השוכר שאמר יין זה אניח בספינתך אינו יכול ליתן לו יין אחר דאל"כ למה יזכה מי שאמר ספינה ויין סתם נגד זה שאמר ספינה זו ויין זה וי"א דבאמת אין קפידא לא ביין ולא בספינה רק בזה שהספינה נטבעת מצאה הקפידא מקום לנוח כיון שעכ"פ דברו כן ולכן במקום הפסד יכול זה שביכלתו לקיים דברו להוציא מזה שאינו יכול ומדברי הרמב"ם פ"ה משכירות נראה דבספינה יש קפידא וביין אין קפידא דגבי ספינה זו ויין סתם כתב שהקפדה גדולה יש בספינה זו וביין זה לא כתב כן ובודאי שכן הוא מצד הסברא דבספינה או בחמור יש קפידא דזו הספינה נאותה בהילוכה מאחרת וכן בחמור אבל ביין איזו חילוק יש בין יין זה ליין אחר וכן בשארי סחורות שממין אחד ומשקל אחד אין שום הילוק ורק לשנות מסחורה זו לסחורה אחרת ודאי יש קפידא וראיה דבשינוי אותה סחורה אין קפידא ממה שנתבאר בסי' ש"ח דבששכר לאשה יכול לרכב איש ואין המשכיר יכול לומר תן לי מה ששכרת וכן דעת הרמב"ן והרשב"א לחלק בין ספינה ליין [וכ"כ הסמ"ע סק"ח וכ"מ מש"ך ומהגר"א סק"א ועסמ"ע ואפשר גם דעת הטור י"ל כן ובסעיף ד' מחולק על הרמ"ה הוא רק ביין ע"ש ודוק]:

ד בזה שנתבאר דבספינה סתם ויין זה צריך השוכר

ליתן

ליתן לו כל השכר יש חולקים בזה וס"ל דאינו נותן לו שכירות אלא של חצי הדרך והטעם דכל פסידא שלא היה לו להשוכר לידע יותר מן המשכיר הוי פסידא דמשכיר כמ"ש בס"ס ש"י ודוקא כשעדיין לא נתן את השכר של כל הדרך והמשכיר בא להוציא מידו אבל כשכבר נתן אין המשכיר צריך להחזיר כיון שבידו לקיים התנאי [סמ"ע] ודעה ראשונה ס"ל דיכול אף המשכיר להוציא מהשוכר ולא דמי לשם שאינו מפסיד רק שכר טרחתו או מבהמתו משא"כ כאן דמפסיד כל הספינה יכול גם להוציא בטענה זו שהוא יכול לקיים תנאו והשוכר אינו יכול [סס] והעיקר כדעה זו [ס"ך] ורוב הראשונים ס"ל כן וכן בספינה זו ויין סתם יכול להוציא מהמשכיר מה שנתן דא"צ ליתן לו כלום ולא דמי לסי' ש"י דצריך ליתן לו שכרו שעד כה דבשם עכ"פ נהנה שהביאו למקום זה אבל כשנטבע היין הרי לא נהנה כלל [סמ"ע]:

ה בספינה זו ויין סתם אם אפשר להוציא הספינה מן המים ולשכור ספינה אחרת בדמיה או במה ששייך לה ביכולת השוכר לעשות כן כשרוצה לטרוח בזה ולהביא יין אחר ואין המשכיר יכול לעכב עליו כמ"ש בסי' ש"י בחמור זה כשמת יכול למכור הנבילה ולשכור חמור אך הטירחא הוא על השוכר וגם להרמב"ם שם סעיף ב' הדין כן דיש קפידא בספינה כמו ברכיבה שבשם ודלא כיש מי שחולק בזה וזהו ביין סתם אבל ביין זה אע"ג דכשלא נטבעה הספינה יכול לשנות על יין אחר להרמב"ם כמ"ש מ"מ למכור שיורי הספינה ולהפסיד להמשכיר אין ביכלתו כשאמר יין זה אבל אם רק היין נטבע ולא הספינה יכול להטעינה גם ביין אחר אף כשאמר יין זה דאין סברא בזה שהשוכר הפסיד ולא המשכיר שיהיה ביכולת המשכיר לעכבו יותר מכשלא היה כפסיד [ס"ך] אבל ביין סתם וספינה זו והיא נטבעת ולא היין אפשר דאין יכול המשכיר ליתן לו ספינה אחרת בע"כ של השוכר דבכפינה יש קפידא ומ"מ נ"ל דאם נותן לו ספינה טובה יכולים ב"ד לכופו להשוכר לעשות לפנים משוה"ד דבכה"ג הוי קרוב למדת סדום:

ו א"ל ספינה זו אני משכיר לך והשוכר שכרה להוליך בה יין זה דשניהם אין יכולים לקיים התנאי כשנטבעה הספינה עם היין יד המוחזק על העליונה דאם נתן השכר בשלימות אין השוכר יכול להוציא ממנו ואם לא נתן כלל לא יתן מפני שהמוחזק יכול לומר להשני שבא להוציא ממנו קיים תנאך ותוציא ממני ואע"ג דגם המוחזק אינו יכול לקיים תנאו מ"מ הבא להוציא עליו מתחלה לקיים כמו שהמוציא מחבירו עליו הראיה וכיון שאינו יכול לקיים היכא דקיימא זוזי תיקום ואם היין נטבע ולא הספינה או הספינה ולא היין דינו כמ"ש בסעיף ה':

ז שכר ספינה סתם ליין סתם דשניהם יכולים לקיים התנאי מי שרוצה לקיים ידו על העליונה דאם בעל היין מביא יין וזה אינו מביא ספינה אפילו אם נתן שכרו יחזירנו לו המשכיר כולו ואם זה מביא ספינה וזה אינו מביא יין צריך לשלם לו כל השכר אף אם לא נתן לו עדיין כלום ואם שניהם רוצים לקיים יקיימו ואם שניהם אין רוצים לקיים הרי חולקין השכר ביניהם ובזה אין חילוק בין המוחזק ובין הבא להוציא ובין הוליכו חצי הדרך להוליכו פחות או יותר דכיון דשניהם שוים בקיום התנאי ושניהם אינם רוצים ה"ל כאלו הושוו לחלוק ולא דמי להשכיר חמור סתם ומת בחצי הדרך דחייב להעמיד לו חמור אחר ואם לאו אינו נותן לו כלום כמ"ש בסי' ש"י דהתם שהסחורה שלו ששכר החמור לצרכה היא בשלימות הוה כמו זה הביא יינו וזה לא הביא ספינתו אבל הכא הרי אין הסחורה ששכר ולפ"ז אם נטבע היין ולא הספינה צריך להביא יין אחר ואם לאו מוציא ממנו כל השכר ואם נטבעת הספינה ולא היין צריך להביא ספינה אחרת ואם לאו אפילו נתן השכר מוציא ממנו וכל הדינים שנתבארו שם בחמור סתם דנים ג"כ בספינה סתם ויין סתם:

ח השוכר ספינה להוליך בה סחורה למקום פלוני ופרקה להסחורה בחצי הדרך שרצה למכור הסחורה כאן ולא היתה זה מפני רעועת הספינה אם אין בעל הספינה מוצא איש אחר שישכור ממנו הספינה למקום פלוני צריך ליתן לו שכר כל הדרך אלא שינכה לו קצת שאינו דומה הבא טעון לבא ריקם וגם ינכה לו כל הוצאותיו שמכאן עד מקום פלוני ואם מצא אחר שישכור השני ישלים לו השכירות ואם השני אינו נותן לו כל כך שיעלה לו עד מקום פלוני כפי המקח שעשה עם הראשון ישלים לו הראשון מה שחסר לו עד המקח שעשה עמו ולבד זה יתן לו הראשון תוספת שכר על מה שהספינה נפסדת בהוצאת הסחורה של הראשון ובהכנסת סחורה של האחרון ויש לו עוד עליו תרעומות שגורם לו לסבול דעת איש אחר שלא הורגל עמו:

ט ואם לא פרק הסחורה מהספינה אלא שבאמצע הדרך מכר הסחורה שבספינה לאיש אחר ועלה הוא מהספינה ונכנס האחר במקומו נוטל בעל הספינה שכר חצי הדרך מהראשון ושכר חצי הדרך מהשני ויש לו תרעומות על הראשון על שינוי דעת שלא הורגל עמו וכתב הטור דמכאן ראיה דכל מאי דאמרינן שקבלן ובעה"ב אין יכולין לחזור בהם היינו דוקא כשיש הפסד לשכנגדו בחזרתו שאין הקבלן מוצא להשתכר ולא בעה"ב לשכור אבל אם מוצאין יכולין לחזור בהם עכ"ל ובסי' של"ג יתבאר בזה בס"ד:

י בעל הספינה שבנסיעתו על המים נתקטנו המים עד שמוכרח ליקח ספינות קטנות ולהוליך הסחורה עליהן אם יש בזה מנהג ידוע להסוחרים יעשו כמנהגם ואם לאו אם השכיר לו ספינה זו אין בעל הספינה מחוייב להטעין הסחורה על ספינות אחרות ומשלם לו שכרו עד כה ובעל הסחורה ישכור לו ספינות אחרות דהרי אונס גמור

גמור הוא ואם ספינה סתם חייב להעמיד לו ספינה אחרת קטנה שביכלתה לילך על מים כאלו ואין בעל הספינה יכול לומר אמתין פה עד שיתגדלו המים דודאי אם בזמן מועט יחזרו המים יכול לומר כן אבל כשתמשך זמן הרבה אנן סהדי ששכרו להוליך סחורתו במישור למקום פלוני אמנם אם בדרך הסוחרים סתם לשון ספינה אינו מהקטנות שביכלתם לילך על מים כאלו א"צ לשכור ספינות קטנות ולהוליך הסחורה ואין חילוק בזה בין ידע מקטנות המים או לא ידע דקטנות המים אין אדם יכול לכוין השעה בבירור וכן אין המקומות מקטנות המים שוות בכל פעם ודבר זה ידוע לכל ואין שייך לומר שזה ידע וזה לא ידע ואם התנו איזה תנאי בזה הכל לפי תנאם :

יא בעל הספינה דינו כש"ש וחייב בגניבה ואבידה ופטור מאונסין ויהיה זהיר בעברו בין הסלעין ואבנים וארחות עקלקלות המצוים בנהרות דאם לא ישגיח היטב תשבר הספינה וכל זמן שאינו אנוס גמור חייב לשלם אף שאינו פושע כדין ש"ש דהא גניבה קרובה לאונס וחייבתו תורה וכל שבועות ששומר שכר חייב בהם חייב גם הוא ובמקום שיש רואים אינו נפטר בשבועה ואם בעל הסחורה בעצמו ראה האונס א"צ שבועה ובספינות שלנו שהולכת על הנהרות הגדולות ידוע ששוכר בעל הספינה חובל בקי להוליך את הספינה ועליו סומכים ואם שכר את שאינו בקי וע"י זה היה הפסד חייב לשלם דפושע גמור הוא [כ"ל] :

סימן שיב [דיני שכירות בתים ובו מ"א סעיפים] :

א המשכיר בית לחבירו או חצר או מרחץ או חנות לזמן קצוב אינו יכול לחזור בו ולהוציאו תוך זמנו ואפילו נפלה ביתו של משכיר שאין לו מקום לדור בו ואפילו העני המשכיר וצריך למכור הבית אינו יכול להוציאו מן הבית עד זמן שכירותו וביכולת המשכיר למכרה אף בתוך ימי השכירות ואין זה כמוכר דבר שאינו שלו דהבית גם עתה הוא של המשכיר דלא אמרינן שכירות ליומא ממכר הוא אלא לענין קנינים כמ"ש בסי' שט"ו וכן לענין אונאה כמ"ש בסי' רכ"ז אבל גוף הבית הוא של המשכיר [תוס' עכו"ס ט"ו וכמק"י פ' הסוה"ל] ולכן ביכלתו למכרה והקנין חל מיד אך הקונה אינו יכול להוציא את השוכר עד זמנו ואפילו לא נכנס השוכר עדיין לתוך הבית דכיון שהחזיק ע"פ קנין המועיל במכר קנה לענין זה שאינו יכול לעכבו מליכנס ולדור בו עד זמן שכירותו ואפילו חלה השוכר או אשתו אחרי גמר הקנין מהשכירות ולא נכנס עדיין דאין ראוי עתה ליכנס מ"מ אין המשכיר יכול לעכב עליו מליכנס לכשיתרפא [עס"ך] :

ב כשם שיכול המשכיר למכור ביתו תוך זמן השכירות של השוכר כמו כן יכול להשכירו לאחר בתוך שכירותו של ראשון שהאחר יכנס בה לאחר כלות זמנו של ראשון [ס"ך] והקנין מהשכירות חל מיד אף בתוך זמנו של ראשון דלא כיש מי שרוצה לומר שאין הקנין חל עד אחר זמנו של ראשון דאין חילוק בין מכר לשכירות לענין זה ובמכר מפורש בירושלמי [פסחים פ"ד וב"מ פ"ח] שיכול למכרה תוך הזמן ואין זה דבר שאינו ברשותו ולא דבר שלב"ל דהרי גם עתה היא ברשותו ובאה לעולם דחסרון זמן לא מקרי דבר שלב"ל [מל"מ פ"ז מחיסות] ויש מי שכתב שצריך לומר מעכשיו ואינו כן דבסתמא הוי כמעכשיו אלא שהשוכר השני צריך לידע שעדיין היא אצל הראשון עד זמן פלוני דאל"כ הוי קנין בטעות אבל עיקר הקנין חל מעכשיו אף בלא אמירה מעכשיו כיון שעיקר הבית שלו היא [וכ"כ הריב"ש סי' תק"י וכ"כ הכנה"ג וע' בכנה"ג סמ"ע ר"ס סע"ו] :

ג כתב רבינו הרמ"א ואם היה מושכר בענין שלא היה יכול לפדותו לעולם אם לא מכרו יכול למכרו ולהוציאו מיד עכ"ל ודין זה הוא מירושלמי שם במעשה שהיה הבית ממושכן אצל אנס אחד באופן שאם השוכר לא היה יצא ממנו היה נחלט להאנס והורו שיצא השוכר מיד [מרדכי פ' הסוה"ל] אבל דין זה תמוה דהרי מבואר שם ג"כ דכשנפל ביתו של משכיר מוציא את השוכר מביתו ולא קיי"ל כן כמ"ש בסעיף א' ועוד דיש מי שפירש הירושלמי באופן אחר שהבית היה ממושכן לישראל ולא היה ביכלתו לפרותו וההירו לו למכרו ושהלוקח יפדנו כמו שיתבאר בסי' זה ועוד דלפנינו הגירסא בירושלמי שהבנים היו ממושכנים בעד החובות ביד האנסים ואם לא היה יוצא מהבית חיו הבנים נשארים בתפיסה ויש בזה פקוח נפשות ולכן יש מהגדולים שגמגמו בדין זה אמנם רבינו הרמ"א ס"ל דאע"ג דבנפל ביתו של משכיר אינו יכול להוציאו מ"מ היכא דפסדו לגמרי כופין אותו לצאת דאומדנא גדולה היא שלא השכירו ע"מ כן ולא גרע מכל האומדנות דסי' רמ"ו וני"ל דאם הסיבה מאבדון הבית היתה עדיין בעת שהשכירו ודאי אומדנא גדולה היא והוי כשכירות בטעות דגם במכר היה המכר נתבטל בגילוי דעת כה"ג אבל אם הסיבה נתהוה אח"כ אינו יכול להוציאו :

ד התנה עם השוכר שיהא ביכלתו להוציאו לצרכו ומכרו לאחר אין הלוקח יכול להוציאו ואע"ג דהראשון מוכר לשני כל זכות שיש לו מ"מ כיון דהתנאי הוא בדבר שאינו מסויים ואין על מה שיחול הקנין אינו מוריש ליורשו כמ"ש בסי' ר"ט וכ"ש שאינו יכול למכרו [הגר"א] ולמי יתן השכירות יתבאר בסעיף ו' :

אפילו

ה אפילו שכרו סתם ולא לזמן קצוב אלא שעשה עמו מקח כך וכך לחודש או לשנה והקדים לו שכרו אינו יכול להוציאו אפילו לזמן מרובה עד שיכלה זמן כל השכירות שהקדים לו דמסתמא היתה כוונתם כן שידור נגד מעותיו שהקדים לו אפילו לא פירשו בפירוש דאל"כ למה הקדים לו שכר כל כך ויש מי שחולק בזה משום דקיי"ל דאין הרמים ראיה כמ"ש בסי' ר"ך [ס"ך] אבל העיקר כדעה ראשונה דבמקום שאין הדמים סותר דבריו הוי הדמים ראיה דדוקא בשם דאין הצמד שוה כל כך סותר הדמים להמעשה אבל הכא אמרינן דשכרו לזמן רב [קלס"ח] ועוד דשכירות לא דמי למכר דבמכר שצריך לשלם מיד וכיון שנתן לו יותר הוי המעות מתנה דאל"כ למה נתן לו יותר אבל בשכירות שאינה משתלמת אלא לבסוף ונתרצה להקדים לו השכר א"כ מאי חזית לומר שלא נתן לו אלא לשנה והרי גם בעד שנה לא היה צריך ליתן לו עתה ועכ"ז נתן לו א"כ נימא שנתן לו על שנים רבות [כ"ל] :

ו בזה שנתבאר בסעיף ד' שכשהתנה עם השוכר שיוציאנו לצרכו כשירצה ומכרו לאחר דאין להאחר הזכות הזה והשוכר ידור בו עד הזמן ששכר אבל מ"מ צריך ליתן השכירות להקונה ואם כבר הקדים שכרו לזמן מרובה אין הקונה יכול להוציאו אע"פ שלא יטול שכר עד כלות המעות שנתן להראשון [סמ"ע וס"ך] :

ז המשכיר בית לחבירו לזמן ובתוך הזמן רוצה המשכיר לבנותו מחדש אינו יכול לכוף להשוכר שיצא ממנו אע"פ שנותן לו בית יפה ממנו ואפילו יכניסו לבית זה אחר שיבננו [סמ"ע] וגם אפילו מניחו עתה לדור בו ומבקש להכניס פועלים להבית לתקן מה שצריך תיקון מ"מ יכול למחות בו ולומר שאינו יכול לסבול קול הפועלים והמלאכה מיהו מבקשים מן השוכר לעשות לפנים משוה"ד דזהו קרוב למדת סדום ואין זה ממדת זרעו של אאע"ה ועוד יתבאר בסעיף ל"ב וסעיף ל"ד :

ח כתבו הרמב"ם [פ"ס] והש"ע סעיף ב' אם חזר אחר שהשכירו לזה והשכירו או מכרו לאנס שהפקיע שכירות הראשון ה"ז חייב להשכיר לו בית אחר כמותו וכן כל כיוצא בזה עכ"ל וביאור הדברים שאע"פ שהמשכיר היה מוכרח לעשות כן ואנוס הוא לא אמרינן דאונס רחמנא פטריה אלא חייב להשכיר לו בית אחר כמותו ואפילו א"ל בית זה אני משכיר לך דאסור להציל עצמו במה ששייך לחבירו ונ"ל דדוקא כשהשכיר או מכר להאנס אבל אם האנס מעצמו נכנס לבית זה בע"כ אף שמשלם שכירות להמשכיר מ"מ פטור מהשוכר כיון שהוא לא עשה בידים והאנס מעצמו עשה אונס רחמנא פטריה מיהו אם נטל מהאנס שכירות יותר מכפי שהושוה עם השוכר נ"ל דצריך ליתן המותר להשוכר וזהו דבר פשוט שאם נטל מהשוכר השכירות על להבא ה"ז מחזיר לו ואם האנס אינו משלם לו כלום אפשר דהוה פסידא דשוכר דמזליה גרם ועד הזמן הזה אף אם לא נתן לו ישלם לו ועמ"ש בסי' ש"י סעיף י"א :

ט משכנו לשנים ידועות בכך וכך לכל שנה כל זמן שלא יפדנו וחזר ומכרו לאחר אין הלוקח יכול לקחתו מן המלוה תוך שנה ראשונה דסתם משכנתא שתא [ב"מ ס"ח·] אבל אחר השנה יכול לקחתו :

י המשכיר בית לחבירו לזמן קצוב כיון שכלה הזמן יכול להוציאו מיד אפילו כלה הזמן באמצע ימות הגשמים וכן השוכר יכול לצאת מיד ואין צריכין להודיע זל"ז מקודם כבמשכיר סתם שיתבאר דכיון דשכר לזמן שניהם יודעים שכשיגיע הזמן רשות ביד המשכיר להוציאו מיד ולהשוכר לצאת מיד :

יא המשכיר בית לזמן קצוב אע"פ שנתייקרו הבתים או הוזלו אינם יכולים להוסיף ולא לגרוע משא"כ במשכיר סתם כאשר יתבאר ואם מת המשכיר תוך הזמן אין היורשים יכולים להוציאו עד זמנו משא"כ במשכיר סתם ואם מת השוכר תוך הזמן אין המשכיר יכול לכוף ליורשיו שידורו בו עד הזמן ויש חולקין בזה ויתבאר בס"ד בסי' של"ד :

יב המשכיר בית לחבירו סתם יש מי שאומר דתיכף יכול להוציאו דיאמר לו לא השכרתי לך רק על יום אחד דקרקע בחזקת בעליה עומדת כמו באומר ידור פלוני בבית זה אפילו יום אחד ושעה אחת במשמע כמ"ש בסי' רי"ב [סמ"ע] וחלקו עליו דהתם מעצמו נתן לו אבל השוכר דירה אינו שוכר על פחות משלשים יום [ס"ך] וכך אמרו חז"ל לא טרח אינש למיגר ביתא לבציר מתלתין יומין [ר"ס ז':] ואם המנהג בעיר דשוכרי דירות אין שוכרין לפחות משנה גם השוכר סתם אינו פחות משנה [ע"ז] וכן עיקר לדינא וכתב הרמב"ם ז"ל השכיר לו ללינה אין פחות מיום אחד לשביתה אין פחות משני ימים לנשואין אין פחות מל' יום ויש גירסא בטור לנשואין ז' ימים ודבר זה לפי המנהג :

יג המשכיר לחבירו בית סתם בלא קביעת זמן אלא שקצצו מקח כך וכך לחודש אינו יכול להוציאו עד שיודיעו ל' יום מקודם כדי שימצא בית לדור בו דכיון דקצצו מקח והשכירו סתם לא למשך קבוע סמכה דעתו דשוכר שידור בהבית כל זמן שהמשכיר לא יודיע לו מקודם בר"א דדי בל' יום בימות החמה מפסח עד סוכות אבל בימות הגשמים כשלא הודיעו שלשים יום קודם סוכות אינו יכול להוציאו עד הפסח דבימות הגשמים קשה על האדם לטלטל א"ע מבית לבית ועל זה סמכה דעתו מתחלה שלא יטלטלנו בימות הגשמים כיון דלא קבע זמן אבל בקבע זמן צריך לצאת אף בימות הגשמים ואף בלא הודעה מקודם כמ"ש בסעיף י"א וכן אין השוכר יכול לצאת בימות הגשמים כששכר סתם דאין מצוים שוכרים בימות הגשמים והמשכיר סמך דעתו ע"ז שלא יצא בימות הגשמים :

יד ולכו אם רצון המשכיר שיצא אחר סוכות צריך להודיעו

להודיעו בט"ו באלול כדי שיהיה לו זמן ל' יום עד הסוכות לשכור דירה ואם אף יום אחד נשאר בתוך החג כגון שהודיעו בט"ז באלול אינו יכול להוציאו עד מוצאי הפסח וגם אז יודיענו שלשים יום מקודם ואין ההודעה שבאלול מספיק מפני שעבר זמן הרבה וצריך הודעה חדשה קודם יציאתו [סמ"ע] ויש חולקין בזה [הגר"א] [ומ"ש ברמב"ם וש"ע סעיף ו' קבע לו זמן נ"ל יקבע לו זמן שהם רוצים להוציאו בימות הגשמים]:

טו אמרו חז"ל [ב"מ קא:] דזה דדי בהודעה שלשים יום בד"א בעיירות בינונית אבל בכרכים בין בימות החמה בין בימות הגשמים צריך להודיעו שני עשר חודש מקודם מפני שהישוב שם דחוק וקשה למצא דירה לפיכך צריך זמן מרובה להשיג דירה ולכן מי שירצה להשכיר דירה בכרך על פחות מי"ב חודש או שוכר שרוצה לשכור על פחות מזה הזמן צריכים לקבוע זמן דאל"כ בהכרח ידור י"ב חודש אפילו יודיע לחבירו ביום הראשון לכניסתו:

טז היושב בחנות חבירו בלא זמן קבוע אלא ששכרה בכך וכך לשנה או לחודש ולא פירש לכמה שנים משכיר לו אין המשכיר יכול להוציאו אא"כ הודיע לו י"ב חודש מקודם אפילו בעיירות דחנות לא דמי לדירה מפני שהחנוני מקיף להרבה אנשים והם יודעים שזהו מקום חנותו וצריך י"ב חודש לאסוף חובותיו ומה שיקיף מכאן ולהבא יודיעם שחנותו תהיה במקום פלוני וחנות של נחתומין ושל צבעין אמרו חז"ל שצריך להודיעו ג' שנים מקודם משום דההקפה שלהם הוא לזמן ארוך וכן בזמן הזה אם ידוע מין סחורה שהקפתו הוא לזמן מרובה צריך להודיעו ג' שנים מקודם ולכן מי שרוצה להשכיר חנות כזו על פחות מג' שנים וכן סתם חנות על פחות משנה ישכיר מפורש על זמן כזה וכן השוכר ובית מחיה דינו כחנות:

יז בדינים אלו השוכר והמשכיר דין אחד להם דכשם שהמשכיר צריך להודיע מקודם כל אחד לפי זמנו שנתבאר כמו כן צריך השוכר להודיע כשרוצה לצאת כדי שהמשכיר יבקש לו שוכר ואם לא הודיעו אינו יכול לצאת או שיצא וישלם שכירות גם לזה או שיעמוד אחר במקומו שיהיה כמותו ואם רוצה להעמיד לו אדם שאינו הגון או שונאו של המשכיר א"צ המשכיר לקבלו כמ"ש בסי' שט"ז ואע"ג דבכרכים השוכרים נדחקים לדירות ולא בעלי הבתים המשכירים ולמה צריך השוכר להודיעו י"ב חדש מקודם אמנם ממילא כיון שהשוכרים דחוקים כל אחד מכין לו דירה על זמן רב וממילא דבלא הכנה זמן מרובה אינו מוצא למי להשכיר וכן בחנויות:

יח אע"פ שאמרנו שאין המשכיר יכול להוציאו ולא השוכר יכול לצאת עד שיודיענו מקודם מ"מ אם הוקרו הבתים או הוזלו יש לכל אחד לשנות בהמקח כמו בהוקרו יכול המשכיר לומר להשוכר או תשלם מעתה כפי היוקר או צא ממנה כיון שלא קבענו זמן ובהוזל יש להשוכר לומר או אשלם לך מעתה כשער הזול או אצא ממנה והטעם דנהי דאין להמשכיר כח להוציאו ולהשוכר לצאת בלי הודעה מקודם אבל לענין המקח כיון שנשתנה השער והם לא קבעו זמן הרי מדינא התשלומין כפי המקח ההוה מיהו זהו דוקא כשהודיעו זל"ז שרוצים לשנות המקח מפני השינוי שנתהוה במקחי הדירות אבל אם לא הודיעו ועמדו בסתם מסתמא נתרצו שניהם על המקח הראשון דאל"כ היו מודיעים זל"ז וכ"ז בסתם אבל שכר לזמן קצוב אין יכולין להוסיף ולגרוע כמ"ש בסעיף י' [מ"ש בש"ע סעיף ט' ואע"פ שעבר זמן הודעה ל"ע ועסמ"ע]:

יט כתב רבינו הרמ"א בסעיף ט' מי ששכר בית לחבירו והיה אוהבו ונעשה שונאו אין יכול להוציאו מן הבית ואם א"ל מתחלה שאינו משכיר לו רק משום שהוא אוהבו ונעשה שונאו יכול להוציאו עכ"ל וזהו במשכירו לזמן קבוע או אפילו בסתם רק שאינו יכול להוציאו בלי הודעה מקודם ומה שכתב דבהשכירו מפני אהבתו ונעשה שונאו יכול להוציאו זהו כשא"ל בפירוש איני משכיר לך בית זה רק מפני אהבתך ובל"ז לא הייתי משכירו לך [נס"מ] דזהו כתנאי דאל"כ אף כשא"ל הנני משכירו לך מפני אהבתך ונעשה שונאו אינו יכול להוציאו דאין זה תנאי ולא גילוי דעת גמור [קצה"ח סי' ס"ט] וגם אפילו כשא"ל איני משכירו לך רק מפני אהבתך ובל"ז לא הייתי משכירו לך זהו דוקא כשהשוכר גרם השנאה אבל אם המשכיר גרם השנאה אינו יכול להוציאו אף בכה"ג [ע"ז וכ"מ מנמק"י שם]:

כ שכר סתם ונפל בית המשכיר שהיה דר בו ואין לו בית אחר זולת בית השוכר ה"ז יכול להוציא את השוכר מביתו אף בלא הודעה ל' יום מקודם ואף בימות הגשמים דאומר לו אינו בדין שתהיה אתה יושב בביתי עד שתמצא מקום ואני אהיה מושלך ברחוב הרי לא שכרת לזמן ואין אתה בעל זכות בביתי מפני שאתה דר בה יותר ממני וההודעה אינה אלא כדי למצא דירה וממילא כיון שביתי היא הנני בעל זכות בה יותר ממך [עי' בס"ע סעיף י"א ודוק] ודוקא בשכר סתם אבל בשוכר לזמן ידוע אינו יכול להוציאו תוך הזמן כמ"ש דעל הזמן הזה הוה כשלו ממש ויש להסתפק בחנות בשכר סתם ונפלה חנותו של המשכיר אם יכול להוציאו כיון שלהשוכר יש בזה הפסד חובות ולהמשכיר אין נ"מ אם יתיישב בחנות זה או בחנות אחר כיון שלא ישב בה מקודם ונראה שאינו יכול להוציאו:

כא נתן המשכיר את בית השוכר סתם לבנו לישא בו אשה אם היה יודע מכבר שבנו יהיה חתן בזמן פלוני והיה אפשר לו להודיע להשוכר מקודם ולא הודיעו אינו יכול להוציאו ואם עכשיו נזדמנה לבנו אשה והוא נושאה מיד ואין לו בית אחר ליתנה לבנו הרי זה מוציא את השוכר גם בלא הודעה מקודם שאינו בדין שיהא

השוכר

השוכר יושב בביתו והוא יחפש בית לבנו החתן וכן אם מוכרח ליקח בנו ואשתו או בתו ובעלה על שולחנו ואין לו דירה אחרת למענם ולא ידע מקודם מוציא אותו גם בלא הודעה כיון שלא שכר לזמן קבוע וכמ"ש :

כב מכר הבית או נתנו במתנה או הורישו אין השני יכול להוציאו להשוכר עד שיודיעו מקודם ל' יום ובכרכים ובחנויות י"ב חדש מקודם כמ"ש ודינו עם זה כמו עם הראשון והרי השוכר אומר לו אין כחך יותר מכח זה שזכית מכחו ואע"פ שזה השני לא ידע שדר בו סתם והיה סבור ששכר לזמן וא"צ הודעה מקודם כמו שנתבאר מ"מ אין להשוכר להפסיד מפני העדר ידיעתו דהשוכר בא מכח זכותו של הראשון [ככ"ל דהל"כ מאי קמ"ל] :

כג מעשה במקום אחד שהיה להם זמן קבוע לשכירות בתים ובזה הזמן רוב העיר שוכרים ומשכירים בתים ושכר ראובן משמעון בזמן זה בית לשנה אחת ואחר שכלתה השנה דר בו ראובן עוד זמן מה ולא דברו זה עם זה כלום אודות השנה הבאה ורצה ראובן לצאת מהבית ולשלם בעד מקצת השנה שדר בו ושמעון מעכב על ידו שלא יצא עד תשלום שנה שניה ופסק הרא"ש דהדין עם שמעון דכיון שיש להם זמן קבוע היה לו לראובן להודיעו לשמעון שלא ידור כל השנה והיה הברירה ביד שמעון להתרצות לזה או לא וכיון שלא הודיעו ורוב שוכרי בתים כבר שכרו ולא יהיה לשמעון למי להשכיר ולכן מוכרח לדור עד השנה או להעמיד שכן כמוהו במקומו על הפסק ששילם [נ"ל] וכן להיפך אם המשכיר רוצה שיצא באמצע השנה ביכולת השוכר שלא לצאת עד כלות השנה בטענה זו שלא ימצא דירה הגונה או שיעמיד לו דירה כזו :

כד ומזה למדנו דבמקום שאין זמן קבוע בעיר לשכירות בתים או כשיש זמן קבוע רק זה השוכר שכר ממנו לשנה שלא בזמן הקבוע ובכלות שנתו דר בו עוד מעט זמן ולא דברו זה עם זה ביכולת השוכר לצאת קודם כלות השנה השניה וגם ביכולת המשכיר להשכירו לאחר רק שיודיעו זל"ז ל' יום מקודם כדין שוכר סתם שנתבאר אמנם בכרכים וחנות ובית מחיה ממילא ידור גם שנה שניה כיון שצריך הודעה י"ב חדש מקודם אם שכר סתם אך בכלות שנה שניה יכול השוכר לצאת והמשכיר להשכיר גם בלא הודעה מקודם דהוי כשכרו לזמן דכיון דשנה ראשונה שכרו לזמן ממילא דגם השניה והשלישית ולהבא נחשב כשכרו לזמן דעל דעת הראשונה דר בה [נ"ל] :

כה שנים שהיו דרים בבית והיו מחולקים על הבית זה אומר שלי וזה אומר שלי ואח"כ נתחייב אחד בדין צריך לצאת אפילו באמצע החורף אע"פ שלא הודיעו השני מקודם דבזה לא שייך הודעה דהרי לא ידע שיזכה ועוד דזהו כשכרו לזמן דכל אחד ידע שכשיזכה חבירו בדין יכריחנו לצאת דהרי דר בה בתורת בעה"ב ולא בתורת שוכר וכיון שאינו בעה"ב מחוייב לצאת מיד :

כו המשכיר בית לשנה בסך כך וכך ונתעברה השנה נתעברה לשוכר וא"צ לשלם בעד העיבור ואפילו לא ידע המשכיר שהשנה מעוברת דחדש העיבור בכלל השנה הוא ואין חילוק בין השכירו בר"ה או באמצע החורף רק די"א אם השכירו בר"ה וא"ל הנני משכירו לך לשנה אחת או לשנה סתם אין העיבור בכלל מדלא אמר לשנה זו ואמר לשנה סתם היתה כוונתו למעט חדש העיבור [סמ"ע] ובאמצע השנה מוכרח לומר שנה אחת או שנה סתם דאם היה אומר לשנה זו לא השכירו רק עד ר"ה אבל מכמה ראשונים מתבאר דאין חילוק וגם בתחלת השנה דינו כמו באמצע השנה וכן אם השכיר לשנים רבות והיו כמה שנים מעוברות בתוכם לא חשבינן העיבורים ולא עוד אלא אפילו השכיר לו על שנה והשנה היתה פשוטה ובכלות השנה דר בה עוד שנה וזו השנה היתה מעוברת אין המשכיר יכול לומר הרי דרת סתם על סמך השנה הראשונה וכיון שזו השנה לא היתה מעוברת לא אחשוב לך השנה השניה המעוברת המקח כבפשוטה אלא מחשב לו כבפשוטה ועמ"ש בסעיף ל' אבל אם השכירו לכל חדש בכך וכך ונתעברה השנה נתעברה למשכיר וצריך לשלם לו בעד העיבור ואפילו שכר ממנו לי"ב חדש דהוי היקף שנה מ"מ כיון שהזכיר שם חדש אין העיבור בכלל ואם השכירו לחדשי החמה כפי חשבון האומות אין כאן עיבור דעיבור אינו אלא בחדשי הלבנה כפי חשבון ישראל והעיבור הוא השלמה לחדשי החמה :

כז המשכיר בית לחבירו והזכיר לו חדש ושנה כגון שא"ל הנני משכיר לך ביתי בדינר לחדש שנים עשר דינרין לשנה או שהקדים השנה שאמר הנני משכיר לך ביתי בשנים עשר דינרין לשנה בדינר לחדש הרי חדש העיבור של המשכיר וצריך לשלם לו בעד העיבור משום דמספקא לן בשני לשונות הסמוכות זל"ז וסותרות זא"ז אם תפוס לשון ראשון או אחרון וקרקע בחזקת בעליה עומדת ונחשב המשכיר כמוחזק והשוכר כמוציא ועליו הראיה ואע"פ שהשוכר כבר דר בו את העיבור והמשכיר בא להוציא ממנו שכר דירה מ"מ כיון שהספק לא נולד עתה אלא מתחלת החדש נולד והקרקע עומדת על חזקת בעליה ונמצא שדר בשל חבירו וצריך להעלות לו שכר וי"א דאין זה רק בסתמא אבל אם השוכר טוען ברי לי שאמרת שלא תחשב העיבור אין מוציאין ממנו [ש"ך] ונשבע היסת ונפטר ואע"ג דבכל מקום שאנו אומרים קרקע בחזקת בעליה עומדת לא מהני טענת ברי שהכנגדו כמ"ש בסי' שי"ז זהו בדבר המבורר שיצא מהקרקע הפירות שאכל זה כמו בשם אבל הכא כשהשוכר טוען ברי מעולם לא היה פירות של העיבור מקרקע זו וכיון שהשוכר מוחזק לא מפקינן מיניה אבל כשאינו טוען ברי והספק הוא בעצם הדין נחשב המשכיר כמוחזק :

וכ"ז

כח וכ"ז בקרקע אבל במטלטלין כל היכא דמספקא לן אם תפוס לשון ראשון או אחרון מי שתפס אין מוציאין מידו כמ"ש בסי' ר' במכר כור בשלשים סאה בסלע ולכן מי ששכר מלמד לבנו וא"ל שני לשונות כאלו ולמד עמו חודש העיבור א"צ לשלם לו בעד העיבור אבל קודם שלמד אם המלמד אין רצונו ללמוד עמו אם לא שישלם לו בעד העיבור אינו יכול לכופו ללמד בלא שכר דמקודם הוי המלמד מוחזק ובמטלטלי מהני תפיסה אפילו בספיקא רק אם התפיסה היתה ברשות כבנדון זה [סמ"ע]:

כט יראה לי דבשני לשונות אלו אם התנה עמו שישלם לו שכירות בכל חודש אין הלשונות סותרות זא"ז ומקיימים שניהם והעיבור שייך להשוכר בין בקרקע בין במטלטלין ונאמר דהשכירות הוא לשנה ומפני דאין שכירות משתלמת אלא לבסוף והוא התנה עמו שישלם לו בכל חודש לכן הזכיר דינר לחדש ואע"פ שגם אחר זה אמר דבר זה ג"כ שישלם לו בכל חודש מ"מ הזכיר לו גם בתחלת הדברים מפני שדעתו היה כן שישלם לו בכל חודש דכל מקום שנוכל לומר שהלשונות לא יסתרו זא"ז מקיימים שניהם [ע' תוספות ב"מ ק"ב: וזבחים ל']:

ל מי ששכר מחבירו לשנה ואותו שנה לא היה מעובר ואח"כ דר בו סתם כמה שנים וטען המשכיר לא השכרתי לך רק לשנה ומשם ואילך אחשוב לך לחדשים ואני מוחזק בביתי אין טענתו טענה דמסתמא דר על דעת מקח הראשון אא"כ המשכיר מודיעו מקודם ל' יום שאין רצונו על להבא להשכיר לשנה רק לחדשים ועמ"ש בסעיף כ"ד וכו' ואם שכר עד אדר ולא פירשו אם אדר הראשון או השני המשכיר הוא מוחזק ולא ידור בו רק עד הראשון [סמ"ע] ולי נראה דדין שכירות כדין נדרים שנתבאר ביו"ד סי' ר"ך ולהרמב"ם אם ידע שהשנה מעוברת הוי סתם אדר אדר השני ולשארי פוסקים יש חילוק בין אמר עד ר"ח אדר ובין אמר עד סוף אדר דהא בנדרים קיי"ל דהולכין אחר לשון בני אדם ובשכירות פשיטא שהולכין אחר לשון בני אדם ואין זה ספק כלל אך שיש מן הפוסקים החולקים גם בנדרים וי"א דיחלוקו את החדש [הג"א ס"פ השואל] וכן איתא בתוספתא פ"ח דב"מ ואפשר דספוקי מספקא להו אם אמרינן בזה קרקע בחזקת בעליה עומדת אם לאו [והש"ך דחי לי' וקשה לפסוק נגד תוס']:

לא אם המשכיר אומר לזמן השכרתיך והשוכר אומר לא שכרתי אלא סתם והיה לך להודיעני ל' יום קודם או שאומר שכרתי ממך לזמן ארוך על השוכר להביא ראיה דקרקע בחזקת בעליה עומדת ואם לא הביא ראיה נשבע המשכיר היסת ומוציאו מן הבית ואין דינו כמודה מקצת שישבע שד"א דשכירות קרקע הוי כקרקע ואין נשבעין ע"ז שד"א כמ"ש בסי' צ"ה [ש"ך] וכן בכל ספק שנופל בין הדר בבית חבירו ובין חבירו בעה"ב אם לא שאכלה שני חזקה דאז נאמן במיגו דלקחתי ממך ועמ"ש לקמן ס' שט"ו ושי"ז ואם כבר דר בהבית ונפלה הכחשה ביניהם בממון שזה אומר סילקתי לך וזה אומר לא סילקת או שזה אומר המקח כך וזה אומר כך הוי ככל דיני ממונות והמודה מקצת ישבע שד"א ואם אינו מודה מקצת ישבע היסת דבשכירות מעבר אין הדין על הקרקע אלא על הדמים [סמ"ע]:

לב כבר נתבאר בסעיף ז' דאם המשכיר רוצה לסתור בית השוכר בתוך זמנו יכול השוכר לעכב עליו ואם עבר המשכיר וסתרו בתוך הזמן חייב להעמיד לו בית אחר כמו הבית ששכר או ישכיר לו בית כזה ואם מעצמה נפלה הבית אם א"ל בית זה אני משכיר לך אינו חייב לבנותה דכיון דאמר בית זה ונפלה אין כאן זה הבית ואפילו השוכר אומר אבננו משלי אין שומעין לו ואין אומרים בבית אם יש בהשברים לקנות או לשכור בית אחר יקנה וישכור כמו בחמור זה בסי' ש"י סעיף א' דבחמור אין הנבילה עומדת רק למכירה וכששיעבד לו החמור שיעבד לו בחיים ובמות אבל בית שנפל אינו עומד למכירה אלא לתקנו ולבנותו מחדש ולא שיעבדו לביתו בנפילתו ולא א"ל רק בית זה כשעומדת כמות שהיא ולא כשתפול [נמק"י] ועוד דבחמור כששכרו להוליכו למקום פלוני הרי בהכרח שיהיה שמה דאל"כ כל נסיעתו לריק ומסתמא היתה כוונתו כששכרו שיוליכנו שמה אף בנבילתו משא"כ בית אף ששכרה לזמן מ"מ מה שדר בה היה תועלת לו ואין סברא לומר שכוונתו היתה שידור עד זמן פלוני אף בשברים של הבית ולכלות קרנו של המשכיר ולכן מחשב עם המשכיר את השכירות מה שעלה עד הנפילה ומשלם לו ואם מכבר נתן להמשכיר יותר מעד אותו זמן מחזיר לו המשכיר את המותר ואפילו בנאה המשכיר מחדש יכול למחות בו שלא ידור בו מפני שהיא בית אחרת:

לג מיהו יש מי שאומר דזהו דוקא כשנפל כולו אבל אם עיקר הבית קיים אלא שמסוכן לדור בה כגון שהקורות או הכתלים נוטלים ליפול וכיוצא בזה חייב המשכיר לתקנו אפילו כשא"ל בית זה דהא אותה הבית קיימת ולא שייך לומר דהלכה לה בית זה וחייב המשכיר לתקנה וכתב רבינו הב"י בסעיף י"ז אם יש בידו שכירות מוקדם עכ"ל ור"ל כשכבר קבל מהשוכר דמי שכירות גם על להבא חייב לתקנה אבל כשלא קבל עדיין יכול לומר לו לך ושכור דירה אחרת וברמב"ם וטור לא הוזכר זה וגם מתוך הסברא לא נראה לחלק בזה דכיון דשיעבד נפשיה בבית זה ועדיין שמו עליו חייב לתקנו אף אם לא הקדים לו שכירות על להבא [סמ"ע] ונראה דס"ל דזהו ספיקא דדינא אם גם עתה נקראת בית זה מפני שעיקרה עומדת או לא כיון שא"א לדור בה ולכן כשהמעות דלהבא ביד השוכר אין ביכלתו לכוף להמשכיר שיקבל ממנו עוד דמי שכירות על להבא אבל כשכבר קבלם אין המשכיר יכול לכוף להשוכר שיקבלם ממנו בחזרה דבשם שהמוציא מחבירו

מחבירו עליו הראיה כמו כן הבא לכוף לחבירו שיוציא ממנו עליו הראיה וי"א דכל זה הוא כשיש בדמי שכירות הבית לתקנה אבל אם אין לתקנה בדמים אלו שהשוכר חייב עד הזמן ששכר אין המשכיר חייב לתקנה ולהוציא הוצאות מכיסו דדמי הבית הם בכלל בית זה ולא שארי מעות [כה"מ] ואף אם יאמר השוכר אשכור ממך עוד על משך זמן ואקדים לך מעות שיהיה די לתקנה יכול לומר אין רצוני להשכירה יותר מעל זמן שקבעתי לך אז [כ"ל]:

לד אבל אם השכיר לו בית סתם ונפלה חייב לבנותה או ליתן לו בית אחר ואף כשהוא קטנה מהבית שנפלה אין השוכר יכול לעכב עליו והוא שתהיה קרואה בית אבל שתהיה כגודל הראשונה אינו יכול לכופו דהא לא השכיר לו רק בית סתם והרי קרואה בית אמנם כל זמן שהראשון לא נפלה אינו יכול להוציאו מזה וליתן לו בית קטן ממנה ואפילו להוציאו לבית יפה ממנה אין ביכלתו כל זמן שהיא קיימת ודר בה [ע"ז] ועמ"ש בסעיף ז' ול"ב:

לה ודוקא כשא"ל בית סתם אבל אם א"ל בית כזה אני משכיר לך דינו כבית סתם לענין זה שאם נפלה חייב ליתן לו בית אחר אך בזה יפה כחו מבית סתם שאינו יכול ליתן לו בית קטן מבית הראשון דלכן אמר בית כזה כלומר כמדתו וכצורתו ולכן חייב להעמיד לו בית כמדת ארכה ורחבה של בית זה שהראהו ואין המשכיר יכול לומר לא היתה כוונתי על מדתה אלא שתהיה קרוב לנהר או לשוק או למרחץ כבית זה שהראיתי לך וגם השוכר אינו יכול לכופו ליתן לו בית כזה הסמוך לנהר או לשוק או למרחץ דמסתמא כשאומר בית כזה הכוונה היתה על המדה והצורה ולא על ענין אחר ולכן מעמיד לו בית כזה במדתו וצורתו אע"פ שאינו נאה בבניינו ובקישוטו כהראשון לפיכך אם הראשון היה בית גדול לא יעשנו קטן היה קטן לא יעשנו גדול היה חדר אחד לא יעשנו שנים היה שנים לא יעשנו אחד ולא יפחות מהחלונות והפתחים שהיה בו ולא יוסיף עליהן אלא מדעת שניהן וכן כששוכר לו בית אחר צריכה להיות כן כפי הפרטים שבארנו:

לו כתב רבינו הרמ"א בסעיף י"ז נשרף הבית דינו כנפל נשרף כל העיר הוי מכת מדינה ומנכה לו מן שכירותו מה שלא דר בו בין הקדים לו שכרו או לא עכ"ל וקשה הא בנפל ג"כ הדין כן שמה שדר בו משלם ומה שלא דר בו מחזיר לו כמו שנתבאר וא"כ אף בלא נשרפה כל העיר הדין כמו בנשרפה כל העיר ומאי מחלק רבינו הרמ"א בין נשרף הבית הזה לנשרפה כל העיר אמנם ממקור הדין מתבאר יפה דהנה מקורו מתשובת מיימוני משפטים ויש שם שני תשובות האחת בסי' כ"ז מרשב"א בעל התוס' וס"ל שם דגם בנפל הבית חייב השוכר לשלם לו גם השכירות דלהבא משום דמזלא ידידיה גרם [וכן כתב מהרש"ו ס"ס השואל המגיה לפנינו הוא ברש"ו והנמק"י כתב בשם הרבה ראשונים לסייע וכמ"ש] אמנם כשנשרף כל העיר או רובה דהוי כמכת מרינה מודה גם הוא בתשובתו שם שצריך להחזיר לו להשוכר מה שלא דר בו אם השוכר הקדים לו שכרו ע"ש אמנם כשנשרפה רק ביתו פסק שם דדינו כנפל ולשיטתו משלם לו גם בעד מה שלא דר בה וחולק על כל הפוסקים ושם בסי' מ"ז יש תשובה להר"מ מר"ב בנשרף בית השוכר פסק ג"כ דדינה כנפל אלא דמבואר שם דס"ל בנפל כרוב הפוסקים דמה שדר בה צריך לשלם ומה שלא דר צריך המשכיר להחזיר לו ע"ש וזהו כוונת רבינו הרמ"א נשרף הבית דינו כנפל כלומר לדעת רוב הפוסקים דבנפל מה שדר צריך לשלם ומה שלא דר צריך להחזיר לו כמו כן בנשרף ולמאן דס"ל דבנפל צריך לשלם כל השכר גם בנשרף צריך לשלם כל השכר אמנם בנשרפה כל העיר ולאו דוקא כל אלא שהיתה שריפה גדולה ה' יצילנו גם לדעה זו דבנפל צריך לשלם כל השכר מודה דבזה א"צ לשלם רק מה שדר בה ואם נתן יותר חייב המשכיר להחזיר לו ולכן באמת לדינא דבנפל קיי"ל ג"כ כן כמו שנתבאר ורבותינו בעלי הש"ע לא הביאו כלל הדעה יחידאה שהבאנו אין חילוק כלל בין נשרף ביתו לבד ובין נשרפה כל העיר אלא שרבינו הרמ"א מחלקם מפני שחלוקים בטעמם דאפילו למאן דחולק בנפל מודה בנשרפה כל העיר אבל לדינא אין חילוק וכן הסכימו כל הפוסקים וכל גדולי אחרונים דגם בנשרף ביתו בלבד משלם לו מה שדר בה אף שלא נתן לו עדיין ומה שלא דר בה אינו משלם לו ואף אם הקדים לו שכרו מחזיר לו וכן עיקר לדינא [והסמ"ע והט"ז הניחו בדבריו ומ"ל לזה ולדינא פסק הט"ז ג"כ כן ע"ש ולחנם תמה הכה"מ בדבריו של הרמ"א ונדחק מאד והדבר ברור כמ"ש]:

לז מי שיש לו בית ועלייה על גבה והשכיר לחבירו את העלייה וא"ל עלייה זו אני משכיר לך ונפלה א"צ ליתן לו אחרת ונותן לו השכירות כפי הזמן שדר בו כמו בבית ואם א"ל עלייה סתם חייב ליתן לו עלייה מיהו אם ירצה יתן לו אחרת וא"צ לבנות עלייה זו דוקא אבל אם א"ל עלייה זו שע"ג בית זה אני משכיר לך הרי שיעבד לו הבית להעלייה דאל"כ למה היה לו לומר שעל גבי בית זה לפיכך אם נפחתה העלייה אף שהפחת הוא רק ד' טפחים מ"מ כיון שחסר לו מקום חשוב לתשמיש כלי אחת חייב המשכיר לתקן וכ"ש כשהפחת הוא יותר מד"ט ואם לא תקן יורד השוכר להבית ודר שם עם הבעה"ב ונכנס ויוצא דרך פתח הבית עד שיתקן לו את העלייה ואין בעה"ב יכול לומר לו תשמש בעלייה והתשמיש שחסר לך תשמש בבית דיכול השוכר לומר לו לא אטרח א"ע להשתמש חציו למטה וחציו למעלה ולכן גם בההילוך אינו יכול לכופו לילך דרך העלייה ומשם להבית אלא הולך במישור להבית ומשם לחוץ דהא שיעבד לו הבית להעלייה ואפילו נפלה כל העלייה חייב לבנותה כל זמן שהבית קיים אבל אם נפלו שניהם הבית

הבית והעלייה א"צ לבנות לו אחרת כיון שא"ל שעל גבי בית זה ושניהם הלכו להם :

לח יש מי שאומר דכשאומר עלייה זו שע"ג בית זה ונפלה העלייה ורצון המשכיר ליתן לו דירה בביתו ולא לבנות העלייה אין השוכר כופה אותו לבנותה אבל יש חולקין בזה [טור] דנהי דכשאינו בונה אותה יורד למטה אין זה רק כדי לדחקו שיבננה אבל מעיקר הדין חייב לבנותה דלזה שעבד את הבית להעלייה דכל זמן שיעמוד הבית מחוייב להעמיד לו עלייה וראיה לזה דאל"כ נאמר ג"כ שבעל העלייה יעכב על בעה"ב מלהשכיר ביתו לאחר דשמא תפול עלייתו ויהיה שלו הבית והשוכר לא יתרצה לזה ולא מצינו זה בכל הפוסקים אלא ודאי דאין לו שום זכות לדור בהבית עצמו אא"כ כדי לדוחקו לבעה"ב וכמ"ש :

לט היו שתי עליות זו ע"ג זו והשכיר לו העליונה וא"ל עלייה זו שע"ג בית זה אני משכיר לך ונפלה העליונה ואין המשכיר רוצה לבנותה יורד השוכר ודר בעלייה התחתונה ולא בהבית מפני שיכול לומר לא שעבדתי לך אלא העלייה התחתונה דגם היא שם בית עליה והממע"ה ולכן אם נפלו שתי העליות אע"פ שהבית קיים א"צ לבנותה עוד דיכול לומר לא שעבדתי לך את הבית ואם השכיר לו העלייה התחתונה וא"ל עלייה זו שע"ג בית זה אני משכיר לך ונפלה התחתונה והעליונה קיימת מספקא לן שמא אינו יכול לכופו לבנותה דהמשכיר אומר לו לך ודר בעלייה הראשונה דאע"פ שהשכרתי לך התחתונה ושעבדתי לך את הבית מ"מ גם העליונה בכלל עלייה זו שע"ג בית זה ומה תפסיד או אפשר שהשוכר יכול לומר לו קשה עלי לעלות לגובה השנייה ולכן אשמש בביתך עד שתבנה לי התחתונה לפיכך כיון שהוא ספק לכתחלה לא ידור השוכר בהבית ואם ירד ודר שם אין מוציאין אותו משם ודר שם בע"כ של בעה"ב וגם אין השוכר יכול לכופו לבנות את העלייה דאחר שזהו ספיקא דדינא כל אחד עומד בחזקתו [עתוס' ב"מ קי"ז ד"ה איפכית] :

מ כללו של דבר כל שתולה דבר אחד בחבירו כל זמן שאחד מהם קיים חייב להעמיד לו הדבר השני כמו בעלייה זו שע"ג בית זה שנתבאר ואמרו חז"ל מעשה באחד שאמר לחבירו גפן זו המודלית ע"ג אפרסק הזה אני משכיר לך ונעקר אילן האפרסק ממקומו ובא מעשה לפני חכמים ואמרו לו חייב אתה להעמיד האפרסק על מקומו כל זמן שהגפן קיימת וכן כל כיוצא בזה ולכן גם בעלייה זו שע"ג בית זה אם נתקה הבית ממקומה חייב להעמידה על מקומה כ"ז שהעלייה קיימת דנשתעבדו זל"ז וי"א דדוקא בכה"ג שהאפרסק עדיין בעולם רק שנעקר ממקומו אבל אם נקצץ אינו מחוייב להעמיד לו אפרסק אחר דעיקר תלה את הגפן בהאפרסק דכל זמן שהאפרסק קיים מחוייב להעמיד לו את הגפן אבל תליית האפרסק בהגפן אינו אלא כל זמן שישנו בעולם אבל כשאינו בעולם אינו אפרסק זה ולכן גם בעלייה שנתבאר אם נפל הבית שתחת העלייה לגמרי והעלייה קיימת א"צ להעמיד לו בית אחר :

מא המשכיר בית לחבירו והבית נפול חייב המשכיר לבנותו תיכף דמסתמא אדעתא דלבנותו השכיר לו ואין המשכיר יכול לומר השכרתיו לך כמו שהוא בחורבתו ואתה תטרח בבנינו דא"כ היה לו לפרש ומדלא פירש מסתמא היתה כוונתו שהוא יבננו מיד וגם אינו יכול להמשיך זמן דא"כ היה לו לפרש :

סימן שיג [המשכיר בית לחבירו בבירה גדולה באיזה מקום ישתמש ובו ח' סעיפים] :

א המשכיר חדר אחד לחבירו בביתו ובהבית יש בו חדרים הרבה משתמש בהזיזים היוצאים על פני אורך הבית מבחוץ ועד ד' אמ׳ת יש לו רשות להשתמש אע"פ שאין החדר שלו משכו ד"א וכן בהכותלים שמבחוץ כשתמש בשיעור הזה ואם החדר שלו משכו יותר מארבע אמות משתמש כנגד החדר מבחוץ ולא יותר [כ"ל] ובמקום שנהגו להשתמש בעובי הכותל על גבה כגון במקימות שהגגים אינם משופעים משתמש גם זה ששכר החדר בשיעור האמור ובכל אלו הדברים הולכין אחר מנהג המדינה והשמות הידועין להם ויש מי שאומר שהיתר להשתמש בעובי הכותל זהו כששכר עלייה שעל גבי הבית [כמק"י] דמפני שהוא סמוך לה מסתמא היה דעת המשכיר שישתמש עליה :

ב וכן אמרו חז"ל [ב"ב ו:] שזה ששכר חדר אחד משתמש בתרבץ של החצר והוא כעין גינה קטנה לאויר טוב ועולים בה דשאים ויפה המראה לעינים וכן הותר לו להשתמש ברחבה שאחורי הבתים והוא כחצר שלנו שבימי חכמי הש"ס היה החצר לפני הבית והרחבה אחורי הבית ויש שמשמע מדבריהם שלא הותר לו להשתמש בהגינה וברחבה עצמה אלא בהכתלים שלהם אבל מהרמב"ם פ"ו משכירות והטוש"ע לא משמע כן ובמדינתנו המנהג פשוט שמי ששוכר חדר אחד בבית חבירו משתמש בהחצר תשמיש הצריך לו אבל בהגינה או בגינת אילנות שבחצר אינו משתמש אא"כ פירש אבל בהילוך בעלמא יש שאין מקפידין וכל אלו הדברים תלוים במנהג ואם אין שם מנהג יעשו כדין הש"ס כמ"ש [עע"ז] :

ג כתב הטור השכיר לו בית בחצר אין לשוכר בחצר כלום אלא דריסת הרגל לעבור עליו לביתו עכ"ל

וז ע"ג

ואע"ג דברחבה ובתרבץ יכול להשתמש מ"מ בחצר שלפני הבתים יש יותר קפידא ואף שמצד הסברא לא נראה כן [וכ"מ בסמ"ע] מ"מ כיון שהטור כתב מפורש כן וכ"כ התוס' [ב"מ קב: ד"ה תרתי] ובשארי פוסקים לא מצינו מפורש להיפך אין לנו לחדש דעה אחרת בזה ועוד אמרו חז"ל [שם] שמי שהשכיר לחבירו חצרו סתם לא השכיר הרפת שבה ובמדינתינו המנהג פשוט שמי ששוכר כל הבתים שבחצר שגם הרפתים והחצר וכל מה שבחצר השייכים לתשמיש בעה"ב ומרתפים שייך להשוכר ואפילו כששוכר חדר אחד יש לו ג"כ רשות להשתמש בחצר בהנחת עצים וכדומה ולהעמיד דבר מאכל במרתף אמנם כשרוצה לייחד לעצמו רפת או מרתף צריך לפרש והמנהג עיקר גדול בד"מ ובמקום שאין מנהג יעשו כמ"ש :

ד הזבל שבחצר אם אין החצר שכורה לו הזבל של המשכיר וכן במקומות שהזבל אינו שוה כלום ומוציאים הוצאות להוציאו מהחצר הוי על המשכיר וכתב הטור דדוקא בזבל המתקבץ משארי בהמות דקונה לו חצירו להמשכיר והבעלים מסתמא מפקירים הזבל ואפילו קדם השוכר והגביהן לא זכה בהן [רש"י שם] אבל המתקבץ מבהמותיו של השוכר או שהוציא זבל מביתו לחצר הוא שלו והטעם דכיון דדר בחצר אינו מפקיר זבליו ואף המתקבץ משארי בהמות אם קלטן השוכר מן האויר בכלי ולא נח הזבל בחצר הרי הזבל שלו דמעולם לא זכה חצרו של משכיר וי"א דדוקא בהקדים הכלי תחת הבהמה קודם שהוציאה הריעי מגופה שלא היה עומד לנוח בחצרו אבל אם הקדים הזבל להכלי זכה המשכיר דאויר שסופו לנוח כמונח דמי [סמ"ע] ואל יקשה בעיניך דבמקום שהזבל אינו שוה כלום וצריכין להוציא הוצאות להוציאו מה שייך לומר שיזכה לו חצרו הלא אינו רוצה בזכות הזה האמנם דודאי כן הוא כיון שהחצר שלו בהכרח שחל עליו ההוצאות לנקותו דאין סברא להטיל על כל בעל בהמה שילך אחרי בהמתו ואם תטיל גללים באיזה מקום יוציאם אבל בבהמות של השוכר כיון שדר שם מוטל עליו להוציאן כשם שאם היה שוה כסף היה זוכה בהן כמו כן אם צריך הוצאה להוציאן חל עליו ג"כ :

ה וכל זה כשהחצר אינו שכור להשוכר אבל כששכורה לו הרי חצירו הוא וזכה הוא בכל הזבל המתקבץ שם וזהו דעת הטור ורוב הראשונים אבל דעת הרמב"ם ז"ל [שם] שאפילו החצר שכור להשוכר הוי הזבל המתקבץ של המשכיר שכתב הזבל שבחצר הרי הוא של שוכר לפיכך הוא מטפל בו להוציאו ואם יש שם מנהג הולכים אחר המנהג בד"א כשהיו הבהמות שעשו הזבל של שוכר אבל אם הבהמות של אחרים הזבל של בעל החצר שחצירו של אדם קונה לו שלא מדעתו אע"פ שהיא שכורה ביד אחרים עכ"ל וכ"כ בש"ע סעיף ג' וכן הוא בתוספתא [ספ"ח דב"מ] ותמהו בזה דהא ודאי לענין קנינים הוי חצר השכורה כשלו דקונה לו חצירו [וזהו קושית הב"י ולחנם תמה הש"ך עליו ותירוצו צ"ע כמ"ש הקצה"ח ודוק] [ועמ"ש בחו"מ סי' קל"ע סעיף ג' בס"ד]

ו ויש מי שתירץ דכיון דהמשכיר את החצר לא השכיר הרפת שבה כמ"ש אמרינן דהמשכיר שייר לעצמו עניני הרפת שעיקרו הוא הזבל אף שהזבל יהיה בהחצר אבל בשארי דברים זוכה השוכר [קצה"ח] ולי נראה דלכן דקדק הרמב"ם ז"ל לומר שהוא מטפל בו להוציאו כדי לבאר הטעם וביאור הדברים דזהו ודאי אם בכל המקומות היה זבל שוה כסף היה כל שוכר זוכה בו אבל בהרבה מדינות שהקרקע שמנה אין הזבל שוה כלום ואדרבא מוציאין הוצאות לנקות החצר מהזבל ובזה ודאי שלא היתה כוונת השוכר בעת ששכר החצר להוציא הזבל דמה לו ולנקיון החצר של המשכיר ולכן ממילא מוכרח המשכיר להוציאן ולא פלוג רבנן אף במקום שהזבל שוה כסף וכללא כיילו שהזבל הוא של המשכיר לבד זבל בהמותיו של השוכר הטילו על השוכר ולכן השמיט הרמב"ם דין קליטה מן האויר שהוזכר שם בש"ס מפני שאינו מצוי זה אלא במקום שהזבל שוה כסף אבל הרמב"ם ז"ל דעיקר טעמו כמ"ש השמיט זה [תמיהני שהמפרשים לא העירו על השמטתו] :

ז בזה שאמרנו דהמשכיר זוכה בהזבל מפני שחצירו קונה לו שלא מדעתו יש להבין הא בעינן עומד בצד חצירו או חצר המשומר לדעתו וכאן כיון שהשוכר דר שם אינו משומר לדעת המשכיר אלא לדעת השוכר ויש שתירצו דבאמת מיירי גם כאן שגם המשכיר ביתו פתוח לאותו חצר ומקרי עומד בצד שדהו [תוס' ב"מ יא:] אבל הפוסקים לא הזכירו זה כלל [עש"ך] ולפי מ"ש בדעת הרמב"ם הדבר פשוט דודאי אם היה דבר של זכות היינו מצריכים שיעמוד בצד חצירו או שיהא משומר לדעתו אבל הזבל אינו דבר של זכות והשוכר אינו רוצה שיקנה לו חצרו השכור וממילא כיון דעיקר החצר הוא של המשכיר הרי הוא מוכרח לפנות חצרו דעל מי נטל הטורח הזה ומה שאמרו חז"ל דחצרו קונה לו שלא מדעתו זהו טעם על שהטילו זה על המשכיר ודוגמא בעלמא הוא וממילא דלא פלוג רבנן גם במקום ששוה כסף כמ"ש :

ח האפר היוצא מהתנור והכירה העומדים בחצר ושכורים להשוכר להשתמש בהן הרי הוא של השוכר ואפילו כשאחרים אופין ומבשלין בתוכן ואפילו לדעת הרמב"ם מפני שתשמישו של השוכר בהן הוי כמו בבית ולא כחצר לפיכך הן לגמרי שלו ועוד שמתערבים באפרו של השוכר ואין דעת המשכיר ע"ז [סמ"ע] ולטעם הראשון שבסעיף ו' א"ש בפשיטות :

המשכיר

סימן שיד [הדברים שעל המשכיר לעשות, ושעל השוכר ובו ה' סעיפים]:

א המשכיר בית לחבירו חייב להעמיד לו דלתות ולפתוח לו החלונות שנתקלקלו ואפילו יש בהבית הרבה אור מ"מ אם יש בה חלונות שנסתמו ולא נפרצו פצימיהן צריך לפתחן לו דמסתמא כן היה דעתם בעת שהשכיר לו וחייב המשכיר לחזק לו את התקרה ולסמוך את הקורה אם נשברה ולעשות להפתחים נגר ומנעול והנגר הוא שנועלים בו את הדלת מבפנים ותוחבין אותו בחור האסקופה ומנעול הוא שנועלין בו מבחוץ ואם השכיר לו עלייה ונפחתה המעזיבה והתקרה במשך ד' טפחים חייב לתקנה וכן כל כיוצא בזה ממעשה אומן והם דברים שדרך לעשות אותן בהבתים והחצירות אבל מה שאינו דרך רוב בע"ב לעשות אף שעשירים עושים זה אין המשכיר מחוייב לעשות לו אם לא פירשו מפורש:

ב אע"פ שנכנס השוכר להבית לראותה קודם ששכרה וראה שלא היו שם דברים אלו שנתבאר לא אמרינן דנתפייס במה שראה אלא אמרינן שלא הוצרך להזכיר זה וסמך שודאי המשכיר יתקן לו את כל הנצרך וכל מה שרוב בעלי הבתים והחצירות עושים ולא הוצרך לפרש זה ולכן חייב המשכיר לעשותם ולתקנם:

ג אם המשכיר תקנם כראוי ונשברו או נתקלקלו בתוך משך ימי השכירות אם א"ל בית זה אני משכיר לך א"צ לתקן לו ולהעמיד אחרים במקומן ואם א"ל בית סתם צריך לתקנם כל ימי השכירות דבבית זה כיון שנתקלקלו הלך לו הבית שהשכירו ולפמ"ש בסי' שי"ב סעיף ל"ג דדוקא בנפל כל הבית אבל אם הוא קיים רק שמסוכן לדור בו חייב המשכיר לתקן אפילו בבית זה כ"ש שבתקון דברים אלו על המשכיר לתקן:

ד בכל מקום ומקום לפי מנהגו חייב המשכיר לתקן דברים הקבועים כמו במדינתנו לעשות חלונות כפולים בימי החורף ולתקן תנורי בית החורף עם כל השייך להם ולהטיח הכתלים מבחוץ בימי הסתיו ולשפוך עפר סמוך לכתלים שלא יכנוס הקור להבית וכל כיוצא בזה והמנהג אצלנו שאם נתקלקלו דברים כאלו במשך ימי השכירות מתקנם המשכיר אם לא שהיה בפשיעת השוכר או אחר מבני ביתו דאז אין על המשכיר לתקן:

ה השוכר חייב לעשות מעקה במקומות שהגגים חלקים וראוים להשמיש או מעקה לבור שבחצירו וכן לעשות מזוזות ולתקן מקום המזוזות הכל הוא על השוכר דכיון שזהו מפני חובת מצוה הרי היא חובת הדר וכן המעקה אינו אלא בבית דירה שדר בה לדעת הרמב"ם והש"ע שיתבאר בסי' תכ"ז וכן אם רצה השוכר לעשות סולם לגגו או סרזב להרחיק הגשמים מן הכותל או להטיח גגו ה"ז עושה משל עצמו דאין זה עיקר לבית ולא בכל הבתים יש דברים כאלו אבל סולם לעלייה על המשכיר לעשות וכן אצלנו המנהג להעמיד סולם לכל בית כדי לעלות על הגג לנקות את הארובות ממעלי עשן והמשכיר עושה אותו כללו של דבר כל דבר שאינו מעשה אומן על השוכר לעשות ומעשה אומן על המשכיר לעשות ובכ"ז הולכים אחר מנהג העיר וכל שעל השוכר לתקן אינו מנכה להמשכיר מדמי השכירות [מרדכי ס"פ השואל]:

סימן שטו [דין המשכיר על תנאי ודין קנין השכירות ובו ז' סעיפים]:

א כשם שהקרקע נקנה בכסף בשטר ובחזקה כך שכירות קרקע נקנה בכסף ושטר וחזקה וכבר בארנו בר"ס שי"ב שהקנין חל אף על לאחר זמן וזהו רק קנין כסף ושטר אבל חזקה לא מהני אלא בהגעת הזמן ומעשה באשה ששכרה בית מראובן בימות החורף לדור בו מפסח עד עצרת והוא קבלה בביתו בתורת חסד קודם פורים בלא שכירות וקודם הפסח חזר בו ופסקו שיכול לחזור בו דחזקה לא מהני אלא אחר גמר מעשה שראוי להחזיק מיד ולכן אינו מועיל החזקה שנכנסה קודם פורים דמה שדרה אז לא היה מן השכירות [סמ"ע] ובשכירות מטלטלין צריך קנין כמו במכירת מטלטלין ואפשר דגם כסף קונה בשכירות מטלטלין דבשכירות לא שייך טעמא שמא יאמר לו נשרפה סחורתך כיון שהם שלו [ערש"י ב"ק ע"ט:]:

ב וכשם שאין אונאה למכירת קרקעות כמ"ש בסי' רכ"ז כמו כן אין אונאה לשכירות קרקע דשכירות ליומא ממכר הוא לענין זה ושם נתבאר דבמחצה יש אונאה ובשכירות מטלטלין יש אונאת שתות כמו במכירתן:

ג וכשם שמתנה אדם כל תנאי שירצה במקח כך מתנה בשכירות וא"צ קנין בפ"ע ע"ז אלא כשמחזיק בגוף השכירות צריך לקיים התנאי וכל שאין לו למכור כמו חרש שוטה וקטן וכיוצא בהם אין לו לשכור ולהשכיר וכתב הרמב"ם בפ"ז משכירות אא"כ יש לו פירות בלבד באותה קרקע שזה שוכר ואינו מוכר עכ"ל וי"א דכוונתו דכיון שאין לו בקרקע רק הפירות אינו יכול למוכרן מפני שהן דבר שלב"ל ובתורת שכירות מועיל דהיינו שהוא מסלק עצמו מהפירות וסילוק מועיל מדבר שלב"ל כמ"ש בסי'

בסי׳ ר״ט ולכן מהני השכירות שזה מסלק עצמו וזה נכנס תחתיו ע״פ השכירות שנותן לו ועומד במקימו ולא נ״ל דהתם כשמסלק עצמו מהפירות נשארים ביד מי שגוף הקרקע שלו כמו מי שיש לו שיעבוד על חבירו ומסלק שיעבודו או בעל שמסלק א״ע מפירות נכסי מלוג של אשתו אבל הכא נהי דיכול לסלק א״ע מ״מ במה יזכה האחר את הפירות כיון שגוף הקרקע אינה שלו וי״א דבשוכר מהני אפילו דבר שלב״ל מפני שכל שוכר שדה הוא לפירות והפירות אינם בעולם אלא דכל משכיר משעבד גופו לזה וגם זה לא נהירא דוודאי כל שוכר שוכר שדה לפירותיה ובכה״ג גם במכר מהני כמ״ש שם ובאמת מי שאין לו גוף הקרקע רק הפירות מנלן שיכול להשכירם כשאין הפירות בעולם ואע״ג דבכותב נכסיו מהיום ולאחר מיתה יכול אפילו למכור הפירות כמ״ש בסי׳ רנ״ז שאני התם כיון דשייר לעצמו הפירות ואין אדם משייר דשלב״ל כמ״ש בסי׳ ר״ט אלא משום דלעצמו בעין יפה שייר ושייר מקום הפירות כמ״ש שם ולכן יכול גם למוכרם [ומה שהביא הגה״מ ראיה ממשכיר חמור אפי׳ אין לו חמור לא ידעתי מנ״ל]:

ד ועוד יש פירושים שנדחו דבריהם אמנם כוונת הרמב״ם הוא כפשוטו דהנה מכר נקרא כשמוכר הגוף ושכירות מקרי כששוכר לאכול הפירות ולזה אמר שכל שאינו במכר אינו בשכירות לבד בדבר שאין להאדם בהקרקע רק פירות דבזה אין גוף הקרקע במכר והפירות ישנם בשכירות והאמת שגם יכול למכור הפירות אלא דלענין גוף הקרקע קאמר [קלס״ח]:

ה ומ״מ אם יכול אדם להשכיר דבר שלב״ל כגון אחד שמכר שדהו או ביתו והתנה שיאכל הפירות או ידור בהבית כך וכך שנים ותנאי ביכולת להתנות אף על דשלב״ל כמ״ש שם צ״ע לדינא אם יכול מוכר זה להשכיר הפירות והדירה דהא הוא אינו יכול להשכיר שדה לפירותיו ובית לדירה דהרי אין לו כלום בבית ובשדה וזהו פשיטא דדבר שאינו ברשותו יכול להשכיר כגון המשכיר חמור ואין החמור ברשותו כגון ששכורה ביד אחרים כמ״ש ברס״י שי״ב והטעם דהשוכר עיקר הגוף נשאר להמשכיר וזה שאמרו חז״ל שכירות ליומא ממכר הוא היינו לענין שישתמש בו כל ימי השכירות ולא שהגוף שלו [כמק״י ס״פ הזהב] אבל המשכיר חמור או בית ואין לו חמור ובית כלל דהוי דשלב״ל יש להסתפק אם יכול להשכיר אם לאו ומזה שאמרו חז״ל דהמשכיר חמור סתם ומת דחייב להעמיד לו חמור אחר וכן בבית סתם כשנפל שחייב להעמיד לו בית אחר אין ראיה שיכול להשכיר דשלב״ל דזהו מפני שכבר החזיק במה ששכר משועבד המשכיר לקיים תנאו שיבא השוכר בחמורו למקום ששכרו וידור בביתו עד זמן ששכר אבל מתחלה אם אין לו חמור ובית כלל נראה לדינא דכשם שאינו במכר כמו כן אינו בשכירות וגם אין ראיה מהא דמשכיר חייב לעשות בהבית כל מה שהוא מעשה אומן דזהו ג״כ דכיון שעשה קנין או חזקה משועבד לעשות לו כל הנצרך להבית ויש מגדולי אחרונים דס״ל דיכול להשכיר ולא נראה כן וצ״ע [וסמ״ע והגה״מ פשיטא להו מפני דברי הרמב״ם וכיון שדבריו הם כפשוטן אין ראיה עוד]:

ו כל הספיקות הנופלים בין השוכר והמשכיר בעיקר הבית כגון השוכר בית מחבירו וטוען ששכרו על תנאי שיכניס עמו דיורין אחרים והמשכיר מכחישו ישבע המשכיר שלא התנה כן דקרקע בחזקתו עומדת ונשבע היסת ויעשה השוכר כדבריו וה״ה לכל טענות שביניהם דכלל גדול הוא שקרקע בחזקת בעליה עומדת כמ״ש בסי׳ שי״ב:

ז כבר נתבאר דכל תנאי שאדם מתנה בשכירות תנאו קיים ולא עוד אלא אפילו מקום שאין השכירות צריך קנין כגון ששוכר אדם למלאכתו ובשכירות פועל א״צ קנין גם התנאי א״צ קנין ולא עוד אלא אפילו תנאי שמתנה עם אחר בעד הפועל חייב האחר אם קבל עליו בשעה ששכר את הפועל דהוה כערב בשעת מתן מעות [נה״מ] וכ״ש אם שכר ראובן משמעון פועל שנתחייב שמעון בכל תנאי שהתנה ומעשה בראובן ששכר נער משמעון לשמשו וא״ל שמעון לראובן לסמוך עליו לשלם לו כל מה שיפסיד הנער בביתו בהיותו אצלו ופסק הרא״ש דחייב שמעון בכל ההפסדות אע״פ שלא היה קנין בדבר כי כל תנאי שכירות א״צ קנין כשהשכירות עצמו א״צ קנין כמו בפועל ושכיר וכ״ש בדבר שצריך קנין שכל תנאי שמתנים בשעת מעשה התנאי קיים [כנ״ל ביאור הטוש״ע סעיף ד׳ וז״ל ראובן שכר נער משמעון וכ״ה בתשו׳ הרא״ש וכ״כ הקלס״ח ומ״מ אף אחר חייב משום ערב כמ״ש הנה״מ והפי׳ הוא כמ״ש דא״ל קנין כלל וכ״מ מהגר״א ומ״ש הסמ״ע דא״ל קנין הדם לאו דוקא ודוק]:

סימן שטז [אם השוכר רוצה להשכיר הבית לאחרים ובו י״א סעיפים]:

א ממה שאמרו חז״ל בשוכר ספינה ופרקה בחצי הדרך דיכול השוכר להשכירה לאחרים כמ״ש בסי׳ שי״א כתב הרמב״ם בפ״ה כבאן אני אומר שמשכיר בית לחבירו עד זמן קצוב ורצה השוכר להשכיר הבית לאחר עד סוף זמנו משכיר לאחרים אם יש בני בית במנין ביתו אבל אם היו ד׳ לא ישכיר לה׳ שלא אמרו חכמים אין השוכר רשאי להשכיר אלא מטלטלין שהרי אומר לו אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר אבל בקרקע או בספינה שהרי בעליה עמה אין אומר כן וכן אני אומר אם א״ל בעה״ב לשוכר למה תטרח ותשכיר ביתי לאחרים אם לא תרצה לעמוד

לעמוד בו צא והניחו ואתה פטור משכירותו אינו יכול להשכירו לאחר שזה באל תמנע טוב מבעליו עד שאתה משכירו לאחר תניח לי ביתי [כל"ל] ויש מי שהורה שאינו יכול להשכירו לאחר כלל ויתן שכרו עד סוף זמנו ולא יראה לי שזהו דין אמת עכ"ל:

ב וכתב הראב"ד דטעם היש מורים כן מפני שיש בני אדם שמחריבין הבית בדירתם עכ"ל והנה בזה ודאי גם הרמב"ם מודה שאם ידוע שזה האיש שרצונו להשכירו הוא מחריב דירות או שהוא אלם או בעל מריבות או אינו מתנהג בנקיות וכיוצא בזה ודאי שהמשכיר מוחה בו מלהשכיר לזה אמנם המשכיר אינו נאמן לומר שהוא כן בלא ראיה משכני האיש הזה וכן לשונא של המשכיר אינו יכול להשכירו כמ"ש בסי' שי"ב סעיף י"ז:

ג אמנם כל זה הוא דוקא כשאין המשכיר דר עם השוכר ביחד אבל אם דר עמו אין השוכר יכול להשכיר לאחר דלא עם כל אדם ביכולת לסבול לדור ביחד מפני שדעות בני אדם משונות זו מזו וכ"כ הטור בשם הרא"ש ז"ל ולא דמי לספינה שאפילו בעל הספינה עמו אינו יכול למחות בו רק שיש לו תרעומות כמ"ש בסי' שי"א דבספינה אין דירה קבוע ואין שם בני ביה אבל בדירה שיש לשניהם בני בית ויוכלו לבא לידי מחלוקת יכול המשכיר לומר בני ביתו של זה שאתה רוצה להשכיר איני יכול לסבול אע"פ שאין ביכלתו להראות טעמים גלוים בזה ואפשר שזהו כוונת הראב"ד ולא פליגי כלל לדינא ונאמר דהרמב"ם מיירי כשאין המשכיר דר עמו וזה שכתב שהרי בעליה עמה כוונתו שמשגיח עליה בכל עת אבל מטלטלין יכול השוכר להצניען [ט"ז] וכן עיקר לדינא ובסעיף ט' יתבאר עוד בזה [וכ"כ הסמ"ע ורמ"א בד"מ שכתב שהוא מחלוקת כתב שדעת הטור שגם הרמב"ם מודה בזה ע"ש]:

ד כתב רבינו הרמ"א בסי' שס"ג סעיף י' השוכר בית מחבירו וחזר והשכירו לאחרים ביותר ממה ששכרו אם היה לו רשות להשכירו לאחרים בענין שנתבאר לעיל סי' שט"ז המותר הוא שלו ואם לא היה לו רשות להשכירו המותר לבעלים עכ"ל ולמדנו מזה שזה שכתב הרמב"ם דאם א"ל בעה"ב לשוכר אם לא תרצה לעמוד בו צא והניחו וכו' אם יש מי שרוצה ליתן להשוכר יותר ממה ששכר מחוייב המשכיר לתת לו ג"כ כשיעור הזה [אחרונים] עוד כתב אחד מהגדולים שאימתי יכול המשכיר לומר לו כן דוקא קודם שהשכירה השוכר לאחר או אפי' השכירה בקנין רק לא נכנס עדיין השוכר השני ומצוי לו לשכור בית אחר אבל אם כבר נכנס השוכר השני או אפי' לא נכנס רק שאינו מצוי לו בית אחר לשכור כמותו ועשה קנין עם השוכר הראשון אין המשכיר יכול לומר לו כן דכיון דהטעם הוא רק משום אל תמנע טוב מבעליו לא אמרינן כן אלא היכא דליכא פסידא לאחריני והכא הלא יש פסידא להשני [רדב"ז]:

ה כתב רבינו הרמ"א אם השוכר רוצה לצאת מן הבית ולהניחו כך בלא דיורין ורוצה לשלם למשכיר יכול המשכיר להשכירו לאחרים דביתא מיתבא יתיב ושאיה יוכת שער עכ"ל ומשמע להדיא דאין המשכיר יכול לכוף להשוכר שידור בו דוקא או יכנים אחר במקומו בטענה דשאיה יוכת שער מפני שאין טעם זה חזק כל כך שיהא ביכלתו לכופו לזה מיהו כשיוצא בחורף במדינתנו שנצרך להסיק תנורי בית החורף כדי שלא יתקלקל הבית והשוכר היה דר על עצים שלו פשיטא שהמשכיר יכול למחות בו מלהניחה פנויה או שיניח עצים להסיקה [כנ"ל] ודבר פשוט הוא שאם המשכיר משכירה לאחר מנכה להשוכר מה שצריך ליתן עד זמן שכירותו כל מה שמקבל מהשוכר השני ויש מי שאומר שאם כבר קבל המשכיר מהשוכר הראשון כל שכירותו עד סוף זמנו אינו מחזיר לו מה שמקבל מהשני [סמ"ע בשם מרדכי] ואין שום טעם לדין זה ולמה יקבל המשכיר שני פעמים שכירות וכבר הביא רבינו הב"י דברים אלו בספרו הגדול ס"ס שי"ב ודחאן [וגם הקצה"ח תמה בזה] ע"כ העיקר כמ"ש [ובלי"ז דבריו תמוהים ובמרדכי שם ענין אחר הוא דאומר שם דהשוכר אין ביכלתו להשכירו לאחר בלא רצון המשכיר [או דס"ל דלא כהרמב"ם או שהשוכר השני לא היה שוה להראשון ואין סתירה למ"ש בפ"ו דב"מ דבשם אומרים היורשים כיון שמת ע"ש אף אי לא ס"ל כהרמב"ם ולאכה נדחק הא"ש בזה] ואם המשכיר משכיר לאחר מנכה לו ואפילו מוצא למי להשכיר מנכה לו ומ"ש אבל הכא שראובן נקיט שכירות בידו וכו' אין לוי יכול לומר תחזירנו לי ותשכיר ביתך לאחר וכו' ר"ל דמסתמא יתרצה למי להשכיר אינו יכול לומר כן עד שישכיר וישיב לו המותר ולזה מסיים שם שגם אין השוכר יכול לכופו שלא ישכירה כלל ע"ש ודוק]:

ו מי שנתן ביתו לאחר או השכירו ושייר כח לעצמו שכשירצה יכול לדור עם המקבל מתנה או השוכר הבית יכול למכור כחו לאחר ובלבד שלא יהיו בני בית מרובים משלו ואע"ג שנתבאר בסעיף ג' דבדרים יחד אינו יכול להשכיר לאחר זהו בשוכר אבל כששייר לעצמו בעין יפה שייר שיהיה לו כח גם להשכיר לאחר במקומו [סמ"ע] ומטעם זה י"א דיכול להשכיר אפילו למי שבני ביתו מרובים משלו אא"כ פירש מקודם לכמה נפשות שייר לעצמו [ט"ז] ואין לומר הרי דירה דבר שאין בו ממש כמ"ש בסי' רי"ב ואיך ימכור זכותו לאחר הרי אין מכירה נתפסת בדבר שאין בו ממש כמ"ש שם די"ל דלעצמו שייר גם מקום הדירה ויכול למוכרו לאחר וכמ"ש בסי' שט"ו סעיף ג' או שייר ביתו לדירה:

ז ויש מחלקים וס"ל דדוקא כששייר לעצמו חלק מסויים כמו חצי בית או שלישיתו או חדר פלוני דאז יכול למוכרו לאחר אבל אם שייר חלק שאינו מסויים כגון שהתנה עמו שכשיצטרך לעצמו יהיה ביכלתו לסלק את השוכר מהבית או אם ירצה ידור עם השוכר אינו יכול למכור או להשכיר זכותו לאחר דאינו נתפס במכירה ותנאי בעלמא הוא ותנאי חל על הכל כמ"ש בסי' ר"ט

אבל במכירה ליתא כיון שלא שייר מקום מסויים [עט"ז]:

ח כתב רבינו הרמ"א מי שנותן לאחר דירה בביתו ואין המקבל צריך לאותו דירה נ"ל דיכול להשכירו או למוכרו לאחר שאין בני ביתו מרובים ממנו דלא גרע כח המקבל מתנה מכח המשייר לעצמו דנותן בעין יפה נותן עכ"ל והאחרונים דחו דבריו דודאי בכ"מ גרע כח המקבל מתנה ממשייר לעצמו לענין מוכר שדהו ושייר שני אילנות דיש לו קרקע כמ"ש בסי' רט"ז וכן במקנה לאחר דירת ביתו אינו מועיל משום דהוי דבר שאין בו ממש ובשייר לעצמו מועיל וכן בשייר פירות דקל לעצמו מועיל כמ"ש שם [סמ"ע] ועוד דבע"כ מיירי כשלא שייר לעצמו דבר מסויים דאי שייר דבר מסויים למה הצריך שלא יהיו בני ביתו מרובים דבחלקו המסויים מה שירצה יעשה ובכה"ג הוי האי דינא דנתינה לאחר ועוד דהא לא נתן לו רק דירה ודירה הוי דבר שאינו מסויים וא"כ הרי אינו יכול למכור לפי מה שנתבאר [ט"ז] ולפ"ז יש להקשות יותר דא"כ אין המתנה כלום דהא דירה הוי דבר שאין בו ממש דבשלמא בששייר לעצמו בדין הקודם י"ל ששייר בלשון תנאי ותנאי מועיל בכל דבר אבל במתנה אין הקנין כלום ובע"כ צ"ל שנתן לו בית לדירה דחל הקנין וממילא דיכול למוכרה לאחר אף לדעה הקודמת דהוי כדבר מסויים דהבית מסויימת היא ומ"מ אינו יכול למכור למי שבני ביתו מרובים דהא לא סיים לו חצי בית אלא בית לדירה לב"ב וממילא שאין ביכלתו ליותר מבני ביתו וזה שאמר דלא גרע כח המקבל מתנה מכח המשייר לעצמו כוונתו דלא גרע כח המקבל מתנה כשנתן לו מפורש בית לדירה מכח המשייר לעצמו דירה סתם דמועיל משום דאמרינן ששייר מקום הדירה ויכול למוכרה וגם הדעה שבסעיף ז' יודה לזה דדוקא כששייר לעצמו בלשון תנאי כשאמר כשארצה כמ"ש שם ותנאי חלה על הכל ובמכירה אינה נתפסת אבל כששייר לחלוטין בע"כ ששייר מקום הדירה דשיור לא חל על דבר שאין בו ממש ודבר שלב"ל כמ"ש בסי' ר"ט רק במשייר לעצמו אמרינן דשייר גם מקום הדירה ולכן יכול למכור וא"כ שפיר קאמר רבינו הרמ"א דלא גרע כח המקבל מתנה כשנתן לו מפורש בית לדירה מכח המשייר לעצמו סתם דאמרינן דשייר גם המקום ואי משום דנאמר דדוקא לו לעצמו נתן בית לדירה אבל שימכור לאחר לא נתן בית לדירה לזה אומר דנותן בעין יפה נותן דיש מקומות שכח המקבל יפה מכח הנותן כמו בסי' רי"ד בדרך לבור ודות מכ"ש בדבר שנתן מפורש דלא אמרינן שלא נתן לו זה שיהיה בכחו למכור [וכ"מ בד"מ ע"ס וענס"מ]:

ט כתב רבינו הב"י שנים ששכרו בית בשותפות לדור בו יחד אין אחד מהשותפים יכול להושיב אחר במקומו אפילו יש לו דיורין פחותין ממנו כי יכול לומר אותך אני יכול לקבל אבל אחר איני יכול לקבל עכ"ל וכבר בארנו זה בסעיף ג' וי"א דדין זה אינו רק בשוכר או שנים ששכרו אבל שנים שיש להם בית בשותפות ודרים בו יכול אחד מהשותפים להשכיר למי שירצה ואין השני יכול למחות בו דדוקא השוכר אינו רשאי לעשות דבר דלא ניחא דעתיה דמשכיר בזה דבשל חבירו אין לו כח לעשות דבר נגד רצונו ועיקר הבית הוא של המשכיר וכשם שאינו יכול לעשות נגד המשכיר כמו כן בשנים ששכרו אין האחד יכול לעשות נגד השני דלכל שוכר יש זכות המשכיר אבל כשהבית הוא שלהם הלא כל א' יכול לעשות בשלו מה שרוצה כל שאינו מזיק ממש [נס"מ] ודברי טעם הן והשנים ששכרו אם יכול אחד לכוף לחבירו לחלוק י"א שאין יכולים כיון שהבית אינו שלהם וי"ש חולקין ונתבאר בסי' קע"א:

י מעשה בראובן שמשכן ביתו לשמעון לזמן ושמעון דר בהבית ומנכה לו בכל שנה בעד הדירה ובשעת הלואה התנה שמעון שכשיגיע זמן פרעון וראובן לא ישלם לו יהיה ביכלתו למשכן או להשכיר או להכנים בו מי שירצה פסק הרשב"א ז"ל שביכלתו להכנים ולהשכיר ולהשכין אפילו למי שבני ביתו מרובים משלו והטעם דהא גם בלא התנאי ואף בתוך הזמן הרי ביכלתו להשכיר למי שירצה אם אין בני ביתו מרובים משלו כמו שהדין בשוכר שבסי' זה דמלוה לא גרע משוכר ומה מועיל התנאי אלא צריך לפרש דתועלת התנאי הוא שישכיר אפילו למי שבני ביתו מרובים משלו ואפילו מת הלוה והניח בנים קטנים דאין שמעון יכול לתובעם מ"מ זכותו זה שבידו אין מפקיעין ממנו ויכול לאחר שהגיע הזמן להשכיר אף למרובים משלו [סמ"ע]:

יא שוכר שא"ל המשכיר בתוך זמנו הנני מוחל לך השכירות עד הזמן וצא מן הבית וגם השוכר נתרצה לזה ונגמרו בדיבור בלא קנין אין זה כלום ויכול כל אחד לחזור בו דכיון שהשוכר החזיק בהבית אינו יכול למסור אותה להמשכיר בתוך זמנו בדברים בלבד אלא בקנין שיקנה הבית להמשכיר ודין שכירות כמכר לענין זה דכשם שלוקח אינו יכול למסור להמוכר מקחו בחזרה שלא בקנין כמו כן בשכירות [קלס"מ וכ"ס בריב"ש סי' תק"י ובמל"מ פ"ב משכירות וכ"מ במסרי"ט סי' קי"ה] וממילא דהשכירות שמחל לו עד עתה אע"ג שמחילה א"צ קנין מ"מ אם חוזרים בעיקר הדירה צריך לשלם לו גם השכירות שעד עתה דהרי לא מחל לו אלא אם יצא מן הבית והוי כמחילה בטעות [נ"ל]:

סימן שיז [אמר השוכר פרעתי השכירות והמשכיר מכחישו ובו ח' סעיפים]:

א קיי"ל דשכירות אינה משתלמת אלא לבסוף אם לא שהתנו בפירוש כיצד יהיה התשלומין דאז יעשו כתנאם וצריכין להתנות בשעת השכירות ואח"כ לא מהני אלא בקנין וצריך לשלם לו ביום האחרון של הזמן בסתם

בשלא

כשלא התנו ובב"ד אינה נגבית אלא לטחרתו [נמק"י פ' הסוהל] לפיכך השוכר דירה סתם בלי זמן צריך לשלם לו ביום שלשים דסתם שכירות שלשים יום כמ"ש בסי' שי"ב סעיף י"ב ואם השכיר לו בימות הגשמים כיון שאין יכול להוציאו עד הפסח כמ"ש שם א"צ לשלם לו קודם הפסח [כ"ל] ואם השכיר לו לשנה משלם ביום האחרון של השנה ואם השכיר לחמש שנים משלם לו ביום האחרון מהחמש שנים וכ"ז שלא התנו אבל בהתנו כל תנאי שבממון קיים :

ב השוכר שאמר נתתי שכר הבית שנתחייבתי בו והמשכיר אומר עדיין לא נטלתי אם תבעו בתוך זמן השכירות או בסתם שכירות כשתבעו בתוך שלשים יום על השוכר להביא ראיה כמו בהלואה בסי' ע"ח ואע"ג דלענין סתם הלואה דהוה שלשים יום לא אמרינן חזקה אין אדם פורע תוך זמנו כמ"ש שם יש לחלק בין הלואה לשכירות [ס"ך] ואם לא הביא ראיה ישלם וביכלתו להטיל קבלה על מי שלקח ממנו כדין ואח"כ כשפרעו יכול לטעון עליו על הדמים שנטל ממנו חנם וישביענו היסת ואין להשביעו קודם התשלומין כבהלואה כמ"ש שם דבהלואה מ"מ יש שפורעים קודם זמנם אבל שכירות אין דרך כלל לפרוע קודם זמנו [סמ"ע] וי"א דאין חילוק בין הלואה לשכירות ובאמת בהלואה נמי אין יכול להשביעו קודם פרעון [ס"ך] :

ג ואם תבעו המשכיר לאחר זמן או ביומיה דמישלם זמניה על המשכיר להביא ראיה או ישבע השוכר שכבר נתן לו שכרו ויפטר ולא שייך כאן לומר קרקע בחזקת בעליה עומדת כיון דאין הספק על הדירה אלא על התשלומין וכן אם התנו מקודם כיצד ישלם כגון ששכר ממנו שישלם לו בכל חודש או בכל שנה אם תבעו בתוך החודש או תוך השנה על השוכר להביא ראיה תבעו לאחר החודש והשנה אפי' ביום האחרון של החודש והשנה על המשכיר להביא ראיה :

ד ואין חילוק בכל זה בין ששכרו בשטר או שלא בשטר וכן בין שכרו בעדים לשכרו שלא בעדים ואע"ג דבמלוה בשטר אינו נאמן לומר פרעתי אף לאחר זמנו כמ"ש בסי' פ"ב שאני הלואה משום דא"ל שטרך בידי מאי בעי אבל שטר שכירות אינו נכתב לגוביינא אלא שלא יחזיק השוכר ויאמר לקחתיה ממך ואף אם נזכר בשטר פרעון השכירות וגם כתוב בו וקנינא מיניה על כל הא דכתוב ומפורש לעיל עיקר הקנין הוא שלא על דמי השכירות אלא על עיקר השכירות ואין זה כשט"ח אא"כ כתוב בו נאמנות או שיש שטר על מעות השכירות לבד שעל השכירות עצמה דאז דינו כשט"ח [סמ"ע] וכן אף כשאין כאן לא שטר ולא עדים מ"מ בתוך זמנו אינו נאמן לומר פרעתי במיגו כמ"ש בסי' ע"ח מ"מ בשכירות ליכא מיגו דלא מצי למימר שכבר עבר הזמן דהא יפסיד שלא היה עוד ביכלתו לדור עוד זמן וכן אין לו מיגו דקצצתי לו שכירות פחות ממה שאומר המשכיר דהא רצונו לפטור א"ע מכל השכירות ולכן אימר פרעתי [נס"מ] ואפילו אם אומר פרעתי מקצת דבכה"ג יש לו מיגו כשאין עדים מ"מ גם בזה ליכא מיגו דבכה"ג יכול המשכיר להוציאו מן הבית כשיש הכחשה ביניהם בהקציצה כמו שיתבאר בסמוך ולכן אין לו מיגו גם בזה [סס] ומ"מ יש חולקים דבלא עדים נאמן לומר פרעתי אף בתוך זמנו [סגר"ה] וכן משמע מלשון הרמב"ם פ"ז :

ה המשכיר בית לחבירו לעשר שנים ואין בו זמן בהשטר או שיש בו זמן רק שידוע שלא נכנס בה בהזמן הכתוב בהשטר והשוכר אומר עדיין הוא בתוך הזמן והמשכיר אומר כבר עברו שני השכירות ושכנת עשר שנים על השוכר להביא ראיה ואם לא הביא ראיה ישבע המשכיר היסת ויוציאנו דבכל טענה שבין שוכר למשכיר קרקע בחזקת בעליה עומדת ועל השוכר להביא ראיה לבד בטענת פרעון שנתבאר מפני שהיא כתביעת ממון בעלמא אבל בשארי טענות שביניהן אפילו בטענת קציצה שהמשכיר אומר עשרה זהובים לחודש קצצת לי בעד הבית והשוכר אומר פחות על השוכר להביא ראיה כיון דהקציצה היא בעיקר מקח הבית ולכן אפילו כשכבר דר בו על השוכר להביא ראיה כמו בחודש העיבור בסי' שי"ב וכ"ש אם השוכר אומר שכרתי ממך והמשכיר אומר לא השכרתיך דעל השוכר להביא ראיה [סמ"ע] ויראה לי דדוקא כשעדיין לא נכנס השוכר בתוך הבית אבל כשנכנס והמשכיר אומר בגזילה נכנסת אינו נאמן דאחזוקי אינשי בגזלנא לא מחזקינן וע' בסי' קל"ג וצ"ע לדינא :

ו מיהו י"א דאם הוא לאחר זמן השכירות שיכול לומר פרעתי או לא שכרתי מעולם ונפל טענה בין השוכר והמשכיר אע"פ שקרקע בחזקת בעליה עומדת השוכר נאמן במיגו וה"ה כשיש להשוכר מיגו דלקוחה היא בידי [ס"ך] מפני שעיקר הטענה הוא על הממון וכיון שיש לו מיגו נאמן בשבועה ולא דמי לחודש העיבור דשם הספק הוא בהדין אם תפוס לשון ראשון או אחרון אבל כשהספק הוא ע"י טענותיהם ואין הטענות ביניהם אם לדור בה אם לאו אלא אם לשלם אם לא לשלם או לשלם פחות או יותר כיון שיש להשוכר מיגו נאמן וי"א דגם דעה ראשונה ס"ל כן דבמיגו נאמן [סס] ואין בזה מחלוקת כלל וכן אם הבעלים אומרים השכרתיה לך ואתה חייב לי דמי שכירות והדר בה אומר בחנם הכנסתני נאמן על העבר ונשבע ונפטר ועל להבא אינו נאמן בלא ראיה מיהו שיהא נאמן בטענה אחרת במיגו דטענה זו שבחנם הכנסתני אינו נאמן דאין זה מיגו טוב דלא שכיח כלל [כ"ל] :

ז שטר שכירות או שטר משכנתא שכתוב בו שהשכיר או השכין לשנים ואין כתוב בו לכמה שנים והשוכר או המלוה אומר לג' שנים ובעל הקרקע אומר לשתי שנים פשיטא שקרקע בחזקת בעליה עומדת ואין מניחין אותו לאכול פירות של שנה שלישית ובעל הקרקע נשבע

היסת

היסת ואם כבר אכל הפירות של שנה שלישית אמרו חז"ל [ב"מ ק"י] דאע"פ שמדינא קרקע בחזקת בעליה עומדת כשיש עדים על הפירות שאכל ואין לו מיגו [סס] מ"מ כיון שהוא דבר שמסתמא יתברר ע"פ עדים לא מטרחינן ב"ד עתה וממתינים עד שיתברר הדבר ויביא בעל הקרקע ראיה ולכן יש מי שאומר שאם לפי ראות עיני ב"ד לא יהיה ביכולת להתברר ע"י זה או ע"י זה מוציאין מידו ואפילו אכל הג' שנים קודם שתבעו לדין דזהו דמי לספק של חודש העיבור [סס] כיון שהספק הוא בפירושו של השטר ואפילו במקום דאפשר לברר שממתינים עד שיתברר זהו כשתחלת אכילתו היתה ברשות כמו בזה שבשתי שנים מודה לו אבל כשחלוקים על עיקר התפיסה שלדברי המשכיר אינו מודה לו בעיקר תפיסתו אין ממתינים לו עד שיתברר [סס]:

ח אכלה השוכר או הממשכן שלש שנים וכבש השטר ואמר לחמש שנים יש לי פירות כי על זמן זה השכרת לי או השכנת לי ובעל הקרקע אומר לג' שנים וא"ל בעל הקרקע הבא שטרך ואמר שאבד השטר נאמן השוכר או המלוה במיגו שהיה אומר לקוחה היא בידי שהרי אכלה שני חזקה ואין זה מיגו להוציא לפי שכבר זכה בהקרקע לפי טענתו על חמש שנים והוי כמוחזק [סמ"ע] ודוקא שאין עדים שהיא מושכרת או ממושכנת בידו וגם בעל הקרקע לא עשה מחאה אבל כשיש עדים או שעשה מחאה אינו נאמן דאין לו מיגו ונשבע בעל הקרקע היסת ועושין כדבריו ומזה ראיה למ"ש בסעיף ו' דנאמן במיגו ולדעה שבסעיף ה' צ"ל דמיגו דלקוח שאני דלא שייך לומר שבחזקת בעליה עומדת כיון שיש לו מיגו לומר שהוא בעל הקרקע וע' בסי' ק"נ:

סימן שיח [השוכר רחיים מחבירו ובו ב' סעיפים]:

א השוכר רחיים מחבירו שיטחן לו עשרים סאה בכל חודש בשכרו מה שצריך לביתו והעשיר בעל הרחיים והרי א"צ לטחון שם שאוכל תבואה יותר טובה מהנטחן בשלו אם יש להשוכר חטים שצריך לטחון לעצמו או לאחרים במקום מה שהיה טוחן להמשוכר כופין אותו ליתן להמשכיר דמי טחינת כ' סאה דכיון שאין לו הפסד בזה הוי מדת סדום אם לא יתרצה לזה וכופין על מדת סדום ואם אין לו אחרים לטחון במקומן יכול השוכר לומר לא אתן לך דמים והריני טוחן לך כמו ששכרתי ואם אין אתה צריך לך ומכור לאחרים:

ב ואם המשכיר אינו מוצא למי למכור יש מרבותינו דס"ל שאע"פ שאין המשכיר יכול לכוף להשוכר שיפסד על ידו מ"מ גם הוא ביכלתו לבטל השכירות וליקח מידו הרחיים בתוך זמנו דגם הוא אין לו להפסיד [תוס' כתובות קג:] ויש מרבותינו דלא ס"ל כן וס"ל דאין ביכלתו לבטל השכירות דכיון דהשוכר לא שינה אלא שמצב המשכיר נשתנה במה כחו יפה לבטל חשכירות תוך זמנו [רא"ש סס] ובאמת דעה הראשונה תמוה והרי אפילו נפל ביתו של משכיר אינו יכול להוציא את השוכר מביתו כמ"ש ר"ס שי"ב ודוחק לומר דס"ל כשיטת הירושלמי שם דבמקום פסידא לגמרי מבטל את השכירות ולכן י"א דלא פליגי כלל דאם דרך העשירים שלא לאכול מטחינה כזו ורק עניים אוכלין אותן ולפ"ז כשהזכיר לו ע"מ לטחון לו לצרכי ביתו והוי כאומר כל זמן שאצטרך לצרכי ביתי [נ"ל] ולכן כשהעשיר ואין ביכלתו לאכלם הוי כזבין ולא איצטרך ליה זוזי דהדרי זביניה כמ"ש בר"ס ר"ז ובטל השכירות אבל אם גם העשירים אוכלים מטחינה כזו אלא שזה המשכיר בהעשרו רצונו להשיג ממקום אחר אין ביכלתו לבטל את השכירות אף שיפסד עי"ז [ט"ז] ועמ"ש בסי' ס' במי שהתחייב ליתן לחבירו מזונות ומבקש שיתן לו דמי מזונות:

סימן שיט [מי שהטעה את חבירו עד שהכנים פירותיו לביתו ובו ד' סעיפים]:

א מי שבקש מחבירו שישכיר לו ביתו להכנים בו פירותיו ולא רצה המשכיר והטעהו השוכר באיזה ענין עד שהכנים הפירות לביתו כמעשה שבגמ' [ב"מ קא:] באחד שבקש מאשה להכנים חביותיו של יין לביתה ולא רצתה והבטיח לה שישאנה וקידשה ונתנה לו מקום והכנים היין ותיכף גירשה ואמרו חכמים דכאשר עשה בן יעשה לו גמולו ישיב בראשו דאפילו אם הבית עומד להשכיר יכולה לומר לכל אדם רוצה אני להשכירה ולא לך דדמית עלי כי ארי ארבא בזה שהטעתני ולכן בהטעה את חבירו באיזה דבר עד שהרשהו להכנים ואח"כ נתגלה שהטעהו רשאי בעה"ב ליקח מהסחורה ולשכור פועלים ולהשליכה לחוץ וכן כל כיוצא בזה כגון שנכנס לדור בביתו ע"פ הטעייה ראוי להוציאו לחוץ על הוצאותיו של השוכר אם אינו רוצה לצאת בעצמו [נ"ל]:

ב וכתב הרמב"ם בפ"ז דמדת חסידות הוא שיודיע לב"ד וישכירו במקצת דמיהם מקום משום השבת אבידה לבעלים דכשישליכן בשוק יתפסד הרבה ולכן ממדת חסידות

חסידות להודיע אף שלא עשה כהוגן ומבואר מדבריו דזה אינו מדינא רק ממדת חסידות וגם ע"פ מדת חסידות א"צ רק להודיע לב"ד אבל י"א דמדינא צריך להודיע לבעל הפירות תחלה קודם שמוציאן ואם נאנסו לאחר שהודיעו פטור אבל אם נאנסו קודם שהודיעו חייב ויש מי שאומר דגם דעת הרמב"ם כן הוא דאחר שמוציאן לשוק מחוייב להודיעו שיראה שלא יתפסדו הפירות ואם לא הודיעו ונהפסדו חייב מדינא דגרמי אלא דממדת חסידות להודיע לב"ד אף קודם שהוציאן שישכרו לו מקום אבל לבעל הפירות א"צ להודיע קודם מפני שאין רצונו שיכנס לביתו והי"א ג"כ ס"ל כן דההודעה היא לאחר שהוציאן לשוק ולא פליגי כלל [ס"ע וב"ח] ולשון הרמב"ם אינו מורה כן וכן נמצא מפורש לגדולי הראשונים דס"ל דא"צ להודיעו כלל ואפילו יתפסדו פירותיו [ס"מ] דכיון שעשה שלא כהוגן והטעהו ברמאות אין לו עסק עמו וכאשר עשה כן יעשה לו הוי דין גמור ולא קנסא בעלמא [תוס' גיטין מ:] :

ג הרמב"ם ז"ל כתב שם דה"ה מי שהכניס פירותיו לבית חבירו שלא מדעתו ג"כ הדין כן אע"פ שלא הטעהו באיזה דבר אלא שעשה שלא מדעתו ויש חולקין בזה דנהי דעביד איניש דינא לנפשיה להוציאן מביתו אבל כיון שלא הטעהו אלא שעשה שלא ברשות אינו רשאי למכור מגוף הסחורה לשכור בדמיהם פועלים להוציאן וגם אינו רשאי להוציאן במקום הפקר דלא הותר זה אלא במקום שהטעהו ויש מחלקין בין חצר דקיימא לאגרא אסור לו לעשות דבר להפסידו כיון שעומד להשכיר אע"פ שעשה שלא מדעת אבל בחצר דלא קיימא לאגרא עביד דינא לנפשיה כמ"ש הרמב"ם [רי"ו] וגם זה דוקא כשצריך לעצמו את המקום דבזה הותר לו לשכור מזה פועלים ולהוציאן אף לשוק אם אין לו מקום אחר דמה לו לעשות כיון שצריך להמקום וגם באופן זה יש לפרש דברי הרמב"ם ז"ל [ט"ז] וכן עיקר לדינא [סס] ועיין בסי' ש"ח סעיף י"ד :

ד בשעת עת פחד ובהלה רחמנא ליצלן המציל חפציו לבית חבירו שלא מדעתו ודאי דצריך הבעה"ב לשמרם עד יעבר זעם ואם בעצמו צריך להמקום מחוייב עכ"פ להודיעו תחלה ואם לא יוכל להודיע יודיע לב"ד ואם אין ב"ד מוכן יודיע לשלשה אנשים ולהשכיר מקום שמור עבורם ובעל החפצים ישלם בעד המקום ואם בעל החפצים הלך מהעיר ישלם מהחפצים עצמן דבשעת חשש הפסד נתנו חכמים רשות לעשות שלא מדעת בעלים כמ"ש בסי' רס"ד וס"ם ש"ח ע"ש :

הלכות חכירות וקבלנות

סימן שב [דיני מקבל וחוכר היאך יתנהגו עם בעל השדה ובו ז' סעיפים] :

א שלשה שמות יש בשוכר שדה מחבירו שוכר וחוכר וקבלן שוכר נקרא ששוכר השדה ומשלם לבעל השדה כך וכך מעות לשנה כמו שוכר בית וחוכר נקרא שאינו משלם לו מעות אלא תבואה מאותה שזורעה משלם לו כך וכך מדות לשנה בין שתעשה השדה הרבה בין שתעשה מעט או לא תעשה כלל וקבלן נקרא שנותן לבעל השדה חלק בהתבואה שתגדל שם שליש או רביע הכל כפי תנאם וכלל הדבר הוא ששוכר וחוכר דין אחד להם לפי ששכרן ידוע וקבלן יש לו דין אחר כמו שיתבאר לפנינו וקבלן הוא כעין ארים אלא דהקבלן הוא נותן כל ההוצאה והזריעה והוא נותן החלק לבעל השדה ובארים נותן בעל השדה ההוצאה והזריעה והוא נותן החלק להארים :

ב ובין בחוכר ובין במקבל אע"פ שכבר התנו ביניהם לקבל את השדה אין כותבין שטר ע"ז אלא מדעת שניהם וכל זמן שלא כתבו יכולים שניהם לחזור בהם ומשכתבו אין יכולים לחזור בהם ואם התנו שישלם לו כלום משכתבו קנו והוה כמלוה בשטר [טור] והמקבל נותן שכר הכתיבה של השטר ואפילו אם הובירה שנה זו כדרך בעלי השדות ולא יהנה שנה זו מן השדה מ"מ צריך ליתן שכר הכתיבה [סס] ובזה השטר גובין גם ממשועבדים אמנם זהו דוקא כשפרט בהשטר קצבה ידוע ליתן לו אבל אם כתב ליתן לו שליש או רביע כדרך המקבלין אין גובין ממשועבדים כיון שאינו קצוב [סמ"ע] וי"א דאף כשקצב אין דינו כמלוה בשטר ואינו גובה ממשועבדים ויכול לטעון פרעתי והשטר אינו אלא שלא יכול לחזור בו [קצה"ח] :

ג אם לא כתבו שטר עד שלא התחיל במלאכה יכולים לחזור בהם ומשהתחיל במלאכה אין בעל השדה יכול לחזור בו אבל המקבל יכול לחזור בו כפועל [תוס' ב"מ קס:] אבל השוכר והחוכר אין יכולים לחזור בהם בכה"ג דאין עליהם שם פועל אלא שם שוכר [נ"ל] וממה שנתבאר יש ראיה דבשטר גם פועל אינו יכול לחזור בו ובסי' של"ג יתבאר בזה בס"ד :

ד כבר נתבאר דהמקבל צריך ליתן כל ההוצאות וה"ה לחוכר ושוכר ומ"מ כל דבר שאין השדה נשמרת זולתו כמו הסייג והחפירה שסביב השדה הוא על בעל השדה כמו בשוכר בית שצריך ליתן לו בית מתוקן בכל

בכל תקוני אומנות כמ"ש בסי' שי"ב וכל דבר שהוא כדי לעשות שמירה מעולה הוא עליהם [טור] לפיכך הקרדום שחופרין בו הארץ והכלים שנושאים בהם העפר והדלי והכד וכיוצא בהן חייב בעל הקרקע ליתנם אבל חטיטת המקומות שמקבצים בהם המים הוא על החוכר והמקבל וי"א דכ"ז הוא במקבל אבל בחוכר ושוכר אין על בעל השדה כלום דכיון שהוא צריך ליתן לו כדי חכירתו אף אם השדה לא תעשה פרי אין לבעל השדה עסק בהשדה כלל במשך חכירותו וכ"ש בשוכר והכי מסתבר [סס] וכן פסק רבינו הרמ"א ואינו דומה לבית דשם שדה הוא על הקרקע לבדה :

ה בין חוכר ושוכר בין מקבל מקום שנהגו לקצור התבואה אינו רשאי לעקור עם השורש ומקום שנהגו לעקור אינו רשאי לקצור ואיזה מהם שבא לשנות חבירו מעכב עליו אא"כ התנו מקודם והטעם דכשעוקרים התבואה נשארה השדה נקייה ונגד זה יש מעלה בקצירה שנשארו השרשים לזבל על השנה הבאה ולפיכך לבעל השדה לפעמים ניחא ליה בקצירה ולפעמים בעקירה וכן להמקבל לפעמים ניחא ליה בקצירה לפי שבעקירה יש הרבה טורח ולפעמים ניחא ליה בעקירה כדי ליתן הקש התתתון לבהמותיו לפיכך כל אחד מעכב על חבירו מלשנות כפי המנהג אם לא פירשו ונ"ל דבחוכר ושוכר אם שכרו גם על השנה הבאה אין בעל השדה יכול לעכב כשזה רוצה לעקור דכיון דעיכובו הוא משום הזבל אין לו נ"מ בזה כיון דגם בשנה הבאה יטול קצבתו בכל ענין [ובזה י"ל קושית הסמ"ע ריש המקבל למה הוצרך להטעם ע"ש] :

ו במקום שנהגו לחרוש אחר הקצירה כדי להפוך שרשי העשבים הרעים שלא יצמחו צריך לחרוש ואפילו לא היה המנהג בשם לנכש העשבים הרעים והוא ניכש אותם מ"מ אינו פוטר עצמו מלחרוש אח"כ באמרו דדי בניכוש מפני שיכול בעל השדה לומר שמא לא ניכשת כל הצורך או שלאחר זה עלו עשבים רעים ואם פירש בשעת הניכוש שעושה זה כדי שלא יצטרך לחרוש ובעל השדה שתק גלי דעתיה דניחא ליה ואף שמדינא כל תנאי שאינו בשעת השכירות אינו מתקיים בלא קנין וכ"ש בשתיקה לבדה מ"מ במעשה כזה שעשה המקבל בדבר שלא היה צריך כלל ועשייתו היתה כדי שלא יצטרך לעשות מעשה אחרת די באמירתו גם שלא בשעת השכירות ובשתיקת בעל השדה ואם לא נתרצה בזה היה לו למחות [עסמ"ע] וכן להיפך אם נהגו לנכש והמקבל אינו רוצה אפילו רצונו לחרוש אחר הקצירה והייתי אומר שטובה היא מניכוש מ"מ אין שומעין לו מפני שיכול לומר דעד החרישה יפלו העשבים הרעים ויצמחו ולא תועיל החרישה אח"כ :

ז אם נוהגים באותו מקום שהחוכר שדה סתם נוטל חלקו גם באילנות אע"פ שבאילנות אין לו טירחא שגדילין מאליהן יש לכל מקבל וחוכר חלק בזה ואפילו אם בעל השדה הוסיף לו נגד שארי חוכרים וקבלנים אינו יכול לומר דלכן הוספתי לך כדי שלא תטול באילנות וכן להיפך אם נהגו שלא ליטול חלק באילנות אז הם של בעל השדה אפילו אם הוסיף החוכר לבעל השדה בחלקו נגד שארי בעלי השדות והטעם משום דהבא לשנות מהמנהג צריך לפרש בשעת השכירות דהיתרון יכול לתלות בענין אחר וזהו כדברים שבלב ולא דמי לניכוש שנתבאר דהתם הרי דיבר שעושה ע"מ כן :

סימן שכא [דין המקבל בית השלחין או שדה אילן ויבשו ובו י"ב סעיפים] :

א אע"פ שנתבאר דבחוכר אין חילוק בין עשתה שדהו הרבה ובין לא עשתה כלל דנותן לו חכורו מ"מ אמרו רז"ל [ב"מ קג:] דבדבר שהוא מכת מדינה שכל השדות לא עשו פירות כגון שנפל ארבה וחגב ואכלו כל השדות מנכה לו מחכורו כמו שיתבאר בסימן שכ"ב דבכה"ג אינו יכול לומר להחוכר מזלך גרם דהרי היא גזירה אלהית על כל בעלי השדות וגם בעל שדה זו יסבול ההפסד ואם נתהוה ענין שנתרבה יותר טורח להחוכר ואם היה טורח הרבה היתה עושה פירות ולכן אם לא טרח יסבול הוא כל ההפסד ולא בעל השדה דהיה לו לטרוח וכן בקבלנות ישלם לבעל השדה חלקו כפי מה שהפסידו לפי שומת הבקיאים אבל במכת מדינה בקבלנות אינו מנכה לו להמקבל כלום דהרי לא שייך ניכוי בזה שהרי חולקין כפי תנאם במה שנמצא וזהו דעת הרבה מרבותינו וכן פסק רבינו הרמ"א אבל דעת הטור וכן משמע מהרמב"ם בפ"ח משכירות לחלק בין מכת מדינה שנתהוה לאחר גידול התבואה כגון אכלה חגב דבזה חולקין מה שנמצא ובין מכת מדינה שנתהוה קודם גידול התבואה כמו שיבש הנהר הגדול שיתבאר ושדה זו א"א שתגדל בלא דליית מים וזה המקבל טרח והביא מים מנהרות אחרים וביכלתו היה למנוע א"ע מטירחא גדולה כזו דהא לא קיבל ארעתא דהכי ולכן אם עשה כן מנכה לו הבעה"ב מחלקו כפי טרחתו שהיה לו [סמ"ע] ויש מי שאומר דלא פליגי כלל ואין חילוק בין נתהוה המכה קודם לאחר מכאן ואם המקבל לא עשה דבר יתר לא שייך ניכוי וחולקין בכל הנמצא לפי החלקים ואם עשה דבר יתר מחובתו כמו שהביא מים מנהרות רחוקים הכל מודים שהבעה"ב מוסיף לו ומנכה מחלק עצמו וזהו כוונת הטור ורבינו הרמ"א מיירי כשלא עשה דבר יתר [ט"ז] וכן עיקר לדינא

ב לפיכך החוכר או המקבל שדה מחבירו והיא בית השלחין שאין די לה במי גשמים וצריכים להשקותה ויבש המעין שמשקין ממנו בית השלחין זה והנהר הגדול שממנה נמשך זה המעין לא פסק אינו מנכה לו מחכורו שהיה לו לטרוח ולהביא מהנהר וגם במקבל אם לא הביא מהנהר ישלם לבעל השדה חלקו כפי שהיתה עושה אם היה מביא מהנהר וכן אם בשדה זו היה אילן טוב שעל שמה נקראת השדה בית האילן וידוע שבשביל האילן ירד החוכר לתוכה מפני שבהאילן נוטל חלק בלי טירחא [רס"י] אע"פ שנקצצה האילן אינו מנכה לו מחכורו דאין זה מכת מדינה ובמקבל לא שייך בזה ניכוי דהרי שניהם מפסידים בפירות האילן ובחוכר כל מה שצריך הבעה"ב ליטול מפירות יקח לו החוכר פירות מהשוק דמזלא דידיה גרם וכן אם היתה שדה של אילנות ונקצצו הרבה אילנות עכ"ז אינו מנכה לו מחכורו [פי' הרמב"ם במשנה קג:] ואפילו לא נשארו מטע עשרה לבית סאה [טור]:

ג אבל אם מכת מדינה היא כגון שיבש הנהר הגדול דרוב בעלי השדות של אותה הבקעה [רס"י] או אותה העיר [רמב"ם] נלקו מנכה לו מחכורו ובקבלנות לא שייך ניכוי דחולקים לפי תנאם מה שנמצא אמנם אם זה טרח והביא מים מנהר רחוק להשקותה שזה לא היה מוטל עליו כלל מוסיף לו בעל השדה כפי שומת הבקיאים מה ששוה בעד טרחתו כמ"ש בסעיף א' וכן באילן ושדה אילנות אם רוב האילנות של הבקעה או העיר נקצצו ע"י רוחות סערות או לא צמחו כלל מנכה לו מחכורו דזהו מכת מדינה:

ד אמרו חז"ל דאע"פ שכשאינה מכת מדינה אינו מנכה לו מחכורו מ"מ אם בשעה שהשכיר לו גלי דעתיה דההשכרה הוא בהיותן כמות שהן עתה אע"פ שלא היה תנאי מפורש בדבר מנכה לו מחכורו כגון שהיה עומד בתוך השדה וא"ל בית השלחין זה אני משכיר לך בית האילן זה אני משכיר לך יבש המעין או נקצץ האילן מנכה לו מחכורו שהרי הוא עומד בתוכה ולמה הוצרך לומר הזה אלא שזהו כאומר כמות שהיא עתה אני משכיר לך וה"ה אפילו לא עמד בתוכה אלא חוצה לה ואמר בית השלחין זה אני משכיר לך מדלא קאמר שדה זו ודקדק לומר בית השלחין זה משמע כמו שהיא עתה וכן אם עומד בתוכה וא"ל את בית השלחין אני משכיר לך אף שלא אמר זה דכיון דעומד בתוכה והזכיר בית השלחין הוי קפידא דדוקא בית השלחין כמו שהיא עתה [סמ"ע] אבל כשלא עמד בתוכה ולא אמר זה אלא בית השלחין או בית האילן אני משכיר לך ויבש המעין או נקצץ האילן אינו מנכה לו דזה שא"ל בית השלחין ובית האילן הוא שם בעלמא שכן היא נקראת דאין בזה לשון המורה על קפידא לומר כמו שהיא עתה ודוקא כשא"ל בית השלחין שבמקום פלוני דאל"כ יתן לו בית השלחין אחר כמו בחמור סתם שבסי' ש"י ועמ"ש בסי' רי"ח:

ה וי"א דזה שאמרנו דכשאמר זה או עומד בתוכה ונקצצו האילנות דמנכה לו זהו דוקא כשלא נשאר מטע עשרה לבית סאה דבטלה ממנה שם שדה אילן וכן בבית השלחין כשיבש המעין כולו אבל אם נשאר מטע עשרה לבית סאה או שלא יבש המעין לגמרי אינו מנכה לו מחכורו דעדיין שם בית השלחין ושדה האילן עליהם וכן י"א דזה שאמרנו דכשלא אמר זה ולא עמד בתוכה אע"פ שהזכיר בית השלחין אינו מנכה לו זהו דוקא כשבעל השדה אמר לשון זה להחוכר ולזה אמרי' דאע"פ שהזכיר בית השלחין כיון דהקפידא הוא אצל החוכר ולא לבעל השדה אמרינן דזה שהשכיר בית השלחין הוא שמא בעלמא אבל אם החוכר אמר לבעל השדה בית השלחין אני חוכר ממך מנכה לו אע"פ שלא עמדו בתוכה וגם לא אמר זה דכיון דהדבר נוגע לו מסתמא בקפידא אמר כן וכן פסק רבינו הרמ"א:

ו מעשה בדוכס אחד באיטליא שהיה לו בעירו חנויות המיוחדים להלואות וכל מי שהיה לו חזקה באחד מחנויותיו עשה שמה עסק ההלואה והדוכס העמיד אחד משופטיו לעזור לבעלי החנויות לגבות חובותיהם בערכאות שלו והשכיר ראובן חזקת חנותו לשמעון על כמה שנים בשכר קצוב לכל שנה ושמעון עשה העסק מההלואות בחנותו ואח"כ גזר השר שהשופט שלו לא יעשה משפט אם המלוים יתנו להלוים בלי משכון ובזה נתקלקל כל העסק ועמד שמעון בהחנות קרוב לשנה אחר הגזירה ורצה שמעון לבטל על להבא השכירות ששכר מראובן וגם על הזמן העבר שישב בעת הגזירה ינכה לו ראובן משכירתו וטענתו היתה דזהו כמכת מדינה כיון שהדוכס גזר על כל בעלי חנויותיו והסכימו גדולי איטליא דהדין עם שמעון:

ז ואחד מיוחד מגדולי המדינה חלק עליהם וס"ל דדין מכת מדינה אינו אלא רק על העבר כמו אכלה חגב או נשרפה אבל בלהבא דין זה כמ"ש בסי' ש"י בשוכר חמור ונתקלקל שאינו ראוי עוד לרכיבה דמשלם לו השוכר שכרו שעד כה ומשם ואילך בטלה השכירות כמו כן היה ביכולת שמעון לבטל השכירות מפני הקלקול שנתהוה וכיון שישב בהחנות ולא חזר בו איהו דאפסיד אנפשיה וצריך לשלם כל השכירות שישב עד עתה ועל להבא יכול לחזור בו והוו כמו מום במקח שיכול לבטל השכירות ומשנשתמש בו אינו יכול לבטל כמ"ש בסי' רל"ב ויש שהסכים לדעה זו [סמ"ע]:

ח ורבינו הרמ"א חולק עליו וס"ל דאין חילוק בין עבר ובין להבא דבכ"מ שנפסד הענין והוי מכת מדינה מנכה לו משכירותו ואם אפשר לתקנו ע"י טורח ותחבולות אינו מנכה לו כמו ביבש המעין ולא יבשה הנהר דמחוייב לטרוח ולהביא מן הנהר אף שיש בזה טירחא יתירא והרי בית השלחין ובית האילן הוא על להבא ודנין בזה דין ניכוי אם היא מכת מדינה וכן פסק מהר"מ בר"ב

בשר

בשר שגזר על מלמדים שלא ילמדו עם תלמידים דהוי מכת מדינה וכל ההפסד על הבעה"ב ורוב הגדולים הסכימו לזה וכן עיקר ועמ"ש בסי' של"ד סעיף י' :

ט ויש בכאן שאלה למה בחוכר אמרינן כשאינה מכת מדינה ההיזק הוא על החוכר ובשוכר חמור בסי' ש"י ובית בסי' שי"ב כשנתקלקלו או מת ונשרף פסקינן דא"צ לשלם לו כל השכירות רק מה שדר עד עתה ומה שנסע עד כה אף דלא הוי מכת מדינה ויש מי שאומר דהחילוק כן הוא דבכל מקום שנתבטל הענין לגמרי כמו בחמור שא"א לרכוב עליו עוד ובהבית א"א לדור מעתה ממילא דאין בזה שם שכירות כלל אבל במקום שהדבר ששכר הוא בעין כמו שדות החכורים אלא שנתקלקלו הרבה מתבואותיה ע"י חגב או שיבש המעין ונקצץ האילן אבל מ"מ עדיין יש פירות ושם שדה עליה לפיכך כשאינה מכת מדינה הוי כל ההיזק על השוכר [נ"י] וראיה לסברא זו ממה שנתבאר שם דבנפחתה החמור ושכרו למשא כיון שעדיין ראוי למלאכתו אף שקשה הרבה מקודם מ"מ אין השוכר יכול לבטל השכירות ואע"ג דבנמצא מום במקח עדיין ראוי לתשמישו ועכ"ז נתבטל המקח שאני התם דאינה אותו והוי מקח טעות אבל שוכר חמור ושדה מן השמים נתהוה :

י ויש מי שחילק באופן זה דכשנתהוה הקלקול בהדבר ששכר כמו בשוכר חמור ובית והם עצמם נתקלקלו אין זה מה ששכר ויכולים לבטל השכירות אף בלא מכת מדינה אבל בשוכר שדה הרי השדה עצמה ששכרה לא נתקלקלה שהמעין נתקלקל או חגב אכל הפירות ולכן כשאינו מכת מדינה ההפסד על השוכר [נס"מ] :

יא ולי נראה דעיקר הענין אינו דומה כלל דהשוכר ששוכר דבר מחבירו בלי שיחודש בזה דבר כמו חמור לרכיבה ובית לדירה ובכלות ימי שכירותו ישובו לבעליהן כמו שהיו זהו וראי דצריך להיות קיים הדבר עד סופו ואם נתקלקלו נתגלה שבטלה השכירות מהיום אבל שוכר שדה מחבירו אינו שוכרה בשביל רגבי האדמה אלא שיזרע עליה ותצמח ויקצרנה ובעת ההשכרה נעלם זה מהבעלים והוא כעין מסחר כפי אשר נגזר מן השמים לכן בדקדוק אמרו חז"ל דאם אינה מכת מדינה מזלא דשוכר גרים דהא משניהם נעלם מה יהיו הפירות אם רב ואם מעט וכשם שאם תהיה יותר פירות מכפי האומד לא יתן יותר להבעלים כמו כן בפחות לא יפחות אבל בחמור ובית לא שייך מזלא דשוכר דהא החמור והבית ישובו להבעלים משא"כ פירות השדה :

יב כללו של דבר כל שכירות שהענין הוא להוציא ריוח מהשכירות כמו שדה לאכול פירותיה או שוכר חנות לסחורה או שוכר מלמד לבנו לאכול פירות תורתו וגם זהו כעין מסחר דאפשר שיקבל תורה הרבה ואפשר שיקבל מעט הדין בזה דאם אינה מכת מדינה ההיזק הוא על השוכר ובמכת מדינה ההיזק על שניהם וכן בכל כיוצא בזה אבל בשוכר דבר לבלי לאכול פירותיה אלא חמור לרכוב עליו עד מקום פלוני ובית לדור בה עד זמן פלוני דאין בזה עסק מסחר אין דנין בזה דין מכת מדינה דאף כשאינה מכת מדינה כיון שנתקלקלו יכול לחזור בו להבא :

סימן שכב [החוכר שדה ואכלה חגב או נשדפה ובו ו' סעיפים] :

א החוכר או שוכר שדה מחבירו ואכלה חגב או נשדפה אם אירע דבר זה לרוב השדות של אותה הבקעה ולהרמב"ם רוב השדות של אותה העיר מנכה לו מחכורו משום דהוי מכת מדינה ולאו מזליה דשוכר גרים וכמה מנכה לו הכל לפי ההפסד שאירע לו ואף שאינו דומה הפסדו להפסד של רוב בעלי שדות מ"מ כיון דבכלליותיה הוי מכת מדינה מנכה לו לפי הפסדו [סמ"ע] ואם לא פשטה המכה ברוב השדות אינה מכת מדינה ומזלא דשוכר גרם ואינו מנכה לו כלום ובקבלנות לא שייך חילוק זה דבכל הנמצא בשדה אם מעט ואם הרבה חולקין כפי תנאם :

ב כשאינה מכת מדינה דאינה מנכה לו משום דמזלא דשוכר גרם זהו אפילו כשהיה להמחכיר עוד שדות בבקעות אחרות וכולן נשדפו או אכלן חגב דרואין דמזלא דמחכיר גרם מ"מ אינו מנכה לו וכך אמרו חז"ל בטעמא דמילתא שהמחכיר יאמר לו אין דרכו של הקב"ה להעניש את האדם שלא ישאר לו שריד כמו שכתוב כי נשארנו מעט מהרבה ושדה זו שהחכרתי לך השאיר לי הקב"ה כיון שההפסד הוי עליך אבל להיפך במכת מדינה דמנכה לו מחכורו אם נשתדפו כל השדות של החוכר שבבקעה אחרת אינו מנכה לו מחכורו דנראה להדיא שאין זה ההפסד תלוי אלא בשוכר שהרי גם שדותיו שבמקומות אחרים נשדפו ובשם לא היה מכת מדינה והשוכר אינו יכול לומר דמשום סיבה שלי היה נשאר לי מעט כמו שאומר המשכיר דהרי אם היה רצון ה' להניח לו מעט היה מניח לו משדות עצמו ולא משדות אחרים שחכרן ועוד דבין כך ובין כך לא נשאר לו בכאן אף מעט אלא שלא היה מצטרך לשלם להמשכיר ובזה לא שייך שיור :

ג בזה שאמרנו דאם היא מכת מדינה מנכה לו אפילו השדות האחרים היו זרועים חטים והוא זרע שעורין או להיפך ג"כ מכת מדינה היא כיון דסוף סוף נשדפו מיהו אם היה אצלם גם מהמין שלו וזה לא נשדף אצלם אין זה מכת מדינה דהמשכיר אומר לו הרי המין שלך לא

לא נשרף ואע"פ שיש מי שמסתפק בזה מ"מ כן עיקר לדינא ואם רוב הבקעה לא נשתדף רק הארבעה שדות מר' רוחותיו י"א דזהו ג"כ מכת מדינה והרבה חולקים בזה וכן הוא דעת הטור :

ד התנה עם בעל השדה שיזרענה חטים וזרעה שעורים אע"פ שגם כל החטים נשדפו מ"מ אינו מנכה לו מפני שהמחכיר יכול לומר לו אלו זרעת חטים אולי היה מקויים בי ותגזר אמר ויקם לך שאני התפללתי על חטים ולא על שעורים וכן אם לא זרעה כלל אף שרוב השדות נשדפו מ"מ צריך לשלם לו כל חכורו מפני שאומר לו אלו זרעת היה מקויים בי לא יבושו בעת רעה ובימי רעבון ישבעו וכן אם זרעה ולא צמחה אע"פ שבא חגב או שדפון והוכו רוב השדות מ"מ אינו מנכה לו מחכורו דהוא חייב להטפל ולזרוע פעם אחר פעם כל שלא עבר זמן הזריעה ואולי אם צמחה היה שולט בזה ברכה אמנם כשצמחה ואכלה חגב אינו מחוייב לזרוע עוד אף שהוא עדיין זמן זריעה שהרי רואין שגזירה היא שאע"פ שהתבואה תצמח יאכלוה החגבים כמו שאירע לרוב השדות כללו של דבר לעולם יד המשכיר על העליונה כל זמן שיכול למצא עילה שאם היה עושה כדבריו לא היה מהקלקל ולכן יש מרבותינו דס"ל אפילו כשצמחה צריך לזרוע כל זמן זריעה [רס"י] אך בזה חולקים הפוסקים דכיון שעשה מה שעליו לעשות עד צמיחת התבואה א"צ לעשות עוד [סמ"ע] :

ה כתב רבינו הרמ"א דדוקא בקבלנות אבל בחכירות יכול לקנות לו פירות מן השוק ונותן לו חכירותו עכ"ל ודבריו צריכין ביאור [עט"ז] ונ"ל בכוונתו דהנה בגמ' [ק"ה] איתא דמחוייב ליתן לו מהחטים שבשדה זו ואם רצונו לקנות מהשוק אינו רשאי ואף אם לא רצה לנכש את השדה יכול המחכיר לכופו שינכש אותה ואף אם יאמר מה איכפת לך אקח לך חטים יפות מן השוק יכול לומר לו אני רוצה חטים משדה שלי ואפילו אם ירצה לנכש שיעור מה שצריך ליתן לו מ"מ יכול לכופו לנכש את כולה מפני שיכול לומר ששדהו תעלה עשבים רעים ויגיע לו רעה לשנים הבאות ואף אם ירצה לחרוש אותה אח"כ כדי לעקור העשבים יכול למחות בו משום דעשבים רעים כשנופלים בשדה א"א לעקור אותם ע"י חרישה ומ"מ כתבו הראשונים שכ"ז הוא דוקא כשכבר זרע אבל כשאין רצונו לזרוע כלל וליקח לו חטים מהשוק אינו יכול לכופו שיזרע בשביל רצונו בחטי שדהו וזהו רק בחכירות דהחלק קצוב אבל בקבלנות יכול לכופו שיזרע כיון שאין חלקו קצוב ואע"ג דאם לא זרעה צריכים לשום כמה היתה מעלה ויתן לו חלקו לבעל השדה כמ"ש בסי' שכ"ח מ"מ יכול לכופו לכתחלה שיזרעה ויכול לומר שאינו רוצה לסמוך על השומא דשמא לא יכוונו בשומתם וזהו כוונת רבינו הרמ"א [ומתורץ קושיות הט"ז וכן הוא פי' הנמק"י ועסמ"ע ודו"ק] ובמקבל כשזורעה ולא צמחה אינו מחוייב לזרוע עוד פעם ומזלא דתרווייהו גרים [ט"ז] ודוקא בחוכר שהשדה שלו ונותן דבר קצוב להמחכיר ורוצה לפטור א"ע בטענת מכת מדינה בזה יכול לכופו לזרוע עד שיצמח אבל בקבלנות דהם כשותפים כיון שעשה מה שעליו לעשות א"צ לעשות עוד כמו מקבל עסק שכשעשה ולא הצליח איך נכפנו לעשות עוד [שם ויש שם בסופו עס"ד] ויש מי שאומר דגם בקבלנות אם רצונו שלא לזרוע אינו יכול לכופו כמו בחכירות [שם] ולי נראה דהעיקר כרבינו הרמ"א דבחכירות דהטעם הוא רק מפני שרצונו בחטי שדהו בזה ודאי אינו יכול לכופו אבל בקבלנות טעמא אחרינא אית ביה דשמא לא יכוונו השומא :

ו מעשה בראובן ששכר בית משמעון על שתי שנים ונתן לו השכירות מקודם ובתוך הזמן היתה מגפה בעיר עד שרובם ברחו מן העיר ומיעוטם נשארו וגם השוכר ברח והניח הבית ריקם ואח"כ חזרו כולם ורצה השוכר שישיב לו המשכיר שכירותו מהזמן שהיה חוץ לעיר בטענתו דזהו מכת מדינה ומנכה לו ופסקו הגדולים דוראי מכת מדינה היא ומ"מ יש ספק בדבר כיון שעל המיעוט לא הוי סכנה שמא אחד מהמיעוט היה שוכר הבית וכיון שיש ספק יחלוקו [ת' מהר"מ מר"ב סי' תפ"ח] ואע"ג דבשדות לא אזלינן רק אחרי רוב היינו טעמא דבשדות שהמכה היתה בהשדות עצמן אזלינן בתר רובא ואמרינן דגם שדה זו בכלל גזירת רוב שדות היא אבל בזה שהגזירה היתה על רוב האנשים ולא על הבתים ועל מיעוט האנשים לא היה הגזירה שפיר אמרינן דאילי מי שהיה מהמיעוט היה שוכרה [קל"ח] אמנם בזה שפסקו דיחלוקו אף שכבר שילם להמשכיר זהו למאן דס"ל דבספיקא דדינא חולקין אע"פ שהאחד מוחזק אבל אנן קיי"ל דאין להוציא מיד המוחזק ולכן אין להוציא מיד המשכיר ואם לא נתן עדיין לא יתן כלל [שם] :

סימן שכג [המקבל שדה מחבירו ולקתה בהעמרים ובו ג' סעיפים] :

א החוכר שדה מחבירו ליתן לו כך וכך חטין לשנה ולקו החטין שהיו רעות כחושות ושדופות מ"מ נותן לו מתוכה כמו שהן ואין המחכיר יכול לומר קח לי חטין מן השוק ואפילו לא לקו במחובר אלא שלקו העמרים בשדה אחר הקצירה ויכול המחכיר לומר הרי מקרקעי גדלו בטוב ואצלך נתקלקלו דמ"מ כיון שלא ראינו שהחוכר עשה איזה קלקול שנוכל לתלות בו מחוייב המחכיר לקבל איזו חטים שהן וכמו שאם היו חטים יפות מכל

מכל החטים לא היה ביכולת החוכר להרחות אותו לחטין מן השוק כמו כן להיפך ולא עוד אלא אפילו ידוע שבכל שנה עשתה חטים טובים ואצל החוכר הזה נתקלקלו וא"כ מזלא דהאי חוכר גרם והרי באכלה חגב כשמזלו גרים צריך ליקח לו חטים מ"מ כשיש חטים אלא שהן רעות צריך המחכיר לקבלן שע"מ כן ירד החוכר לתוכה:

ב בר"א כשאין ידוע לנו דבר ששינה החוכר בתנאו אבל אם שינה כגון שהתנה עמו לזרעה חטין וזרעה שעורין והתנה לתת לו בחכירותו שעורין ולקו השעורין אינו נותן לו מתוכה אלא קונה לו טובים מהשוק ואינו יכול לומר הרי התניתי לתת לך שעורין ויש לי משדה זו משום דיכול לומר לו הרי התנאי היה על שעורים מן השוק כיון שהתנאי היה לזרוע חטים ואתה שנית וכ"ש אם קלקל בזריעתו או לא נכש כראוי או קלקול אחר שעשה דא"צ לקבל ממנו משדהו אפילו התנה לחטים וזרעה חטים:

ג אף שנתבאר דהגם דהיה הליקוי אחר הקצירה מ"מ נותן לו מתוכה כגון עמרים שלקו אחר שנקצרו שהניחם ליבש בחמה ונתקלקלו והוא לא עשה שלא כראוי ולא הניחן יותר מהשיעור וכן אם חכר ממנו כרם בעשרה סלים ענבים וגדלו בטוב ואחר שנבצרו נקרסו שהפיגו טעמן ונתחמצו מ"מ כיון שלא פשע בשום דבר נותן לו מאלו הענבים מ"מ אמרו חז"ל דיין יש לו דין אחר שאם חכר ממנו הכרם בעשרה כדי יין והחמיץ היין אצל החוכר בחביותיו אע"פ שידוע שעשה הכל כהוגן מ"מ חייב לקנות לו יין טוב וליתן לו משום דקבלה הוא אצל רז"ל דיין תלוי במזל הבעלים דיש שנותן לחבירו יין טוב ותיכף כשבא ליד המקבל נתקלקל ולכן אף שבארנו דבזה אין מזלא דידיה גרם מ"מ ביין שהדבר ידוע שתלוי במזל הבעלים א"צ לקבל ממנו יין רע ויקח לו יין טוב ועוד דבשלמא חטים וענבים בין יפים בין רעים שמן עליהם אבל יין כשהחמיץ אין עליו שם יין רק חומץ והוא צריך ליתן לו יין ועוד דחטים וענבים גם אחרי תלישתן שעדיין צריכין לקרקע להתייבש והוי כגדל כך מקרקעו אבל יין בחבית אין שייכים לקרקע כלל ואם התנה ליתן מזה היין הכל לפי תנאו:

סימן שכד [החוכר שדה לזרוע חטים ורוצה לזרוע שעורים ובו ב' סעיפים]:

א החוכר שדה מחבירו לזרעה שעורים לא יזרענה חטים מפני שהם מכחישות את הקרקע יותר מהשעורים אבל חכרה לזרעה חטים יכול לזרעה שעורים ויקח לו לחכירתו חטים מן השוק ואע"ג דיכול לומר אני רוצה חטים מקרקע שלי כמ"ש בסי' שכ"ב מ"מ הא נתבאר שם דאם אינו רוצה לזרעה כלל אינו יכול לכופו מטעם זה וא"כ ה"ה כשרוצה לזרוע מן הקל יותר להקרקע וליקח לו חטים מן השוק דאינו יכול לכופו [נ"ל] ואם חכרה לזרוע קטניות לא יזרענה תבואה חכרה לתבואה יזרענה קטניות וזהו לגירסת הרמב"ם ולפ"ז תבואה מכחיש הקרקע יותר מקטניות וי"א בהיפך תבואה לא יזרענה קטניות קטניות יזרענה תבואה דקטניות מכחשת הקרקע יותר ודבר זה תלוי לפי הקרקע כמ"ש הרמב"ם דבבבל וכיוצא בה שם הקטניות מכחשת את הארץ ולכן לא יזרע שם קטניות וי"א דבבבל שהיא מצולה וטבועה בבצעי מים יכול לשנות ולזרוע מה שירצה דקרקע שלה מפני שומנה אינה חוששת לכחישות ודברים אלו עושים בזה ע"פ מה שיודעים בטבע הארץ מהמקום הזה מהמתעסקים בחרישתה ועבודתה ויש מי שכתב דקרקעות שלנו דומות יותר לשל בבל משל א"י [נמק"י] ואין בזה כללים וכל מקום ומקום לפי ענינו וטבעו [ומה דלא פסקינן כרשב"ג בב"מ ק"ו: כתב הב"ח משום דהסוגיא שם מוכח דלא כוותיה ובזה נדחו דברי הסמ"ע שם ומ"ש הסמ"ע צ"ע כמ"ש הפ"מ בפי' לירושלמי שם ודוק]:

ב י"א דכ"ז הוא בחכירות אבל בקבלנות יכול לשנות אפילו לדבר המכחיש את הקרקע דכיון שנוטל חלק מהשדה לפי מה שהתנו ביניהם ואינו נוטל דבר קצוב וכשיזרע דבר המכחישה יותר היא שוה יותר ויהיה לו חלקו ביותר ואמרי אינשי ליכחש ארעא ולא ליכחש מרה ולפ"ז אם בחכירות רצונו ליתן לו חכירותו מזה המין שיזרע ג"כ מותר לו לשנות אלא דאורחא דמילתא היא דבחכירות שקוצב לו כך וכך חטים או מין אחר נותן לו הדבר שקצב לו אבל בקבלנות שהוא כשותף נוטל חלק בכל מה שזורע ויש חולקין וס"ל דאפילו לדבר שאינו מכחיש יותר אינו יכול לשנות בקבלנות דכיון דקבלן אין דרכו ליתן אלא ממה שגדל בשדה אפשר שבעל הקרקע מקפיד לזרוע דוקא מין זה מפני שצריך למין הזה אבל בחכירות יכול לקנות לו מן השוק ואינו יכול לכופו לזרוע בשביל זה אבל בקבלנות יכול לכופו לזרוע דוקא כמ"ש בסי' שכ"ב סעיף ה' [והט"ז הקשה בזה והולך לשיטתו שם ומזה ראיה למ"ש בשם הרמב"ן והסמ"ע בעלי דעה זו ס"ל כמ"ש ודוק]:

סימן שכה [המקבל שדה מחבירו אם רשאי לזרעה פשתן ובו ה' סעיפים]:

א אמרו חז"ל [שם קני] דהחוכר שדה מחבירו על פחות משבע שנים לא יזרענה פשתן מפני שמכחשת את הקרקע שאינה חוזרת לקדמותה עד שבע שנים ואם קבלה לשבע שנים יכול לזרוע בשנה ראשונה פשתן ולשמנה

ולשמנה שנים יכול לזרוע שתי שנים פשתן וכן לעולם וזהו דאם בעת שחכרה לא דיבר עמו מה שיזרע אלא התנה עמו שיתן לו כך וכך מדות חטים או שעורים לשנה דאם התנה מה שיזרע אסור לו לזרוע שום דבר שקשה להקרקע יותר ממה שהתנה אבל כשלא התנה יכול לזרוע מה שירצה לבד פשתן מפני שמכחשת הקרקע יותר מדאי [כ״ל] או אפשר דזה שנתבאר בסי׳ הקודם דהכרה לשעורים אינו רשאי לזרוע חטים זהו כששכרה לשנה אבל אם שכרה לשנים או לג׳ שנים יכול לזרוע מה שירצה לבד בשנה האחרונה מפני שהכחש להקרקע אינה רק על שנה אחת אבל פשתן הכחש הוא לשבע שנים וצ״ע לדינא :

ב י״א דדוקא בחכירות אבל בקבלנות יכול לזרוע אף פשתן דהא הבעלים יטלו חלק בזה ויש חולקין כמ״ש שם ולפ״ז לדעה ראשונה גם בחכירות אם רוצה ליתן לו מהפשתן רשאי לזרוע כמ״ש שם [מ״ש הסמ״ע בסק״ג דבקבלנות איירי בסי׳ זה תמוה כמ״ש הטור ואף לדעת הרמב״ם אינו מוכרח ואולי לאו דוקא הוא וכוונתו רק על השקמה שיתבאר ודוק] :

ג בזמן הש״ס היה מין עץ שקורין שקמה וקוצצין ענפיו לקורות בנינים ואין הענפים חוזרות להיות קורות עד שבע שנים ולכן אם שכר השדה לפחות משבע שנים אין לו בקורות השקמה וכיוצא בה ואפילו בשבח שהשביחו הענפים בעודן ברשותו אין לו חלק מפני שלא ירד כלל להשקמות ואם שכרה לז׳ שנים יש לו בשנה ראשונה כמו בפשתן ודבר זה בין בחכירות בין בקבלנות :

ד קבל השדה לזריעה וצמחו בה אילנות מאליהן במקום שלא נהגו ליטול חלק מאילנות אם עלו במקום שאין ראוי לזריעה כמו על המצר אין לו בהם כלום ואם עלו במקום הראוי לזריעה אם אמר שחפץ במה שעלו בה אילנות ואף אם לא עלו היה נוטען שמין לו האילנות כאלו נטען ונותן לו שויים כשיצא ממנה אבל אם אמר שיותר היה חפץ לזרוע במקום האילנות רואין את האילנות אם היו בענין שאם יעקרים יהיו ראוין ליטע במקום אחר צריך ליתן לו בשבילן דמי נטיעות העומדות ליטע שהוא פחות מדמי אילן הנטוע העומד ואינו יכול לומר אתן לך רק דמי הזריעה כיון שאתה חפץ בזריעה מפני שהוא יכול להשיב אני זרעתי בזה דבר יקר כמו כרכום וכיוצא בזה [סמ״ע] ואם אינן ראוין ליטע אינו נותן לו אלא דמי עצים והרמב״ם לא חילק בכ״ז וזה לשונו בפ״ח משכירות המקבל שדה מחבירו לשנים מועטות אין למקבל כלום בקורת השקמה וכיוצא בה ולא בשבח האילנות שיצאו מאליהן בשדה אבל מחשבין לו מקום האילנות כאלו היה בהן אותו זרע שזרע בשדה והוא שצמחו האילנות במקום הראוי לזריעה אבל אם יצאו במקום שאינו ראוי לזריעה אין מחשבין לו כלום עכ״ל ודעה ראשונה היא דעת הטור ואפשר דלא פליגי כלל דהרמב״ם מיירי כשלא היה לו רשות לנטוע אילנות והטור מיירי במקום שהיה לו רשות לנטוע אילנות וירד בשדה לכך לנטוע אילנות דכן משמע בש״ס שם [דף קט׳] דכשירד ע״מ כן יש לו חלק בזה וכשלא ירד ע״מ כן אין לו חלק בזה ולכן משמע מדברי הטור דנאמן ע״פ אמירתו מפני שירד לכך :

ה איתא בתוספתא [ב״מ פ״ט] המקבל שדה מחבירו לזרעה שעורין לא יזרענה תלתן תלתן לא יעשנה מקשה מקשה יזרענה תלתן תלתן יזרענה שעורים חטים לא יזרענה פשתן פשתן יזרענה חטין המקבל שדה מחבירו לזרעה חטין לא יזרענה שעורין שעורים לא יזרענה פשתן פשתן יזרענה שעורים שעורים יזרענה חטים עכ״ל וניכר שיש בזה טעות הדפוס דהא חטין קשה משעורים ולכן צריך לגרוס להיפך חטים יזרענה שעורים שעורים לא יזרענה חטים אמנם בירושלמי הגירסא בשניהם לא יזרענה ולא קיי״ל כן [וכ״ל דזהו לרשב״ג במשנה ק״ו: וגם בפשתן הגירסא שם לא יזרענה חטין וגם זהו כן ולא קיי״ל כוותיה ולכן השמיטו הראשונים] :

סימן שכו [המקבל שדה לזרעה שומשמין וזרעה חטים ובו ד׳ סעיפים]:

א המקבל או החוכר שדה מחבירו לזרעה שומשמין וזרעה חטים והשומשמין מכחיש הקרקע הרבה יותר מחטים אבל גם דמיהן הרבה יותר יקרים מחטים ונתהוה שעשתה הרבה חטים עד שעלה הריוח כמו משומשמין אין לו עליו אלא תרעומות בזה שבעל השדה יתרעם עליו ששינה מדעתו ואולי אם היה זורע שומשמים היה כל כך ברכה שהיה עולה עוד יותר מעתה [נמ״ז] ויחלוקו כפי תנאם אם הוא בקבלנות ויתן לו כל מה שקבל עליו אם הוא בחכירות [טור] ואין המקבל יכול לומר אנכה לך מה שהקרקע לא נכחשה כל כך דאין לו להפסיד מזה שהרי רצה שיזרענה שומשמין ועוד דאמרי אינשי ליכחש ארעא ולא מרה :

ב ואפילו עשו החטים יותר ממה שהשומשמין היו ראוים לעשות חולקין לפי התנאי שביניהם אף שמשתכר בעל הקרקע גם בממון גם בהעדר הכחשת הקרקע ואין המקבל יכול לומר לו למה תשתכר עוד מזה הלא בגרמתי השבחתי ודי לך לקבל כפי מה שהיתה ראויה לעשות משומשמים מפני שזה אומר לו הרק אתה לבדך השבחת הלא גם קרקע שלי גרמה לזה [דף קו:] אם עשו החטים פחות ממה שהיתה ראויה

לעשות

לעשות משומשמין משלם לבעל הקרקע כפי מה שהיה ראוי לעשות מהשומשמין ואינו מנכה לו מה שהקרקע לא נכחשה כל כך כמ"ש בסעיף א׳ :

ג ממה שנתבאר למדנו שהשוכר שדה מחבירו לזרוע בה איזה מין וזרע מין קל מזה אינו יכול לנכות לו בטענה שהקרקע לא נכחשה כל כך כמו אם היה זורע המין שקבל ואם זרע מין כבד ממה שהתנה עמו ודאי דצריך להוסיף לו על שכירותו כפי שומת הבקיאים שהכחיש הקרקע יותר ואף שמשלם לו מ"מ יש עון בידו מה ששינה מדעת בעלים ויבקש ממנו שימחול לו :

ד ודע דזה שנתבאר בענינים אלו שלהקל על הקרקע הרשות ביד השוכר זהו בסתמא אבל אם פירש לו מפורש בעת שהשכיר לו שיזרע דוקא מין זה מפני שבשנה שעברה זרע מין אחר וטובת הקרקע דורשת ליזרע דוקא מין זה בשנה הזאת אסור לו לשנות בכל ענין ואם שינה משלם לפי שומת הבקיאים במה שהורע להקרקע בזה או שיהיה להבעלים הפסד עי"ז [דלרשב"ג גם בסתמא אסור והגם דלא קיי"ל כן מ"מ בפירש כ"ע מודים וכ"מ בגמ׳ שם ודוק] :

סימן שכז [מקבל שבא להסתלק ועדיין הזרעים בשדה ובו ג׳ סעיפים] :

א המקבל שקבל שדה מחבירו לזמן ובהגיע הזמן יש עדיין זרעים בשדה שלא נגמרו או אפילו נגמרו ולא הגיע עדיין יום השוק שיכול למכרן שמין אותן כמה הן שוין עתה ונותן לו דמיהם כפי חלקו ואין בעל השדה יכול לומר למה אשלם לך במזומן המתן עד שיהיה מעות מהסחורה מפני שהמקבל יכול לומר לו כיון שקצבת הזמן עד היום וידוע שאין עדיין זמן דהיום למכרם מסתמא סברת וקבלית לשלם לי דמיהם וכיצד שמין לו אם היה שכיר נותנין לו לפי שכירותו וקבלן לפי קבלנותו [תוספתא פ"ט] ובחוכר נ"ל דלא שייך דין זה דהרי עליו ליתן לבעל הקרקע קצבתו ומה לו לבעל הקרקע בהעסק :

ב כשם שחולקין המקבל ובעל הקרקע בתבואה כך חולקין בתבן ובקש אע"פ שלא פירש כן מפורש בעת הקבלה וכשם שחולקין ביין כך חולקין בזמורות אבל הקנים שמעמידים תחת הגפנים אם קנו אותם בשותפות הרי אלו חולקין בהן ואם הם משל אחד מהם הרי הם שלו וכן כל כיוצא בזה וזה אינו רק בקבלנות אבל בחכירות לא שייך חלוקה [רמ"י ר"פ המקבל] דהא על החוכר לעשות הכל ואינו נותן לבעל הקרקע רק קצבתו :

ג תניא בתוספתא [שם] המקבל כרם מחבירו חייב לטפל בו עד שיעשנה יין זיתים עד שיעשה צבור פשתן עד שיעשנה קורצין חולק ונותן לו זה מכנים חלקו לעיר וזה מכנים חלקו לעיר עכ"ל עוד שנינו שם החוכר שדה מחבירו לא יהא נרה שנה וזורעה שנה אלא נרה חציה וזורע חציה עכ"ל ונראה דזהו כשחכרה להרבה שנים ולא פירש אופן זריעתה ומנהג בעלי השדות שם לבלי לזרוע שנה אחר שנה כמו במדינתנו אבל כשחכרה לשנה ודאי שזורע את כולה כשלא פירשו :

סימן שכח [דין מקבל שרוצה להסתלק מפני רעת השדה ובו ב׳ סעיפים] :

א המקבל שדה מחבירו ולא עשתה פרי אם יש בה כדי להוציא סאתים יתר על ההוצאה חייב המקבל להתעסק בה ואינו יכול להסתלק מפני שכך כתב לבעל הקרקע אנא איקום ואזרע ואקצור ואעמיד כרי לפניך ותטול חלקך ושיערו חכמים שהעמדת כרי הוא בשני סאין ומזה תהא גם חלקו של בעל הקרקע ואין חילוק בין שדה גדולה לקטנה ואפילו לא כתב כך כמאן דכתוב דמי דכל המקבל על דעת המנהג מקבל ולכן אם יש איזה מנהג אחר בזה המקום יעשו כמנהגם ודוקא כשעשו קנין דאל"כ הא פועל חוזר בו אפילו בחצי היום ובמקבל שדה אילן אינו מבואר בגמ׳ ויעשו לפי ראות הבקיאים אם כדי לטפל בזה אם לאו וכן בגינות מירקות וי"א דתמיד חייב לטפל בה [טו"י] ואם יש איזה מנהג בזה יעשו כמנהגם וכ"ז אינו רק בקבלנות אבל בחכירות לא שייך זה דאפילו לא עשתה כלום צריך לשלם חכירותו אם אינה מכת מדינה כמ"ש בסי׳ שכ"ב [טור] :

ב אם לא עבדה כלל אלא הובירה כולה או מקצתה שמין אותה כמה היא ראויה לעשות ונותן לו חלקו שהיה מגיע כפי תנאם ואפילו לא כתב לו זה ולא התנה עמו כן מ"מ צריך לשלם לו כפי ערך זה ויכול לשלם לו בממון או בתבואה ובחכירות א"צ שומא דכמה שהתנה צריך ליתן לו בתבואה [כ"ל] ועמ"ש בסי׳ שכ"ב ואם התנה עמו אם אוביר ולא אעביד אשלם לך אלף זוז ה"ז אסמכתא ואינו נותן לו אלא כפי מה שראוי לעשות בלבד כמ"ש בדיני אסמכתא בסי׳ ר"ז ע"ש ואם הובירה

הובירה והיתה מכת מדינה שנלקו כל חשדות בשדפון מ"מ צריך השוכר לשלם לו אף אם היא בקבלנות מפני שיכול לומר אלו זרעת אותה הוה מקויים בי לא יבושו בעת רעה וגו' ואף שלא התנה עמו שיזרענה אלא קבלה סתם דסתם קבלנות היא לזריעה [נ"ל] :

סימן שכט [המקבל שדה לזמן ומת והניח בן ובו ב' סעיפים] :

א המקבל שדה מחבירו ומת המקבל והניח בן אין יכול הבן לכוף להמשכיר שיניח השדה בידו עד הזמן שקצב עם אביו דיכול לומר לאביך רציתי ליתן השדה ולך לא אתן כמו בכל שותפים כמ"ש בסי' קע"ו ושמין מה שעשה האב ומשלם כך להבן אפילו התנה עמו לזמן קבוע אינו יכול בעל השדה לומר כיון שלא נגמר עד הזמן לא אתן מאומה ואפילו לכופו להבן שיגמור המלאכה אין ביכלתו דהא פועל חוזר אפילו בחצי היום וכ"ש זה כשמת ואנוס הוא שמשלם להיורשים מה שעשה אפילו כשעשה שטר וקנין ואין שמין מה שיעלה מותר המלאכה ואפילו בדבר האבוד כיון שאנוס הוא כמ"ש בסי' של"ג :

ב ואם כבר קבל בחייו כדי כל קבלתו ומת באמצע המלאכה לא יאמר להבן תן לי מה שקבל אביך יותר מהמגיע לו עד יום מותו דאין הבן צריך לשלם זה אפילו הניח אביו ירושה ויש מי שנראה מדבריו דזהו דוקא כשאין בעל השדה רוצה ליתן להבן לגמור המלאכה ולכן יכול הבן לומר לא אחזיר לך רק אגמור המלאכה ואם אין רצונך בזה איני מחוייב להחזיר לך אבל אם רצונו להניח גמר המלאכה ביד הבן והבן אינו רוצה לגמור מחוייב להחזיר מה שקבל אביו את המותר [כ"מ מסמ"ע] ולא ראיתי לאחד מהפוסקים שיאמר כן והרי איננו גזלן שהבנים יהיו חייבים לשלם כשהניח נכסים כמ"ש בסי' שס"א והרי פועל הוא ורבינו הרמ"א פסק בסי' של"ג דפועל שקבל שבירות יותר ממה שעשה עד עתה וחלה כיון שכבר קבל א"צ להחזיר אמנם גם בזה יש חולקין כמ"ש שם ולדעה זו ודאי דכן הוא דאם רוצה להניח גמר המלאכה ביד הבן והבן אינו רוצה אם הניח האב נכסים חייב הבן לשלם המותר :

סימן של [המקבל שדה ליטע מה דינו ובו ח' סעיפים] :

א המקבל שדה מחבירו ליטע אילנות בשדהו כשיעור שיכולים ליטע כגון ממטע עשרה לבית סאה צריך בעל השדה לקבל עשרה אילנות בוריות לכל מאה מהם דאפילו אותם אילנות אין עושין פרי כגון שלא נקלטו יפה או שהנטיעות רעות אין המקבל מחוייב ליטע אחרים תחתיהם מפני שדרך האילנות להיות בהן בוריות עשרה למרה ובעל השדה מוחל על זה מן הסתם ואם יש בהם יותר בוריות אפילו אחד יותר מגלגלין עליו את הכל ומחוייב המקבל לעקור את כל הבוריות וליטע כולן יפ֗ות והטעם משום דלכתחלה כשמתחיל ליטע אסור לו ליטע אפילו אחת שיודע שהיא גרוע ואם נודע כל זמן שהוא עסוק בנטיעה שיש אפילו אחת שאינה טובה מחוייב להסירה וליטע אחרת במקומה רק כשלא נודע עד אחר גמר המלאכה אמרו חז"ל שעשרה למאה מוחל בעל השדה ולכן כיון שיש יותר והוא מוכרח ליטע אחרת במקומה א"כ עדיין הוא עוסק במלאכתו ומחוייב לעקור את כולם [תוס' ב"ב ל"ס·] וכל זה כשלא פירשו או שאין מנהג ידוע באותו המקום אבל אם פירשו או שיש שם מנהג ידוע יעשו כתנאם או כמנהגם וכן איתא בתוספתא דב"מ [פ"ט] המקבל שדה מחבירו לנטוע מקום שנהגו להיות נוטע על ד' ד' ועל ה' ה' ועל ו' ו' ועל ז' ז' אין משנין ממנהג המדינה :

ב והרמב"ם ז"ל כתב בפ"ח משכירות המקבל שדה מחבירו ליטע מקבל עליו בעל השדה עשר בוריות לסאה עכ"ל ונראה שכן היה גירסתו בש"ס והדברים מתמיהים דהא בכל הש"ס מוכח דבבית סאה יש רק עשר נטיעות וצ"ל דדרכם היה באמת לנטוע נטיעות הרבה לבית סאה אמנם דאף כשיש רק עשר נטיעות מקרי שדה אילן ולכן בנטיעות הרבה מקבל עשר בוריות לסאה ולפעמים כשנחרבו ונשתיירו רק עשרה לבית סאה מקרי ג"כ שדה אילן ויש לזה ראיה מירושלמי [ב"מ פ"ט ה"ב ע"ש] :

ג נוטע אילנות שקלקל במלאכתו והפסידם מסלקין אותו וי"א שאף בלא התראה מסלקין אותו כמ"ש בסי' ש"ו ואם נטע ובקצתן השביח ובקצתן הפסיד ועכ"ז יש עדיין שבח בכולל רואין כמה הוא המנהג שיטול הנוטע בהשבח ומנכין לו מחלקו כשיעור מה שהפסיד ונוטל השאר ומסתלק [טור] ואפילו אם התנה על עצמו שלא יטול בהם כלום אם יפסיד אפ"ה נוטל שהרי אסמכתא היא דכל דאי הוה אסמכתא כמ"ש בסי' ר"ז ואין מנכין לו אלא מה שהפסיד :

ד שתלן שרוצה להסתלק אם המנהג שבכל שנה נוטל בעל

בעל השדה חצי והשתלן חצי וארים היורד לשדה נטועה נוטל השליש ורוצה השתלן להסתלק צריך לראות שלא יפסיד בעל השדה כיצד אם יש שם שבח י"ב דינרין יטול בעל השדה חציה ומחצי השני יקח ארים ארבעה שהם שליש והשתלן נוטל שני דינרים כדי שישאר לבעל השדה החצי שלו בשלימות שהרי בעל השדה לא סילקו והוא סילק א"ע ברצונו מיהו השתלן אינו יכול לומר נחלק הכרם ואטול רביעית ואעשה בה מה שארצה וישארו רק ג' חלקים שליש לארים ולך מחצה מפני שכל החלקים משועבדים זל"ז ואפילו לא ירצה להסתלק אלא להוריד ארים תחת השנחתו אין ביכלתו אם אין בעל השדה מתרצה לזה מפני שיכול לומר אין רצוני בריבוי פועלים שיראתי פן יסמכו זה על זה ויקלקלו [נמק"י] ולמדנו מזה שהשוכר פועל אין ביכולת הפועל לשכור פועלים תחתיו :

ה כתב רבינו הרמ"א מיהו לא יוכל להסתלק בלא רשות בעל השדה עכ"ל ואין כוונתו שאינו יכול להסתלק כלל דודאי יכול להסתלק כשאין הפסד לבעל השדה כמ"ש ועוד דהא פועל חוזר בו אפילו בחצי היום וקבלן ג"כ דינו כפועל כמ"ש בסימן ש"ך סעיף ג' אלא כוונתו דאם ירצה שלא להודיע לבעל השדה כלל ומעצמו יעמיד ארים אחר במקומו לפי החשבון שנתבאר שלא יגיע הפסד לבעל השדה אין לו לעשות כן ואע"ג דליכא בזה טעמא דריבוי פועלים דהא לא יעשה רק הארים לבדו מ"מ יכול בעל השדה לומר אין רצוני שתברור לי ארים אם רצונך להסתלק לא אוכל לעכבך אבל ארים אברור בעצמי ואין רצוני לסמוך עליך [ומתורץ קושית סס"ך] :

ו כל שתלן שנוטל החצי בפירות כך נוטל החצי בגפנים שהזקינו אבל אם שטפן נהר או עקרן הרוח אין לו בהן אלא שתות שהוא רביע מסה שנשאר לבעל השדה והטעם משום שכל אילן עומד להזדקן ומתחלה ירד ע"מ כן לחלוק בהעצים כשיזקינו כמו שחולק בכל שנה בזמורות כמ"ש בסי' ש"כ ע"ש אבל שטיפה ועקירה אינו מצוי ולא ירד לכך לפיכך אין לו ליטול אלא באופן שלא יפסיד בעל השדה והוא יצטרך ליתן גם לארים ולכן אין לו רק שתות כהחשבון שנתבאר [סמ"ע] :

ז אם יש הכחשה בין בעל השדה והארים דהארים טוען שהתנה עמו שיטול החצי ובעל השדה טוען שלא התנה אלא ליתן לו השליש אם אין שם מנהג קבוע עושין כמו שאומר בעל השדה דקרקע בחזקת בעליה עומדת וגם יש לו מיגו דאי בעי הוה אמר שכרתיו ליום ושכירי הוא [נמ"י] ונשבע בעל השדה היסת ואין הארים נוטל רק שליש אבל במקום שיש מנהג שהארים נוטל חצי צריך ליתן לו החצי דבמקום מנהג אין מועיל לבעל השדה לא חזקתו ולא מיגו שלו דמנהג הוי כעדים ויראה לי דאף להשביעו לארים אין ביכלתו כיון דהמנהג מסייע ליה וגם תפיסה לא מהני נגד המנהג [ועמ"ש בסי' ס"ב בכ"מ] :

ח תניא בתוספתא [ב"מ פ"ט] המקבל שדה מחבירו ליטע עד מתי חייב לטפל בנטיעות עד כדי שיחולו עכ"ל ופירושו עד שנה רביעית שיצאו מערלה ונ"ל שאינו כן להלכה דבפ"ק דשביעית ס"ל לר"ע נטיעה כשמה והיינו בת שנתה וראב"ע סבר עד שיחולו והלכה כר"ע ובמקום שיש מנהג עושים כמנהגם :

הלכות שכירות פועלים

סימן שלא [דיני פועלים כיצד יתנהג עמהם ובו ט' סעיפים] :

א שכירות פועלים וקבלנים א"צ לא קנין ולא שטר דכל מה שהאדם מבטיח לפועל בעד מלאכתו אפילו בדברים בעלמא חייב לשלם כשהנשכר עושה מלאכתו [ב"י] ואינו דומה לעבד דצריך קנין כמ"ש בסי' קט"ו דעבד קונה אותו לגופו דאפילו עבד עברי גופו קנוי [קדושין טז:] אבל שכיר הרי אינו שוכרו רק למלאכתו וכשעשה המלאכה חייב לשלם לו והרי אפילו יורד לשדה חבירו שלא ברשות חייב לשלם לו כמ"ש בסימן שע"ה וכ"ש כששכרו לפועל וגם אין אונאה לשכירות מפני שהוא כקונה אותו לזמן ועבד אין בו אונאה כמ"ש בסי' רכ"ז אבל בשכירות בהמה יש אונאה ודין חזרת פועלים יתבאר בס"ד בסי' של"ג :

ב מדין תורה כששוכר שכיר יום ולא פירש עמו כמה שעות ביום יעשה מלאכתו חייב הפועל לצאת מביתו למלאכתו בזריחת השמש ולעשות עד צאת הכוכבים שנאמר תזרח השמש יאספון וגו' יצא אדם לפעלו ולעבודתו עדי ערב דשעת המלאכה היא מזריחת השמש עד שקיעתה אלא דכשיוצא למלאכה שהוא לצורך הבעה"ב נחשבת גם ההליכה במלאכה אבל החזרה לביתו צריך לצאת אחר השקיעה וכך אמרו חז"ל פועל בכניסתו לביתו משלו וביציאתו למלאכתו משל בעה"ב [רפ"ז דב"מ] ובע"ש מקדים עצמו לביתו כדי למלאות מבעוד יום חבית מים ולצלות דגים על שבת או לבשלן וגם להדליק נר ולהכין כל צרכי שבת כנהוג ולפ"ז מן התורה מלאכתו של פועל חצי מעל"ע דהפסוק והש"ס מדברים על הזמן השוה מיום ולילה כמו תקופת ניסן ותשרי [נ"ל] :

ג ולכן השוכר את הפועלים סתם יכול לומר להם שישכימו

שישכימו ויעריבו במלאכתם ואין רשאין לבטל ממלאכתן כל היום כולו לבד זמן תפלה ואכילה וכתב הרמב"ם בפ"ב מתפלה הפועלים שעושים מלאכה אצל בעה"ב מתפללין הבינינו אם עושין בשכרן שנוטלין שכר פעולתן לבד מסעודתן שאז צריכין למהר למלאכה אבל אם אין נותן להם שכר אלא שעושין בשכר הסעודה מתפללין כל שמ"ע אבל אין יורדין לפני התיבה ואין נושאין כפיהן עכ"ל והאידנא אין מקפידין בכך ואדעתא דהכי נשכרין שיתפללו בבהכ"נ כל סדר התפלה כמ"ש בא"ח סי' ק"י ועכ"פ למדנו מזה כמה חיוב על הפועל לעשות מלאכתו באמונה ומאד מאד צריכין הפועלים ליזהר בזה ואל יפול לב הפועל עליו דגדולה מלאכה מי שעושה אותה באמונה ואמרו חז"ל חביבה מלאכה מזכות אבות שזכות אבות הצילה ממון ומלאכה הצילה נפשות שנאמר לולי אלהי אבי אלהי אברהם ופחד יצחק היה לי כי עתה ריקם שלחתני את עניי ואת יגיע כפי ראה אלהים וגו' [ב"ר ס"פ ויצא]:

ד וכ"ז במקום שאין מנהג אבל במקום שנהגו שלא להשכים ושלא להעריב אינו יכול לכופן להשכים ולהעריב ואפילו הוסיף שכרן נגד שארי פועלים אינו יכול לומר הוספתי לך כדי שתשכים ותעריב דכיון שלא התנה כן בשעת השכירות יכולין לומר שההוספה היתה מפני טעם אחר שנעשה המלאכה בלי עצלתים וכיוצא בזה דאם היה כוונתו שיעשו יותר מכפי המנהג היה לו לפרש:

ה ואפילו היתה עיר חדשה ואין שם עדיין מנהג קבוע אבל רוב אנשי העיר באו ממקום שיש שם מנהג קבוע אזלינן בתר מנהג העיר שבאו משם ואם הבעלים ממקום אחד והפועלים ממקום אחר ויש שינוי מנהגים בין מקום זה למקום זה כגון שהלך ממקום שנהגו להשכים ולהעריב למקום שנהגו שלא להשכים ולהעריב או איפכא אזלינן בתר המקום ששכר שם הפועלים ואם הפועלים הלכו להשכיר א"ע למקום הבעלים אזלינן בתר מקום הבעלים [כ"מ בנמק"י שם] ואינו קרוי מנהג אלא דבר השכיח ונעשה הרבה פעמים אבל דבר שאינו נעשה רק פעם אחת או שני פעמים אינו קרוי מנהג וגם צריך שיהא המנהג קבוע ע"פ חכמי המקום או ע"פ הסכמת אנשי העיר והבא לשנות המנהג וטוען שהתנה בענין אחר עליו להביא ראיה בעדים או בשטר אבל בשבועה אינו נאמן נגד המנהג ואפילו כשיש לו מיגו אינו נאמן במקום מנהג כמ"ש בס"ס ש"ל ואפילו תפיסה לא מהני במקום מנהג אם טוען ששינו מכפי המנהג אבל אם טוען שנאנסו ולא יכלו לעשות מהני תפיסה [סג"ה שם]:

ו כששכר פועלים ולא דברו ביניהם אם יתן להם מזונות אם לאו תלוי במנהג המקום ומקום שנהגו לזון יזון לספק בגרוגרות או בתמרים וכיוצא בהם יספק הכל כמנהג המדינה ואם פסק ליתן להם מזונות וגם מנהג המקום ליתן מזונות אין הפועלים יכולים לומר אתה מחוייב להרבות לנו במזונות והרי לא הוצרכת לפסוק כיון שהמנהג כן וזה שפסקת מסתמא הוא להרבות במזונות מפני שיאמר להם דרך העולם כן הוא שאף בדבר שהחיוב מצד הדין או מצד המנהג מ"מ מתנים בפירוש ג"כ ולא היתה הכוונה כלל על ריבוי המזונות ואם לא ההנה ליתן להם מזונות וגם אין מנהג קבוע בזה א"צ ליתן להם מזונות דהבא להוציא עליו הראיה ודע דאם ריבה להם שכר או מיעט להם נגד שארי פועלים אין בזה ראיה להוסיף או לגרוע נגד המנהג כמ"ש בסעיף ד' בכה"ג ע"ש:

ז כשמחוייב ליתן להם מזונות וכן מי שיש לו משרת או משרתת בביתו צריך ליתן להם מכל מה שבני ביתו אוכלים ושותים והרי אפילו בעבד עברי כתיב כי טוב לו עמך ודרשו חז"ל [קדושין כ'] עמך במאכל עמך במשתה שלא תהא אתה אוכל פת נקיה והוא אוכל פת קיבר ואם התנו הכל לפי תנאם ואם יש מנהג שם באופן המזונות יעשו כמנהגם דכל הנשכר על דעת המנהג הוא נשכר ומדת חסידות ליתן להעבדים והמשרתים לטעום מכל מין שאוכל בעצמו ובפרט דבר שיש לו ריח טוב כמו בשר שמן שיכול המריח להסתכן אם אין נותנין לו לטעום [כתובות ס"א] ועיו"ד סי' רס"ז וכל היזק שעושה המשרת והמשרתת והפועל חייבים לשלם כשהיה בלי אונס דדינם כש"ש ומ"מ מנהג בע"ב ישרים שלא לנכות להם הזיקות קטנים כשבירת צלוחיות וקערות וכדומה אם לא שפשעו להדיא כמזידים ממש:

ח השוכר את הפועל ולא קצב לו מקח וגם בעיר לא היה מקח קצוב יכול ליתן לו כפחות שבעיר דהבא להוציא עליו הראיה ואם א"ל כאחד וכשנים מבני העיר אשלם לך מחשבין היתר שבשכירות והפחות שבשכירות ומה שביניהם נותן החצי כגון אם היתר בשש והפחות בארבע נותן לו חמש ולפ"ז אם קצתן נשכרים בשלש זהובים וקצתן בה' וקצתן בששה אין נותנין לו ה' כמקח הבינוני אלא כשיעור המחצה שבין שלשה לששה והיינו ד' וחצי [סמ"ע] וכן אם א"ל אשלם לך כפי המקח ששוכרין בעיר ויש ששוכרין בפחות ויש ביתר ממציע ביניהם כפי החשבון שנתבאר וכן אם שכרן לזמן הבא ואמר כפי המקח שיהיה אז ויש מרבים ויש ממעטים ג"כ הדין כן [קצה"ח ומתורץ קושית המל"מ פ"ט מסכירות ע"ש]:

ט פועל או משרת שהוא על בגדים של הבעה"ב ועשה לו בגדים אם יצא באמצע מלאכתו כדין פועל שחוזר בו אפילו בחצי היום פושט הבגדים ויוצא ואם יצא בזמנו הבגדים שלו כשלא פירש עמו בעת השכירות שיפשוט בגדיו כשיוצא [רמ"ס פ"ד דכתובות] ואם יש מנהג בזה הולכין אחר המנהג ושכיר שאינו קבוע ונקרא בגמ' לקיט שאוכל משל עצמו ומסייע לפרקים בבית הבעה"ב

הבעה"ב ולפעמים מהנהו במאכל ומשקה ולפעמים בבגד ואין לו שכר קצוב שנותן לו לפרקים דבר מה בעד טרחתו כשיצא מבית הבעה"ב פושט בגדיו שעשה לו הבעה"ב [סס] :

סימן שלב [האומר לשלוחו צא ושכור לי פועלים במקח זה ושינה מהמקח ובו י"ז סעיפים]:

א אמר לשלוחו צא ושכור לי פועלים בג' דינרים והלך השליח ושכרן בארבעה אם השליח אמר להם שכרכם עלי נותן להם ארבעה ומבעה"ב נוטל שלשה ומפסיד אחד מכיסו דאיהו דאפסיד אנפשיה וזהו דעת הרי"ף בפ"ו דב"מ והרמב"ם פ"ט משכירות וי"א דאם כל הפועלים אין נשכרים רק בארבע נותן הבעה"ב לשליח ארבע כפי מה שהנהו כן כתב רבינו הב"י ויש חולקים וס"ל דגם הרי"ף והרמב"ם ס"ל כן וזה שכתבו דנוטל מבעה"ב שלשה זהו כשיש פועלים שנשכרים בשלשה והביאו ראיה ממה שיתבאר דאם אמר להם שכרכם על בעה"ב נותן להם ד' אם כולם נשכרים בד' וגם ממה שיתבאר בסי' של"ג דהשוכר את הפועל לעשות בשלו והראהו בשל חבירו דנותן לו כפי מה שההנהו ולי נראה כדברי רבינו הב"י דלא דמי לאם אמר שכרכם על בעה"ב דבשם טעמא אחרינא הוא כמ"ש שם הרי"ף ז"ל דכיון דשינה בשליחותיה ואמר להם שכרכם על בעה"ב נבטלה השליחות לגמרי ודינם קרוב לעושים ברשות דנוטלין מה ששוה דמהשליח אין להם לתבוע כיון שאמר שכרכם על בעה"ב וכן בסי' של"ו כשהבעה"ב לא צוה כלל דינם כיורד שלא ברשות שיתבאר בסי' שע"ה אבל בזה שאמר שכרכם עלי דנוטלין מהשליח ואין להם עסק עם הבעה"ב והשליח איך יטול מהבעה"ב יותר ממה שצוהו דנראה דאף ביורד שלא ברשות שצריך לשלם אינו אלא שלא ברשות שלא צוהו אבל אם צוהו בפירוש שאין רצוני שתעשה לי ואם תעשה לא אשלם לך דאם עשה הניח מעותיו על קרן הצבי ונוטל המלאכה שעשה וה"נ כן כיון שא"ל שאינו רוצה לשכור יותר מבשלשה ונ"ל דהוי ספיקא דדינא :

ב ואם אמר להם שכרכם על בעה"ב בטלה השליחות לגמרי ונותן להם כפי מנהג המדינה דאם כולם נשכרים בד' נותן להם ד' ועדיפא מיורד שלא ברשות דהא צוה לשכור אבל אם יש שנשכרים בג' ויש בד' אינו נותן להם אלא ג' דכיון דהשליחות בטלה דינם בהמקח כעושים מעצמם ויד המקבל על התחתונה ואפי' הפועל היה איש חשוב שלא היה נשכר בג' מ"מ אינו יכול להוציא מהבעה"ב יותר רק שיש להם תרעומות על השליח ששיקר בם ואלו הגיד להם האמת היו מחפשים מקום אחר שהיו נותנים להם ד' ולכן אם כל הפועלים אין נשכרים יותר מג' אין להם אפילו תרעומות אא"כ הוא איש חשוב כמ"ש ואם שכרן סתם ואין הפועלים ודעים שאין המלאכה שלו דינו כאומר שכרכם עלי [ס"ך]:

ג וזה שאמרנו דכשיש נשכרים בג' אין נוטלין אלא ג' זהו כשאין מלאכתן ניכרת לאחר המלאכה כגון ששכרן לחפור ונתמלא מים דאין יכולין לעמוד עתה על המלאכה אבל אם המלאכה ניכרת ורואין ששוה ד' נגד שארי פועלים שעושים מלאכות כאלו נותן להם ד' אף כשכולם נשכרים בג' [סס] כיון שבאמת שוה יותר ואע"ג דאם הבעה"ב בעצמו היה שוכרן בג' לא היו נוטלים יותר אף בכה"ג מ"מ בזה שהשליח אינם יכולים לומר שאלו לא הם לא היו טורחים לעשות כן והיו עושים ככל הפועלים ואף שאין לבעה"ב לסבול מה שהשליח עשה שקר מ"מ הא עכ"פ השליחות נתבטלה וכעושים מעצמם דמי והרי עשו לו מלאכה ששוה ד' ונראה דבכה"ג גם באמר שכרכם עלי נוטל השליח מבעה"ב ד' דנהי דא"ל לשכור בג' זהו כשעשו ככל הפועלים אבל כשעשו מה ששוה יותר משארי פועלים אפילו לדעה ראשונה שבסעיף א' נוטל ארבעה דהרי לא עלה ע"ד הבעה"ב שיעשו מה ששוה יותר משארי פועלים ואע"ג דבארנו שאף אם כולם נשכרים בד' מ"מ אין נוטלים אלא ג' זהו מפני שלא צוהו לכתחלה רק במקח זה אף שידע ששוה יותר ולא היה לו לשכרן אבל בזה שידע שכל הפועלים עושים כך ודימה שגם הם יעשו כך והם עשו יותר צריך לשלם יותר :

ד א"ל בעה"ב שכור לי בד' זהובים והלך השליח ושכר בג' אין חילוק בין אמר שכרכם עלי לבין שאמר על בעה"ב ואין להם אלא שלשה אע"פ שמלאכתן שוה ד' נגד שארי פועלים ולא עוד אלא אע"פ שנשכרים כולם בארבע שהרי קבלו על עצמם כמו בעה"ב כששכר במקח הזול אע"פ שעשו המלאכה בטוב יותר משארי פועלים אין להם ליקח הוספה דמי בקש זאת מידם וסברו וקבלו כמו כן כששכרם השליח אלא שיש להם תרעומות על השלית דלמה היה להם למנוע הטוב מהם והרי כתיב אל תמנע טוב וגו' והבעה"ב א"צ ליתן הדינר להשליח [ס"ך] ואם שכרן בסתם בלא מקח ושוה מלאכתן נגד שארי פועלים ד' נותן להם ד' [סס] דאף אם לא א"ל בעה"ב כלום כיון ששוה ד' נותן ד' וכ"ש כשא"ל ופשיטא שאם כולם נשכרין בד' דנותן להם ד' ואם בעה"ב א"ל בג' ושכרן סתם והפועלים נשכרים בג' אע"פ שעשו מלאכה ששוה ד' אין נוטלין אלא ג' דכיון שיש פועלים שנשכרים בג' היה להם לפרש [סס] דהא לא שכרן שיעשו לו בטוב יותר משארי פועלים כיון שהשליחות לא נתבטלה :

ה א"ל בעה"ב לשכור בשלשה דינרין והלך השליח ואמר להם בד' ואמרו הפועלים הרי אנו נשכרים כמו שאמר הבעה"ב אין כוונתם שאם אמר הבעה"ב בפחות אנו נשכרים בפחות מד' דלמה יעשו כן אלא כוונתם מהימנת לן דכן אמר הבעה"ב וכן אם אמר לך הבעה"ב יותר מד' יתן לנו יותר [תוס'] והוי דין זה כמ"ש בסעיף א' כשאמר בעה"ב בג' והוא אמר בד' דאם אמר שכרכם עלי נותן להם ד' בכל ענין והוא נוטל מהבעה"ב ג' ואם אמר שכרכם על הבעה"ב רואין אם כולם נשכרים בד' נותן להם ד' ואם יש נשכרים בג' שמין מה שעשו אם שוה ד' נגד שארי פועלים נוטלים ד' ואם אינו שוה יותר משארי פועלים או שהמלאכה אינו יכול להתברר ויש פועלים שנשכרים במלאכה זו בג' אף שיש נשכרים בד' אין להם אלא ג' ואמירתם שאמרו כמו שאמר בעה"ב כמאן דליתא דמי כיון שהוא פיחת מהשליח ולא היתה כוונתן לכך [סמ"ע וש"ך]:

ו ואם א"ל בעה"ב לך ושכור בארבעה דינרים והלך השליח ואמר להם בשמו בג' [ט"ז] ואמרו לו הרי אנו נשכרים כמו שאמר בעה"ב מספקא לן אם כוונתם מהימנת לן דהכי אמר הבעה"ב ואין להם אלא ג' ויש להם תרעומות על השליח ואין חילוק בין אמר שכרכם עלי או על הבעה"ב ואפילו אם פועלין אין נשכרין בפחות מד' ואפילו מלאכתן שוה יותר נגד שארי פועלים כיון דסברו וקבלו בג' והוי זה כבסעיף ד' דדבורם לא מעלה ולא מוריד כיון שנתנו נאמנות להשליח שכן אמר הבעה"ב או אפשר שכוונתם היתה דאם אמר הבעה"ב ביותר מג' ישלם לנו כמו שאמר ולכן כיון שהבעה"ב אמר ד' ישלם ד' אף כשמלאכתם אינו שוה יותר משארי פועלים ואף כששארי פועלים נשכרים בג' [ש"ך] כיון שהוא סבור וקביל לשלם ד' וכיון דהוי ספיקא דדינא יד הפועלים על התחתונה כדין הבא להוציא ואין להם אלא ג' ואם תפסו הבעלים ד' מהני תפיסתם להפוסקים דס"ל דמהני תפיסה בבעיא דלא איפשטא [סס]:

ז ויש בזה שאלה למה אמרינן הכא דיד הפועלים עה"ת כדין הבא להוציא והרי בסי' שי"ב נתבאר במשכיר בית לחבירו בי"ב דינרין לשנה דינר לחדש דהוי ג"כ ספיקא דדינא ומ"מ פסקנו שם דיד המשכיר על העליונה אף כשבא להוציא מהשוכר מטעם דקרקע בחזקת בעליה עומדת והספק נפל מכבר וא"כ בכאן נמי למה לא נאמר הרי הפועל מוחזק בגופו כמו שבעל הקרקע מוחזק בקרקעו וגופו בחזקתו עומדת והספק נפל מקודם וידו על העליונה אף בבא להוציא אמנם באמת לא דמי דהתם הקרקע העומדת בחזקת הבעלים לא עשתה בעצמה הפעולה ברצון שהשוכר דר שם בע"כ דהקרקע אבל בכאן זה הגוף שהוא מוחזק בו עשה ברצונו כל המלאכה ואבד בעצמו חזקתו ואינו יכול להוציא אח"כ מפני הספק והוו כמלמד שלמד בחדש העיבור שנתבאר שם דהבעה"ב א"צ לשלם לו בעד העיבור כיון שמרצונו למד ולכן אם גם הפועל הזה נתוודע באמצע מלאכה שהבעה"ב אמר ד' ולא רצה לגמור המלאכה עד שיתן לו ד' א"צ להשלים את המלאכה אף שכבר התחיל בה מפני שהוא מוחזק בגופו ויתן לו ד' [קצה"ח]:

ח ולפ"ז בבית בכה"ג שראובן שלח שלוחו לשמעון להשכיר לו את ביתו בעשרה דינרין לחדש והלך השליח וא"ל לשמעון בחמשה דינרין לחדש וא"ל שמעון הריני כמו שאמר ראובן השוכר דהוי ג"כ ספיקא דדינא כמו בפועל ומ"מ חייב השוכר לשלם עשרה דינרין לחדש דקרקע בחזקת המשכיר עומדת [סס] וי"א דזהו דוקא כשהשליח הודיע להשוכר שהמשכיר אמר כמו שאמר השוכר וידע מספק זה קודם שנכנס ודמי לדין שבסימן שי"ב ואינו מועיל תפיסה בקרקע בספק אבל אם השוכר לא ידע מה שאמר המשכיר ונכנס שלא בספק אלא אדעת מקח השליח ונהי שהמשכיר לא נתרצה רק אעילויא דהשוכר מ"מ כיון דהשוכר לא ידע מזה הוה כמו שנכנס בלא פיסוק דמים דצריכין לשום את שויו [נס"מ] ובפועל אין נ"מ בין ידע הבעה"ב מה שאמר הפועל בין לא ידע ותמיד יד בעה"ב על העליונה כמ"ש:

ט בעה"ב שעשו אצלו פועלים ואח"כ שכר עוד פועלים ואמר להם עשו עמי מלאכה בג' דינרים כמו שעשו הפועלים האחרים ואמרו נעשה כמו שעשו האחרים ונמצא ששילם להם ד' והטעה אותם צריך לשלם להם ד' כמו ששילם להקודמים ואינו דומה למה שנתבאר בשליח בכה"ג כשהבעה"ב אמר בד' והוא אמר בג' ואמרו כמו שאמר הבעה"ב דהוי ספיקא דדינא וידם עה"ת דבשם השליח לא הטעה אותם אלא שכרם במקח זה ויכול להיות שכוונתם דמהימנת לן שכן אמר הבעה"ב אבל בכאן הרי הטעה אותם וכוונתם בבירור שאם האחרים לקחו ד' שגם הם יקחו ד' [סמ"ע] ולפ"ז גם בשליח אם הטעה אותם שאמר להם בשם הבעה"ב שצוהו לשכרם בג' צריך לשלם להם ד' ויש חולקים בזה דנהי דהטעה אותם מ"מ הרי לא רצה ליתן להם עכ"פ יותר מג' ואם אפילו נחשוב הטעאתו כאלו לא שכרם כלל אין לו לשלם רק כפחות שבפועלים הנשכר בעיר [ש"ך] ועוד נראה דהטעאה גם בבעה"ב עצמו אינו כלום דמה להם מה שהטעם סוף סוף לא שכרם רק בג' והמה סברו וקבלו ואינו נותן להם אלא ג' [כס] ודעה ראשונה ס"ל דכיון שאמרו בפירוש שמתרצים כמו שעשו האחרים הוי כהתנו בפירוש שלא נתרצו רק באופן זה והוא שהטעם אינו כלום ונשאר המקח כמו האחרים [נס"מ] וזהו כגילוי מילתא בעלמא משא"כ שליח אפילו אם אמר להם בשם הבעה"ב מ"מ הרי השליח שכרם אבל בבעה"ב עצמו הלא קבעו המקח כמו האחרים והוי כאומרים מפורש בד':

י בעה"ב שהטעה את הפועלים ואמר להם עשו עמי בג' דינרים

דינרים כמו ששארי פועלים נשכרים בעיר ונמצא שנשכרים בד׳ או שהפועלים הטעו את הבעה"ב שאמרו לו הננו נשכרים אצלך בד׳ כמו ששארי פועלים נשכרים ונמצא שנשכרים בג׳ הוי כאלו לא שכרו זה את זה כלל ונותן להם כפחות שבפועלים ולא דמי למ"ש בסי׳ של"א דממצעין ביניהם דהתם אמר כאחד וכשנים מבני העיר אבל אם היה אומר סתם כדרך שבני העיר שכרים הולכים אחר הפחות שבשכירות וכיון דבכאן נבטלה שכירוהם ממילא דאין להם לקבל יותר מהפחות שבעיר [ט"ז] ולמה לא אמרינן בסעיף ט׳ לדעה ראשונה דבטלה השכירות מפני ההטעאה כבכאן שאני התם דהוא הטעה אותם במה שבעצמו שילם לפועלים ובאונאה כזו ודאי דהוה כאמרו בפירוש כמו ששלמת לאחרים תשלם גם לנו משא"כ בכאן דהוא לא הרצה ביותר מג׳ דינרים ולא שילם יותר בעצמו וא"כ נהי דאין יכולין לכופן לקבל ג׳ דהא אמר להם כמו ששארי פועלים נשכרים מ"מ איך יכולין לכופו לשלם ד׳ כיון דלא נתרצה על יותר מג׳ וממילא דבטלה שכירותם [נ"ל] ויש חולקים דהרי מעשים בכל יום שאדם מוכר חפץ לחבירו ואומר לו כך וכך נתנו לי ולא רציתי למכור ולכן נותן לו הקונה יותר מזה הסך ואח"כ נתברר ששקר הוא וכי בשביל זה יתבטל המקח וכל זמן דליכא גילוי מילתא שרק על שכירות האחרים סמכו אינו תלוי בשכירתן [ט"ז] דדרך העולם לדבר כן אבל בסעיף ט׳ ששכר בעצמו הוי כגילוי מילתא שרק על זה סמכו ואף בשם אפשר דדוקא כששאלו ממנו כמה שלמת לאחרים [סס] דאז מוכחא מילתא שרק ע"ז סמכו:

יא אע"פ ששכירות קונה בלא שום קנין כמ"ש בסימן של"א ובסימן של"ו יתבאר דאינו יכול לומר להפועל טול מה שעשית בשכרך מ"מ בעה"ב ששכר פועל וא"ל ליתן לו חפץ זה בשכרו או שא"ל כור חטים זה אתן לך בשכרך ועשה המלאכה יכול ליתן לו אח"כ דמי החפץ והחטים דכיון שלא משכן לא קנאן ואף דעצם השכירות א"צ קנין זהו להתחייב בדמי השכירות אבל לקנות החפץ והחטים א"א בלא קנין ולכן בדמי החפץ והחטים מתחייב מפני השכירות ולמה חלה יותר החיוב על המעות מעל החפץ והחטים מפני שסתם שכירות הוא במעות [ס"ך] ואם נשרף החפץ או החטים י"א שחייב ליתן לו המעות כיון דאין ביכלתו ליקח ממנו החפץ והחטים בע"כ אין ההיזק של הפועל [קלס"ח] וי"א דכיון שהיה ביכולת הבעה"ב ליתן לו החפץ או החטים והיה מקבלו בע"כ דאע"ג דאינו קונה אותו היינו שיתחייב ליתן לו החפץ דוקא אבל זה ודאי דאם רצונו ליתן לו מוכרח לקבלו ולכן אע"פ שיכול לסלקו במעות לא גרע מאפותיקי מפורש שג"כ יכול לסלקו במעות כמ"ש בסי׳ קי"ז ועכ"ז נתבאר שם דכששטפה נהר אינו גובה משארי נכסים [נס"מ] ויש מי שאומר דכשאמר עשה עמי כפועל ויהיה הפץ זה שלך נהי דלא קני ליה מ"מ חייב בעה"ב לקבל מי שפרע דשכר הפעולה הוה כמעות וכיון שאמר ע"ה עמי כפועל נתחייב בדמים והוי כנתינת דמים על החפץ [סס בסי׳ ר"נ] אבל כשאמר עשה עמי בחפץ זה או שאמר אתן לך חפץ זה בעד שכר פעולה אין כאן מי שפרע:

יב א"ל ליתן לו שט"ח זה בשכרו או חלק ממנו מחוייב ליתן לו השט"ח או מעות כפי שויו למכירה [ס"ך] ודוקא כשבשעה שגמר מלאכתו שאז הוא חיוב נתינת שכירותו הוא עדיין מחוסר גוביינא דאז א"צ ליתן לו רק כפי מה ששוה למכירה דמה לי מכירת חפץ או מכירת שט"ח אבל אם בעת גמר השכירות כבר גבה צריך ליתן לו כפי מה שגבה [נ"ל] ואם שכרו לגבות השט"ח והבטיח לו בעד טרחתו שליש או רביע מהשט"ח חייב ליתן לו החלק כפי מה שגבו ואם לא שכרו לגבות המעות אלא שכרו שיחזק ויאמץ את השט"ח בקיומים וכיוצא בזה ויתן לו חלק כך וכך יש מי שאומר דכיון שבשעת גמר פעולתו היה עדיין מחוסר גוביינא א"צ ליתן לו החלק רק כפי מה ששוה למכירה אז דלעולם צריך ליתן לו דמי שווי החפץ מה ששוה בשעת גמר הפעולה [נס"מ] ולא נראה כן דכיון דשכרו בעסק השט"ח הוי כארים בשדה דנוטל כל מה שיצמח מהשדה ואינו דומה לשכרו במלאכה אחרת ומבטיח לו חלק בשט"ח דזהו כהבטחת שאר חפץ וצריכין לשום מה ששוה בשעת גמר המלאכה אבל כששכרו בעסק השט"ח הרי שכרו ליתן לו חלק שליש או רביע מעסק השט"ח כשיגביהו ולא מה ששוה למכירה והוה ממש כארים ואם לא יתן לו כל חלקו הרי לא נתקיים מה שהבטיחו [נ"ל שזהו כוונת הט"ז שסביה הש"ך ועקצה"ח וכן עיקר]:

יג הבטיחו בשכר פעולתו דבר שלב"ל כמו פירות דקל או דבר שאין בו ממש כמו דירה בביתו לזמן וכיוצא בזה י"א דנהי דאינו חייב ליתן לו הפירות עצמן או הדירה עצמה דלא עדיפא מחפץ מ"מ חייב ליתן לו שווי הפירות מה שישוו כשיגדלו דחיוב שכירות חל אפילו על דשלב"ל כיון ששכירות א"צ קנין ומ"מ א"צ ליתן לו את הדבר עצמו דבמה קנה אותו ורק חיוב הדמים חל עליו [קלס"ח] וי"א דא"צ לשלם לו רק כפי מה שישוו הפירות בשעת גמר המלאכה דאז חל חיוב השכירות ונותן לו כפי מה ששוין אז למכירה [נה"מ] ויראה לי דאם הבטיחו בשכר פעולתו דקל לפירות ובית לדירה דקנה הדקל והדירה ואינו יכול ליתן לו דמיהן ואינו דומה לחפץ דמחסרא משיכה אבל קרקע קינה בכסף ושכר פעולתו הוי ככסף וקונה שכירת הדקל או הבית דדוקא כשאמר פירות דקל או דירת בית דאין קנין חל על דשלב"ל או שאין בו ממש כמ"ש בסי׳ ר"ט ולכן אף אם נחשב שכר פעולתו ככסף אין הקנין חל משא"כ כשאמר דקל לפירות ובית לדור בו דשפיר חל הקנין ומיהו אפשר דאם בעה"ב חוזר בו קודם גמר המלאכה דחזרתו חזרה וא"צ ליתן לו אלא הדמים דכיון

דשכירות

דשכירות אינה משתלמת אלא לבסוף אין קנינו של הפועל רק בגמר מלאכתו וגם בעיקר הדין יש להסתפק דכיון דקיי"ל ישנה לשכירות מתחלה ועד סוף וכל פרוטה ופרוטה שעשה נתהוה מלוה על בעה"ב כמ"ש באה"ע סי' כ"ח ולדעת הרבה פוסקים שנתבאר בסי' ק"ץ המוכר במלוה אינה מכירה ושכירות קרקע ומכירתה דין אחד להם וא"כ אפשר דאינו קונה קרקע לשכירות בשכר פעולה:

יד מעשה באחד ששכר שליח לילך למקום פלוני בעשרה דינרין ודרך המקום היה לשכור שליח בפחות מזה הסכום והיה מדרכם ליתן להשליח גם הוצאות הדרך וזה לא דבר עמו אודות הוצאות ובין כך הלך המשלח מן העיר וכשהוצרך השליח לצאת אמר לאחרים שרוצה ג"כ הוצאת הדרך ואח"כ בביאת השליח מהדרך תבע מהמשלח הוצאות הדרך וא"ל המשלח שלכן הוספתי לך על שארי שלוחים כדי לכלול בזה הוצאות שאחרים נותנין ופסקו דהדין עם המשלח דבכה"ג הדמים מודיעים לענין שכירת פועל ואף שנתבאר בסי' של"א סעיף ו' דמה שהוסיף להם אינה טענה לפטור עצמו ממה שנהגו אך כיון דשליה זה לא קיבל המזונות מקודם כשארי שלוחים ובין כך ובין כך יש שינוי מהמנהג יד המשלח על העליונה [כס"מ] אמנם לא נהירא שזה שלא קבל המזונות מקודם כשהמשלח לא היה בכאן שזה יתחשב שינוי דמה היה לו לעשות ואפשר דכשההוספה הוי הרבה שלא בערך דאז הדמים ראיה וזה שנתבאר שם דאין הדמים ראיה היינו כשההוספה מעט [ומתורץ קושית הקצה"ח ע"ש]:

טו בעה"ב ששכר פועלים בסלע והוזלה המלאכה והראה להם הבעה"ב פנים זועפות ופייסוהו הפועלים בדברים ולא הזכירו דבר בפחת המקח אפילו היו אלו הפיוסים קודם התחלת המלאכה מ"מ מחוייב לשלם להם כמו ששכרם ואין הבעה"ב יכול לומר לא נתפייסתי מכם אלא על דעת שתפחתו לי משכרכם כפי הזול שנתהוה דכיון שלא דברו בזה יכולים לומר לא פייסנוך אלא שנעשה המלאכה בטוב וכן עשינו דביכלתם לתרץ פיוסם באיזה דבר שהוא דכיון שלא דברו מפורש אם אפילו היה מחשב בלבו כן דברים שבלב אינם דברים וכן כשהוקרה המלאכה והראו לו הפועלים פנים זועפות ופייסם הבעה"ב בדברים ולא דברו בהעלאת המקח א"צ ליתן להם כפי היוקר אלא כפי מה ששכרם ואין יכולים לומר לא נתפייסנו אלא ע"ד שתוסיף לנו מפני שיכול לומר להם לא פייסתי אתכם אלא על דעת לטרוח בעדכם באכילה ושתיה או שאר דבר שיכול להלות בו הפיוס ויראה לי דבין הפועלים ובין הבעה"ב א"צ ליתן טעמים על הפיוסים אלא א"כ היה משמע מהפיוס איזה הוספה או איזה פחת ומ"מ כיון שלא הזכירו בפירוש יכולין ליתן אמתלאות אחרים אבל אם היה רק פיוסי דברים בעלמא א"צ אמתלא כלל:

טז ואם דברו בפירוש להפחית או להוסיף כגון שהוקרה המלאכה ואמרו הפועלים לא נעשה בלי הוספה כך וכך ופייסם הבעה"ב אפילו לא אמר להם הנני מוסיף לכם אלא אמר לכו עשו מלאכתכם צריך להוסיף להם ולא מיבעיא אם היה עדיין קודם התחלת המלאכה אלא אפילו היה אחר ההתחלה כיון שפועל יכול לחזור בו הוי כהתחלת המלאכה ולכן במקום שאינו יכול לחזור בו בלא הפסד כפי מה שיתבאר בסי' של"ג אין באמירתם כלום אם הבעה"ב עצמו לא אמר אני מוסיף לכם כשארי פועלים או הוספה כך וכך ואם הוזלה המלאכה ואמר הבעה"ב אין רצוני שתעשו אא"כ תפחתו לי מהמקח כך וכך ופייסוהו בדברים ולא הזכירו הפחת אם כבר התחילו המלאכה אין בדבריו כלום דהא אינו יכול לחזור בו ואף אם לא התחילו עדיין במלאכה אלא שיש להפועלים תרעומות על חזרתו כפי שיתבאר שם י"א ג"כ דאין בדבריו כלום דכיון שמדינא יש להם תרעומות על חזרתו אף שאמר אין רצוני רק בפחת מ"מ כשפייסוהו אמרינן לדעתיה שחזר למקחו הקודם אבל אם אין להם תרעומות בחזרתו מדינא או אפילו כבר התחילו במלאכה רק שהפועלים חזרו בהם מקודם ובטלה שכירותם ואח"כ נמלכו לגמור המלאכה וקודם זאת ההתחלה אמר להם כן אינו נותן אלא כמו שאמר אף אם הם לא אמרו בפירוש שמסכימים על הפחת אמנם אם הסכימו זל"ז בפירוש על פחת או הוספה אין חילוק בין קודם המלאכה בין באמצע המלאכה בין שיכלו לחזור ובין שלא יכלו לחזור יעשו כדבריהם כיון ששני הצדדים אמרו כן וע' בסי' רכ"א [כנ"ל בדינים אלו וע' בנמק"י פ"ו דב"מ]:

יז מלאכה ששוה ה' דינרים וכן נוטלים כל הפועלים ושכר בעה"ב פועלים בד' ובתוך כך הוזלה המלאכה ששוכרים בד' אין להבעה"ב טענה עליהם שיפחתו לו דינר ולא יקחו אלא ג' מפני שהשכירם בפחות משארי הפועלים וצריכין גם עתה ליטול פחות דאין זה טענה כלל ואפילו לא התחילו עדיין במלאכה כלל וכן להיפך אם כל הפועלים נשכרים במלאכה כזו בד' והוא שכרן בחמשה שלא נתרצו בפחות והוא חפץ לשכרן דוקא וליתן להם יותר ובתוך כך הוקרה המלאכה שכולם נוטלים חמשה אין יכולים לומר תוסיף לנו עוד דינר ותן לנו ששה דאין זה טענה כלל והטעם דודאי אם היו עושים המקח מפורש בדינר יותר משארי פועלים או בדינר פחות משארי פועלים ה"ה טענתם טובה אבל כששכרן ביותר או בפחות סתם מפני איזה טעמים שהיה לזה או לזה והבעה"ב נתרצה ליתן חמשה או הם נתרצו ליקח ד' מה להם שהוקר או הוזל הלא על מקח זה נתרצו ואם יאמרו שבלבם גמרו שיהיה דוקא בדינר יותר כפי איזה מקח שיהיה או הבעה"ב יאמר שבלבו היה להפחית מכל פועל דברים שבלב הם ואינם דברים ודבר כזה אין די בגילוי מילתא בעלמא אלא בתנאי מפורש [וזהו כוונת רש"י ב"מ ע"ז ד"ה פסקת]:

השוכר

סימן שלג [דיני חזרה בשכירות פועלים ובו ל"ב סעיפים]:

א השוכר את הפועלים ועדיין לא התחילו במלאכה כלל איזה מהם שבא לחזור הרשות בידו שהבעה"ב יכול לומר להפועל השכר עצמך במקום אחר והפועל יכול לומר לו צא ושכור לך פועל אחר אלא שיש להשני על החוזר תרעומות מפני הטורח לחפש אחרי אחר ולכן כשמצוי להשתכר א"ע או פועלין מצוין ואין בה טורח הרבה גם תרעומות אין כאן מדינא [ס"ך] ונ"מ לענין מ"ש בסי' של"ב סעיף ט"ז ע"ש ויש מי שאומר שדין חזרה זו כדין חזרת מקח בדברים שבסי' ר"ד שהחוזר בו אין רוח חכמים נוחה הימנו והוא ממחוסרי אמנה ולמי שסובר שם דאפילו כשנשתנה המקח מקרי מחוסר אמנה ה"נ כן הוא אפילו נשתנו מקחי הפועלים נקרא מחוסר אמנה החוזר בו [סמ"ע] מיהו אם הבעה"ב לא הוצרך להמלאכה לפי מה שנתחדש אח"כ בעסקיו או שנתוודע לו שאין פועלים אלו עוסקין בהמלאכה כראוי נראה דאין להפועל עליו תרעומות ואינו נקרא מחוסר אמנה וכן אם חזרו הפועלים מחמת איזה התחדשות שנתהוה אצלם אין להבעה"ב עליו תרעומות ואינו מחוסר אמנה [ונלמן הסמ"ע בסק"א שכתב שא"ל להם אינו מדויק ודוק]:

ב זה שנתבאר שאין להם זע"ז אלא תרעומות בד"א שאין להם הפסד ע"י החזרה אלא טורח בעלמא אבל כשיש הפסד כגון ששכרן ולאחר איזה שעות חזר בו ובעת ששכרן היה להפועלים מקום אחר להשכיר א"ע ועתה אין להם המקום ה"ז כדבר האבוד וחייב הבעה"ב לשלם להם שכרם מדין גרמי ואין זה ענין למבטל כיסו של חבירו דפטור דעסק הגוף שאני אלא שאינו משלם להם רק כפועל בטל כפי שיושב בטל ואינו טורח בהמלאכה כמ"ש בסי' רס"ה ואם מוצאים מקום אלא שנשכרים בפחות ממה שנטלו אצלו ובשעה ששכרן היה ביכלתם ליטול זה המקח ששכרן הוא משלים להם מה שנוטלים פחות ואם מוצאים מלאכה אלא שהיא כבדה ממה שהושכרו אצלו ואז היו יכולים להשיג מלאכה כזו שאצלו י"א שמחוייבים להשכיר א"ע אם מוסיפים שכר בעד כבדותה או שזה הראשון אומר אני אוסיף לכם בעד כבדותה וי"א שיכולים לומר אין רצוננו לעשות מלאכה כבדה אפילו בתוספת שכר וישלם להם כפועל בטל ונראה עיקר כדעה ראשונה [ס"ך] ואם בשעה ששכרן לא היה להם מקום אחר להשכיר א"ע פטור בכל ענין ואם הפועלים אומרים שה"ה להם מקום אחר והוא מכחיש אותם על הפועלים להביא ראיה כדין מוציא מחבירו ואם לא הביאו ראיה נשבע הבעה"ב היסת ונפטר ונראה דגם הפועלים חייבים לשלם לבעה"ב כשיש לו הפסד ע"י חזרתם ובהכחשה עליו להביא ראיה ואם לא הביא ראיה נשבעים הפועלים היסת ונפטרין ואחד מהם נשבע [וזה שהפוסקים כתבו זה רק בפועלים משום דהפסד בעל הבית לא שכיח עיי"ן]:

ג יש לפעמים שאפילו אם בשעה ששכרן לא היה להם מקום להשכיר א"ע מ"מ חייב לשלם להם כפועל בטל כגון שהתחילו במלאכה ואפילו לא התחילו בעצם המלאכה אלא בההכנה למלאכה כגון ששכרן לחרוש שדהו והלכו אל השדה ומצאוה שהיא לחה ואינה ראויה עדיין לחרישה או ששכרם להשקותה והלכו ומצאוה שנתמלאת מים ואינה צריכה להשקאה או ששכר חמרין להביא לו תבואה ממקום קרוב והלכו לאותו מקום שאמר להם ולא מצאו התבואה וחזרו ריקם עם חמוריהם וכה"ג בשארי מלאכות נותן להם שכרן כפועל בטל שאינו דומה טורח העושה מלאכה להיושב בטל ואינו דומה הבא עם חמורים טעונים לבא ריקם ועמ"ש בסי' של"ה סעיף ה' ודוקא שהלכו הם עצמם דאז הוי כהתחלת מלאכה אבל אם שלחו שלוחם ומצאו שאין כאן מלאכה דינם כלא התחילו במלאכה דאם לא היה להם מקום להשכיר עצמם פטור ואין להם אלא תרעומות [סס"מ פ"ע] ובשכר להביא תבואה ממקום רחוק והלכו לשם ולא מצאו תבואה חייב לשלם כל שכרן דהא עשו מלאכתם בשלימות ורק במקום קרוב צריך לדון כמו שנתבאר דעדיין לא עשו פועלתן אבל דרך רחוקה אף שבאו בלא סחורה מקרי שעשו פעולתן לגמרי [נה"מ] ועמ"ש בסי' שי"א ובסי' של"ה סעיף י"ד ואין חילוק בהכנה למלאכה בין שהמלאכה לא נתבטלה לגמרי כמו בשדה לחרוש שמצאוה לחה שכשתיבש תהיה ראויה ובין שנתבטלה לגמרי במו שנתמלאה מים ולא מצאו תבואה [ולכן בגמ' רפ"ו דב"מ נקט הני תרתי שדה לחרוש ולהביא תבואה ע"ש ודוק]:

ד אמנם לפי מה שיתבאר בסי' של"ד דבל שהמלאכה נתבטלה שלא בפשיעת הבעה"ב אלא באונס דבדבר שהיה לו לבעה"ב לידע ולא הפועלים חייב לשלם להם ואם היה להם להפועלים לידע זאת ואפילו אם גם הבעה"ב היה לו לידע או ששניהם לא היה להם לידע הוי הפסד דפועלים ולכן אם ביקר בעה"ב מלאכתו מבערב ומצאה שצריכה פועלים ובין לילה נתהוה שינוי אין להפועלים עליו כלום אפילו כשהיה להם מקום להשכיר א"ע דמה היה לו לעשות ומשמיא הוא דגזרו עליהם אבל אם לא ביקר המלאכה מבערב נותן להם שכרן כפועל בטל דפשיעה היא ששכר פועלים ולא ראה מקודם אם צריך להמלאכה אם לאו וכן בכל המלאכות יש לראות זה וכשפשע בזה תלוי במה שנתבאר אם היה להם מקום להשכיר א"ע חייב אפילו אם לא התחילו בהמלאכה ובהכנתה ואם לאו אינו חייב אא"כ התחילו וכן אם הפועלים ידעו מזה ג"כ שא"צ להמלאכה פטור בכל ענין ונראה שגם תרעומות אין להם ובפרטי דין ביקור מבערב יתבאר בס"ד בסי' של"ד:

ה התחלת מלאכה מקרי אף אם שכרן לשנה ועשו יום יום ובאמצע השנה נתהוה ענין שנתבטלה המלאכה וכן אפילו לשנים הרבה כל שלא כלה הזמן הוי התחלת מלאכה לדינים שנתבאר ולכן מלמד שהשכיר עצמו לשתי שנים והתחיל שנה ראשונה מקרי התחלה גם לשנה שניה וכה"ג בכל המלאכות:

ו רבותינו ז"ל למדו מפי השמועה שפועל חוזר בו אפילו בחצי היום דכתיב כי לי בני ישראל עבדים ולא עבדים לעבדים [ב"מ י׳] שאינו שלו כעבד ואם בא לעזוב שכרו מכאן ואילך ולהזור בו יחזור [רס"י] דהתורה מנעה לאדם להיות משעבד גופו למלאכה שלא יהיה ביכלתו לחזור בו ולכן מותר לאדם להשכיר א"ע דדוקא עבד עברי שאינו יכול לחזור בו ואינו יוצא קודם זמנו אלא בשטר שחרור עובר משום עבדי הם [תוס׳] ואם נשבע או נתן ת"כ צריך לקיים מצד השבועה ואין זה כנשבע לעבור עבירה דהא מותר לו להשכיר א"ע והרי אף למכור עצמו בעבד עברי כשאין לו פרנסה וכסות מותר לו למכור א"ע כמ"ש הרמב"ם בפ"ב מעבדים ואין חילוק בזה בין פועל שכיר יום לקבלן שמקבל המלאכה לעשותה בכך וכך ולא בשכירות של כל יום ויום אלא שיש הפרש בין פועל לקבלן דפועל שחוזר בו בחצי היום אין שמין את המלאכה הנשארת ואפילו יעלה לו להבעה"ב יותר מכפי מה ששכרו לית לן בה אבל בקבלן שמ׳ן את המלאכה הנשארת שלא יעלה לו יותר מכפי מה ששכרו כמו שיתבאר דבעיקר הדבר דינו כפועל שיכול לחזור בו אלא שידו על התחתונה [סג"ה פ"ו דב"מ] ואפילו קבלן בעסקא ולא במלאכה שקבל מעות מחבירו לעסוק בהם למחצית שכר יכול לחזור בו באמצע הזמן ולומר לו לא אטרח עוד ואטול מה שמגיע לי עד עתה [תוס׳ ס״ס קס׳] וכן מוכח להדיא בירושלמי דקבלן דינו כפועל:

ז יש מרבותינו שכתבו דאע"ג דפועל יכול לחזור בו מ"מ אם יש ת"י בעה"ב כלים של הפועל שעושה בהם המלאכה יכול לעכב אותם ולכופו שיעשה לו מלאכתו בשלימות [נמק"י פ"ד דב"מ בשם הרשב"א והר"ן] ואם אין רצונו לגמור מלאכתו ישכור על דמי כלים אלו פועל אחר עד דמי שכירותו אפילו בדבר שאינו אבד דבדבר האבד יכול לשכור אפילו על יותר מדמי מלאכתו כמו שיתבאר [הס"מ פ"ע בשם הרמב"ן] והטעם דנהי דגופו לא קני שיכופו לגמור המלאכה מפני גזירת התורה מ"מ כליו קנויין לענין זה להבעה"ב [תוס׳ קדושין ח: ד"ס מכס] ודוקא כלי אומנתו אבל שארי חפציו של הפועל או ממון שיש לו אצל הבעה"ב אינו מעכב בשביל זה ורק כלי אומנתו נקנים לו לזה:

ח יש מרבותינו שכתבו שלא אמרו פועל יכול לחזור בו אלא בהשכיר עצמו באמירה אבל אם נשתעבד בקנין או בשטר אינו יכול לחזור בו [ריטב"א בשם רבותיו] וכ"כ רבינו הב"י בספרו הגדול ואין זה קנין דברים שהרי משעבד גופו לזה וחל הקנין אשעבוד הגוף ויש חולקין בזה דכיון דהטעם הוא משום כי לי ב"י עבדים איזה חילוק יש בין קנין ושטר לדברים בעלמא [ריב"ש סי׳ תע"ו] ועוד דהא גם התחלת המלאכה הוי קנין ומ"מ יכול לחזור בו וא"כ מה הוספה יש בהקנין ובשטר [ש"ך] ועוד דהא אפילו עבד עברי דגופו קנוי יוצא בגרעון כסף מכ"ש פועל וטעם דעה ראשונה נ"ל דבירושלמי [פ"ו דב"מ] אומר דלטעמא דלי ב"י עבדים גם הבעה"ב יכול לחזור בו ואנן קיי"ל כטעם זה וצ"ל דזה שכתבו הפוסקים שהבעה"ב אינו יכול לחזור בו היינו שלא יהא ידו על העליונה כפועל אלא ידו עה"ת כקבלן כמו שיתבאר וראיה דהנה הטור והרמ"א כתבו בסי׳ זה דבעה"ב החוזר בו ידו עה"ת אלמא שיכול לחזור בו ומטעם דאין שעבוד מזה על זה כלל ולפ"ז התחלת המלאכה באמת אינו קנין כלל וזהו גזירת התורה שהתחלת המלאכה לא תהא קנין כלל מטעמא דלי ב"י עבדים שאינו יכול לשעבד עצמו ע"י מלאכתו כעבד וזה שהפוסקים קוראים לזה קנין הוא רק בשם המושאל ונ"מ לענין מ"ש בסעיף ג׳ ומה שעבד עברי יוצא בגרעון כסף זהו קנינו שמקנה א"ע מבעליו כמו ששנינו וקונה א"ע בגרעון כסף [קדושין יד:] שכך גזרה התורה ולכן לא גזרה התורה רק שהמלאכה לא תהא קנין ושעל פי המלאכה לא ישתעבדו זל"ז אבל כשברצון עצמם משעבדים גופם ע"י קנין או שטר ודאי ביכלתו לעשות כן כמו שמשעבד הגוף לממון והרי זהו ודאי דבקנין או שטר אין הבעה"ב יכול לחזור בו ולהירושלמי הרי שוין הן בדין זה ומה שיש חילוק בין פועל לבעה"ב שבבעה"ב ידו עה"ת יתבאר הטעם לפנינו והרבה מאחרונים הסכימו לדעה זו וכן יש להורות [ע׳ בה"ג]:

ט בזה שנתבאר שקודם המלאכה יכולים שניהם לחזור בהם כתב אחד מרבותינו דסיפר שהשכיר עצמו אם משך הבעה"ב ממנו קולמוסו או תער שלו אין יכולין שוב לחזור בהם ואע"ג דפועל יכול לחזור בו היינו פועל ולא קבלן [תוס׳ ב"מ מח: בשם ר"ת] וכ"כ שם הרא"ש שמכאן מדקדק ר"ת ז"ל דהשוכר אומן ומשך כלי אומנתו נגמר קנין השכירות ואם הוא קבלן אינו יכול לחזור בו אבל אם הוא שכיר יום יכול לחזור בו אף שנגמר קנין השכירות כמו עבד עברי שמגרע פדיונו ויוצא עכ"ל מבואר מזה דס"ל דבקבלן אין דין פועל כלל ואינו יכול לחזור בו דלא כמ"ש בסעיף ו׳ וכ"כ בהגהות שם ויש מרבותינו שחולקים בזה וכתבו דמשם אין ראיה רק שהבעה"ב יכול לעכב כלי האומנות ולשכור עליהם פועל כמ"ש בסעיף ז׳ ואין חילוק בין פועל לקבלן אלא לענין ידו על העליונה כמ"ש:

י ולפ"ז קשה מ"ש רבינו הרמ"א בסעיף א׳ די"א שאם משך הבעה"ב כלי אומנות שעושה בהם המלאכה אין הבעה"ב

הבעה"ב יכול לחזור בו ולא הפועל אם הוא קבלן אבל אם הוא שכיר יום יכול לחזור בו מיהו יוכל לעכב כלי אומנתו ולשכור אחרים עכ"ל והרכיב שתי דעות ביחד [עס"ך] ועוד דאיך כתב כדעת יחיד במקום שרבים חולקים עליו וכבר הבאנו בסעיף ו' מירושלמי דאין חילוק בין שכיר יום לקבלן אמנם גם על רבותינו בעלי התוס' יש לתמוה שכתבו שם כדברי ר"ת ובשם [קס"] כתבו מפורש דגם קבלן דינו כפועל [וכ"מ בש"ס שס עז' ע"ש] :

יא לפיכך נ"ל דלא פליגי כלל לדינא וכולם סוברים דגם קבלן יכול לחזור בו וזה שכתב ר"ת דבקבלן אינו יכול לחזור בו כוונתו דידו עה"ת ומפני שמורגל בלשון הפוסקים שמי שידו על התחתונה נקרא שאינו יכול לחזור בו כמו בבעה"ב שכתבו שאינו יכול לחזור בו ובארנו בסעיף ח' דהכוונה הוא שידו עה"ת וה"נ כן הוא ולא חידש ר"ת רק דבקבלן כיון שמשך כלי אומנתו אינו יכול לחזור בו דידו על התחתונה אף קודם שהתחיל במלאכה וראיה דהא רבינו הרמ"א כלל שניהם הקבלן והבעה"ב ובבעה"ב כתב מפורש בסעיף ד' שידו עה"ת וזה שכתבו התוס' והרא"ש בשמו דיש הפרש בין פועל לקבלן הוא רק לענין ידו עה"ת וס"ל לרבינו הרמ"א דהכל מודים בזה שלעכב כלי אומנתו יכול אפילו בשכיר יום אלא דבקבלן הוי גם קנין לענין שתהא ידו עה"ת ואפילו החזיר לו כלי אומנתו מ"מ כיון שמשכם או אפילו לא משכן רק שנתנם בחצירו של בעה"ב [ט"ז] דינו כהתחיל במלאכה אבל אם הכלים היו שם אצל הבעה"ב מקודם בפקדון אינו מועיל לענין זה [סס] כנלע"ד [וח"ס קושית הס"ך סק"ס והגר"ח סק"ב] :

יב והטעם שפועל ידו על העליונה וקבלן ובעה"ב ידם עה"ת נ"ל דמעיקר הדין כן הוא דפועל שנשכר לשכירות הימים הרי לא שכרו לעשות המלאכה בכלל אלא לכך וכך ימים והימים אינם מחוברין זל"ז לפיכך לפי הזמן שעשה צריך לשלם לו אף שהמותר יעלה לו ביוקר אבל קבלן שנשכר לעשות מלאכה זו בשלימות לכן צריכים לראות שלא יעלה להבעה"ב יותר מכפי ששכרו ולכן אם מותר המלאכה יעלה להבעה"ב יותר מהנותר בתשלומין צריך הקבלן לנכות לו והבעה"ב גם בפועל ידו עה"ת לפי שהבעה"ב עיניו בהמלאכה ולכן אם המותר יעלה לו בזול למה ירויח ממה שחשב דמי המלאכה ואם יעלה לו ביוקר הוא בעצמו גרם לו בחזרתו ולמה ינוכה להפועל מהימים שעשה והרי הוא עיניו בהזמן :

יג זה שפועל יכול לחזור בו הוא אפילו קבל כבר דמי שכירותו בשלימות ואין בידו לשלם במזומן להבעה"ב והמעות נשאר חוב עליו אם בטוח הוא שיש לו ממה לשלם אבל אם אין לו ממה לשלם הוי כדבר האבד שיתבאר ואינו יכול לחזור בו דנהי דהתורה התירה לו לחזור אבל לא התירה לו לגזול [ס"ך] ולפמ"ש אין חילוק בין שכיר יום לקבלן ולהפוסקים שמחלקים בין שכיר לקבלן אין דין זה נוהג כלל בקבלן ויראה לי דלפמ"ש בסעיף ח' דבקנין או שטר אינו יכול לחזור בו אם התנה בשעת קבלת המעות שיעבוד עד סוף זמנו אינו יכול לחזור בו דאין זה כמתנה על מה שכתוב בתורה :

יד לפי מה שגזרה התורה י"א דמהאי טעמא אסור לפועל או מלמד או סופר להשכיר עצמו להיות בבית בעה"ב יותר מג' שנים [ס"ך] דבשכיר מצינו בקרא דהם ג' שנים כדכתיב שלש שנים כימי שכיר וביותר מזה שם עבד עליו ולא שכיר ויש שנזהרים שלא להשכיר עצמו על שש שנים אבל על חמש שנים משכירים א"ע והטעם דכתיב בעבד עברי כי משנה שכר שכיר עבדך שש שנים ולכן בשש שנים שם עבד עליו ולא בפחית ויש חולקים בכ"ז דדוקא עבד שאינו יכול לחזור בו אסור אבל בשכיר שיכול לחזור בו אין זה עבד [תוס' ב"מ י' ומרדכי פ' הלומנין] מיהו אם הוא עני מותר אפילו לשנים הרבה דהא אפילו למכור בעבד מותר בכה"ג כמ"ש הרמב"ם בפ"ה מעבדים וכ"ש להשכיר א"ע [ס"ך] :

טו לפיכך יש רבנים שאין מקבלין כתב רבנות על שש שנים ויש שאין מקבלין על יותר מג' שנים והם יכולים לחזור אפילו תוך הזמן כדין פועל מיהו נ"ל שאם קבל מהעיר מעות קדימה לצרכיו חייב לשלם להם לפי ערך הזמן שחוזר בו דהא הם לא נתנו לו רק על זמן הכתב ולא על פחות מזה ואנשי העיר אין יכולין לסלק להרב ממקומו אף כשכלה זמן הכתב ומשלמין לו שכירות והכנסה כמקדם [ח"ס] וכן נהגו בכל תפוצות ישראל דהזמן שקובעים הוא למען העיר שהרב לא יחזור בו תוך הזמן דאף שמדינא יכול לחזור בו מ"מ הוי מחוסר אמנה ויש לרם עליו תרעומות ולאחר זמן הכתב יכול להשכיר עצמו למקום אחר או להסתלק לגמרי ואין בזה אפילו מדת חסידות וכן נהגו כל גדולי עולם אבל אנשי העיר אין חוזרים בהם לעולם אם לא שנמצא בו פסול דאין סברא שאחר יעקור סיכי ומשכני אותו ואת ביתו וזרעו ואח"כ יסלקוהו שישאר בלי מקום למחיתו וכן הדין בש"ץ ושמש וכל מיני התמנות שכל זמן שלא נמצא בו פסול אין מעבירין אותו כל ימי חייו וכן המנהג ועיין בסעיף כ"ט :

טז כיצד הוא דין החזרה בפועל וקבלן פועל אם הוא שכיר יום חוזר בו אפילו בחצי היום וידו על העליונה כגון ששכרו בעד שמונה דינרין ליום ועשה עמו חצי היום נותן לו ד' דינרים אף אם המחצה השני יעלה לו יותר מד' דינרים ואם יעלה לו פחות מד' נותן זה להפועל כי אין לו לבעה"ב להרויח מזה ויש מי שחולק בזה [ס"ך] וקבלן ידו על התחתונה כגון ששכרו לעשות לו מלאכה זו בעשרה דינרין ועשה חצי המלאכה אם החצי השני יעלה לו ז' דינרין אינו נותן לו רק ג' דינרין

ואם

ואם החצי השני יעלה לו ג' מרויח הבעה"ב את השני דינרין והקבלן אינו נוטל יותר מחמשה מיהו אם המלאכה נתייקר הרבה שצריך לשלם בעד החצי השני יותר מעשרה דינרין אין לו להקבלן לשלם מכיסו [סמ"ע] ואפילו תפס משל קבלן לא מהני [ב"ח] וכן בעה"ב החוזר בו דינו כקבלן כמ"ש:

יז וכ"כ הרמב"ם בפ"ט וז"ל כיצד דין הפועל שחזר בו אחר שהתחיל שמין לו מה שעשה ונוטל ואם קבלן הוא שמין לו את שעתיד לעשות בין שהוזלה בעת ששכרו בין שלא הוזלה בין שהוזלה המלאכה אח"כ בין שלא הוזלה שמין לו מה שעתיד לעשות כיצד קבל ממנו קמה לקצור בשתי סלעים קצר חציה והניח חציה בגד לארוג בשתי סלעים ארג חציו והניח חציו שמין לו מה שעתיד לעשות אם היה שוה ו' דינרין נותן לו שקל או יגמרו את מלאכתן ואם היה הנשאר יפה שני דינרין אינו נותן לו אלא סלע שהרי לא עשו אלא חצי מלאכה עכ"ל וקבלנות מקרי כל ששכרו על המלאכה ולא על הזמן אף שידוע כמה ימים עושים מלאכה זו כגון שקבל על עצמו לעשות כך וכך יין בימי הבציר וימי הבציר ידועים כמה הם מ"מ מדלא שכרו לימים אלא למלאכה נקרא קבלן וכתב רבינו הרמ"א דדוקא שחוזר סתם אבל אם חוזר מכח יוקר אין שומעין לו עכ"ל וכ"כ הטור ואין הכוונה דמכח יוקר אין ביכלתו לחזור כלל כמו שעלה על דעת איזה מהפוסקים דאין בזה שום טעם כלל דכיון דגזרה התורה דהמלאכה לא הוי קנין ויכול לחזור בו מה לנו מאיזה טעם חוזר בו הלא לא נשתעבד לו עד גמר המלאכה אלא דה"פ דכשחוזר בו מחמת יוקר אין ידו על העליונה אלא על התחתונה כקבלן דאין לנו לרחם עליו וכן משמע מסידור דבריהם ע"ש [וכ"מ מססמ"ע ס"ק ע"ז סכתב ספעס דלת נתיפס כח ספועל כדי סיסתכר סמעות] וכן אין שום חילוק בחזרת פועל בין שחוזר בו ואין רצונו להשכיר עצמו כלל ובין שחוזר בו ורצונו להשכיר עצמו לאחר דלא כיש מי שרצה לומר דכשרוצה להשכיר עצמו לאחר אינו יכול לחזור בו דהא עדיין רוצה לעשות עצמו עבד לעבדים ואינו כן דאטו המשכיר עצמו עובר על זה דא"כ יהא אסור לאדם להשכיר עצמו אלא שהתורה אמרה דמטעם זה אין האדם משתעבד עצמו בהמלאכה כבקנין עד סוף הזמן כמ"ש בסעיף ו' וא"כ כיון שאינו קנוי לו עד סוף המלאכה או הזמן מה לי אם רצונו להשכיר עצמו אצל אחר אם לאו וכן הסכימו כמה מגדולי אחרונים וכן עיקר לדינא ואף גם ידו על העליונה אם אינו משכיר עצמו אצל אחר מפני היוקר [כ"ל]:

יח כל מה שנתבאר דיכולים לחזור בהם אינו אלא כשהמלאכה הוי דבר שאינו אבוד אם לא יגמרוה עתה אבל בדבר האבוד אם לא יגמרוה מיד ותתקלקל כגון שכר פועלים להעלות פשתנו מן המשרה ואם יניחו באמצע המלאכה יתקלקל הפשתן או ששכר חמור להביא חלילין למת או לכלה וכיוצא בהם דהוזן של המלאכה עוברת וכן פועלים חייטים או סנדלרים שחוזרים בהם קודם החג בעת שעיקר המלאכה נעשית אז וכיוצא בזה אחד פועל ואחד קבלן אין יכולין לחזור בהם אא"כ אירע להם אונס כגון שחלה הוא או אשתו יבניו או ששמע שמת לו מת דבאונסים כאלו מוכרח הוא לעזוב המלאכה ואף בדבר האבד משלם להם מה שעשו עד כה וא"צ לשלם להם כל שכרם ואין ידם עה"ת ודינם כדין פועל שחוזר כיון שחוזרים מחמת אונס [ס"ך] מיהו בפועלים חייטים וסנדלרים שמשתכרים אצלם לשנה או להרבה שנים וידוע שקודם החג הוא עיקר המלאכה וכשמשלמים לפועל בעד חדש באמצע השנה משלמים בעד חדש שקודם החג כפלים כשיוצאים מהם באמצע הזמן אפילו מחמת אונס צריכים לחשוב שווי כל זמן וזמן לפי מה שהוא המקח מהפועלים וכן כל כיוצא בזה [נ"ל] ומשרת או משרתת בבית בעה"ב מקרי דבר האבוד מפני שהבעה"ב בעצמו אין ביכלתו לעשות המלאכות שצריך ולכן אין להם לחזור אף כשהם שכירי יום אא"כ אי"ע להם אונס דאז משלם להם מה שעשו עד כה והולכין להם והכל לפי ראות עיני הדיין אם הוה כדבר האבוד:

יט בדבר האבוד אם לא נאנס הפועל וחזר בו שוכר בעה"ב על חשבונו או מטעה אותו *כיצד מטעהו אומר לו הלא חזרתך הוא מפני שתחפוץ ביוקר אתן לך ביוקר גומר המלאכה ואינו נותן לו אלא המקח ששכרו כגון שאומר להם סלע קצצתי לכם בואו וטלו שתים וממתין עד שיגמרו המלאכה ולא יתן להם אלא מה שפסק תחלה ואפילו הוכרח ליתן להם השתים קודם שנגמרו המלאכה מחזיר מהם התוספת מפני שהוא גזל גמור:

כ כיצד שוכר עליהם כגון ששכרן בשני סלעים וחזרו בהם באמצע המלאכה שוכר עליהם פועלים אחרים וגומרין המלאכה שלא תאבד וכל שיוסיף לאלו הפועלים האחרים על מה שפסק לראשונים נוטל מהראשונים ואם הוכרח ליתן בעד גמר המלאכה כל השני סלעים אינו נותן להראשונים כלום ולא עוד אלא אפילו צריך ליתן יותר מכפי מה ששכרן אם היה לו לבעה"ב ממון שלהם ת"י אפילו ממון אחר שאינו כלי אומנתן ואפילו לא נתנו לו הממון בתורת משכון על המלאכה [סס] שוכר על חשבונם להשלים המלאכה האבודה ומשלם להאחרים אף המקח היותר גדול שמשלמים לעת הצורך כגון שלפעמים משלמים לעת ההכרח ארבעים וחמשים זוז אע"פ ששכר הפועל בשלשה או ארבעה זוז שוכר עליהם אפילו עד מקח זה וי"א דזה דשוכר עליהם עד ארבעים וחמשים וכה"ג יותר משכירותן זה דוקא כשתפס כלי אומנתם דזה הוי כשיעבוד אצלו על המלאכה או ששיעבדו לו מעות או חפצים על ערבות המלאכה אבל שארי מעות וחפצים אינו יכול לעכב מיהו עד כנגד דמי שכרן

שכרן אם קבלו מקצת. והוא צריך לשלם כל שכרן יכול לתפוס מהם כל דבר והעיקר כדעה ראשונה [סס] ואם לא שכר עליהם פועלים אחרים והפסיד המלאכה עי״ז אין הפועלים חייבים לשלם לו הזיקו דהא לא נעשו שומרים וכל שאינו שומר אינו חייב בפשיעה רק במזיק בידים ואין זה גרמי דהיה לו לשכור אחרים על חשבונם ואם לא היה יכול להשיג אחרים לגמרן אם הדבר הפסד ממון כמו הפשתן וכיוצא בזה חייבים לשלם כל ההיזק דהם כמזיקים וחייבים מדיני דגרמי דאיך משליכין באמצע המלאכה מה שיתקלקל ואין להשיג פועלים אחרים ואם אין בזה הפסד ממון כמו השוכר להביא חלילין למת ולכלה או עניני מלמדות וסופרות וכה״ג דהענין נאבד ולא ממון אע״ג דדינם כדבר האבוד מ״מ אם לא שכר עליהם ולא הטען פטורים מלשלם [עס״ך סקל״ט] :

כא כל מה שנתבאר בדבר האבד אינו אלא כשאין שם פועלים אחרים מוכנים לשכור במה שנשאר משכרן של הראשונים להשלים המלאכה דאז שוכר עליהם או מטען אבל אם יש פועלים אחרים מוכנים לשכור במה שנשאר משכרן ואמרו לו הפועלים צא ושכור מאלו והשלם מלאכתך בין שכיר בין קבלן אין לו עליהם אלא תרעומות ודינם כאלו לא היתה דבר האבד ושמין לשכיר יום מה שעשה ולקבלן מה שעתיד לעשות כמ״ש בסעיף ט״ז אלא דפועל ידו על העליונה וקבלן ידו על התחתונה ואם לא עשה כן והטעה אותם חייב ליתן להם כפי מה שפסק להם באחרונה כיון שהיה מוצא פועלים אחרים לגמור המלאכה במקח השוה לא היה לו להטעותם ודוקא כשהתחיל הבעה״ב להטעותן שאמר להם טלו יותר מכפי המקח שעשיתי אתכם אבל אם הפועלים התחילו לומר לא נגמור המלאכה אם לא תוסיף לנו כך וכך יכול להטעותן אף בשמוכנים פועלים אחרים [ס״ך] :

כב וכן אפילו אם אינו מוצא פועלים אחרים אינו שוכר עליהם או מטען אא״כ שבשעה ששכרם היה מוצא לשכור פועלים אחרים ועכשיו אינו מוצא אבל אם גם מקודם לא היה מוצא פועלים אחרים הרי לא הפסידוהו כלום ויש חולקין וס״ל דגם בכה״ג שוכר עליהם או מטען [סס] דעכ״פ כיון שנשכרו לו צריכים לגמור שלא יתפסד דאפשר אם לא היו נשכרים אצלו היה טורח והיה משיג פועלים אחרים ויראה לי דבכה״ג אם אין הדבר ברור כל כך שלא היה משיג פועלים אחרים גם דעה ראשונה מודה :

כג פועל שעושה בחנם עם בעה״ב יכול לחזור בו אפילו בדבר האבד ולומר לא אעשה בחנם אלא בשכר אבל אם גם בשכר אינו רוצה לעשות וזה רוצה ליתן לו שכר ופועל אחר אין להשיג עתה ומתחלה היה יכול להשיג פועל אחר ובין כך וכך נפסדה המלאכה חייב לשלם לו כל הפסדו מדינא דגרמי [סס] :

כד מלמד החוזר מללמוד עם התלמיד מקרי דבר האבוד דכל רגע שהתלמיד הולך בטל הוה פסידא דלא הדר ואין המלמד יכול להסתלק באמצע הזמן אם לא שמעמיד לו מיד מלמד אחר במקומו שהוא טוב כמוהו [סס] ובאם לאו אינו יכול לחזור בו אם לא שנאנס כמו שחלה הוא או בנו או אשתו או שמת לו מת שמשלם לו עד העת שלמד כפי החשבון ואף אם יעלה לו להבעה״ב ביותר מכפי מה ששכרו דכיון שנאנס מה לו לעשות וכל מלמד דינו כשכיר יום דהא שוכר עצמו לזמן דשכיר יום לאו דוקא דה״ה שכיר שבוע שכיר חודש שכיר שנה הוי כשכיר יום ולכן אם שכר עצמו ללמוד ספר או חצי ספר או מסכת פלונית יש לו דין קבלן ומלמדים דינם כשארי פועלים שצריכין לעש׳ת כמנהג להשכים או להעריב כמ״ש בסי׳ של״א ואסור לו לעשות מלאכתו עם הלימוד או להיות ניעור הרבה בלילה יותר מדרך הבינונים וכן אין לו לישב בתענית יותר מכל אדם בינוני וכן אין לו להרבות במאכל ומשתה דכל אלו הדברים מחלישין הכחות מלמודו וכל המשנה ידו עה״ת ומעבירין אותו וכן סופר המקבל לכתוב ספר אחד וחזר בו מקרי דבר האבד דכשישכור סופר אחר לגמרו יהיה הכתב משני סופרים שאינן דומות זל״ז לא יהיה נאה ועוד מדיני מלמדים יתבאר בס״ד בסי׳ של״ד ודע דכל מה שנתבאר בדבר האבד דשוכר עליהן או מטען הוא אפילו כשעדיין לא התחילו במלאכה זו כיון שהוא דבר האבד [טור] :

כה כל פועל או מלמד שחלה באמצע מלאכתו משלם לו בעה״ב מה שעשה עד כה וידו על העליונה ואפילו בדבר האבוד כמו שנתבאר ועל זמן חליו אינו משלם לו כלל ואם עברה מחלתן או האונס האחר עבר וקבלן הבעה״ב בחזרה וחזרו ועשו מלאכתן עד כלות הזמן כתב רבינו הרמ״א בסעיף ה׳ דצריך לשלם להם כל מלאכתן ואינו מנכה להם כלום בעד זמן האונס דכיון שקבלן אחר האונס בסתם ולא אמר להם שינכה בעד זמן האונס מסתמא מחל להם ועל דעת כן קבלם שישלם להם בשלימות ורבים חולקים בזה דדוקא בעבד עברי שגופו משועבד לו הדין כן דכשחלה בתוך הזמן ברשותו דבעה״ב חלה אבל מלמד או פועל או קבלן אפילו שכרו לעשות כל המלאכות מ״מ הרי אין גופו קנוי לו ולמה ישלם להם בעד העת שלא עשו [ס״ך] ומחילה לא שייך בדבר. שעליו ליתן דמחילה לא הוי אלא בחוב המגיע לו ולא במה שעליו ליתן :

כו עוד כתב רבינו הרמ״א ומיהו אם כבר קבל המלמד או הפועל שכרו י״א דא״צ להחזיר אפילו ביטל ממלאכתו ע״י מחלתו או אונס אחר דבמוחזק תליא מילתא [ט״ז] דהרי האונס הוא מן השמים ולכן כשהמלמד או הפועל מוחזק אין להוציא מידו וגם בזה הרבה חולקים עליו דמה ענין מוחזק לכאן דאין זה ספיקא דדינא דתיהני חזקה דזהו מילתא דפשיטא דבעד העת שנאנס ולא

ולא עשה מלאכתו אין לו ליטול שכירות ומה לו לבעה"ב באונסו ולכן בכל ענין צריך להחזיר [ס"ך וסגר"א] ועמ"ש בסי' שכ"ט סעיף ב' :

כז אומן הוי קבלן וכל הדינים שנתבארו בקבלן נוהג באומן ומעשה בראובן שקבל משמעון בגד לארוג חמש אמות בדינר וכשהתחיל לארוג המציא עלילה שהמטוה גרוע ורצה לעזוב מלאכתו וע"י זה הוכרח להוסיף לו דהוי כמו דבר האבד ופסק הרא"ש ז"ל דא"צ ליתן לו ההוספה וזהו שאמרו שוכר עליהן או מטען אמנם אם האומן מברר ע"פ בקיאים שהמלאכה קשה יותר מכפי מה שא"ל הבעה"ב צריך הבעה"ב להוסיף לו כפי שומת הבקיאים ואין להקשות לדעת הסוברים אומן קונה בשבח כלי כמ"ש בסי' ש"ו למה לא יהיה ביכלתו לבקש כמה שירצה אחרי שהכלי שלו היא וכ"ש אם עשה האומן משלו אמנם לא קשה כלל דאיך אפשר בדבר שהשכיר עצמו בכך וכך שיוסיף לו על זה אלא ודאי דדין שבח כלי אין שייך כלל לענין זה והאומן הוא פועל ככל הפועלים ושבח כלי אין זה רק לענין תשלומין בנזק כמ"ש שם או לקדושי אשה כמ"ש באה"ע סי' כ"ח אבל לא להוציא מהבעלים יותר ואפילו עשה משלו :

כח מעשה בראובן שאמר לאומן עשה לי דבר פלוני כך וכך ואקחנו ממך ועשה האומן אותה וא"ל טול הכלי ותשלם לי ולא רצה לקחתה והכלי היתה דבר שאם לא יקחנה מיד יפסיד האומן פסק הרא"ש ז"ל דחייב ראובן לפרוע לו מדינא דגרמי כיון שהפסיד ע"פ דבורו כמו הלכו חמרים ולא מצאו תבואה דמשלם להם דכל עניני פועל וקבלנות ואומנות א"צ קנין ונתקים בדבור בעלמא בהתחלת המלאכה ולכן מטפל האומן במכירת הכלי ומה שיטול פחות ממה שהושוה עמו ישלם לו [סמ"ע] ודוקא כשעשה האומן משלו אבל אם עשה מסחורה של בעה"ב ולפי מאי דס"ל אין אומן קונה בשבח כלי גם הטירחא אינו מוטל על האומן אלא על הבעה"ב [ס"ך] :

כט כל מי שנתמנה אצל הצבור כמו רב או ש"ץ או שו"ב או שארי התמנות ועשו עמהם כתב לכך וכך שנים על פרטים אלו אם אח"כ השכיר עצמו אצל צבור זה הן עם המנהיגים הראשונים הן עם מנהיגים אחרים שישאר עוד על זמן כך וכך ובבפרטים לא דברו נשאר על הפרטים הראשונים ודוקא שלא הזכירו כלל אודות הפרטים אבל אם קצתן הזכירו וקצתן לא הזכירו אין לו אלא פרטים אלו שהזכירו ולא האחרים דאם היה דעתם על כל הפרטים הקודמים למה פרטו את אלו [כ"מ בס"ך סקמ"ב] ויש מי שאומר שאפילו קצבו השכירות ולא שארי דברים אין לו רק שכירות ולא שארי דברים ולא נראה כן דשכירות הוא עיקר הבנין ולכן הזכירו זה בפרטיות ומ"מ שארי פרטים הקודמים קיימים ואף אם היסיפו או גרעו בשכירות שארי הפרטים נשארו בתקפם [וזהו כוונת סלבוש ועס"ך] ועמ"ש בסעיף ט"ו :

ל ואפילו אם בכלות זמן הכתב לא דברו כלל רק נשאר על מקומו כמקדם נשאר על כל התנאים הראשונים בלי תוספת ובלי מגרעת כמו בשוכר בית לשנה ודר בו שנה שניה סתם דדר בה על מקח הראשון כמ"ש בסימן שי"ב כמו כן בענינים אלו וכן הסכימו גדולי אחרונים ותמהו על רבינו הרמ"א שכתב דדוקא שחזר והשכיר עצמו בשנה שניה אבל אם עמד עמהן בשתיקה לא אמרינן דנשאר על תנאו הראשון עכ"ל ונ"ל דכוונתו על הזמן העתיד כגון שנתקשר עמהם על שנה ובכלות השנה ישב חצי שנה בשתיקה וזהו ודאי דבחצי שנה העבר צריך להיות כבשנה הראשונה אבל על החצי השניה יכולים לשנות זה או זה ובזה הדין אמת כמ"ש בבית שם סעיף כ"ד ע"ש ולפמ"ש בסעיף ט"ו אין זה אלא מצד העובד אבל מצד העיר אין יכולים לשנות [כ"ל] :

לא האב שהעמיד את בנו למלאכה אצל אומן אע"פ שהאב אינו מעלה לו מזונות מ"מ כיון שידע הבן שהעמידו ונכנס הבן בהמלאכה אף שלא ידע על איזה פרטים העמידו מ"מ כיון שנכנס למלאכתו ע"פ האב מסתמא הוה ניחא ליה במה שעשה האב ונוטל כפי מה שקצב האב עד שעה שיחזור בו כדין פועל שחוזר בו ואינו יכול לומר שלא נתרצה בקציצת אביו וכן להפוסקים שבקנין או בשטר אינו יכול לחזור בו גם הוא לא יכול לחזור דהוה כמו שעשה בעצמו ולאו דוקא אביו דה"ה איש אחר כשהשכירו ברצונו וידע מזה ונכנס להמלאכה אינו יכול לשנות מכל מה שעשה זה האיש בעדו [ס"ך] :

לב כל פועל שהיה אצל בעה"ב וא"ל הבעה"ב לך מעמדי אם א"ל בפני שנים או אפילו א"ל בינו לבינו ואינו מכחישו שא"ל כן פטור הפועל בלא מחילה אחרת ואפילו קבל ממנו דמי כל השכירות פטור [סס] דזהו כמו מחילה דהפועל אין גופו קנוי להבעה"ב דנצריך קנין וי"א שאם א"ל דרך כעס אינו נפטר בזה וכן נראה דהדברים שאדם מדבר בהם דרך כעס אין בזה ממש ומלמד אצל בעה"ב שא"ל הבעה"ב לך מעמדי ונתרצה המלמד מ"מ יוכל הבעה"ב לחזור בו ולעכבו ואע"ג דמלמד דינו כפועל מ"מ אין ביכולת האב למחול שיעבוד הלימוד שנשתעבד המלמד להבן לפיכך אין בהדברים ממש ואפילו קנין וכתיבה לא מהני [סס] ומי ששכר פועל והתחייב עצמו בקנס אם יחזור בו הוי אסמכתא וכשיעשו יעשו בקנין מעכשיו ובב"ד חשוב שלא יהיה אסמכתא כמ"ש בסי' ר"ז אבל במלמד בכל גוונא לא הוה אסמכתא דהוי כאם אוביר ולא אעביד אשלם במיטבא דנתבאר שם דלא הוה אסמכתא [סס] ולכן גם בשארי פועלים אם יש לו היזק להבעה"ב בסילוקו כגון שנצרך מאד להמלאכה וא"א להשיג פועל אחר לזמן מה נראה ג"כ דלא הוה אסמכתא בכל ענין ומתחייב בהקנס ויש מי

מי שאומר דזה שנתבאר שאם א"ל להפועל לך מעמדי פטור גם אם קבל כל השכירות אינו כן דלענין ממון ודאי דאינו מספיק אמירתו לך מעמדי וצריך להוסיף ולומר ואין לי עליך כלום [וכ"מ מרש"י קדושין עז'] :

סימן שלד [עוד מדיני שכירות פועלים ודין מלמד אם חלה התלמיד ובו י"ב סעיפים] :

א כבר נתבאר דכל אונס שאירע בהמלאכה עד שנתבטלה בין ששניהם היו יודעים שדרך האונס לבא או שניהם אינם יודעים הוי פסידא דפועל אבל אם בעה"ב יודע והפועל אינו יודע הוי פסידא דבעה"ב דפשע במה ששלחם והטעם דכיון שאין להטיל הפשיעה על הבעה"ב יותר מעל הפועל המטע"ה וידו עה"ת [טור] ואפילו תפיסה לא מהני בזה דאין זה דומה לכל מוציא דמהני לפעמים תפיסה דבכאן מעיקר הדין כן הוא דכששניהם ידעו כיון שגם הפועל פושע למה ישלם לו ואם שניהם לא ידעו כיון דגם הבעה"ב אנוס משמיא הוא דגזרי עליה דפועל שלא ירויח [נ"ל] :

ב לפיכך השוכר את הפועל לחפור בשדהו ובא מטר בלילה בענין שאינו יכול לחפור אם הראה לו השדה מבערב הוי פסידא דפועל דכיון שראה אותה והכירה שאינה ראויה לחפור אם תרד עליה מטר לא היה לו לבא ואינו נותן לו כלום ואם לא הראה לו מקודם נותן לו שכרו כפועל בטל לפי שהבעה"ב היה מכיר את שדהו והיה לו להודיעו שלא יבא וכן אם השדה הי׳תה לחה בעצם בטבעה הדין כן הוא דאם ראה מקודם ולא הבינו שאינה ראויה לחרישה מזלייהו גרים וזהו דעת רוב רבותינו [רש"י ותוס' וסרמ"ס ונמק"י וסמ"ע וסטור ב"מ עו:] :

ג והרמב"ם בפ"ט משכירות כתב אם ביקר בעה"ב מלאכתו מבערב ומצא שצריכה פועלים אין לו לפועל כלום דמה היה לו לעשות לא ביקר אותה מבערב נותן להם שכרם כפועל בטל עכ"ל וס"ל דכשראה הבעה"ב את השדה מבערב אע"פ שהפועל לא ראה פטור דלא כדעה ראשונה וכן משמע קצת מדברי הטור והרמ"א בסעיף ב' ע"ש ויראה לי דלא פליגי בעיקר הדין דודאי שדה שדרכה תמיד שלא להשתנות מודה הרמב"ם דראיתו לא מעלה ולא מוריד דממ"נ אם המטר שירד מקודם מונע כל השדות מלחרוש פשיטא דבכל גווני פסידא דפועל ואיזה חילוק יש בין ראה מבערב ללא ראה וכמ"ש בסעיף ה' אלא ודאי דכל השדות אין המטר מונע מלחרוש אלא לפי הקרקע לערך לחותה ורכותה וכיון ששדהו עומדת תמיד במצב אחד מה שייך ראיית הבעה"ב מקודם ובודאי דתלוי בראיית הפועל והרמב"ם מיירי בשדה שאינה עומדת תמיד על מצב אחד דלפעמים המטר מקלקלה ולפעמים אינה מקלקלה ותלוי ביבשיתה ולפי ערך החמימות והרוחות וכה"ג וזהו ודאי כשמקודם ראה אותה הבעה"ב ומצאה שראויה לחרישה אף אם תרד מטר אלא שנתהוה אח"כ שינוי ונתקלקלה ע"י המטר כולם מודים להרמב"ם דאנוס הוא כהפועל רק צריך להביא ראיה שהיתה ראויה מקודם ועוד דהוא לא מיירי כלל מירידת מטר אלא שנמצאת לחה וג"כ הוא שאיננה שוה בכל הזמנים וגם בירידת מטר כולהו ס"ל כמ"ש [נ"ל] :

ד וכן השוכר את הפועל להשקות שדהו מזה הנהר שאצלה ופסק הנהר בחצי היום אם אין דרכו להפסיק או אפילו דרכו לפסוק אך גם הפועל יודע דרך הנהר הוי פסידא דפועל ואין בעל השדה נותן לו כלום אע"פ שגם בעה"ב יודע דרך הנהר הזה אבל אם אין הפועל יודע דרך הנהר והבעה"ב יודע נותן לו שכרו כפועל בטל ודוקא כשפסק הנהר הקטן אבל פסקה הנהר הגדול שכל שדות העיר משקין ממנה הוי מכת מדינה ותמיד ההפסד על הבעה"ב [ט"ז] כמ"ש בסי' שכ"א ושכ"ב בדין חוכר דמכת מדינה היא גזירה על בעלי השדות ואף שלא פשעו הם סובלים הנזק ולא הפועלים וכמו שבארנו שם במלמד שגזר המושל שלא ללמוד ע"ש ויש מי שחולק בזה ולא נתבררו דבריו אצלי ועוד יתבאר בסעיף י' בס"ד :

ה וכן מי ששכר פועל להשקות שדהו ובא מטר בלילה בענין שאינה צריכה להשקאה אינו נותן לו כלום אפילו אם לא הראה להפועל השדה מבערב משום דרוב שדות שבעולם אם ירד עליהם המטר אין צריכין להשקאה וגם הפועל ידע מזה כמו הבעה"ב אבל בחפירה יש שדות שאין נמנעות מלחפיר אף אם ירד עליהם המטר כמ"ש בסעיף ג' [סמ"ע] וכן אם בא המטר בחצי היום אינו נותן לו מחצי היום ואילך כלום ודוקא מטר אבל אם באו המים מהנהר הגדול ע"י חריצין הנמשכין לשדה זו נותן להם כל שכרן לפי שהבעה"ב מכר שדהו והיה לו להתנות שאם יעלה הנהר וישקנה שלא יתן לו כלום דהפועל לא יוכל להכיר בענין זה אפילו אם הוא מן העיר ויודע טבע קרקע זו לפי שדבר זה תלוי באופן המשכת החריצין ומדלא התנה איהו דאפסיד אנפשיה וסייעו להפועל מן השמים שלא יעשה ויטול כל שכרו דהוה כאלו עשה הוא המלאכה ואף שישבו בטל כיון שהמלאכה נגמרה :

ו ואף בירידת מטר אין זה אלא בפועל אבל באריס כגון מי שפסק עם אריסו שאם ישקה שדה זו ד' פעמים ביום יטול חצי הפירות וכל האריסין שדרכן להשקות

להשקות שתי פעמים ביום אין נוטלין אלא רביע הפירות ובא מטר ולא הוצרך לדלות ולהשקות נוטל מחצה כמו שפסק עמו מפני שהארים דינו כשותף לענין זה ולא כפועל והטעם דבפועל הרי ישלם לו שכרו אף אם השדה לא תתן פריה לפיכך משלם לו כפי מלאכתו אבל הארים שאם השדה לא תתן פריה הרי לא יטול כלום ולכן גם כשעושית פירות נותנין לו אף יותר ממלאכתו דמן השמים סייעוהו וכן הדין בקבלנות ובחכירות וטעם אחד להן :

ז י"א דבכל מה שנתבאר דהוי פסידא דפועל אין זה אלא בשכרו למלאכה זו ולשדה זו [סמ"ע] ולכן כשאירע אונס ונתבטלה המלאכה משדה זו הוי פסידא דפועל דהבעה"ב יכול לומר אין לי מלאכה אחרת אבל אם שכרו למלאכה סתם יכול לומר לו תן לי שדה אחרת הראויה עדיין למלאכה זו ואפילו יודע הפועל שאין לו מלאכה אחרת מ"מ אין לו להפסיד בשביל זה דכל כה"ג ה"ל לאתנויי ומדלא התנה אין לו להפסיד להפועל ומתי יש לו לבעה"ב רשות לשנותו למלאכה אחרת יתבאר בס"ד בסי' של"ה :

ח כמו שנתבאר בפועלים כשנתבטלה המלאכה מחמת אונס אינו חייב לשלם להפועל רק אם הבעה"ב היה לו לידע מזה ולא הפועל כמו כן הדין במלמד ולכן מי ששכר מלמד לבנו וחלה הבן ונתבטלה מלאכתו של המלמד אם אין הבן רגיל באותו חולי ולא היה לו להאב לידע מזה יותר מהמלמד וכן אף אם רגיל באותו חולי רק שהמלמד הוא בן עיר ויודע בו בהבן הזה שרגיל הוא בחולי הזה פסידא דמלמד כמו בפועל וכן אם מת הבן אבל אם רגיל בחולי ואין המלמד מכיר בו כגון שהוא מעיר אחרת או אפילו הוא בן עיר רק לא הכירו עד עתה הוה פסידא דבעה"ב ונותן לו שכרו משלם וחמיר מפועל שאינו נותן לו אלא כפועל בטל מטעם דלומדי תורה נוח להם יותר ללמוד מלילך בטל ופשיטא שאם גם בביטול התלמיד למד המלמד בעצמו או עם אחרים הרי לא הרויח מזה ואין זה דמיון לכל המלאכות מיהו גם זה תלוי בהתמדתו של המלמד אם ידוע שנוח לו יותר לילך בטל מללמוד והלך בטל או שלימודו היה קל יותר מכשלמד עם הבן אינו נוטל אלא כפועל בטל כמ"ש בסי' של"ה ואם יש ביניהם הכחשה בהכרת הנער אם לא נטל עדיין מעות ישבע אבי הבן ויפטר ואם כבר נטל ישבע הוא ויפטר וכבר נתבאר בסי' של"ג סעיף כ"ה דדעת רבינו הרמ"א דכל שנתבטל באמצע הזמן ואח"כ חזר למלאכתו ולא דיבר הבעה"ב שינכה לו מה שביטל דאינו מנכה לו בכל ענין ושיש חולקים בזה ע"ש :

ט מדיני מלמדים נתבאר בסי' של"ג ויתבאר בסי' של"ה וביו"ד סי' רמ"ה וסי' רמ"ח ושם נתבאר דאשה ששכרה מלמד לבנה אף שלא בפני הבעל וכששמע הבעל שתק ודאי ניחא ליה במה שעשתה וחייב לשלם כל השכר לימוד שהושותה עמו מיום ששכרה את המלמד [שם בש"ך] אבל אם מיחה מיד כששמע אין במעשיה כלום אפילו כשנושאת ונותנת תוך הבית ונ"ל דמ"מ יכולים ב"ד לכופו אם רואים שידו משגת לשלם שכר לימוד ואפילו איש אחר ששכר מלמד לבן ראובן במעמד ראובן ושתק שתיקה כהודאה דמי אע"פ שלא דיבר האחר בפירוש שראובן ישלם שכר לימודו דהיה לו להבין שכן היתה הכוונה אם לא שעשיר שכר מלמד לבן עני דאז אף אם האב העני היה במעמד זה ודאי דחשב שהעשיר ישלם [נ"ל] ועמ"ש בסי' פ"א ובסי' רל"ז אם יש הסגת גבול אצל מלמד :

י אם נתהוה בעיר שינוי אויר וברחו הוו כשאר אונס והוי פסידא דפועל או המלמד כן כתב רבינו הרמ"א וכתב אחד מהגדולים דדוקא כשהמיעוט ברחו אבל אם ברחו כולם או רוב העיר הוי מכת מדינה וההפסד הוא על הבעה"ב ומשלם להם כל שכרם כמ"ש בסעיף ד' [ש"ך] ולי נראה מסתימת לשון רבינו הרמ"א דאף אם הוי מכת מדינה ההפסד עליהם וטעמו נ"ל דדוקא כשהפועל או המלמד עומד מוכן לעשות מלאכתו אלא שהמלאכה נתבטלה כמו פסק הנהר הגדול שבסעיף ד' או אם התלמידים לבדם ברחו מקודם אבל אם בעת התהוות המגפה ברח המלמד וגם התלמידים ההפסד של המלמד ומזה מיירי רבינו הרמ"א וזה שכתב אם ברחו ר"ל המלמדים או הפועלים ואינו כדין שכתב בסי' שכ"א בגזירת המושל שלא ילמדו דהתם מוכן המלמד ללמוד אלא שאין מניחין אותו וכן בשינוי אויר והתלמיד או הפעולה נשמטה מלפניו כיון דמכת מדינה היא ההפסד על בעה"ב אבל כשהפועל או המלמד בעצמו ברח ג"כ מיד בהתחלת האונס והשמיטו א"ע מהמלאכה בעוד שיכלו לעשות למה יסבול הבעה"ב דטעמא דמכת מדינה ההפסד הוא על הבעה"ב משום דמשמיא הוא דגזרו עליה ולא שייך זה אלא כשנתבטל הפעולה רק מצד הבעה"ב ולא כשנתבטל מצד הפועל והמלמד ג"כ וראיה לזה דהא גם במכת מדינה אם ע"י טורח גדול ביכלתם לעשות הוי ההפסד עליהם כמ"ש בסי' שכ"א מכ"ש כשהם נחפזו לברוח מהמלאכה דההפסד הוא עליהם [וא"ש פסק מהר"מ שהביאו הש"ך בסק"ג ותמה עליו ע"ש ודוק] :

יא כתב רבינו הרמ"א בסעיף א' מי ששכר בית לדור בו ומת בתוך זמן השכירות א"צ לשלם לו רק מה שדר בו דבעה"ב הוי כפועל והוה ליה להתנות מיהו יש חולקין לכן אם קבל השכר כולו א"צ להחזיר כלום כן נ"ל עכ"ל ביאור דבריו דדעה ראשונה ס"ל דכשם שאונס שאירע בפעולה דשניהם לא היה להם לידע הוי פסידא דפועל כמו כן באונס שאירע בשכירת בית הוה פסידא דבעה"ב דהוי בזה כפועל שבא להוציא מחבירו והיש חולקין ס"ל דלא דמי לפועל דשכירות הוי כמכר לזמן ואין בזה טענת אונס ואע"ג דבמכר גופא כשנתהוה

אונס

אונס בטלה המכירה אהו כשעדיין לא החזיק הלוקח בהמקח אבל כשכבר החזיק ונתקיים המקח אין האונס שאח"כ מבטלו ואע"ג דנתבאר כמה פעמים דלא לכל דבר הוי שכירות כמקח מ"מ פשיטא דלהחזיק זמן השכירות הוי כמקח ולא גרע מדין אונאה דהוה דינו כמקח ולכן פסק רבינו הרמ"א דמספיקא דדינא אין להוציא ממון [ומ"ש קושית הש"ך ע"ש ודוק]:

יב פסק אחד מהגדולים במעשה שהיה בעת המגפה ר"ל שברחו השכנים מן הבית המושכר להם שצריכים לשלם כל השכר והקשו עליו דהא במכת מדינה ההפסד הוא על בעה"ב [שם] אמנם כבר כתבנו בסעיף י' דדוקא כשהפועל על מקומו והמלאכה נתבטלה מחמת הסיבה ולא כשהפועל ברח מחמת הסיבה ואף שבסעיף הקודם נתבאר דאפילו באונס שאינה מכת מדינה ההפסד הוא על בעה"ב אם לא שילם לו עדיין וכ"ש כשהאונס הוא מכת מדינה דלא דמי דודאי כל אונס שמחמתו יצא השוכר מהבית אפילו במכת מדינה ההפסד על השוכר ואפילו לא שילם לו צריך לשלם לו כל השכר כגון שהשוכר הוכרח לברוח באמצע זמן שכירותו מ"מ צריך לשלם דמי השכירות בשלימות ורק כשמת בסעיף הקודם שאני דהרי אינו בחיים שיתבענו וכשתובע יורשיו יכולים לומר מה לנו לעשות כיון שנתבטלה המלאכה ע"פ אונס הוי פסידא דידך כמו בפועלים שההפסד שלהם וכיון דלא התנית בשעת השכירות שבכל אונס שיארע ישולם לך מהנכנסים אין לנו לשלם בעד אונס כי האי שהשוכר עצמו אינו בעולם ושיכופם שהם ידורו בו עד הזמן באיזה טעם יכופם כמ"ש בסי' שי"ב סעיף י' ע"ש:

סימן שלה [השוכר פועל למלאכה סתם או למלאכה ידועה ובו ט"ו סעיפים]:

א השוכר את הפועל לעשות אצלו מלאכה יום אחד או כמה ימים ולא דיבר עמו איזה מלאכה יכול ליתן לו כל מלאכה שצריך לה ויכול לשנותו ממלאכה למלאכה אפילו נתן לו בחצי היום הראשון מלאכה קלה יכול ליתן לו אח"כ מלאכה כבדה ואפילו יש לו עדיין מלאכה בהקלה מ"מ הרשות ביד בעה"ב כיון שא"ל מלאכה סתם אבל אם שכרו למלאכה ידועה כגון ששכרו לעדור שדהו אינו יכול להחליף לו באחרת כשיש לו מלאכה זו אפילו אינה כבדה ממנה ואם נשלמה מלאכה זו בחצי היום אם יש לו ליתן להפועל מלאכה כזו או קלה ממנה כגון מעידור לניכוש וכה"ג יכול לכופו לעשות ואין הפועל יכול לומר אני לא השכרתי א"ע רק לעידור דכיון דמלאכה זו נשלמה יכול להחליפו באחרת כמותה וגם אפילו בתחלת המלאכה אם ראה שמלאכה זו אין ביכולת לעשות יכול ליתן לו אחרת כמותה אבל ליתן לו מלאכה כבדה ממה ששכרו אינו יכול לכופו ונותן לו שכרו כפועל בטל ויכול ליקח מלאכה כזו מאחר וליתן לו לעשותה והרשות ביד בעה"ב לעשות כן דמה לו להפועל אם מלאכה זו שלו או של אחרים:

ב מתוספתא [ב"מ פ"ז] מתבאר דאע"ג דיכול ליתן לו מלאכה של חבירו מ"מ אינו יכול לכוף את הפועל לכך דיכול הפועל לומר שלם לי עד כה ואיני רוצה לעשות של אחרים דתניא שם השוכר את הפועל וגמר חרישו בחצי יום והראה לו בשל חבירו יכול לומר לו או פרנס לי מלאכה מתוך שלך או תן לי מה שעשיתי עכ"ל ואע"ג דבלא"ה יכול פועל לחזור בו באמצע המלאכה ולקבל שכרו על מה שעשה מ"מ יש נ"מ כגון שנשבע או קנה בק"ס או בשטר לדעת הראשונים שנתבאר בסי' של"ג סעיף ח' ע"ש:

ג ואע"ג שנתבאר דמלאכה כבדה אינו יכול ליתן לו מ"מ י"א דאם רוצה להוסיף בשכרו צריך לעשות אפילו מלאכה כבדה ואם אין רצונו בזה א"צ ליתן לו כפועל בטל וכה"ג נתבאר בסי' של"ג סעיף ב' ומזה ראיה דהעיקר כדעה ראשונה שבשם כמ"ש שם והטעם דאנן סהדי דכל פועל ניחא ליה בתוספת שכר אע"פ שהמלאכה יותר כבדה קצת:

ד בזה שנתבאר דאם שכרו למלאכה ידועה ונשלמה בחצי היום יש לו לבעה"ב ליתן לו מלאכה אחרת כמותה ואם אינו נותן לו משלם לו כפועל בטל זהו דוקא שלא הראה לו אותה המלאכה תחלה אלא שכרו סתם ליום אחד לעשות מלאכה פלונית דאז מחוייב להעמיד לו מלאכה ליום אבל אם הראה אותה לו וראה הפועל שלא היתה בה מלאכת יום ולא התנה שכשתשלם יתן לו מלאכה אחרת אינו נותן לו כלום אחר ששלמה כמ"ש בסי' של"ד דכל מה ששניהם יודעים יש לו להפועל להתנות ונראה דזהו דוקא כשבעת ששכרו א"ל הנני שוכרך ליום לעשות לי מלאכה זו שאתה רואה יכול הפועל לומר אמרתי מסתמא יש לך מלאכה במקום אחר כיוצא במלאכה זו [ונ"ל שזהו כוונת הסמ"ע סק"ב ומתורץ קושית הט"ז ע"ש ודוק]:

ה בכל מקום שצריך לשלם לו כפועל בטל שזהו פחות מעושה מלאכה זהו דוקא בסתם בני אדם אבל אם זה הפועל היה מעובדי אדמה או מהחופרים וכיוצא בהם שדרכם לטרוח הרבה ואם אין עושים מלאכה נחלשים בבריאותם נותן לו כל שכרו בשלימות דאינו נוטל פחות במה שיושב בטל ומ"מ יותר אינו יכול לתבוע בטענה זו וכן במלמד שחלה התלמיד שהאב ידע מחליו והמלמד לא ידע דההפסד הוא על האב כמ"ש

כמ"ש שם ג"כ צריך ליתן לו שכרו בשלימות דלומדי תורה כשהולכים בטלים נחלשים ולבד זה פקודי ה' משמחי לב ואפילו יש לו תלמידים אחרים שלומד עמהם אינו יכול לנכות לו הטירחא שהיה לו עם תלמיד זה דדיבור לאחד דיבור למאה ולא נתוספה עליו טירחא אם גם זה היה לומד ומ"מ לאו כללא הוא זה שכתבנו דבלומדי תורה לא שייך כפועל בטל שהרי כתב רבינו הרמ"א דהיינו דוקא אם נראה לב"ד שנהנה בלמודו יותר מבטולו אבל אם נראה לב"ד שנוח לו בביטול אינו נותן לו אלא כשאר פועל בטל עכ"ל אמנם גם בזה כשיש לו עוד תלמידים הרי אינו הולך בטל:

ו ואע"פ שנתבאר דבמלאכה יכול ליתן לו מלאכה אחרת השוה כמותה מ"מ בתלמיד שחלה אין הבעה"ב יכול ליתן לו תלמיד אחר ללמוד עמו במקום הראשון דלימוד התורה אינו כשאר מלאכה דיש תלמיד מבין וקל בלמודו ויש תלמיד מטריח הרבה ולכן אינו יכול לכופו לקבל אחר וי"א דאם נותן לו תלמיד אחר המבין וחריף כראשון חייב ללמוד עמו אבל לא קשה ממנו וכן הכריע רבינו הרמ"א ונ"ל דאם נותן לו קשה ממנו ושילמוד עמו דבר קל ממה שלמד עם הראשון דג"כ יכול לכופו דאידי ואידי חדא טירחא היא ואם שכרוהו סתם ללמוד עם כך וכך נערים וחלה אחד יכול ליתן לו אחר קשה ממנו דזהו כמו שכרו למלאכה סתם [סמ"ע]:

ז י"א דהמלמד עם בן חבירו תורה שלא מדעת האב חייב לשלם לו כדין היורד להוך שדה חבירו שלא ברשות ויש חולקין בזה דמצוה שאני ואינו יכול לכופו למצוה שישלם לו בעד זה וכן עיקר [ש"ך] וכן מוכח ממה שנתבאר בסי' של"ד סעיף ט' וביו"ד סי' רמ"ח ע"ש וב"ד יכולים לכופו כמ"ש שם אמנם אם אחד אמר למלמד למוד עם בני ואשלם לך ולא קצב לו שכירות חייב ליתן לו המקח כפי מה שאחרים בערכו משלמים בעד תלמיד כזה ואפילו כשאשתו או אחר שכרו המלמד כמ"ש שם:

ח מעשה בבעה"ב ששכר מלמד לבנו וא"ל שילך אצל קרובו לנסותו אם יוכל ללמוד עם הנער ולא הלך ואחר שלמד עם הנער העיד עד אחד שלא ידע ללמוד עמו והמלמד אומר שישלחנו עתה לנסותו ונסוהו ונמצא שידע ופסק המרדכי [פ"ע דב"ב] שהדין עם המלמד דכיון דהשתא ידע מעיקרא נמי מסתמא ידע ועוד כמו דאמרינן כל המצויים אצל שחיטה מומחין הן ה"נ כל המשכירים עצמם למלאכה פלונית מומחין הם למלאכה זו ועוד דמילתא דעבידא לגלויי לא משקרי אינשי ואם לא היה עד להכחישו היה נוטל בלא שבועה ועכשיו שיש כאן עד נשבע נגד העד ונוטל שכרו ואין זה שבועה דאורייתא דשר"א היא לישבע וליפטר ולא לישבע וליטול ונ"ל דדין זה הוא אפילו לדעה שנתבאר בסי' רנ"א במתנת שכ"מ דכשהמקבל אומר בריא היה והנותן אומר שכ"מ היה דהממע"ה אף שהוא בריא כעת ולא אזלינן בתר השתא מ"מ מודים בדין זה מפני הטעמים האחרים שבארנו:

ט כתב רבינו הרמ"א רב שהיה בעיר כמה שנים והורה לקהל ואח"כ קצבו עמו שכר להבא לא יוכל לתבוע מה שעבר דודאי מחל להם עכ"ל ויראה לי דאין דין זה רק ברב שמדין התורה צריך לדון ולהורות בחנם ורק מפני שאין להרבנים עסק אחר הוי כשכר בטלה כמ"ש ביו"ד סי' רמ"ב ולכן כשקצץ על להבא אינו יכול לתבוע על העבר דזה ודאי כמחילה שעשה כדין תורה אבל בכל המלאכות כשקצץ על להבא יכול לתבוע גם על העבר דלא גרע מיורד שלא ברשות שנוטל שכרו ולמה הפסיד במה שקצב על להבא ואין זה כמחילה בסתמא דאפשר שלכן קצץ על להבא כדי שלא תהא ידו על התחתונה כדין יורד שלא ברשות כמ"ש בסי' שע"ה:

י השוכר פועל לעשות לו דבר בקבלנות וקבל עליו הפועל כל אונס שיהיה בזה אחריותו עליו עד שיגמור מלאכתו וחייב בכל האונסים ומ"מ אם נתהוה אונס דלא שכיח כלל פטור דאנן סהדי שלא ע"מ כן ירד לזה ומהו אונס דלא שכיח תלוי בראיית עיני ב"ד ועמ"ש בסי' רכ"ה בס"ד:

יא כתב רבינו הרמ"א בסעיף א' אחד ששכר סוס על שמנה ימים לילך למקום אחד וכאשר הלך שני ימים נמלך וחזר למקומו יכול לעשות באלו ו' ימים עם הסוס מה שירצה להשכירו בעיר להביא עצים או שארי מלאכות המיוחדים לסוסים באותה עיר אע"פ שזו המלאכה כבדה מן הראשונה דניחא ליה שתהא בהמתו בעירו ועושה מלאכה כבדה ממה שתלך למקום רחוק עכ"ל וכבר בארנו בסי' ש"ט סעיף ה' דזהו דוקא שאין המלאכה כבדה כל כך ואינו מוחה בפירוש ושיהא השוכר או אחד מבני ביתו עוסק עם הסוס דאל"כ אין השוכר רשאי להשכיר ע"ש:

יב שליח דינו כפועל וכל הדינים שנתבארו בפועל כשנתבטל מלאכתו כמו כן בשליח כשנבטלה שליחותו כגון ששלח שליח עם אגרת ומצא בצאתו מן העיר או בחצי הדרך את האיש שנשלח אליו האגרת וחזר אין לו לשליח כלום דהרי לא נהנה משליחותו כלל ולא גמר שליחותו ולא דמי למת החמור באמצע הדרך שצריך לשלם לו עד כה כמ"ש בסי' ש"י דהתם נהנה במה שנסע עד כה אבל בכאן הרי לא נהנה כלל וזהו ענין דהמשלח ג"כ לא היה לו לידע והוי פסידא דפועל אא"כ היה לו להמשלח לידע שזה האיש נצרך לבא והשליח לא ידע דאז הוי פסידא דמשלח כמ"ש בסי' של"ג ושל"ד בפועל וי"א דכיון דתכלית השליחות היתה להביא האגרת לאותו האיש והביא לו אפשר דצריך לשלם כל שכרו [סמ"ע] ורק באירעו אונס שלא היה יכול לילך

כגון

כגון שפגעו בו ליסטים וכיוצא בזה הוי פסידא דשליח כשגם המשלח לא ידע מזה אבל במה שפגע לאותו האיש למה יפסיד ופשיטא שעכ"פ בעד חצי הדרך שהלך חייב לשלם לו וכן נראה עיקר [נ"ל]:

יג שליח שעשה שליחותו אע"פ שלא יצא תועלת משליחותו כלום כגון השוכר את הפועל להביא לו איזה דבר והלך לשם ולא מצא את הדבר או ששלחו למסור אגרת לראובן והלך לשם ולא מצא את ראובן ובא ריקם נותן לו שכרו בשלימות דהרי עשה כל שליחותו אמנם אם צוה להביא לו דבר כבד מנכה לו קצת מהטורח כעין מ"ש בכפועל בטל אא"כ השליח הוא מאותם אנשים שרוצים לטרות וכן אם שכרו להביא רפואות לחולה והלך והביא ומצאו שמת או הבריא משלם לו כל שכרו וכן כל כיוצא בזה ולא עוד אלא אפילו שכרו להביא להחולה תפוחים או שארי פירות והלך והביא ומצאו שמת או הבריא אינו יכול לומר לו טול מה שעשית בשכרך דלפועל אין ביכולת לומר כן כמ"ש בסי' של"ו:

יד ואין להקשות דא"כ למה נתבאר בסימנים הקודמים כשנתבטלה המלאכה מפני האונס כגון ששכר פועל לחרוש שדהו והלך ומצאה לחה שאינו משלם לפועל והרי עשה שליחותו כמו שאנו אומרים בשליח בסעיף הקודם ולא דמי דהכא עיקר הפעולה הוא ההילוך אף שהתכלית הוא הבאת הדבר או הולכת הדבר מ"מ אלולי ריחוק המקום לא הוצרך לשליח ולכן כשעשה פעולתו משלם לו משא"כ בשדות דהפעולה היא העסק בהשדה ואם לא עסק א"צ לשלם לו אא"כ בעל השדה פשע דה"ל למידע כמ"ש וכמו כן כתבנו בסי' של"ג סעיף ד' דאם שכר חמרים להביא לו תבואה ממקום רחוק והלכו ולא מצאו דמשלם להם כל שכרן ע"ש אלא שמנכה להם מה שבאו ריקנים ולא היה להם טורח כל כך [מ"ס ססמ"ע בסק"ח ל"ע]:

טו מעשה בראובן ששכר לשמעון שישמשנו בדרך נסיעתו ומת ראובן בחצי הדרך ופסק הרשב"א ז"ל שצריכים לשלם לשמעון כל שכרו ומעשה באחד ששלח שליח אחרי אשתו שתבא אליו והלך השליח ולא רצתה לבא ופסק הרא"ש ז"ל דחייב לשלם להשליח בשלימות דאין להשליח עסק בקיום הדבר והכל הוא מטעם שנתבאר ועמ"ש בסי' קפ"ב ורס"ד:

סימן שלו [השוכר את הפועל לעשות בשלו והראהו בשל חבירו ואם א"ל טול מה שעשית בשכרך ובו ז' סעיפים]:

א אמרו חז"ל [ב"מ קיח׳] השוכר את הפועל לעשות עמו בתבן ובקש וא"ל טול מה שעשית בשכרך אין שומעין לו ואע"ג דבכל מילי הוה שוה כסף ככסף מ"מ בפועל שירד מתחלה לשכרו ואליו נושא את נפשו מחוייב למכור מה שיש לו ולשלם לו במעות מזומנים דלא תלין שכרו כתיב מאי דאתני בהדיה משמע [רס"י] ויש מראשונים דס"ל דרק בתבן ובקש הדין כן אבל בחטין ושעורין יכול ליתן לו אבל רוב הפוסקים ס"ל דבכל דבר הדין כן וכן סתמו רבותינו בעלי הש"ע וכן עיקר:

ב ואפילו שכרו לעשות בשל הפקר אם שכרו ללקט דבר של הפקר אינו יכול לומר לו אח"כ טול מה שעשית בשכרך דמיד שהגביה הפועל מן הארץ זכה בו השוכר ואפילו למאן דס"ל המגביה מציאה לחבירו לא קנה חבירו בפועל קנה דידו כיד הבעלים [ב"מ י׳] אבל אם שכרו לשמור לו דבר של הפקר יכ"ל לומר לו טול מה שעשית בשכרך לפי שעדיין לא זכה בו השוכר ולכן ילך הוא ויזכה בו דאם יקדים אחר לזכות בו ישאר הפועל קרח מכאן ומכאן דכיון דידע שהוא של הפקר אינו יכול לתבוע מהשוכר ואינו דומה לשוכר את הפועל לעשות בשלו והראהו בשל חבירו [סמ"ע] ויכול לומר לו כן אפילו השוכר הוא עשיר ויש לו הרבה כיון שעדיין לא זכה בזה [טור] דבראייה בעלמא לא קני בהפקר כמ"ש בסי' רע"ג:

ג שכרו לעשות עמו בשלו או ללקוט בשל הפקר וא"ל טול מה שעשית בשכרך ונתרצה הפועל ליטלן בשכרו ואח"כ חזר בו השוכר אין שומעין לו ודוקא כשעשה הפועל משיכה או הגבהה או שהדבר ברשותו וי"א דבמה שהם ברשותו לא קנה דלדחותו אמר לו כן וכמ"ש בסי' קס"ו במי שנפל כותלו לגינתו של חבירו וא"ל בעל הכותל לבעל הגינה בנה אותה ויהא שלך דלא קנה שלא כוון אלא לדחותו ע"ש ודעה ראשונה ס"ל דשכיר שאני כיון שחייב לו שכר פעולתו ודאי דלא לדחותו אמר כן [סמ"ע] ועמ"ש בסי' ע"ב סעיף נ"ד וכדעה זו סתמו רבותינו בעלי הש"ע [וקושית סמ"ז ענמק"י סילסי ב"מ]:

ד השוכר את הפועל לעשות בשלו והראהו בשל חבירו נותן לו שכרו בשלימות וחוזר השוכר ונוטל מהבעה"ב מה שההנהו כמ"ש בסי' של"ב ואינו יכול לומר לו טול מה שעשית בשכרך כיון שאין הדבר שלי דיכול הפועל לומר לו אתה חבת בעצמך ומי בקש אותך לשכור על של אחרים ולמה לא הגדת לי שהמלאכה היא של אחרים ואפילו לא א"ל שכרך עלי אלא שכרו סתם דכיון שלא הגיד לו ששל חבירו היא היה סבור הפועל ששלו היא ולכן אם שכרו לעשות בשל חבירו סתם ולא א"ל שכרך עלי יכול לומר לו טול מה שעשית בשכרך כיון שהפועל ידע שאינה שלו ואם א"ל

וארבי

שכרך עלי אינו יכול לומר לו כן דהוי כשכרו בשלו:

ה ראובן ששכר פועלים למלאכת שמעון בפני שמעון ושתק שמעון שתיקה כהודאה דמי והוי כאלו שכרן הוא עצמו לכל הדינים שנתבאר וצריך לשלם להם המקח ששכרן ראובן וה"ה השוכר מלמד לבן חבירו בפני חבירו ושותק וכמ"ש בסי' פ"א ובסי' של"ד וראובן שאמר לבנו או לחתנו למוד עם בנך ואני אשלם לך פטור מלשלם לו כיון דחייב ללמוד עם בנו יכול לומר משטה אני בך כמ"ש שם:

ו מעשה בראובן ששכר מלמד לבנו ולבן חבירו ונתרצה חבירו לתת חלקו ואח"כ בחצי הזמן קם חבירו ושכר לאחר וזהו פשוט שחייב לשלם לראובן על העבר אלא שטען שלא שכרו לשנה אלא ע"מ שיעשה מלאכתו כראוי ושלא ימשוך זמן השכירות אלא עד הפסח ופסק הרשב"א ז"ל דחייב שד"א כיון שהוא מודה מקצת ואם שילם על העבר או שא"ל היאך נשבע היסת שכדבריו כן הוא:

ז כתב רבינו הב"י השוכר את הפועל ונאחז באנגריא לעבודת המלך אינו יכול לומר הריני לפניך אלא אינו נותן לו אלא כפי מה שעשה עמו עכ"ל ושנויה בתוספתא פ"ז דב"מ ופירושו דאפילו יחזור מהאנגריא בעוד ימים א"צ הבעלים להמתין עליו וישלם לו מה שעשה וישכור פועל אחר ועמ"ש בסי' ש"ו:

סימן שלז [דיני אכילת פועל בשעת מלאכה ובו כ"ו סעיפים]:

א כתיב כי תבא בכרם רעך ואכלת ענבים כנפשך שבעך ואל כליך לא תתן כי תבא בקמת רעך וקטפת מלילת בידך וחרמש לא תניף על קמת רעך וא"א לומר כפשטא דקרא דא"כ יחרב העולם שכל אחד יבא לכרמו ולתבואתו של חבירו ויאכלום וקבלו רבותינו ז"ל דבפועל הכתוב מדבר כי יבא לעשות מלאכתו בכרם או בשדה יאכל ולא יחסמו אותו מלאכול כמו שנצטוינו על לא תחסום שור בדישו וכן תרגם אונקלוס ורז"ל דרשו זה בגז"ש מלא תבוא עליו השמש דפועל [ב"מ פז:] וגם לשון ביאה הוא כמו שבא בתוך שלו דמדלא כתיב כי תלך בכרם רעך משמע דהוא בא כמו ברשותו כמו שכתוב כי תבא אל הארץ שהוא ביאה לתוך שלו וה"נ כביאה בתוך שלו כיון שבא ברשות בעל השדה לעשות שמה מלאכה ולמה סתמה התורה מפני שסמכה על תורה שבע"פ להורות דבלא קבלת חז"ל אף המצות המבוארות אין להם פירוש ותורה שבע"פ נותנת חיות לתורה שבכתב כנשמה לגוף:

ב ודרשו חז"ל בכרם רעך ולא של הקדש שאם עושה בכרם של הקדש אסור לו לאכול ובשל מצרי מותר גם ליתן לתוך כליו [סמ"ע וע"ש ברי"ף ודברי סמ"ע ל"ע ודוק] ואכלת ענבים ואכלת ולא תמצוץ המשקה מהענבים ותזרוק החרצנים דא"כ תאכל הרבה יותר ותפסיד להבעלים ענבים ולא ענבים ודבר אחר דהיינו למתק הענבים ע"י מלח או דבר אחר כדי לאכול הרבה אסור כנפשך מה נפשך אם חסמת פטור אף פועל כן כלומר דתוכל לקצוץ עמו בדמים ע"מ שלא יאכל ואינו דומה לחסימת בהמה דלא מהני תנאי דשאני פועל דהוא בר דעת ועוד נלמוד מכאן דאם חסמו אפילו בע"ב פטור ממלקות אבל משלם לו דמי הענבים שהיה אוכל [לבוש] ועוד דרשו כנפשך לענין חיוב מעשר דקיי"ל דכל דבר שלא נגמרה מלאכתו למעשר רשאי לאכול אכילת עראי וקיי"ל דמקח קובע למעשר והייתי אומר דהפועל חייב במעשר דוהו כמו מקח דמה לי לוקח בממון או בשכר פעולה לפיכך נאמר כנפשך מה נפשך אוכל ופטור דהא עדיין לא נגמרה מלאכתו למעשר אף פועל אוכל ופטור ודרשו שבעך ולא אכילה גסה שכיון ששבע מהענבים לא יאכל עוד על השובע אכילה גסה ואל כליך לא תתן שאין אתה אוכל אלא בשעה שאתה יכול ליתן אל כליו של בעה"ב ואז אל כליך לא תתן:

ג וביאור הדבר דקבלו חז"ל דפועל אינו אוכל אלא במחובר בשעת גמר מלאכה לכשתולשין אותו מן הקרקע או מן האילן ובתלוש עד שלא נגמרה מלאכתו למעשר ואם הוא דבר שחייב בחלה אוכל עד שלא נגמרה מלאכתו לחלה והטעם דעיקר דין זה די בפסוק דכי תבא בקמת רעך דמקמה ילפינן מה קמה דבר שגידולי קרקע והוא בשעת גמר מלאכת השדה ופועל אוכל בו אף כל דבר שגידולי קרקע ובשעת גמר מלאכה שאז נותן לכליו של בעה"ב פועל אוכל בו ועוד דשם קמה הוא כל דבר שעומד בתוך הקרקע שהוא מלשון קומה ולכן מיותר קרא דכרם לדרשא כמ"ש ומנלן דפועל אוכל גם כשעובד במלאכת תלוש מן הקרקע דמי לא עסקינן ששכרו לישא על הכתף את הענבים ואמר רחמנא שיאכל ועוד ילפינן מדכתיב לא תחסום שור בדישו ושור לאו דוקא דילפינן שור שור משבת דכתיב וכל בהמתך ולמה כתיב שור וה"ל למיכתב לא תדוש בחסימה אלא לאקושי חוסם לנחסם ונחסם לחוסם דהיינו שור העובד לפועל העובד דמה אדם אוכל במחובר דהא קמה וכרם במחובר מיירי כמו כן שור אוכל במחובר ומה שור אוכל בתלוש דהא דישה היא בתלוש אף אדם אוכל בתלוש:

ד וממילא למדנו דאינם אוכלים רק במחובר בשעת גמר מלאכה בשעה שתולשין הענבים וקוצרים התבואה כדכתיב: וחרמש לא תניף על קמת רעך בשעת החרמש שקוצרין לאפוקי אם עושין המלאכה בשעת הניכוש אין אוכלין

אוכלין דאינה גמר מלאכה וילפינן מדיש מה דיש לא נגמרה מלאכתו למעשר דמעשר הוא משעת מירוח בכרי אף כל שלא נגמרה מלאכתו למעשר לאפוקי הבודל בתמרים ובגרוגרות אין פועל אוכל בו וממילא דבדבר שיש בו חיוב חלה אוכל עד שלא נגמרה מלאכתו לחלה לאפוקי השוכר פועל ללוש ולקטוף ולאפות אינו אוכל בו ועוד למדנו דמה דיש וענבים וקמה הם גידולי קרקע אף כל גידולי קרקע לאפוקי פועל העושה בדבר שאינו גידולי קרקע כמו החולב והמחבץ והמגבן אינו אוכל בו [עתוס' ב"מ פט'] :

ה מהו פירושא דוחרמש לא תניף כך דרשו חז"ל בספרי וקטפת מלילות בידך ולא שתקצור במגל דהתורה לא התירה להפועל אלא לקטוף ביד דאינו קוטף הרבה אבל אם יקצור בחרמש יקצור הרבה בלא טורח ויאכלם יותר מאלו קטפם ביד וזהו כללות הדברים ועתה נבאר בפרטות בס"ד :

ו לפיכך פועל העושה מלאכה אצל בעה"ב בדבר מאכל שגידולו מן הקרקע הרי זה אוכל ממה שהוא עושה ואפילו אינו עושה המלאכה בידיו ולא ברגליו כמו השור רק שנושא על כתפו התבואה והפירות ה"ז אוכל מהם ודבר זה למדנו מדכתיב כי תבא באיזה ביאה שאתה בא שם באיזה מלאכה שהוא אתה אוכל ואסור לבעה"ב לחסמו ולמחות בו שלא יאכל ואם חסמו משלם ואינו לוקה כמ"ש :

ז בר"א שאוכל כשהוא עושה בגידולי קרקע במחובר בשעת גמר מלאכה כגון בוצר ענבים ואורה בתאנים ומוסק בזיתים וגודר בתמרים ובתלוש מן הקרקע קודם שיגמר סוף מלאכה המחייבת אותו בחיוב האחרון שבו כמו בדבר ששייך בו חלה הוה חלה החיוב האחרון ובדבר שאין בו חיוב חלה הוה מעשר החיוב האחרון אבל העושה בדבר שאינו גידולי קרקע כגון החולב והמחבץ שמקפה את החלב להיות נקרש או שעושה חמאה והמגבן שעושה גבינות אינו אוכל וכן העושה במחובר שלא בשעת גמר מלאכה כגון העודר בגפנים או מכסה שרשי האילנות ואפילו המנכש בבצלים ושומים כגון שעוקר את הקטנים מתוך הגדולים לא יאכל מהם ואע"פ שזהו גמר מלאכת הקטנים מ"מ כיון שעיקר המלאכה הוא לצורך הגדולים להרחיב להם המקום והמה הלא צריכים עוד לקרקע ועדיין לא נגמרה מלאכתן :

ח העושה בתלוש לאחר שנגמרה מלאכתו למעשר כגון הבודל בתמרים ובגרוגרות שנתדבקו זל"ז ומבדילן אינו אוכל שכל דבר שאין אחר חיוב מעשר חיוב אחר כמו תאנים וענבים ושארי מיני פירות אינו אוכל מהם לאחר שנתחייבו במעשר ודוקא כשדעתו של בעה"ב לאכלן כמו שהן אבל כשבוצרין לעשות מהן יין ושמן גמר חיובן הוא לאחר שנעשה היין והשמן [סמ"ע] ובדבר שיש בו חיוב אחר כגון חטים העומדים לעשות פת שחייבת בחלה אוכל עד שיגמור מלאכתן לחלה והיינו משעה שנתן המים ע"ג הקמח ועירבן יחד ללושן וכמ"ש ביו"ד סימן שכ"ז ולאחר מכאן אינו אוכל ושארי מיני תבואות כשעורים וכוסמין וש"ש ושיפון ג"כ הדין כן שאם יודע הפועל שאין דעתו של בעה"ב לאפות מהן פת אלא לתבשיל וכה"ג הוי מעשר גמר מלאכתן וכשדעתו לעשות מהן פת הוי חלה גמר מלאכה [ע"ז] וי"א דסתם חטים הוא רק לפת ושארי מינים סתמן לא לפת ואוכל רק עד חיוב מעשר [סמ"ע] והשיפון במדינתנו עיקרו לפת כמו חטים וג' האחרים אין סתמן לפת :

ט זה שאמרנו דבודל בתמרים אינו אוכל דוקא בתמרים יפים וכבר נתבשלו ונגמרה מלאכתן למעשר אבל הבודל בתמרים רעים שלא נתבשלו כל צרכן ונותנין אותם בסל ומתחממין ומתרככין עדיין לא נגמרה מלאכתן למעשר ויכול לאכול מהן וה"ה לגרוגרות בכה"ג [גמ'] דכללו של דבר דכל שלא נגמרה מלאכתו למעשר כפי הדינים שנתבארו ברמב"ם פ"ג ממעשר אוכל הפועל מהם ולפ"ז במין אחד עצמו פעמים שאוכל ופעמים שאינו אוכל כיצד כגון ירק שגמר מלאכתו הוא משיאגד ושאינו נאגד משימלא את הכלי ואם אין דעתו למלאות את הכלי רק עד חציו כיון שמילא חציו נגמרה מלאכתו למעשר וכשדעתו למלאות כולה אינו נגמר עד שימלאנה כולה וכמה חלוקי דינים יש בגמר התבואה והפירות לענין מעשר :

י גמר מלאכה דיין שכל זמן שהיין בגת לא נגמרה ושותה מהן עראי וכיון ששפך לחביות ולקח הזגין והחרצנים מעל פי החביות נגמרה מלאכתן ועיגולי דבילה כיון שעשה העיגול והחליקו נגמרה וממילא דכל מלאכה שפועל עושה אח"כ כגון שנפתחו החביות לאחר סתימתן שהיין הוא כבר נקי מהפסולת ונצרך לסותמן מחדש או שנתפרסו העיגולים שנפלו לחתיכות ונצרך לדורסם מחדש כיון שכבר נגמרה מלאכתן אין הפועל אוכל מהן דהא כבר נתחייבו במעשר והפועל ידע מזה שכבר נגמרה מלאכתן למעשר ואם לא ידע מזה כגון שנשפך היין מהחביות להגת ושכר את הפועל להעלותו מהגת ולשומו בחביות וסבור היה שעדיין לא היה היין בחביות מעולם וכן בעיגולים שלא הראה לו שנתפרסו אלא שכרו לעשות עיגולים והיה סבור שעדיין לא היו עיגולים מעולם הוי שכירות בטעות דלדעת הפועל היה לו לאכול ולכן חייב בעה"ב לעשר קצת מהם ולהאכיל להפועלים דבלא מעשר אסור לאכול אחר גמר מלאכה והם אוכלים כל צרכן והמעשר על הבעה"ב כיון ששכרן סתם ולא הגיד להם שכבר נגמרו :

יא קיי"ל דשומר לאו כעושה מעשה דמי והתורה לא התירה לאכול רק לפועל העושה פעולה ולא השומר ולכן השומר במחובר אפילו בשעת גמר מלאכה ובתלוש אפילו שלא בשעת גמר מלאכה למעשר אינם אוכלין

מן

מן התורה ומ"מ אמרו חז"ל דהשומר בתלוש עד שלא נגמרה מלאכתו אע"פ שאינו אוכל מן התורה אוכל מהלכות מדינה שבני המדינה נהגו כן וכל השוכר על דעת המנהג הוא שוכר ולכן אמרו חז"ל דכשהיה משמר ארבעה או חמשה ערימות של חמשה בני אדם לא ימלא כריסו מאחד מהם [ב"מ צג׳] דלמה יסבול רק האחד אלא יאכל מכולם לפי חשבון אכילתו בשוה וגם בזמנינו הדין כן ואין לומר כיון שתלוי במנהג מי יימר שהמנהג עתה בן די"ל דכל זמן שלא ידענו שהמנהג הוא שלא לאכול אמרינן דמסתמא המנהג הוא כבזמן הש"ס [כ"ל]:

יב מדכתיב ואל כליך לא תתן דרשו חז"ל [שם צא:] דאינו אוכל אלא ממין שאתה נותן לכליו של בעה"ב ואפילו שכרו לעשות בשני מינים כגון ששכרו לעשות בתאנים וענבים כשעושה בתאנים לא יאכל מענבים דאז אינו נותן מענבים לכליו של בעה"ב אבל במין אחד כשיש טובים ורעים יכול למנוע עצמו עד שיגיע למקום היפות ולאכול כולו משם וכן בשני מינים רשאי שלא לאכול ממין אחד כלל וכשיעשה במין השני יאכל כולו משם [סמ"ע] דכיון שכולם של איש אחד הם רשאי לאכול ממקום שירצה בעת עשייתו בהם:

יג לפי מה שנתבאר דעושה במין זה אינו אוכל ממין אחר לכן הדורך ענבים בגת שבשעת המלאכה יש שני מינים ענבים ויין אמרו חז"ל הפועלים עד שלא הלכו לאורך ורוחב הגת אוכלים ענבים ואין שותין התירוש מפני שעדיין אין מלאכתן ניכרת ביין והוה ליה כעושה במין זה ואוכל במין אחר ומשהלכו לאורך ורוחב הגת דניכר היין אוכלים בענבים ושותין יין וכשנגמר היין אע"פ שעדיין יש מעט ענבים לא יאכלם דאינו ניכר מלאכתן כמו ביין קודם ההילוך בגת [כ"ל]:

יד בגמ׳ איבעיא להו דאפשר כמו דאמרינן שאינו אוכל אלא ממין שהוא עושה כמו כן נאמר שאינו אוכל אלא ממה שהוא עושה אפילו במין אחד כגון אם עושה בגפן זה לא יאכל בגפן אחר ולכן כיון דהוי ספיקא דדינא לכתחלה כשעושה בגפן זה לא יאכל בגפן אחר ואם אכל אין מוציאין ממנו לנכות לו משכרו דחשבינן הפועל למוחזק ואע"ג דהבעה"ב מוחזק בשכרו מ"מ במה שאוכל הוא מוחזק ואין זה שייך לשכרו דהתורה נתנה לו זה לבד השכר ושכרו אינו אלא כמשכנתא וכשינכו לו משכרו הוה כמוציאין ממנו [רא"ש שם] וכמו דקיי"ל ביו"ד סי׳ קס"ו באבק ריבית דאינה יוצאה בדיינים דאפילו אם הוא מוחזק במעותיו לא ינכה לו ואפילו להחולקים שם דאין זה רק כשהנתבע מוחזק בהקרקע אבל לא בשהתובע מוחזק מ"מ בשכיר דאליו הוא נושא את נפשו אם ינכו לו משכירותו הוה כמוציאין ממנו והרי בכמה דברים הקילו בשכיר משום כדי חייו כמ"ש בסי׳ פ"ט ולכן נ"ל דגם להחולקים על הרמב"ם וס"ל ד"א מהני תפיסה בממון בספיקא דדינא מודים בכאן מהטעם שכתבנו [ומתורץ קושית סט"ז וסמעי"ט]:

טו ומיהו זהו ודאי ·דשני גפנים המודלים זה ע"ג זה דכשעושה באחד מהם יכול אף לכתחלה לאכול מהאחרת אע"פ שעדיין אינו עושה בה דהרי זה הוא ממין שאתה נותן וממה שאתה נותן כיון שנראין כאחד אבל תאנה המודלית על הגפן אסור לו לאכול מהתאנה כשעושה בהגפן או איפכא דהא בעינן ממין שאתה אוכל ואפילו אכל מנכינן ליה דאין זה ספק אלא ודאי דלא כיש מי שחולק בזה [לבוש וס"ך וט"ז וכ"מ בב"מ צ"א: דאף אם נאמר ממה שאתה נותן מ"מ ממין בעינן ע"ש]:

טז אין הפועל רשאי לאכול אלא בשעת עשיית המלאכה זורק לתוך פיו ועושה מלאכתו ולא שישב ויאמר מנעתי עצמי עד עתה ולא בטלתי לאכול ואשב עתה ואוכל וגם זה למדנו מקרא דואל כליך דמשמע דאין אכילתו רק בשעה שנותן לכליו של בעה"ב וה"ה שאר מלאכה דמה לי מלאכת נתינה לכליו של בעה"ב או שארי מיני מלאכות ואמרו חכמים דמפני תקנת הבעה"ב שלא יתבטל ממלאכתו ברגע שאוכל תקנו שאחר שגמר מלאכת שורה זו והולך להתחיל שורה אחרת יכול לאכול אע"פ שאינו בשעת מלאכה שטובה היא לבעה"ב כדי שלא יתבטל ממלאכתו אף רגע:

יז כבר בארנו שדרשו חז"ל ואכלת ענבים ולא ענבים ודבר אחר שיגרום ע"י זה לאכול הרבה יותר מאלו אכלם לבדם ולכן לא יאכל הפועל עם הענבים פת ודבר אחר כדי שיאכל הרבה מהענבים ולא ימתקן במלח או להבהבם באור או לרככם ע"י איזה דבר שיגרום מזה לאכול הרבה וה"ה בכל מיני מאכל שעושה בהם ולכן אם קצץ עם הבעה"ב שיאכל עד שיעור כך וכך אוכלם בכל אופן שירצה:

יח וכן בארנו מדכתיב ואכלת ענבים שיאכלם כמו שהם בדרך אכילה ואסור לו למצוץ הענבים שע"י זה יאכל יותר הרבה וכן אסור לו להבהב השבלים באור או להפריכם ע"ג הסלע ואפילו אינו מתבטל ממלאכתו ע"י ההבהוב וע"י ההפרכה כגון שאשתו ובניו יהבהבו ויפריכו דאין הטעם מפני ביטול מלאכה אלא כדי שלא יאכלו הרבה וכן איתא בירושלמי [שם] שאסור לו לקצוץ התאנים ויראה לי דדוקא תאנים שקליפתן דקה ורוב אנשים אין קולפין אותן אבל פירות שקליפתן עבה קצת אף שיש שאוכלין בקליפתן מ"מ כיון שהרבה קולפין אותן מותר לו לקולפן אלא שלא יקלפו בעצמם מפני ביטול מלאכה וכבר בארנו מדכתיב כנפשך שבעך למדנו שלא יאכל אלא כדי שביעה ולא אכילה גסה ועוד נ"ל דכשאוכלים דבר שיש בהם חשש תולעים וצריכים לברור אותם לא יבררו בעצמם אלא ע"י אחרים מפני ביטול מלאכה דהתורה לא התירה רק האכילה:

אמרו

יט אמרו חז"ל דאע"פ שהפועל אינו רשאי להכשיר את המאכל שיאכל הרבה כמ"ש מ"מ להכשיר את גופו מקודם כדי שיאכל יותר רשאי וכך אמרו חכמים רשאי הפועל לטבל את הפת שאוכל מקודם בציר או שאר דבר מלוח כדי שיאכל אח"כ בעת עשייתו ענבים הרבה דאל"כ איזה גבול יש לזה וכי יצוה עליו הבעה"ב שלא יאכל אלא פת חריבה וכן להיפך רשאי הבעה"ב להשקותם מקודם יין כדי שלא יאכלו ענבים הרבה וכן כל כיוצא בזה:

כ יכול הפועל לאכול יותר משכרו שנוטל כגון ששכרו אינו אלא דינר יכול לאכול מהפירות ששוים יותר ואין יכול הבעה"ב לומר איך תאכל יותר על כדי שכרך כיון דהתורה התירה לו דלא חילקה התורה בשכרו כמה הוא נוטל ומ"מ מפני טובתו של פועל מלמדין אותו שלא יהא רגיל לעשות כן כדי שלא ימנעו בעה"ב מלשכור אותו וזהו דוקא כששכרו לעשות כל היום או איזה שעות אבל אם לא שכרו רק ללקוט קישות אחד לא יאכלנו דבעינן שיתן לכליו של בעה"ב וה"ה אם שכרו ללקוט כמה קשואים לא יאכלם כולם מהאי טעמא אבל מקצתן יכול לאכול כיון דנותן גם לכליו של בעה"ב אמנם אפילו שכרו לכל היום לא יאכל פרי ראשונה שלוקט אלא יתן תחלה לכליו של בעה"ב מעט ואח"כ יאכל הוא ויראה לי דממה שנתן לכליו של בעה"ב לא יאכל ויאכל ממה שעדיין לא נתן דודאי מה שכתוב ואל כליך לא תתן פירושו הוא דלא תתן לכליך כמו שאתה נותן לכלי בעה"ב ואין דרך ליתן מכלי בעה"ב לכליו אלא מהארץ יתן לכליו והזהירה התורה שלא יתן לכליו אלא יאכלם וממילא מוכח דרק מזה התירה התורה ולא מכלי בעה"ב:

כא פועל שאמר לבעה"ב תן לאשתי ובני מה שיש לי לאכול מן התורה אין שומעין לו שלא זכתה לו התורה אלא מה שיאכל הוא בעת הפעולה וקודם זה אין לו שום זכות בהפירות ולכן אפילו אומר הריני נוטל מזה שנטלתי לאכול ואתן מעט לאשתי ובני אין שומעין לו דאין לו זכייה בהן רק כשהם בפיו וי"א דמשנטלם לידו הוי שלו ויכול ליתנם למי שירצה והטור חולק בזה וגם רבותינו בעלי הש"ע השמיטו דעה זו ומקרא משמע כן מדלא כתיב ולקחת ענבים ואכלת אלא ואכלת ענבים משמע דקודם האכילה אין לו בהם זכות ואע"ג דבקרא דקמה כתיב וקטפת מלילות בידך אמנם האי קרא אתי לומר שאינו רשאי רק לקטוף ביד כמ"ש בסעיף ה' ולעולם אינו זוכה בהם אלא כשהם בפיו:

כב היה נזיר ועושה בענבים ואומר כיון שאיני יכול לאכול למה אפסיד מה שהתורה זכתה לי ואתנם לאשתי ובני מ"מ אין שומעין לו מטעם שנתבאר וה"ה אם היה חולה שאינו יכול לאכלן אינו יכול ליתן לאשתו ובניו ומיהו בכל אלה אם התנו קודם המלאכה ליתן להם תנאו קיים בכל ענין [סמ"ע]:

כג וכן פועל שהיה עושה במלאכה הוא ואשתו ובניו ועבדיו והתנה עם הבעה"ב עליו ועליהם שלא יאכלו ממה שיעשו אם הם גדולים ועשה מדעתן ה"ז לא יאכלו דכל תנאי שבממון קיים ואם הם קטנים יאכלו דהוה כשלא מדעתן ובגדולים כשעשה מדעתן אין יכולים לחזור בהם דכל עניני פועל א"צ קנין כמ"ש בסי' של"א וקודם התחלת המלאכה נ"ל שיכולים לחזור בהם וגם הוא עצמו יכול לחזור בו וכן הבעה"ב יכול לחזור בו אם ירצה:

כד כתב הרמב"ם בפי"ב משכירות המבטל מלאכתו ואוכל בשעת מלאכה או שאוכל [במחובר] שלא בשעת גמר מלאכה ה"ז עובר בל"ת וכן אם הוליך בידו ממה שעושה או נותן לאחרים עובר בל"ת עכ"ל דעובר על לא תגזול או לא תגנוב שאוכל ממה שלא התירה התורה או נותן לאחרים שאסרה התורה ואם הוליך בידו לביתו עובר על ואל כליך לא תתן [סמ"ע] ואין לוקין עליהם כבכל גזילה דניתן להשבון וזה שכתב אוכל בשעת מלאכה הולך לשיטתו דאסור לפועל לאכול בשעת מלאכה והטור חולק בזה וגם בש"ע אינו פוסק כן ולכן שינה רבינו הב"י לשונו וכתב האוכל בשעה שאין לו לאכול וכו' ובכל אלו אם אכל מחוייב לשלם אבל כשאכל ענבים ודבר אחר או מצצן וכיוצא בזה בשאר אוכלין שהכשירן לאכילה אע"ג דעביד איסורא אין מוציאין ממנו ממון דהא אין הדבר יכול להתברר שאם לא היה עושה כן לא היה אוכל סך כזה שאכל [ט"ז]:

כה אין הפועל רשאי לעשות מלאכה בלילה ולהשכיר עצמו ביום ולא ירעיב ולא יסגף א"ע ולא יאכיל מלחמו שהוא צריך לאכול בביתו לאשתו ובניו מפני ביטול מלאכתו של בעה"ב שהרי מחליש כחו ולא יהיה ביכלתו לעשות מלאכתו כראוי וכ"ש שמלמד אסור לעשות כן ומי שעושה בקבלנות אין חשש בכל זה כיון שאינו שכר יום [נ"ל]:

כו מוזהר הפועל שלא יבטל מעט כאן ומעט כאן אלא חייב לדקדק על עצמו שלא יבטל אף רגע מהזמן שצריך לעשות שהרי חז"ל הקפידו על תפלתו שלא יאריך כמ"ש בא"ח סי' ק"י ע"ש וכ"ש בביטול בעלמא וחייב לעבוד בכל כחו שהרי יעקב הצדיק אמר כי בכל כחי עבדתי את אביכן לפיכך נטל שכרו גם בעוה"ז שנאמר ויפרוץ האיש מאד מאד ועמ"ש בריש סי' של"א:

סימן שלח [דין איסור חסימת בהמה בשעת מלאכה ובו ט׳ סעיפים]:

א כדרך שפועל אוכל ממה שהוא עושה בגידולי קרקע בין במחובר בין בתלוש כך הבהמה אוכלת בשעה שעושית מלאכה כמ"ש בסי׳ של"ז דילפינן בהמה מאדם ואדם מבהמה ולכן אוכלת הבהמה כל זמן שהיא עושה בגידולי קרקע בין במחובר בין בתלוש כפי הדינים שנתבארו שם ואוכלת ממשוי שעל גבה בשעה שנושאת המשא ואע"פ שאינה עובדת רק מוליכה התבואה שזה שנאמר לא תחסום שור בדישו לאו דוקא דישה וה"ה כל מלאכה שהרי ילפינן מאדם ודיבר הכתוב בהוה שדרך השור לדוש ולכן אוכלת ממשאה עד שיפרקו מטנה המשא אבל אין לבעל הבהמה ליטול בידיו ולהאכילה דלא תחסום כתיב אבל לא ליתן לה בידים:

ב ומותר הבהמה מן האדם שהחוסמה עובר בלאו ולוקה וכל המונע הבהמה מלאכול בשעת מלאכה לוקה וזה שנאמר שור אחד שור ואחד כל מיני בהמה וחיה ועוף בין טמא בין טהור ולא נאמר שור אלא מפני שדרך השור לעשות בקרקע ורגיל בדישה:

ג זה שנאמר לא תחסום שור בדישו אין הכוונה רק שלא יחסמנה בשעת הדישה אבל קודם הדישה מותר לחוסמה ולדוש בה אלא הכוונה שלא תדוש בחסימה ולכן אחד החוסמה בשעת מלאכה ואחד החוסם אותה מקודם ועשה בה מלאכה כשהיא חסומה לוקה וראיה לזה מהא דכתיב יין ושכר אל תשת וגו׳ בבואכם אל אהל מועד האם גם שם נאמר דאין אסור לשתות רק בבואם למקדש וקודם לכן מותר הא להבדיל בין הקדש ובין החול כתיב [כ"מ ל:] ואי שתי ועייל לא ידע להבדיל [רמ"ין] אלא דהכוונה שלא יכנסו למקדש בעת שהם שתויי יין והכי נמי הכוונה שלא יעשו מלאכה בבהמה בעוד שהיא חסומה ואפילו חסמה ע"י קול שרצתה לאכול וגער בה ופסקה מלאכול עובר בלאו זה ולוקה ואין זה לאו שאין בו מעשה דאין לוקין עליו דעקימת שפתיו הוי מעשה ובדיבור הלא מניע שפתיו:

ד חסמה אחד ובא אחד ודש בה אינו לוקה החוסם אלא הדש [טור] וישראל הדש בפרתו של מצרי עובר משום לא תחסום ואפילו התבואה של המצרי הוא דלא תחסום כתיב והאיסור הוא על הדש בחסימה ולא הקפידה התורה של מי הוא השור והדישה ומצרי הדש בפרתו של ישראל אין הישראל עובר אף שהדישה שלו ואף שידע מזה כיון שהוא לא עשה החסימה ולא צוה לו להמצרי להוסמה ומדברי הטור משמע דמ"מ איסור יש בזה כש מצרי עושה בפניו ואינו מוחה בו:

ה ואסור לומר למצרי חסום פרתי ודוש בה דאמירה לעכו"ם שבות ובכל האיסורים אסור אמירה לעכו"ם כמו בשבת וכן לגרום לה שלא תאכל אסור אע"פ שאינו עושה מעשה בידים וגם אינו גוער בה כגון שהרביץ בנה מבחוץ וע"י שהבהמה שומעת קולו לא תאכל או שהיא צמאה למים ואינו משקה אותה וע"י זה לא תאכל הוי גרמא באיסור ואסור לעשות כן ואינו לוקה כמו גרמא בנזקין שפטור מדיני אדם וחייב בד"ש וכן אם פירש עור על הדישה כיון שאינו עושה מעשה או דיבור על גופה וגם הבהמה אינה רואה את התבואה אינו לוקה אבל אם הושיב לה קוץ בפיה שלא תוכל לאכול ה"ז לוקה דזהו מעשה ממש אבל ישב לה מעצמה קוץ בפיה ודש בה והרי היא אינה אוכלת אסור ואינו לוקה וכן אם רבץ לה ארי מבחוץ ומפחדו אינה אוכלת ולא הרחיק הארי אסור ואינו לוקה אבל אם הרביץ בעצמו את הארי מבחוץ ה"ז כחסימה ממש ולוקה ואף שאין זה מעשה על גופה מ"מ כיון שפחד הארי גדול מאד על גופה הוי כמעשה בגופה [כ"מ מתוס׳ שם] אבל ברביצת הבן אינה נחסמת כל כך לכן אינו חשוב מעשה ובגמ׳ משמע דכשהבן עמד בעצמו מבחוץ אין בו איסור כשאינו מרחיקו מפני שאינה נחסמת כל כך [והחילוק שכתב הסמ"ע בין ראיית התבואה כ"מ שם ברמ"י]:

ו היה הדבר שהיא עושית בו רע למעיה ומזיקה כשתאכל או שהיא חולה ואם תאכל תבא לחולי מעים מותר למונעה שהתורה לא הקפידה אלא על הנאתה אם תאכל והרי אינה נהנית כשתאכל ולמה לא הצריכו חז"ל לתלות לה איזה דבר מפני מראית העין כמ"ש בסעיף ז׳ נ"ל מפני שהדבר ניכל לכל ואין כאן חשד:

ז ממה שנתבאר בסי׳ של"ז מבואר שאחר שנגמרה מלאכתן למעשר אינו עובר משום לא תחסום ולכן שעורים שהושרו במים ומיבשין אותן בתנור ואח"כ דשין אותן בפרות להסיר קליפותיהן אין בהם משום לא תחסום שהרי כבר נתחייב במעשר ומ"מ צוו חז"ל שמפני מראית העין שלא יאמרו שחוסם פרתו ולא ידעו שנדושה מכבר וסוברים שזהו תחלת דישה ולא נגמרה מלאכתו למעשר ולכן מביא מעט מאותו המין ותולה לה בצוארה שתאכל ממנו ובהמות שאין עושין בגידולי קרקע אלא שנוסעין עליהם בדרך וירט הדרך לנגדם שנצרכת לילך על התבואה אינו עובר על לא תחסום וא"צ גם לתלות לה מאותו המין שהרי הכל רואים שנוסעים לדרכן:

ח וכמו שנתבאר שם שרשאי להכשיר את הפועל קודם המלאכה כדי שלא יאכל הרבה בעת המלאכה כמו כן בבהמה רשאי השוכר להאכילה תבן או קש מקודם כדי

כדי שלא תאכל הרבה בעת הדישה וכן להיפך שרשאי בעל הפרה להרעיבה מקודם כדי שתאכל הרבה מהדישה והטעמים נתבאר שם ואין לומר למה הפועל אסור לו להרעיב עצמו דבהמה מיד כשבאה לשדה תשבע וזהו עיקר אכילתה אבל האדם עיקר אכילתו הוא הלחם ולכן אין לו להרעיב עצמו מן הלחם [סמ"ע]:

ט אמרו חז"ל [ב"מ צא.] דאם שכר בהמה וחסמה ודש בה משלם להבעלים ד' קבין לפרה וג' קבין לחמור שכך שיערו חז"ל אכילתן ליום ולכן כששכרו לדישת כל היום משלם כזה וכששכרן לכמה ימים משלם לכל יום שחסמן כשיעור הזה וכששכרן לחצי יום משלם לפי ערך ואע"ג דקיי"ל דאינו לוקה ומשלם דכתיב כדי רשעתו משום רשעה אחת אתה מחייבו ואי אתה מחייבו משום שתי רשעיות מ"מ לוקה ומשלם דזה שאינו לוקה ומשלם הוא בזמן שהחיוב בא כאחד אבל הכא משעת משיכה נתחייב במזונותיה והמלקות אינו חייב עד שידוש בה בהיותה חסומה וכ"ז בזמן הבית הוצרכנו לטעמים אלו אבל בזמה"ז שאין לנו סמוכים ואין דין מלקות נוהג לא נצרך כלל לזה ואף שבגמ' יש פלוגתא אם חייבי מלקות שוגגין או כשלא התרו בו אם חייבין בתשלומין אם לאו ולפ"ז למאן דס"ל דפטורין גם בזמה"ז היה פטור אם לא מהטעמים שנתבארו מ"מ הרי קיי"ל דחייבין בתשלומים כמ"ש הרמב"ם בפ"א מנערה הל' י"א:

סימן שלט [דיני לא תלין פעולת שכיר ובו י"ד סעיפים]:

א מצוה לשלם שכר שכיר בזמנו ואם אחרו עובר בלאו דלא תלין פעולת שכיר או בלאו דלא תבא עליו השמש כמו שיתבאר וכל הכובש שכר שכיר ואין בדעתו לשלם לו כלל עובר בחמשה לאוין ועשה ואלו הן הלאוין לא תעשוק את רעך ולא תגזול ולא תעשוק שכיר עני ואביון ולא תלין פעולת שכיר ולא תבא עליו השמש ועשה דביומו תתן שכרו אע"ג דכולהו בחד עניינא לא משכחת לה כמו שיתבאר דהני דאיתא בימטא ליתא בלילא מ"מ בעניינא דשכיר יש חמשה לאוין ועשה ומי שרעתו לשלם ואינו משלם בזמנו עובר בחד לאו ועשה ומי שמשלם בזמנו מקיים מ"ע דביומו תתן שכרו וכל הכובש שכר שכיר כאלו נוטל נשמתו דכתיב ואליו הוא נושא את נפשו:

ב לאו דוקא שכר שכיר של פועל שעשה בגופו דה"ה אם השכיר לו בהמתו או השכיר לו כליו עובר בכל אלו ודרשינן מדכתיב לא תעשוק שכיר עני ואביון מאחיך או מגרך אשר בארצך בשעריך והאי אשר בארצך מיותר דרשינן לכל מה שבארצך כל מה שתשכור בין אדם בין בהמה וכלים וממילא דשארי פסוקים דכתיבי בשכיר נוהג בהן כיון דאיקרו שכירים ויש מי שאומר דעל קרקע אינו עובר אם השכיר לו קרקע ולא שילם לו השכירות בזמנו משום דכתיב בארצך ולא ארצך עצמה ואין לומר דארצך אתי למעוטי ח"ל דהא חובת הגוף הוא ונוהגת בין בארץ בין בח"ל [תוס' ב"מ קיא:] אלא למעטי ארצך ממש וזה אין לומר דרק בא"י אינו עובר על שכירות קרקע ובח"ל עובר דק"ו הוא ועוד דבחובת הגוף אין לחלק כלל בין א"י לח"ל אמנם העיקר לדינא דגם בקרקע עובר [סמ"ע] דיש עוד לימוד לא תלין פעולת שכיר אתך כל פעולה שאתך וכן הוא במשנה שם:

ג איזהו זמנו שכיר יום יש לו לבעה"ב ליתן לו שכרו כל הלילה שאחר היום ואם לא נתנו לו בסוף הלילה עובר בלאו דלא תלין פעולת שכיר אתך עד בקר אבל על לאו דלא תבא עליו השמש אינו עובר דהא קיי"ל דשכירות אינה משתלמת אלא לבסוף והוא משתשקע השמש ואיך יעבור על לאו זה אלא האי קרא אתי לשכיר לילה דהתשלום הוא בסוף הלילה וזמנו כל היום ואם לא נתן לו בסוף היום עובר על לא תבא עליו השמש ושניהם בין שכיר יום בין שכיר לילה כשלא שלמו בהחצי מעל"ע שאחרי המלאכה עוברים על עשה דביומו תתן שכרו ג"כ ואף דהאי קרא כתיב בשכיר לילה מ"מ אין סברא לחלק וביומו פירושו בזמנו [ע"ס ב"ס"י ד"ס ולין בו ודוק]:

ד היה שכיר לשעות אם כלה שכירותו ביום יש לו תשלום כל אותו יום ואם לא שילם לו בסוף היום עובר על לא תבא עליו השמש ועל ביומו תתן שכרו דדוקא כשעליו לעשות כל היום דהחיוב אינו מתחיל רק אחרי כלות מלאכתו דבזה ודאי דחיובו בלילה אבל שכיר שעות דיום שנגמרה מלאכתו ביום קודם השקיעה ואז חל חיובא דתשלומין ממילא דמצוה לשלם לו אז ושלא תבא עליו השמש וכן אם כלה מלאכתו באמצע הלילה יש לו תשלום כל אותו הלילה ואם לא שילם לו עד הבוקר עובר על לא תלין ומטעם זה אם היה שכיר לשבוע או שכיר לחדש או לשנה דאינו עובר עד הזמן שקבע עמו תלוי בהזמן שיצא אם כלות זמני היה באמצע היום גובה כל אותי היום ואם לא שילם לו עובר על ביומו תתן שכרו ועל לא תבא עליו השמש ואם יצא בלילה גובה כל הלילה ואם לא שילם לו בסוף הלילה עובר בבל תלין וכמ"ש:

ה ולכן כתב רבינו הרמ"א דאע"ג דשכיר יום אינו עובר בלא תבא עליו השמש אלא בלא תלין וזמנו כל הלילה זהו בפועלים שלהם שהיו עושים עד הלילה וא"א להם לעבור על לא תבא עליו השמש אבל בפועלים שלנו שהמנהג דאין עושין מלאכה עד הלילה והולכין

והולכין מהמלאכה קודם הלילה עוברים עליהם משום לא תבא עליו השמש ומשום ביומו התן שכרו דזהו כיצא ביום שגובה כל היום אבל אם אירע שעשה מלאכה עד הלילה אע"פ שלא שכרו בפירוש לעשות עד הלילה אלא שכרו סתם אינו עובר ביום וזמנו כל הלילה כדין שכיר יום דמסתמא אדעתא דהכי אגריה והיה כוונתם שיעשה עד הלילה :

ו קבלנות תלוי אם אומן קונה בשבח כלי דהוה הכלי כשלו וכמי שקונה ממנו לא שייך בל תלין אבל אם אין אומן קונה בשבח כלי הוה כפועל ועובר הבעה"ב משום בל תלין כשמוסר לו הכלי ואינו משלם לו דכל זמן שהכלי אצל האומן אין שייך שיעבור וכשנתן לו אם נתן לו ביום צריך לשלם לו בסוף היום וכשלא שילם לו עובר על לא תבא עליו השמש ועל ביומו תתן שכרו נתן לו בלילה חייב לשלם לו כל הלילה ואם לא שילם לו בסוף הלילה עובר בבל תלין וכבר בארנו בסי' ש"ו דרוב הפוסקים ס"ל דאין אומן קונה בשבח כלי לפיכך כשנתן לאומן לעשות כלי או לתקנה ולא שילם בזמנו עובר בעשה ול"ת וכן פסקו הרמב"ם והטור והש"ע וזה לשונם :

ז נתן טליתו לאומן לתקנה בקבלנות וגמרה כל זמן שהטלית ביד האומן אינו עובר נתנו לו אפילו בחצי היום כיון ששקעה עליו חמה עובר משום בל תלין [ל"ד אלא על לא תבא] שקבלנות הוא כשכירות לפורעו בזמנו עכ"ל וזהו בבעה"ב שנתן העצים או הברזל או הסחורה משלו והאומן עושה אותה אבל אם האומן עושה הכל משלו לא שייך הך דינא ואין בזה משום בל תלין [קלס"ח] ומשמע בש"ס [ב"ק לט'] דכשאין האומן נותן כלום לכ"ע אינו קונה בשבח כלי והפלוגתא היא כשהאומן נותן משלו [וכ"כ בנה"מ בסי' ש"ו] ויראה לי דעיקר הענין כן הוא דהפלוגתא היא כששניהם נותנים בהמלאכה כמו בחייטים שעיקר הסחורה נותנים להם והחייט נותן משלו החוטים והקרסים ודברים קטנים אבל בסנדלרים שהסנדלר נותן משלו העור וכל המכשירין הוי כמכירה וכשהאומן אינו נותן כלום משלו לכ"ע אינו קונה בשבח כלי [אמנם ק"ל מהא קיי' דאלרכוכי פריך היינו שבחא ומב"ק שם אין ראיה דדיחוי בעלמא הוא ולא קיי"ל כר"א שם ולענין דינא אין נ"מ לרוב הפוסקים ודוק] :

ח מזה שנתבאר דכל זמן שהטלית ביד האומן אינו עובר בבל תלין אע"פ שאין אומן קונה בשבח כלי יש מי שרצה ללמוד מזה דבעה"ב שנותן לפועל משכון על שכרו אינו עובר בבל תלין אף שיש לו מעות אבל אין ראיה מכאן דאין הטעם מפני שהאומן תופס משלו והוי כמשכון אלא הטעם הוא דכל זמן שאין האומן מחזיר לו החפץ אין לו רשות לתבוע דאיך יתבע ממנו תשלומי החפץ כשאינו מחזיר לו את החפץ [עסמ"ע סק"ו] אבל בשכיר או שכבר מסר לו החפץ וחייב לשלם אם יש לו מעות אינו מועיל משכון דהא טעמא דשכיר מפורש בקרא מפני שאליו הוא נושא את נפשו שזה העני צריך לאכול ומה יעשה בהמשכון ועד שישיג עליו מעות ירעב וכיון שיש לו מעות מזומן חייב ליתן לו ואם אין לו מעות יתבאר דאינו עובר ואפשר דגם בכה"ג מחוייב ליתן לו עכ"פ חפץ שימשכננו בשכרו ואם האומן רצונו להחזיר לו החפץ ולקבל שכרו והוא אינו רוצה לקבלו ויש לו מעות נראה דעובר :

ט האומר לשלוחו צא ושכור לי פועלים ושכרן ואמר להם שכרכם על בעה"ב אין אחד מהם עובר על בל תלין דהבעה"ב לא שכרם והשליח הרי אמר להם שאין שכרן עליו ומ"מ הבעה"ב כשתובעים אותו ויש לו מעות ואינו טרוד בעסקיו ומדחה אותם מדחי אל דחי עובר על לאו דקבלה אל תאמר לרעך לך ושוב ומחר אתן כיון דחייב לשלם להם ואם השליח לא אמר שכרכם על בעה"ב אפילו גם לא אמר שכרכם עלי אלא שכרן סתם והוא חייב בשכרן כשלא אמר להם ששוכרן לעשות בשל חבירו כמ"ש בסי' של"ו ולפיכך עובר השליח על בל תלין מיהו אם הפועלים יודעים שהוא רק שליח ואין המלאכה שלו אינו עובר אפילו שכרן סתם דעל דעת כן השכירו א"ע לתבוע מהבעלים וכן אם בניו ובנותיו שכרו פועלים הדין כן מיהו אם אשתו שכרתה פועל עובר בבל תלין דאשתו כגופו דמי [כ"ל] :

י כתיב לא תלין פעולת שכיר אתך עד בקר ועד בוקר מיותר הוא דכל לינה הוא עד הבקר ולכן דרשו חז"ל שאינו עובר בבל תלין אלא בבקר ראשון וכשעבר זה הזמן העבירה שעבר עבר ואינו עובר עוד מכאן ולהבא ואינה כמצות מילה שמיום השמיני ואילך עובר בכל יום ומ"מ חייב ליתן להם גם אח"כ מיד דלאו דקבלה עובר בכל רגע ששוהה :

יא השכיר שמכיר בבעה"ב זה מכבר שאין דרכו להיות בידו מעות רק ביום השוק וידוע שכשעושים אצלו ממתינים כמה ימים לקבל השכירות אין בעה"ב זה עובר אפילו אירע שיש לו עתה מעות דכיון שבשעה שהשכיר עצמו השכיר ע"מ כן שלא לקבל מעות מיד ולכן אינו עובר אף שיתבענו עתה [סמ"ע] וגם מיום השוק ואילך אינו עובר דלאו זה אינו אלא מיד אחרי המלאכה ומ"מ בלאו דדברי קבלה עובר כמ"ש וכן בבע"ב שידועים שכששוכרין פועלין אין משלמין מיד עד שיעשה חשבון ברור מהמלאכה ואח"כ משלמים אינם עוברים עד שיה׳שבו עמהם דע"ד כן נשכרים להם ואפילו תבעוהו בזמנו דבר שודאי חייב לו וא"צ חשבון לזה מ"מ כיון דדרכם כן נתרצו הפועלים לזה :

יב אין בעה"ב עובר בבל תלין או בלא תבא עליו השמש אא"כ תבעו השכיר או ששלח שליח לתבוע ממנו אבל בלא תביעה אינו עובר דכתיב לא תלין פעולת שכיר אתך משמע שמדעתך אתה מעכב והוא תובע ונ"ל דכשלא תבעו בבוקר ראשון אינו עובר ע״ד אפילו

אפילו כשיתבענו ביום השני כמו שנתבאר דלאו זה אינו אלא בכלות הזמן אמנם בלאו דקבלה עובר כשיש לו מעות וכן אם אין לו מעות אע"פ שתבעו אינו עובר דהא כתיב אתך כשיש אתך ועמ"ש בסעיף ח':

יג העמיד הבעה"ב את הפועלים אצל חנוני או שולחני שיתן להם בשכרם שמגיע ממנו והחנוני או השולחני קבל עליו ליתן להם אין הבעה"ב עובר עוד ואף גם בלאו דקבלה אינו עובר ואפילו אין לבעה"ב ביד החנוני כלום אלא שהבטיחו ליתן בעדו להפועלים אינו עובר עוד דהרי נסתלקו מעליו וכ"ש שהחנוני אינו עובר דהרי לא שכרם ולאו דוקא חנוני ושולחני דה"ה אדם אחר אלא דדרך להעמיד אצל חנוני או שולחני ואין חילוק בין שהעמידם קודם המלאכה או באמצע המלאכה או אח"כ ומ"מ אם רצה השכיר לחזור בו שלא לקבל מהם אלא מהבעה"ב הרשות בידו אפילו אם הם לא חזרו בהם דהא אין כאן קנין רק דברים בעלמא ומ"מ הבעה"ב אינו עובר עוד בבל תלין אך בלאו דקבלה עובר כיון שביכלתו לחזור בו ואם קנו מידו אינו יכול לחזור בו כבכל קנין ובלא קנין אינו קונה אפילו כשהיה במעמד שלשתן כיון שאין החנוני חייב לו כלום לבעה"ב [רי"ף] ולכן אם החנוני היה חייב לבעה"ב ומסר לו במעמד שלשתן אינו יכול לחזור בו לא הפועל ולא החנוני ועמ"ש בסי' צ"א ובסי' פ"ט:

יד ממדת חסידות לדקדק מאד בתשלומי שכר שכיר בזמנו אפילו במקום שפטור מדינא ולכן נהגו המדקדקים ללות כשאין להם מעות ולשלם להפועל ובזוהר קדושים מחמיר מאד בזה ובספר חסידים כתוב שטוב להתנות עם הפועל שלא לעבור על בל תלין ואין זה מתנה על מה שכתוב בתורה שהרי ביכולת להתנות על כל מה שירצה ודע דכל מה שנזכר בסי' זה בל תלין הוא בשכיר יום ובשכיר לילה הוא בלא תבא עליו השמש ואין חילוק בין זל"ז בכל הדינים שהוזכרו בסי' זה:

הלכות שאלה

סימן שמ [דיני שואל ובו כ"ב סעיפים]

א כבר נתבאר בסי' רצ"א דשואל חייב באונסים במפורש בתורה וכי ישאל איש מעם רעהו ונשבר או מת בעליו אין עמו שלם ישלם וכ"ש שחייב בגניבה ואבידה אבל במתה מחמת מלאכה פטור ואין להתמוה דכיון דמתה מעצמה חייב אף שמלאך המות הרגה בלי גרמתו כ"ש בשמתה מחמת מלאכה שע"י גרמתו במלאכתו נהרגה אמנם הטעם הוא דאע"ג דהתורה חייבה את השואל באונסים מ"מ דבר פשוט הוא שאם היה גם המשאיל גורם לזה שפטור השואל ולכן במתה מחמת מלאכה פטור שהרי נגלה הדבר שאין ביכלתה לסבול המלאכה ופשע במה שהשאיל אותה להשואל למלאכה זו [רמב"ן] ולכן אם שינה השואל במלאכה חייב כמו שיתבאר:

ב לפיכך השואל מחבירו בהמה או כלים או שארי מטלטלין ונאנסו בידו כגון שמתה או נשברה או נקרעה או נשבר או נשבה חייב לשלם ואין צ"ל שחייב בגניבה ואבידה ובפשיעה אבל כל קלקול שאירע בה מחמת המלאכה שבשבילה שאלה פטור ולא מיבעיא אם הוכחשה או נתקלקלה מחמת מלאכה אלא אפילו מתה מחמת מלאכה פטור מהטעם שבארנו אמנם אם שינה השואל ועשה בה מלאכה אחרת אפילו היא קלה מהמלאכה ששאלה ומתה חייב ואפילו אם שינה באותה מלאכה עצמה כגון ששאלה לחרוש וחרש בה ביום ובלילה שלא כדרך החורשים או ששאלה לחרוש בה בבוקר וחרש בה בצהרים שהחום קשה לה או ששינה מבקעה להר ומהר לבקעה חייב ועמ"ש בסי' ש"ט:

ג ויש ששאלו ולמה אמרנו אם שינה ממלאכה כבדה לקלה ומתה חייב השואל והרי בשוכר נתבאר בסי' ש"ח שראוי לשנות מכבד לקל כמו מחטין לשעורין ולמה יתחייב השואל במקום שהשוכר רשאי לעשות לכתחלה כן ויש מי שתירץ דודאי אם אין שום דבר לתלות שע"י השינוי מתה פטור השואל ובכאן איירינן במקום שנוכל לתלות אפילו בסיבה רחוקה שמתה מהשינוי וכמ"ש בסי' רצ"א בדין תחלתו בפשיעה וסופו באונס שבל שנוכל לתלות האונס מצד הפשיעה אפילו בסיבה רחוקה תלינן [סמ"ע] ויש מי שתירץ דודאי בשואל חייב בכל ענין אפילו אין לנו במה לתלות ונהי דהשוכר רשאי לשנות מכבד לקל וכן השואל מ"מ אם מתה יכול המשאיל לומר אפילו בלא שום טעם שמתה מחמת השינוי ואין זה מתה מחמת מלאכה [ט"ז] ולי נראה דודאי בהשינוי מכבד לקל אם לא שינה באיכות המלאכה כגון ששאלה לישא עליה כור חטים ונשא כור שעורים פטור ובכאן מיירי בשינוי באיכות המלאכה מכבד לקל כגון ששכר סוס לרכוב עליו ושתהיה עליה משא עשרה ככרים ואסרו את הסוס בעגלה והוליך בהעגלה חמשה ככרים דאע"ג שידוע שרכיבה להסוס קשה יותר מבהילוך בעגלה וגם הקיל ממשאה מ"מ חייב דתלינן שזה הסוס לא הורגל לילך בעגלה וברכיבה הורגל וכן כל כיוצא בזה וכן מרוייק לשון הטור והש"ע שכתבו שאם שינה ועשה בה מלאכה אחרת ובסי' ש"ח אין

אין זה מלאכה אחרת וכ״מ מלשון הרמב״ם פ״א משאלה ע״ש:

ד בזה שהשואל חייב באונסין כתב רבינו הרמ״א דדוקא שאירע האונס מכח השואל אבל אם אירע האונס מכח המשאיל פטור ולכן מי שיש לו משכון אצל עכו״ם והשאילו לחבירו לשאול עליו עוד מעות ונשרף המשכון פטור השואל דהא בלא״ה היה נשרף מכח המשאיל עכ״ל ודבריו תמוהין דהרי במתה מעצמה חייב דהוי שלא מכח השואל ואף אם מתה בבית המשאיל דמלאך המות מה לי הכא מה לי התם [נה״מ] ויש מי שאומר דכוונתו כשהמשאיל פשע בה שזהו טעם דמתה מחמת מלאכה פטור כמ״ש בסעיף א׳ אבל א״כ מה חידש לנו בזה ועוד דהא במשכון שהיה אצל המלוה בלא״ה פטור שהרי עדיין לא קנה חבירו במשיכה וקודם משיכה פטורים השומרים כמ״ש בסי׳ רצ״א סעיף י״ג ואפילו לדעה שבשם בסעיף י״ד דקודם משיכה נתחייבו הא עכ״פ בעינן שיקבל עליו השומר את שמירתו כמ״ש שם [ובאמת במרדכי פ׳ השואל כתב גם טעם זה]:

ה ונ״ל דדבר גדול השמיענו בזה דהנה בסימן ש״ז סעיף ח׳ נתבאר דלפעמים משלם המשכיר להשוכר כגון ששכר מחבירו פרה לזמן ובתוך הזמן שאלה המשכיר מהשוכר ומתה באונס חייב המשכיר לשלם להשוכר כיון דהוא חייב באונסים והשוכר פטור ולפ״ז י״ל דכ״ש בשואל כשבתוך זמן שאילתו שכרה המשאיל ממנו ומתה ברשות המשאיל באונס שצריך השואל לשלם לו כיון דהמשאיל הוא שוכר ופטור מאונסים ולזה השמיענו רבינו הרמ״א דמ״מ השואל פטור מפני שהתורה לא חייבתו להשואל רק אם ברשותו מתה ולא ברשות המשאיל והמשכיר שמשלם להשוכר זהו דוקא כשא״ל יהא דינך עם השואל ודיני עמך כמ״ש שם אבל בשואל כשמתה ברשות המשאיל פטור השואל אף שהמשאיל לא נתחייב בזה מפני עצם שמירתו ואע״ג דכששאלה לעשות מלאכתו בבית המשאיל ומתה שם ודאי דחייב זהו מפני שעכ״פ הבהמה היא בכחו ורשותו של השואל אבל כששאלה ומסרה להמשאיל לשמרה או ששכרה ממנו פטור השואל ומקרא ילפינן לה דהא כתיב וכי ישאל איש מעם רעהו ולא כשה״א אצל רעהו בכחו וברשותו ולכן במשכון שהיה אצל המלוה מראובן והרשה את שמעון ללות עליו ג״כ ומיירי שמשך שמעון את המשכון והחזירו להמלוה בפקודתו של ראובן פטור שמעון כיון שמתחלה היה המשכון אצל המלוה בכחו של ראובן וגם עתה הוא בכחו ואף אם לא שאל שמעון עליו היה ג״כ אצל המלוה וזהו שדקדק רבינו הרמ״א בדבריו שאירע האונס מכח המשאיל כלומר שכחו של המשאיל שלטה עליו וכן מה שכתב והשאילו לחבירו ר״ל שמשכה חבירו [ויש לזה ראיה מילקוט על קרא דמעם רעהו ע״ש סי׳ עב]:

ו יש מי שאומר בזה שנתבאר בראובן שנתן משכון לעכו״ם והרשה גם לשמעון להלות עליו ונשרף או נאבד המשכון ביד העכו״ם פטור שמעון זהו דוקא כשהתנה עם שמעון שמיד כשיפרע ראובן מחוייב שמעון להוציא המשכון מיד העכו״ם אבל אם נתן לו רשות לשעבדו להמשכון אף אחר שיפרע חוב שלו אז אם נשרף או נאבד אחר שפרע הוא חייב שמעון בכולו אף שלא משך שמעון את המשכון כלל מפני דשעבודו שמשעבדו שהעכו״ם לא יתנו לראובן הוי כמו שנשתמש שמעון בגוף המשכון וזהו קנינו ואם נשרף או נאבד קודם שפרע ראובן חייב שמעון לשלם לפי ערך החוב שלו נגד חובו של ראובן דכיון דהרשהו להשאיר ת״י העכו״ם גם אחרי פריעתו הוי כשימוש במשכון נגד דמי חובו וכ״ז דוקא כשהמלוה הוא עכו״ם אבל כשהמלוה הוא ישראל דקנה המשכון כמ״ש בסי׳ ע״ב חייב שמעון בכל ענין נגד דמי חובו אם נאנס אצל המלוה דהוה כאלו נתן רשות להמלוה להקנות בו לשמעון שיזכה בו בעבורו נגד מעותיו [נה״מ] ולי נראה דבישראל ודאי כן הוא דהמלוה נעשה כשלוחו של שמעון לקנות בו אבל בעכו״ם במה קנה שמעון המשכון שיתחייב בו ע״פ שעבודו שהרשהו ראובן לשעבדו דהא אין שליחות לעכו״ם ולמה יהיה נחשב השעבוד כמשיכה וצ״ע לדינא:

ז כבר נתבאר בסי׳ רצ״ו דמתנה ש״ח להיות כשואל בדברים בעלמא בלא קנין ויש מי שמסתפק בשואל שמתנה להתחייב במתה מחמת מלאכה אי מהני בלא קנין כיון דבכל השומרים אין חיוב זה כלל וראיה דהא בסי׳ ש״א נתבאר דבשמירת קרקע צריך קנין דוקא והטעם אפשר דרק בש״ח מהני בלא קנין שיהיה כשואל מפני שהעולם יסברו באמת שהוא שואל ובקרקע שאין בה חיוב אף בשואל לא שייך טעם זה לכך צריך קנין וא״כ ה״ה במתה מחמת מלאכה [קצה״ח] ויש מי שאומר דודאי מהני דדוקא בדבר שאחר שאינו שומר ג״כ פטור אם אירע אצלו כזה אינו יכול להתנות בדברים בלבד ובמתה מחמת מלאכה אם אחר היה לוקחה ומתה ממלאכה היה חייב כדין מזיק כמו כן השואל יכול להתנות גם בלא קנין שיהא דינו כאחד ובקרקע טעמא אחרינא אית ביה מפני שהתורה פטרם אפילו משבועה וכן עיקר לדינא לפי הטעם הראשון שבארנו בסי׳ ש״א סעיף ה׳ ע״ש וכ״כ אחד מגדולי ראשונים [ש״מ ב״מ צט: ועתוס׳ שם צח: ד״ה אמר]:

ח בסימן ש״ז סעיף ח׳ נתבאר דאדם שהזיק בהמה אינו משלם אלא נזק ולא צער וריפוי ושבת ולכן אם ראובן סגר בהמת שמעון על כמה ימים פטור ואע״ג דביטלה ממלאכתה מ״מ אין שבת בבהמה ואפילו נולדה בה מכה ע״י זה אם המכה סופה להתרפאות לגמרי פטור מכלום כל זמן המכה דזהו שבת ויש חולקין בזה וס״ל דבמכה לא שייך שם שבת רק באדם שאינו עומד למכירה אבל בהמה שעומדת למכירה אין זה שבת אלא

אלא נזק כיון שאם יבוא למכרה עתה יצטרך לזלזל במקח ולדינא בארנו שם בס"ד ועוד נתבאר שם שאם לא תחזור בשלימות לגמרי כגון שישאר רושם מהמכה חייב בכל הנזק ובארנו שם דאם בלא רפואות לא תשוב לקדמותה חייב לרפאותה דאין זה ריפוי אלא נזק וגם כזונות חייב ליתן לה דגם זה הוא בכלל נזק ולפ"ז בשואל שחייב באונסים אם נתהוה לה מכה באונס שלא שינה במלאכתו וסופה להתרפאות לגמרי וכן אם נכחש הבשר מאליו וסופה לחזור לבשרה שמקודם פטור למאן דפטר שם ולמאן דס"ל שם דבבהמה אין זה שבת מפני שעומדת למכירה חייב גם בשואל באונס ויש מי שאומר דאפילו לאותה דעה שמחייבת מ"מ בשואל באונס כיון שתחזור בסוף לבריאותה ודאי פטור שלא חייבה תורה בשואל באונסים אלא בדבר שאינו חוזר [סמ"ע] ויש חולקין וס"ל דשואל באונסין שוה לפשיעה דכל אדם [ש"ך] ונראה עיקר כדעה ראשונה דמרנקטה תורה בשואל שבורה ומתה ולא נקיט שבויה כבשומר שכר בא ללמדנו דדוקא בדבר שא"א לחזור לקדמותה לגמרי דגם שבורה אף שתתרפא א"א שלא ישאר איזה היכר בהעצם הנשבר וכ"ש מתה שלא תשוב לקדמותה כלל אבל שבויה שיכול להיות שתשוב מהשביה לגמרי אע"פ דודאי חייב כשנשבית דיאושי מייאשי מ"מ השמיטה התורה מטעם זה להורות על כל מיני אונסין שכמוהה שפטור ואע"ג שבסי' רצ"א כתבנו עוד טעם על מה שלא כתבה התורה שבויה בשואל ע"ש בסעיף ח' מ"מ אפשר גם לומר טעם זה [כ"ל] :

ט ולכל הדעות שנתבארו בנכחשה מאליה וסופה לחזור לגמרי מ"מ אם מתה אח"כ באונס והשואל חייב לשלם משלם כמו שהיתה שוה בשעת שאלה ואפילו מתה שלא מחמת כחישותה אין אומרים כיון שעל ההכחשה פטור לדעה הפוטרת וחיובו הוא רק על המיתה לא ישלם אלא כפי מה שהיתה שוה בכחישותה דאינו כן דכחישותה הוי תחלת מיתתה [סמ"ע] דחשבינן אוהם לדבר אחד והוי נזק למפרע ודומה לזה בגזל חמץ ועבר עליו הפסח דאומר לו הרי שלך לפניך אף שע"י הגזלה אסרה עליו בהנאה כמ"ש בסימן שס"ג ומ"מ כשמאבדו אחר הפסח משלם לו שווי שקודם הפסח ואם היה גוזל מאחר חמץ שעבר עליו הפסח והיה מאבדו לא היה חייב כלום וא"כ למה יתחייב בגזלו קודם הפסח אלא משום דכל שהפסידו לגמרי חשבינן הנזק משעה ראשונה כשגזלו וה"נ בשואל לענין אונס [סגר"א] :

י בהפטור דמתה מחמת מלאכה כתב הרמב"ם בפ"א משאלה שאם שאל בהמה מחבירו לחרוש בה ומתה כשהיא חורשת פטור אבל אם מתה קודם שיחרוש בה או אחר שחרש בה חייב וכן השואל בהמה מחבירו לילך בה למקום פלוני ומתה תחתיו באותה הדרך או ששאל דלי למלאות בו ונקרע בבור בשעת מילוי או ששאל קרדום לפצל בו עצים ונשבר בעת שפצל בו מחמת הביקוע וכל כיוצא בזה ה"ז פטור שלא שאל אלא לעשות בו מלאכה זו והרי לא שינה עכ"ל :

יא וכתב עליו הטור שיראה מדבריו דאינו פוטר אלא בשעת מלאכה ממש אבל א"א הרא"ש כתב מתה מחמת מלאכה היינו כגון שדרך הילוכה נכשלה ונפלה ומתה והשואל לא שינה בה ולא פשע בה או נתינגעה ונתחממה ומתה אבל אם מתה בדרך ולא הרגיש בה עייפות טורח הדרך לא יוכל לישבע שמחמת מלאכה מתה דשמא אם היתה עומדת על אבוסה היתה מתה [ולכן כשאין עדים וחייב לישבע שבועת השומרין ואינו יכול חייב לשלם אע"ג דלא שום איש למידע כיון דעיקר שבועת השומרין היא בספק של התובע] אבל היכא שנכנס בה חלשות ועייפות מטורח הדרך אפילו שלא מתה מיד אלא מתנונת והולכת זמן מרובה מתה מחמת מלאכה קרינן ביה עכ"ל וכן השיגו כמה מהראשונים על הרמב"ם דלא פטר אלא במתה בשעת מלאכה דהא חז"ל אמרו מתה מחמת מלאכה ולא בשעת מלאכה :

יב ובודאי גם הרמב"ם אינו חולק בזה שהרי כתב שם כחש בשרה מחמת המלאכה פטור וישבע שבועת השומרין שמחמת המלאכה כחשה עכ"ל הרי כתב מחמת מלאכה וכוונתו נ"ל דה"פ דהנה התורה פטרה בשואל כשמתה מחמת מלאכה וכשאין עדים צריך לישבע שמתה מחמת מלאכה וזהו דבר שקשה לידע אם הסיבה היא מחמת המלאכה או אפשר שגם בלא המלאכה היה נארע סיבה זו ומי יוכל להעיד ע"ז והשואל איך יכול לישבע בזה והנה ודאי יש דברים שנוכל לעמוד עליהם כמו קרדום שנשבר מחמת הבקיע ודלי שנשבר בעת המילוי שהכל רואים שמחמת מלאכה נשברו אבל בהמה שמתה בשעת מלאכה מי יימר דבלא המלאכה לא היתה מתה ולכן נתן הרמב"ם ז"ל כלל בזה והוא דדבר שאירע בשעת מלאכה אף שאפשר לומר שגם בלא המלאכה היה כן מ"מ פטור וזהו מקרי מתה מחמת מלאכה דמסתמא מתה מחמת המלאכה ויכולים עדים להעיד ע"ז והשואל יכול לישבע בזה אבל בסיבה שאירע אחר המלאכה אינו יכול לישבע אא"כ רואים בחוץ שמחמת המלאכה הוא כמו בכחש בשר שביכולת לראות שבכל פעם שעושים בה מלאכה נכחשת מעט מעט ולכן אם אח"כ בהמשך הזמן נתכחשה לגמרי או מתה אע"פ שזמן רב הוא אחר המלאכה יכול לישבע ע"ז שמחמת המלאכה הוכחשה ומתה אבל אם מתה לאחר המלאכה בלי התחלת כחישות או רפיון בעת המלאכה אף שיכול להיות שמתה מחמת טורח ועייפות המלאכה מ"מ אינו יכול לישבע ע"ז ולפ"ז הרמב"ם מקיל יותר מהרא"ש דמדברי הטור משמע דכשמתה בדרך ממש בשעה שהלך בה אם לא הרגיש בה עייפות אינו יכול לישבע

לישבע שמחמת מלאכה מתה ואלו להרמב"ם בכל דבר שבשעת מלאכה יכול לישבע והעדים ביכלתם להעיד וזהו מקרי מחמת מלאכה [וע"ש בכ"מ ובריב"ש סי' תכ"ג]:

יג ורבינו הרמ"א כתב בהמה שנתיגעה במלאכתה ונתחממה ומתה אח"כ או נכשלה בדרך ונפלה ומתה מקרי מחמת מלאכה ודוקא שהרגיש בעודו במלאכה אבל אם לא הרגיש מיד לא יוכל לישבע דמתה מחמת מלאכה דדילמא בלא"ה נמי היתה מתה עכ"ל ונראה בכוונתו ג"כ כמ"ש דדוקא במתה אח"כ צריך הרגשה אבל לא בשעת המלאכה ואולי מפרש גם בדעת הטור כן וכן עיקר [עב"ח וש"ג ודוק]:

יד יש מי שאומר דהשואל בהמה מחבירו לילך דרך ידועה ובאו עליו ליסטים באותו הדרך או חיות רעות ואנסוה ממנו חשיב שפיר מתה מחמת מלאכה ואע"ג דאין זה שייך להמלאכה מ"מ כיון ששאל לילך בדרך זה והדרך מוחזקת בליסטים וחיות רעות זה גופא הוי כמחמת מלאכה [בד"ס] אבל אם נגנבה בזו הדרך בליסטים מזויין אע"פ שדרך זו מוחזקת בכך מ"מ כיון דגניבה הוי בעיר ג"כ אין זה כמתה מחמת מלאכה [כס"מ] ויש חולקין בכ"ז וס"ל דלא מקרי מחמת מלאכה דהרי אף בלא הליכת הדרך אפשר שיבא לה איזה אונס בכעין זה דמחמת מלאכה לא מקרי אלא כשהסיבה באה מצד עצם המלאכה ולכן המשאיל לחבירו שונרא לרדוף עכברים ואכלוה העכברים או שאכלה הרבה עכברים ונתחממה ומתה פטור השואל דזה ממש מחמת המלאכה וכן אם שאל כלי זיין להלחם ולקחו את הכלי זיין ממנו במלחמה הוי כמחמת מלאכה ופטור [סמ"ע] וי"א דהכלי זיין הא אינם נלחמים בעצמן והאדם הוא הנלחם ולכן הוי על הכלי זיין אונס ככל האונסים וחייב [ש"ך] מיהו אם המלחמה היתה בעסקי נפשות פטור ואפילו שאלם שלא מדעת בעה"ב דזהו כרודף שרדף אחר רודף כששבר כלים של אחר דפטור כמ"ש בסי' ש"פ וה"ה לוקח כלים להציל מן השרפה [כה"מ] וע"מ"ש בסי' דע"ר:

טו השואל בהמה חייב במזונותיה משעה שמשכה עד סוף ימי שאלתה וזהו לדעה שנתבאר בסי' רצ"א דבלא משיכה אין חיוב חל על השומרים אבל לדעה שבשם דמשיכה אינה אלא לחזרה שלא יוכל לחזור בו אבל חיוב שמירה חל על השומר מיד שהבעלים נסתלקו משמירת החפץ ה"נ בחיובא דשואל לענין מזונות נמי לא בעינן משיכה אלא מיד שנסתלקו הבעלים חייב השואל במזונותיה ובאונסיה אף שעדיין לא נשתמש בה ואע"ג דהמשאיל יכול לחזור בו קודם שימשכנה השואל לרשותו וה"ה המפקיד כלי או בהמה אצל חבירו ואח"כ נתן לו רשות להשתמש בו והוא נתרצה להשתמש בו הוי דינו כשואל אע"פ שעדיין לא נשתמש בו [ש"ך]:

טז אם כיחש בשרה כחשא דלא הדר חייב לשלם מה שנפחתה בדמים ואם היה הכחש מחמת מלאכה פטור וישבע שבועת השומרים שמחמת מלאכה כחשה ואם נעשה המלאכה במקום שיש רואים אינו נפטר בשבועה עד שיביא עדים כמ"ש שם ובכחש דסופה לחזור לגמרי נתבאר בסעיף ח':

יז שימוש בשואל אף בלא משיכה ובלא סילוק רשות מהבעלים חייב השואל באונסים כגון ששאל ספסל לישב עליו בחצר המשאיל והמשאיל היה שם כיון שישב עליו חייב באונסין וכן כששאל ספרים וכל כיוצא בזה דשימוש לא גרע ממשיכה לענין שואל דהרי עיקר שאילה הוא לצורך השימוש [כה"מ]:

יח השואל פרה מחבירו שהעמיד אצלו שישאלנו ושלחה לו המשאיל ביד בנו או ביד שלוחו או ביד עבדו ואפילו שלחה לו ביד בנו ושלוחו ועבדו של השואל והשואל לא עשאם שלוחים לקבל מהמשאיל אלא המשאיל מעצמו עשה כן ומתה קודם שנכנסה לרשות השואל פטור כיון שלא צוהו לשלחה על ידם אבל אם א"ל השואל שלחה לי ביד בני או ביד עבדי או ביד שלוחי או אפילו ביד בנך ושלוחך ועבדך העברי או שא"ל שלח לי ע"י מי שתרצה ואפילו א"ל המשאיל הנני משלחה לך ביד בנך ועבדך ושלוחך ושלחה ע"י ומתה בדרך ה"ז חייב דכיון שע"פ צוויו שלח נכנסה מיד לרשותו אבל אם שלחה לו המשאיל ביד עבדו הכנעני אף שא"ל השואל שלח ושלחה ומתה פטור מפני שידו כיד רבו המשאיל ועדיין לא יצאה מרשותו:

יט יראה לי דבכל אלו שהשואל חייב אפילו לא משכו השלוחים לרשותם מ"מ כיון שהוציאוה מרשות הבעלים חייב ואפילו למאן דס"ל דבשומרים בעי משיכה מ"מ כבר בארנו בסי' רצ"א סעיף י"ג דלא בעינן משיכה לרשותו ממש דאפילו ברה"ר קנה וגם להחולקים שם נראה דבזה מודים דכיון שע"פ צוויו מסר להם וסילק שמירתו ממנה נכנסה מיד לרשות השואל ודיני שליחות נתבאר בסי' קכ"א [ומ"מ ל"ע לדינא וכ"ל דתלוי בשני תירוצי התוס' ב"מ לט' ד"ס כיון ועתוס' ב"ק עט' ד"ס הו ודוק]:

כ א"ל השואל הכישה במקל והיא תבא ועשה המשאיל כן אין השואל חייב עד שתכנס לרשותו ואפילו למאן דס"ל דלא בעינן משיכה בחיוב השומרין מ"מ הא בעינן שהמשאיל יסלק שמירתו ממנה ותהיה תחת שמירת השואל והכא אינה תחת שמירת השואל דהשואל אינו בכאן ולא סמכה דעתו שהמשאיל יעשה כן והמשאיל יכול להחזירה דמטעם זה י"א [נמק"י] דאפילו א"ל השואל הכישה במקל ואתחייב לך פטור ג"כ מפני שיכול להחזירה [ומתורץ קושית סמ"ך סק"י] אבל דעת הרא"ש והטור דכשא"ל השואל הכישה במקל והיא תבא ועשה כן חייב השואל מיד כיון דשלחה ממנו ע"פ צוויו ובסי' רס"ג נתבאר דבאבדה בכה"ג חייב לטפל בה כיון דאנקטה נגרי ברייתא כ"ש בשואל בשהמשאיל

כשהמשאיל עשה כן והסיח דעתו ממנה אם לא יתחייב השואל בשמירתה תוכל להאבד בקל ואם היתה חצרו של שואל לפנים מחצרו של משאיל וא"ל הכישה במקל ותבא לחצירי אפילו כשיש מחבואות בחצירו דמשאיל ויכול להיות שנחבית עדיין באחת המחבואות ולא הלכה לחצרו של שואל כלל דהמשאיל אינו מביט בה עד שתכנס לחצרו של שואל אלא מכה אותה במקל שתלך ונכנס לבית מ"מ חייב השואל גם לדעה ראשונה מפני שסמכה דעתו של שואל שמסתמא הכנס לרשותו [ב"מ לט'] :

כא וכן בשעה שמחזירה השואל להמשאיל אם שלחה ביד אחר ומתה קודם שתגיע לרשות המשאיל ה"ז חייב שעדיין היא באחריותו ואם שלחה מדעת המשאיל ע"י אחר ומתה פטור ואם שלחה השואל ביד עבדו הכנעני אע"פ שא"ל המשאיל שלח ושלחה על ידו אם מתה בדרך חייב שיד עבד כיד רבו ועדיין לא יצתה מרשותו בד"א כשהחזירה בתוך ימי שאילתה אבל אם החזירה אחר ימי שאילתה אינו אלא כש"ש כמ"ש בסי' רצ"א ואף אם היא עדיין בביתו של שואל אם אינו משתמש בה יצא מדין שואל ונעשה כש"ש ויראה לי דמשאיל שאמר לשואל הכישה במקל והיא תבא לחצירי ועשה כן נסתלקה שמירתו של שואל אף לדעה ראשונה שנתבאר דדוקא בשואל שאמר למשאיל לא סמכה דעתו דשואל שהמשאיל יעשה כן להניחה שתלך מעצמה ולא קבל שמירתה [ערש"י שם ד"ה לפנים] אבל המשאיל שאמר להשואל ודאי סמכה דעתו דמשאיל שהשואל יעשה כן כיון שאין הבהמה שלו והבעלים צווהו וכבר נתבאר שם דהשואל צריך להחזיר ליד הבעלים עצמו ואפילו החזיר לאשתו של משאיל לא מהני אע"ג דבפקדון מהני מ"מ בשואל שכל הנאה שלו לא מהני וכן הדין בהלואה ואם מת יחזיר ליורשיו ואם היו הרבה יורשין די כשמחזיר לאחד מהם [נ"ל] ואם אשת המשאיל נושאת ונותנת בעסקי הבעל י"א דפטור השואל כשהחזיר לידה [כס"מ] :

כב אם א"ל המשאיל שלח לי ועד שלא הספיק לשלוח מת המשאיל לא ישלח דהא נפלו נכסי קמי יתמי ואם שלח הוי ספיקא דדינא אם חייב השואל באחריות קודם שבאה ליד היורשים או לא והספק הוא אם מועיל אמירתו שתצא מרשותו של שואל אף לאחר שמת אם לאו ודעת רוב הפוסקים דלא מהני [סמ"ע] ולכן חייב השואל באחריות דכיון שידע שמת לא היה לו לשלוח בלא רשות היורשים מיהו לאחר שכלו ימי שאילתה נ"ל דאינו חייב כש"ש להיורשים דהטעם דחייב כש"ש נתבאר בסימן רצ"א דהואיל ונהנה מהני והרי המשאיל הוא שההנהו והוא צוה לו לשלחה ולסלק אחריותו מעליו ואיך יתחייב להיורשים נגד צוויו והלא לא נהנה מהם אבל כשלא א"ל המשאיל ודאי דחייב השואל להיורשים כדין ש"ש לאחר ימי השאלה כמו שנתחייב לאביהם ובסימן ע"ב נתבארו כמה דינים מדין שאלה ע"ש :

סימן שמא [השואל סתם כמה הוא זמנו ואם מת השואל בתוך הזמן ובו י"ג סעיפים] :

א השואל מחבירו כלי או בהמה סתם הרי המשאיל תובעו בכל עת שירצה והשואל מחוייב להחזירה ואינו דומה להלואה דסתמא אינו פחות משלשים יום כמ"ש בסי' ע"ג דדוקא מעות שלהוצאה עומדת מסתמא לא הלוהו על זמן פחות מזה אבל שואל חפץ יכול להיות שצריך לה לשעה ויכול לתובעו מיד רק כששימש בה פעם אחת ויש מרבותינו דס"ל דגם סתם שאלה אינו פחות מל' יום [ר"ת בתוס' שבת רפכ"ג] אבל רוב הפוסקים חולקים בזה וכ"כ הרמב"ם בפ"א משאלה ובבגדים משמע להדיא בגמ' דגם לשבעה ימים אין דרך העולם להשאילן [חגיגה כב:] אם לא שמשאילן למשתה ולאבל וכיוצא בזה כמ"ש בסעיף ו' וזה דבר פשוט דכשהמשאיל אינו תובעו מותר לו להשתמש בלא זמן וחייב באונסים [כס"מ] ואין השואל יכול לומר כבר לא השתמשתי בו והיך לך ליטלו ממני דאדרבא השואל היה מחוייב להחזירו להמשאיל וכל זמן שלא החזיר חייב באונסים כיון שהוא בלא זמן ואם מת המשאיל ויורשיו אינם יודעים משאלה זו אינו רשאי להשתמש בלא דעת היורשים יותר משלשים יום [כ"מ מהרא"ש פ"ק דמכות סי' ד'] :

ב ואם שאלו לזמן קצוב כיון שמשך וזכה בו אין הבעלים יכולים להוציאו מת"י עד סוף ימי השאלה ואפילו מת השואל הרי היורשים משתמשים בשאלה עד סוף הזמן ואע"ג דנתבאר בסי' שכ"ט במקבל שדה שיכול הנותן לסלק להבן דשאלה הוי כקנוי לו להשואל לזמן שאילתו דהרי חייב אפילו באונסים ולכן יורשים בניו זכותו [סמ"ע] ונ"ל דלפמ"ש בסי' ש"מ סעיף י"ז דשימוש בשואל מחייבו באונסים לכן אם שימש בהשאלה אף שלא משכה עדיין ומת יורשים בניו זכותו :

ג ואע"פ שהיורשים יכולים להשתמש כל ימי השאלה מ"מ אין חייבים באונסים וכך אמרו חז"ל [כתובות לד:] הניח להם אביהם פרה שאולה משתמשים בה כל ימי שאילתה ואין חייבים באונסיה אפילו נשתמשו בה שהרי לא קבלו עליהם חיובי אונסים ומ"מ כש"ש חייבים עליה אפילו לא נשתמשו בה דהיתר תשמיש מחייב אותם כש"ש ואם אין רצונם להתחייב כש"ש יחזירוה

להמשאיל דא"א להניחה בלא אחריות שמירה ואין המשאיל יכול לומר כיון דאין עליהם חיובי אונסים החזירוה לי דאונס לא שכיח [כ"ל] אבל יש מי שאומר שבאמת אם אמר המשאיל להיתומים החזירו לי את הפרה שהשאלתי את אביכם או קבלו עליכם חיובי אונסים שומעין לו וכן עיקר [ש"ך] אבל אם לא אמר להם כלום משתמשים ופטורים מאונסים :

ד יש מי שכתב דדוקא בשואל אבל שוכר שמת אין היורשים חייבים בגניבה ואבדה [סג"ח פ' ספוה"ל ס"ד] ולפ"ז פשיטא שהמשכיר יכול ליטלה מהם אם לא יתחייבו עצמם בגנבה ואבדה ואם יתחייבו עצמם נראה דדינם כשואל שיכולים לעכבה כל ימי שכירותה ולהשתמש בה כדרך שמורישם השתמש ואע"ג דבשואל בארנו הטעם דמפני חיוב אונסים הוי כקנוי והשוכר הלא אינו חייב באונסים מ"מ בשוכר לא הוצרכנו לזה דשכירות ליומא ממכר הוא :

ה הניח להם אביהם פרה שאולה ולא ידעו שהיא שאולה וטבחוה ואכלוה אם אביהם הניח נכסים משלמים מהנכסים כל דמי שויה דנכסיו נשתעבדו משעת שאילה ואפילו הניח רק מטלטלין כמ"ש בסי' ק"ז דהגאונים תקנו דמטלטלי דיתמי משתעבדי לבע"ח ודעת הרמב"ם ז"ל דאפילו מת בידם חייבים לשלם מהנכסים כיון דחל משעת שאלה ויתבאר בסימן שד"מ אבל דעת הרא"ש והטור דהשעבוד אינו חל אנכסיו רק משעת מיתה או שאר אונס ואז אין המוריש בעולם שישתעבדו נכסיו ולכן במת או בשאר אונס א"צ לשלם מהנכסים רק בטבחוה ואכלוה שנהנו מזה וגם האב פשע שלא הודיעם שהיא שאולה לפיכך חייבים לשלם מנכסיו ואם לא הניח נכסים וטבחוה ואכלוה משלמים דמי בשר בזול והיינו פחות שליש מהמקח דקים להו לרבנן דבמקח כזה היה כל אדם קונה בשר אף אם בלא זה לא היה אוכל בשר והעור מחזירים להבעלים [תוס'] ויש מי שאומר דקנאו העור בשינוי ואין משלמים אלא דמים ולא נראה כן דשינוי לא שייך אלא בגזלן ובשומר חנם וש"ש שמתו ולא ידעו יורשים שהיה רק שומר עליה וטבחוה ואכלוה אפילו הניח נכסים א"צ לשלם כולו אלא דמי בשר בזול שה־י נאנס במיתתו אבל שואל חייב באונסים [כס"מ] :

ו השואל פונדק מחבירו ללינה אינו פחות מיום אחד שאל לשביתה אין פחות משני ימים לנשואין אין פחות משלשים יום שאל חלוק מחבירו לילך בו לבית האבל הוי השיעור כדי שילך ויחזור וי"א דאינו רשאי ליטלו עד שיצאו ז' ימי אבלות שאלו לבית המשתה הוי השיעור כל אותו יום וי"א עד שיצאו שבעת ימי המשתה ואם שאלו לעשות משתה שלו לכ"ע אינו פחות משבעה ימים וי"א שלשים יום ועיין ביו"ד סי' ש"מ ודברים אלו תלוים לפי הענין ומנהג המקום :

ז כשם שהשואל לזמן כיון שמשך השואל אין המשאיל יכול לחזור בו כמו כן השואל כלי מחבירו לעשות בו מלאכה פלונית כיון שמשך השואל אין המשאיל יכול ליטלו מת"י עד שיעשה בו אותה מלאכה וכן אם שאל ממנו סוס לילך בה למקום פלוני אינו יכול להחזירה מיד השואל עד שילך עמו לשם ויחזור ואין המשאיל יכול לומר היה לך לעשות המלאכה עד עתה או לילך עד עתה דכיון דלא קבע לו זמן להמלאכה ולההליכה יכול לעשותה בזמן שירצה ומ"מ נראה דהרבה יותר מכשיעור אין לו להשהותם ותלוי בראיית עיני ב"ד לפי המלאכה וההליכה ולפי הזמן והמקום :

ח אמרו חז"ל [ס"פ ספוה"ל] שואל אדם בטובו לעולם והוא דקני מיניה ומהדר ליה קתא ופירש"י דהאומר השאילני כלי זה בטובו שאיל הוא לעולם דבטובו משמע כל זמן שהוא טוב ואפילו החזירו למשאיל חוזר ונוטלו ממנו כשיצטרך ולכן בעינן דוקא שקנו מן המשאיל אבל לא קנו מן המשאיל אינו נוטלו ממנו כשהחזירו דלא הוה רק דברים בעלמא דקנין המשיכה נתבטלה כשהחזירו דאח"כ הוה כשאלה הדשה ואם נשבר מהזיר לו שבריו ואינו חוזר ומתקנו דלא השאילו אלא כל זמן שהוא בטובו וכ"כ הרא"ש והטור ורבינו הרמ"א :

ט והרמב"ם ז"ל בפ"א משאלה כתב השואל כלי מחבירו להשתמש בו וא"ל השאילני דבר פלוני בטובתך כלומר אין אתה משאיל לי דבר זה כדרך כל המשאילין אלא כפי טובת לבך ונדבותך שאינך מקפיד על הזמן אם קנו מיד המשאיל על זה הרי השואל משתמש בו לעולם עד שיתבטל הכלי מלעשות מלאכתו ויחזיר שבריו או שיריו ואין השואל רשאי לחזור ולתקן הכלי או לעשותו פעם אחרת עכ"ל והעתיקו רבינו הב"י ואפשר דלא פליגי רק בפירושא דנמ' ולא לדינא וגם הרמב"ם מודה שאפילו החזירו למשאיל חוזר ונוטלו ממנו ואם אמר סתם השאילני בטובה או בטובתך הוי כסתם שאלה דלשון בני אדם כן הוא עשה עמי טובה והשאילני [רמ"ס] ולא כוון שישאלנו לעולם [וכ"ס כונת הרי"ף עסמ"ע] :

י ולשני הפירושים אין השואל רשאי להשאיל לאחרים אע"ג דהוא עצמו משתמש בו לעולם מ"מ שאולה היא אצלו ואין השואל רשאי להשאיל והמשאיל אינו יכול ליקחו ממנו בע"כ אף שלא בשעת מלאכתו של שואל דיכול לומר לו שמא תשברנו ותפסיד לי זכותי שנתת לי [טור] וכשהכלי הזה נאנסה מיד השואל אינו משלם להמשאיל אלא שווי השברים וכן כל שואל ששאל כלי לעשות בו מלאכתו אחר כמה ימים ובא המשאיל וא"ל תן לי עתה הכלי ואעשה בו מלאכתי כיון שעתה אינך צריך לעשות עדיין יכול השואל לעכב מליתן לו דשמא יפסידנה [כס"מ] ואם נאנסה מהשואל קודם שעשה המלאכה משלם לו כל שווי הכלי ומנכה לו שווי הפחת שהיה נפחת אלו השתמש בו זמן השאלה [סס] :

האומר

יא האומר לחבירו השאילני קרדום לעדור בו הפרדס הזה עודר בו אותו הפרדס בלבד ואינו רשאי לעדור בו פרדס אחר אפילו הוא כמוהו וזה שנתבאר בסימן ש"ח דבכמוהו יכול לשנות מ"מ אם יארע סיבה שתשבר מחמת המלאכה יאמר המשאיל דהשינוי גרם וימצא עילה להתלות [סמ"ע] ואף אם השואל סבור וקביל ע"ז מ"מ אסור לו לשנות דשמא המשאיל לא היה מתרצה לפרדס זה שרוצה לעדור מפני איזה טעם שיש לו אף שהטעם אינו אמת מ"מ הוי שואל שלא מדעת [ט"ז] ואינו דומה לשוכר ואם א"ל השאילני קרדום לעדור בו פרדס עודר בו פרדס אחד איזה שירצה אפילו אינו שלו דהא לא א"ל פרדס שלי ואם שאלו לעדור בו פרדסים הרבה שלו עודר בו כל פרדסים שלו ואפילו לא אמר הרבה ולא אמר שלו עודר בו כל פרדסיו שלו ולא של אחרים [טור] דאם נתיר לו לעדור גם של אחרים אין לדבר סוף [סמ"ע] אבל שלו יכול לחפור כמה שירצה ואפילו נשחת כל הברזל בהעידור מחזיר לו הנצב של עץ ואין המשאיל יכול למחות בו דע"מ כן השאילו כיון דא"ל פרדסים לשון רבים ואע"ג דבמכירה כה"ג אינו נותן לו אלא שנים כמ"ש בסי' רט"ז מכירה שאני דמסתמא לא מכר כל מה שיש לו אבל בשאלה אפשר להיות דאינו מקפיד בזה ועוד דבמכירה המוכר מוחזק ובשאלה השואל מוחזק לפיכך ידו על העליונה [תוס'] ויש מי שאומר חילוק אחר דבשם אמר המוכר לשון רבים דרשינן הלשון לטובתו ובכאן אמר הלוקח דרשינן לטובתו ולפ"ז ישתנה הדין במוכר כשהלוקח יאמר ובשואל כשהמשאיל יאמר ולא משמע כן מכל הפוסקים לפיכך העיקר כמ"ש [נ"ל]:

יב האומר לחבירו השאילני שוקת זה והוא באר שמשקין ממנו השדות ונפל אינו יכול לחזור ולבנותו דלא כוון אלא כל זמן שזה השוקת קיים ואם א"ל השאילני שוקת סתם ונפל חוזר השואל ובונה אותה עד שישקה כל שדותיו דכשם שאם א"ל לעדור פרדסים עודר כל פרדסיו כמו כן כששואל ממנו דבר המיוחד למלאכת השדות אם שאלו סתם עושה בזה כל השדות שיש לו ואם א"ל השאילני מקום שוקת הכוונה הוא לחפור בקרקעו מקום להשקאת השדות והרי חופר ובונה בקרקע של המשאיל עד שימצא מקום מוכשר לזה דע"מ כן השאילו ולכן אם חפר במקום אחד ומצאו שאינו מוכשר לזה חופר במקומות אחרים ובונה מקום השוקת שיספיק לו להשקות ממנו כל שדותיו או כל בהמותיו לפי מה שהתנה עם המשאיל ודוקא שלקח בק"ס על זה דבכאן לא שייך משיכה ומקום החפירה בתחלה יתן לו המשאיל ואינו יכול לחפור במקום אחר עד שיחפור במקום שהראה לו ולא ימצא מבוקשו והטור כתב שהשואל בונה בכל מקום שירצה בקרקע של המשאיל ותמהו עליו שהרי אפילו בעל השטר ידו עה"ת ואיך ביכולת השואל לברור לכתחלה המקום נגד רצונו של משאיל ולכן אמרו דלאו דוקא נקט הטור לשון זה ולי נראה דבדוקא נקט מפני שיכול השואל לומר שכיון שלפי ידיעתי אין מקום זה מוכשר לשוקת ואהיה מוכרח לטרוח עוד פעם בטירחא רבה כזו אין רצוני לטרוח שני פעמים והרי אינך נותן ערבות שבמקום הזה אמצא ואתה השאלתני לטרוח פעם אחד ולא יותר:

יג בזה שנתבאר דכשהשאילו שוקת סתם ונפלה שחוזר ומתקנה זהו דוקא כשהשואל רצונו בכך אבל את המשאיל אינו יכול לכוף שיתקנו וכשכלו ימי שאילתו והמשאיל צריך להשוקת ישלם להשואל הוצאת תיקונו [נס"מ] ולפי ערך שהשתמש השואל ינכה לו [נ"ל] וממה שנתבאר נוכל ללמוד על כל הענינים שבעניני שאלה כי א"א לבאר כל הפרטים שיארעו בעניני העולם:

סימן שמב [שאין השואל רשאי להשאיל ובו ב' סעיפים]:

א אין השואל רשאי להשאיל לאחר אפילו בתוך ימי שאילתו ואפילו שאל ס"ת שעושה מצוה בשאילתו לאחר ומסתמא ניחא ליה לאינש למעבד מצוה בממונו מ"מ אינו רשאי להשאילה לאחרים דלא אמרינן סברא זו אלא בדבר מועט ולא בספרים שדרכן להתקלקל בלימודם כמ"ש בא"ח סי' י"ד ולכן להשאילו לעיין בהם בלבד ולא ללמוד בשקידה מיתר [נ"ל] וכשהשאיל לאחרים שלא כדין ונתקלקלו אצל האחר אפילו נתקלקל מחמת מלאכה חייב אא"כ יש לו ראיה שיכול ליפטר בה אלו היה בידו שאם היה הוא עושה המלאכה היתה נתקלקלה ג"כ וצריך להביא עדים שנתקלקלה מחמת המלאכה או שהוא ישבע ע"ז אבל השני שהשואל השאילו אינו נאמן בשבועתו אא"כ המשאיל היה רגיל גם להשאיל לזה דאז אינו יכול לומר שאיני מאמינו בשבועה [ש"ך] כמ"ש בסי' רצ"א סעיף מ"ח ואף אם אינו רגיל להשאילו אלא להפקיד אצלו ג"כ פטור ע"פ שבועתו של השני שהרי אינו יכול לומר שאינו נאמן לו בשבועה דמה לי שבועת שומר או שבועת שואל [נס] וכשחייב לשלם כשהשאיל לאחר חל חיובו עליו משעת השאלתו להאחר ואפילו לדעת הטור שנתבאר בסימן שמ"א סעיף ה' דהחיוב חל רק משעת האונס מ"מ בכאן שעשה שלא כדין חל חיובו משעת השאלה [נ"ל ועקלס"ח]:

ב כתב רבינו הרמ"א דדבר שא"א להבריח ולכפור בו כגון בית או ספינה מותר להשאיל עכ"ל דס"ל דזה שאין השואל רשאי להשאיל הוה הטעם שמא יבריח ויכפור

ויכפור ומדמה זה לשוכר בית שרשאי להשכירו לאחר שהוא כמותו כמ"ש בסימן שט"ז ע"ש ולפ"ז הטעם פשוט מ"ש בסעיף א' דגם ספרים אינו רשאי להשאיל לאחר ויש לשאול בזה הא אפילו שומר אסור למסור לשומר אחר מטעמים אחרים כמ"ש בסי' רצ"א וכ"ש שהשואל אסור לו למסור השימוש לשואל אחר [וכ"מ מרש"י ב"מ כט:] ומזה היה ראיה למ"ש שם דאם רצונו לשלם כשהשני לא יהיה ביכלתו להביא עדים שרשאי אף לכתחלה אבל כבר נתבאר שם דבשואל ודאי דאס"ר לכתחלה ומשוכר בית אין ראיה דודאי כיון ששילם השכירות והוא א"צ לה מותר לו להשכיר לאחר כדי שלא יפסיד ממונו אבל בשואל שאינו משלם כלום למה ישאילנו לאחר בלא דעת בעלים ודעת רבינו הרמ"א נראה כיון דבגמ' איתא תרווייהו בחדא לישנא אין השואל רשאי להשאיל ואין השוכר רשאי להשכיר וכשם שבשוכר בית הותרה לו להשכירו לאחר כמו כן בשיאל בית מפני שכל ימי שאילתו הוי כקנוי לו דמזה הטעם משתמשים היורשים כל ימי שאילתה כמ"ש בסי' שמ"א ולפ"ז אין דין זה דאין השואל רשאי להשאיל רק במטלטלים ומ"מ עיקר הדבר תמוה דבגמ' [ב"מ לו:] בשומר שמסר לשומר נאמרו שני טעמים האחד מש"ם דאין רצונו שיהא פקדונו ביד אחר ומשום שאינו נאמן לו בשבועה אבל טעם זה דשמא יבריח לא מצינו ואם נאמר דטעם זה שאין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר הוא מטעם שמא יבריח והא לדינא קיי"ל כטעם השני כמ"ש בסי' רצ"א ובתשו' הרשב"א שהביא רבינו הב"י משמע דדוקא כשהבעלים עמהם ע"ש וצ"ע לדינא ושומר שהשאיל או השכיר לאחר הרי שלח בו יד וחייב באונסים כמ"ש שם :

סימן שמג [דין שואל אחר כלות זמן השאלה ובו ב' סעיפים] :

א השואל חפץ או בהמה לזמן מיד כשיכלה הזמן אסור לו להשתמש בו והדבר השאול חוזר לרשות המשאיל והשואל נפטר מאונסים אפילו היא עדיין בביתו ומ"מ הוא חייב בגניבה ואבידה כדין ש"ש דהואיל שנהנה כל ימי שאילתו מהנהו להמשאיל לשמרה כש"ש גם אח"כ ונ"ל שאם אמרו בשעת השאלה שהשואל חייב להחזירה לבעליו חייב באונסים כל זמן שלא החזירה ורק אם המשאיל צריך ליטלה או שלא דברו כלל בזה חייב כש"ש ואם שלחו לו בתוך הזמן נתבאר בסי' ש"מ ע"ש וכשא"ל השואל טול את שלך אינו אלא ש"ח כיון שכלה הזמן [סגר"ח בסי' סד"מ סק"ז] :

ב שומר שכר לזמן כיון שכלה זמנו כלתה שמירתו ואפילו היא עדיין בביתו אינו עליו אלא ש"ח ובסי' רצ"א נתבאר זה ושואל ושומר בלא זמן כל זמן שלא החזיר להבעלים דינו כמקדם ועמ"ש בסי' רצ"ג :

סימן שדמ [טען השואל שמתה מחמת מלאכה או שרוצה לשלם או לישבע ובו י"ב סעיפים] :

א טען השואל שמתה מחמת מלאכה אם הוא במקום שעדים מצוים אינו נפטר עד שיביא עדים שהוא כדבריו כמ"ש בסי' רצ"א ורצ"ד והעדים יעידו שלא שינה בו ויכלול בשבועתו שאינה ברשותו [טור] וכמ"ש בסימן רצ"ה ואם התנה שלא ישבע או לא ישלם אם נגנבה או נאנסה אפילו שיפטור כשיפשע בה הכל לפי תנאו אפילו לא קנו בקנין על כך דכל תנאי שבשומרים קיים אפילו בלא קנין :

ב זה שא"צ קנין היינו דוקא שהתנו קודם שבאה השאלה או השמירה לידו אבל לאחר ששעבד נפשו לא מצי לאתנויי בדברים בעלמא וצריך קנין ומעשה בראובן שהלוה לשמעון עשרה דינרין ואח"כ א"ל ראובן לשמעון שיהיה למחצית שכר דהיא פלגא מלוה ופלגא פקדון ונאנסו ופסקו דחייב שמעון בבל העשרה דינרין במקודם דכיון שבאו לידו בתורת שאלה אינו מסולק בלא קנין [סמ"ע] ויש מי שאומר דדוקא בסתמא אבל אם א"ל בפירוש יהיה בידך למחצית שכר ותפטר מהחצי מאונסין או בשארי שומרין שא"ל בפירוש תפטר מפשיעה או מגניבה ואבידה פטור בדברים בלא קנין אפילו אח"כ [קצה"ח] ולכן במה שנתבאר בסעיף א' באמר שלא ישבע או שלא ישלם נפטר אפילו אח"כ דלא גרע מהאומר לחבירו קרע כסותי והפטר דפטור אפילו אם בא לידו בתורת שמירה כמ"ש בסי' ש"פ ויש מי שאומר דודאי בשומרים מהני הפטור בפירוש אף לאח"כ אבל בשואל ושוכר שהחפץ הוא כקנוי אצלם להזמן לא מהני אח"כ בלא קנין [נה"מ] ונראה עיקר כדעה הקודמת דגם בסי' ש"פ אין חילוק בין שמירה לשאלה כמ"ש הרמב"ם בספ"ה מחובל ועמ"ש בסי' רצ"א וסי' ש"ה :

ג כשישלם השואל שמין לו להמשאיל השברים של

הכלי או של הנבילה ושמין לו כפי שווין בשעת השבירה והמיתה שאז חלה על השואל חיוב התשלומין ונותנם להבעלים ומשלים עליהם דלא גריעי מנזקין ששמין השברים לניזק ורק בגנב וגזלן אמרה תורה דאין שמין ואם הוזלו בין שעת שבירה לשעת העמדה בדין שמין אותן כפי שווין בשעת שבירה והפסד הזול הוא על הבעלים דגם בנזקין הדין כן וכן אם הוקרו הריוח להבעלים דמשעת האונס הרי הם כשלו וכן אם נתקלקלו והופחתו הדמים משעת האונס ההפסד על הבעלים כמו בנזקין כמ"ש בסי' ת"ג וכן אם השביחו ואע"ג דבנזקין כשהשביחה הנבילה חולקין ביניהם כמ"ש שם זהו גזירת התורה משא"כ בשואל [כ"ל וע' ב"ק לד:] :

ד כשם ששואל לאחר שכלה זמן שמירתו אין דינו כשואל והוי כש"ש כמו כן לאחר האונס אינו על השברים כשואל אלא כש"ש ולכן אם נגנבו השברים או נאבדו חייב השואל ואם א"ל למשאיל טול את שלך לא הוי אלא ש"ח וי"א דעל השברים דינו עדיין כשואל וכשאמר טול את שלך הוי ש"ש והעיקר לדינא כדעה ראשונה דכיון שנאנסה כלתה שמירתו ובטול את שלך לא גרע מאומן שבסי' ש"ו [הגר"א וכס"מ] אמנם אם אף לאחר האונס שם כלי עליה רק שהופחתה הרבה פשיטא דדינו כשואל [כ"ל] :

ה כתב רבינו הב"י בסעיף נ' ראובן השאיל חפץ לשמעון והפסידו אמר שמעון לראובן השבע כמה היה שוה ואפרענו לך והשיב בעל החפץ השבע אתה והפטר ישבע בעליו ויפרע שכנגדו ע"פ שבועתו ואם לא ישבע לא יפרע שכנגדו ואינו נקרא מחוייב שבועה שאינו יכול לישבע שמשלם עכ"ל ויש להבין למה אינו נקרא כן הלא הוא מודה שמעט היה שוה והוה כחמשין ידענא וחמשין לא ידענא כמ"ש בסי' ע"ה ויש מי שאומר דהפטור הוא מפני דלא הו"ל להשואל למידע שוויו ובכה"ג לא אמרינן מתוך שאיל"מ כמ"ש שם [ב"ח] ואע"ג שנתבאר בסי' צ' ובסי' רצ"ח בהפקיד דינרים שהמפקיד אומר כך וכך היו והנפקד אומר ידעתי שהיו בו דינרים ואיני יודע כמה דהוה מחוייב שבועה ואינו יכול לישבע ומשלם שאני התם דהיה לו למנותן אבל בשווי החפץ מנא ליה לידע שוויו [ומתורץ קושית הס"ך] ועמ"ש בסי' ש"מ סעיף י"א ויש שתירצו דכאן מיירי שאינו מודה בהפסד כלל דמיירי שלא הפסידו לגמרי אלא שהמשאיל אומר שנפחת הרבה והשואל אומר שלא נפחת כלל ואין כאן הודאה במקצת [ס"ך וט"ז] והנה הדין ודאי דכן הוא אבל א"כ אין זה רבותא כלל ומאי קמ"ל [נס"מ] ויש מי שתירץ דמיירי שהשואל אומר שנפחתה מחמת מלאכה [סס] וגם זה אינו במשמעות הלשון של הטור והש"ע ויש מי שתירץ דמיירי שהמשאיל טוען שמא [סמ"ע] אבל א"כ איך א"ל השואל השבע וטול ועוד דכשטוען שמא אין השואל מחוייב שבועה כלל כמ"ש בסי' ע"ה [ס"ך] :

ו והנה כל התירוצים אמת הם לדינא וגם תירוץ הראשון אמת דזה נקרא לא הו"ל למידע כמ"ש ויראה לי דגם במקום דהו"ל למידע אם אין עדים שנאנסה או נגנבה והשואל היה יכול לפטור א"ע במתה מחמת מלאכה אם אין המשאיל טוען ברי שלא מתה מחמת מלאכה ג"כ פטור השואל ואע"ג דהשואל היה מחוייב לישבע שמתה מחמת מלאכה כדין שומרים שנשבעים על טענת שמא מ"מ כשטוען על השווי איני יודע ואין רצוני לישבע שמתה מחמת מלאכה ורצוני לשלם צריך המשאיל לישבע כמה היה שוה ומשלם ואין המשאיל יכול לטעון כיון שאתה חייב לישבע שמתה מחמת מלאכה ואינך רוצה לישבע תשבע כמה היה שוה ובזה אינך יכול לישבע ותשלם דאין זה טענה טובה דאף אם היה מחוייב לישבע בגלגול על עוד טענה כיון שעיקר השבועה היא על טענת שמא אין דנין על הגלגול דין דמתוך שאיל"מ כמו שיתבאר כ"ש כשאם היה נשבע שמתה מחמת מלאכה לא היה עליו עוד חיוב שבועה דאין דנין על השבועה האחרת כשאינו רוצה לישבע שבועה ראשונה דין שמתוך שאיל"מ ואפשר דבכה"ג יכול המשאיל לומר לו השבע שאינך יודע [וכ"ל דזהו כוונת הלבוש ומיושב תמיהת הסמ"ע] :

ז השואל פרה מחבירו והתנה עמו שיום הראשון תהיה אצלו בשאלה ויום השני בשכירות וישלם לו בעד יום השני ומתה ונפל ביניהם הכחשה השואל אומר שמתה ביום השכירות ופטור מאונס והמשאיל אומר שמתה ביום השאלה וחייב הממע"ה ולא עוד אלא אפילו המשאיל טוען ברי שביום השאלה מתה והשואל טוען איני יודע הממע"ה ולא אמרינן בזה ברי ושמא ברי עדיף דזהו כאומר מנה לי בידך והלה אומר איני יודע אם נתחייבתי לך דקיי"ל הממע"ה כמ"ש בסי' ע"ה דאין כח ברי יפה להוציא ממון ואע"ג דבאיני יודע אם החזרתי לך נתבאר שם דחייב ולמה לא נדון בכאן ג"כ דין דאיני יודע אם החזרתי לך דהרי מודה שלקחה ממנו בשכירות או בשאלה ואינו יודע אם החזיר לו והרי אם מתה ביום השאלה וחייב לשלם הרי לא החזיר לו דלא דמי לשם דבשם חל החיוב עליו משעת ההלואה וכשאינו יודע אם החזיר חייב לשלם אבל בחיוב השומרים אין החיוב תשלומין חל עליו אלא משעת האונס וכיון שאינו יודע אם חייב על האונס כלל דאולי ביום השכירות מתה ולא חל עליו חיוב כלל והוה כאיני יודע אם נתחייבתי לך [נמק"י פ' השואל] ואפילו לדעת הרמב"ם שהבאנו בסי' ש"מ סעיף ה' דהחיוב חל עליו משעת שאלה וחייבים היורשים לשלם אפילו כשמת בידם אין זה אלא שעבוד אנכסיו ולכשימות חל למפרע השעבוד אבל כשיש ספק בעיקר המיתה אם נתחייב ממילא שיש ספק גם בעיקר השעבוד אם נשתעבד דשמא מתה ביום השכירות ואין כאן שעבוד כלל והוה כאיני

כאיני יודע אם נתחייבתי לך [וכ"מ מתוס' שס לז: ד"ס וכלס ועי"ש בנמק"י וגלח"מ פ"ג מסלכס]:

ח וזה לשון הרמב"ם והטוש"ע השואל פרה מחבירו שאלה חצי יום ושכרה חצי יום או שאלה היום ושכרה למחר או שאל אחת ושכר אחת ומתה אחת מהן המשאיל אומר שאולה מתה ביום שהיתה שאולה מתה בשעה שהיתה שאולה מתה והשוכר אומר איני יודע או שאמר חשוכר שכורה מתה ביום שהיתה שכורה מתה בשעה שהיתה שכורה מתה והמשאיל אומר איני יודע או שזה אומר איני יודע וזה אומר איני יודע הממע"ה עכ"ל ובשאלה היום ושכרה למחר הלילה שבינתים אם דרך השואל שבהמות לנים אצלו בלילה שאחר השאלה הוי גם כאן שואל על הלילה ואם נאנסה בלילה חייב ואם אין דרך שתלין בלילה שאחר השאלה אצל השואל דינו כשוכר ופטור מאונסים וחייב בגניבה ואבידה [סמ"ע]:

ט ואם המשאיל לא הביא ראיה כתבו הרמב"ם והטור דישבע השוכר ששכורה מתה או ביום שהיתה שכורה מתה וכשטען איני יודע ישבע שאינו יודע וזהו כשהמשאיל טוען שמא אבל כשהמשאיל טוען ברי ישבע השוכר שמתה כדרכה ויגלגל עליו ששכורה מתה או ביום שהיתה שכורה מתה ודוקא כששניהם טוענים ברי אבל כשהשואל טוען שמא והמשאיל ברי דינו כמו שהשואל טוען ברי והמשאיל שמא דאינו נשבע רק שאינו יודע ופטור ואינו משביעו בגלגול רק כששניהם טוענים ברי [רא"ש]:

י וצריך לבאר בזה דהא בין כשטוענים ברי ובין כשטוענים שמא לא ימלט השואל משבועה שמתה כדרכה שזהו שבועת השומרים וא"כ אף כשהמשאיל טוען שמא למה אין דינו כטוען ברי שישבע השואל שמתה כדרכה וע"י גלגול ישבע שהשכורה מתה או ביום שהיתה שכורה מתה והרי אף בטענת שמא מגלגלין כמ"ש בסי' צ"ד אמנם בשם נתבאר דאין מגלגלין ע"י שמא אלא כשיש רגלים לדבר והכא אין רגלים לדבר שהשאולה מתה ולכן אין מגלגלין ע"י טענת שמא של המשאיל [שס] ואין להקשות דאכתי כשהמשאיל טוען ברי והשואל שמא למה אין מגלגלין עליו שישבע שהשכורה מתה והוא אינו יכול לישבע כיון שטוען שמא ומתוך שאינו יכול לישבע משלם ותשובה ע"ז דדין זה אין דנין אלא כשאינו יכול לישבע על עיקר הטענה אבל כשאין יכול לישבע על הגלגול אין דנין בזה מתוך שאיל"מ דלא אלים בזה כח הגלגול כבעיקר השבועה [שס] ומה שאינו נשבע ע"י גלגול שאינו יודע מפני שלא מצינו בגלגול שבועה שאינו יודע דגלגול למדנו מסוטה ובשם נשבעת בברי ולא שאינה יודעת [נ"ל] לפיכך אין כאן שבועת גלגול אלא כששניהם טוענים ברי ושבועה זו שחייבנו את השואל כשאחד מהם טוען שמא אין זה אלא שבועת היסת וישבע שבועת התורה שמתה כדרכה שזהו שבועת השומרים ועל הטענה שביניהם בין שאולה לשכורה ישבע היסת כשאחד מהם טוען שמא ואע"ג דעל טענת שמא של התובע אין משביעין אפילו היסת כמ"ש בסי' ע"ה אמנם לא דמי לכל טענות ספק דכיון דהמשאיל אין לו לידע מי מתה אלים טענתו כטענת ברי [סמ"ע] וכמ"ש שם דמשביעין על טענת ספק כשיש רגלים לדבר ה"נ כשאין לו לידע אלים טענתו ג"כ ועוד כיון דכל עיקר שבועת השומרין חייבה התורה בטענת שמא לכן מחמרינן בשומרים להשביעו היסת גם בשמא:

יא וכ"ז שבארנו הוא לפי מה שנתבאר לנו מדברי הרא"ש ז"ל וכן תפסו רוב המפרשים דשבועה זו שכתבו הרמב"ם והטור כשאין שניהם טוענים ברי הוא רק היסת אבל דעת רבינו הב"י בסעיף ד' אינו כן:

יב וזה לשונו ואם לא היתה שם ראיה בזמן שהמשאיל טוענו ודאי ישבע השוכר ששכורה מתה או שאינו יודע ובזמן שהמשאיל אומר איני יודע ישבע השומר שבועת השומרים שמתה כדרכה וע"י גלגול ישבע השומר ששכורה מתה או שאינו יודע וה"ה אם זה אומר שאולה מתה וזה אומר ששכורה מתה או זה אומר איני יודע וזה אומר איני יודע עכ"ל והקשו עליו שפתח דכשהמשאיל טוענו ודאי ישבע השוכר ששכורה מתה אלמא דכששניהם טוענים ודאי אין כאן רק שבועה זו ששכורה מתה ואח"כ כתב כששניהם טוענים ודאי יש כאן גלגול ולבד זה אין שום טעם לדבריו ויש שרצו להגיה בדבריו ולי נראה דדבריו ברורים בטעמן דס"ל דגלגול הוא אף על טענת שמא ונשבעים בגלגול גם שבועה שאיני יודע ודין שאינו יכול לישבע משלם אין דנין על הגלגול כשאין המשאיל טוען ברי לפיכך יש כאן שבועת השומרים שמתה כדרכה וע"י גלגול נשבע ששכורה מתה או שאינו יודע כשהמשאיל טוען איני יודע וזה שכתב בתחלת דבריו בזמן שהמשאיל טוענו ודאי כוונתו פשוטה שטוען על הכל וודאי שאומר יודע אני שמתה כדרכה ושהשאולה מתה ואין כאן שבועת השומרים כלל כיון שיודע שמתה כדרכה ואין כאן אלא טענתו שהשאולה מתה נשבע היסת על טענה זו ככבל הטענות דלא זהו שבועת השומרים שחייבה תורה אבל בטענת ספק על טענה זו אין משביעין עליה היסת וכשהמשאיל טוען שאולה מתה והשואל אומר איני יודע דנין בזה דין דמתוך שאיל"מ [וכ"מ בבד"ס ומ"ש כל מס ספקסו עליו ומפי' סמסכס לסרמב"ס יס רא"ס למ"ס ע"ס]:

שאל

סימן שמה [דין שאל פרה ושכר אחרת ובו ב׳ סעיפים]:

א שאל שתי פרות חצי היום בשאלה וחצי היום בשכירות ומתו המשאיל אומר בזמן השאלה מתו והלה אומר אחת מתה בזמן השאלה והאחרת איני יודע מתוך שאינו יכול לישבע ישלם השתים דהרי הודה לו במקצת ואם היה אומר על האחרת שבזמן השכירות מתה היה חייב שד״א כדין מודה מקצת והשתא שאינו יודע הוה כחמשין ידענא וחמשין לא ידענא שנתבאר בסי׳ ע״ה דמחוייב שבועה ואיל״מ:

ב וכן אם מסר לו שלש פרות שתים שאולות ואחת שכורה ומתו שתים ואמר המשאיל ששתי השאולות מתו והשואל אומר אחת השאולה מתה ודאי אבל השניה שמתה איני יודע אם השאולה מתה והשכורה קיימת או השכורה מתה והשאולה קיימת מתוך שאינו יכול לישבע שהרי הוא אומר איני יודע ישלם השתים כמו בדין הקודם ובזה יש רבותא יותר דבסי׳ ע״ה נתבאר דלא אמרינן מתוך שאיל״מ אלא במקום דהו״ל למידע שפשע במה שאינו יודע אבל במקום דלא ה״ל למידע אין דנין זה כמ״ש בסי׳ שד״מ סעיף ה׳ ולפ״ז בדין הקודם שלא ידע זמן האונס ודאי דפושע הוא שהפרות אצלו ואינו יודע אימתי נאנסו אבל כשמסר לו ג׳ פרות ביחד הייתי אומר שאין עליו לדקדק כלל מי היא השאולה ומי השכורה דלענין המלאכה אין נ״מ בזה ומ״מ דיינינן דין זה משום דהו״ל למידע מטעם זה עצמו שאם תאנס אחת מהן שידע אם היא של שאלה וחייב או היא של שכירות ופטור [ככ״ל דאל״כ מאי קמ״ל וכן נ״ל בס״ס ולכן דקדק הרמב״ם וכתב מסר לו ג׳ כלומר ביחד ודוק]:

סימן שמו [דיני פטור דשאילה בבעלים ובו כ״ח סעיפים]:

א כבר נתבאר בסי׳ רצ״א דגזירת התורה היא כשהיו הבעלים של החפץ במלאכת השואל או השומר פטור מכל דיני שמירה ועיקר קרא כתיב בשואל וכי ישאל איש מעם רעהו ונשבר או מת בעליו אין עמו שלם ישלם ואם בעליו עמו לא ישלם ומשואל ילפינן לכל השומרים כמ״ש שם ודוקא כשהבעלים היו עמו במלאכתו בשעת ההתחלה או מקודם אבל אם לא היו עמו בשעת ההתחלה אינו מועיל כמ״ש שם:

ב לפיכך השואל שהמשאיל היה עמו במלאכתו בשעה שמשך הדבר ששאל אפילו נגנב או נאבד בפשיעה פטור שנאמר אם בעליו עמו לא ישלם ואין חילוק בין שהיה עמו בשאלה כגון שהשאיל המשאיל א״ע לעשות מלאכתו של השואל ובין בשכירות שהשכיר א״ע לעשות מלאכתו של השואל ואין חילוק בין שהיה עמו באותה מלאכה של הדבר השאול כגון ששאל ממנו בהמה והמשאיל רועה אותה ובין שהיה עמו במלאכה אחרת ואפילו שימש את השואל במלאכה קלה כשתית מים כגון שא״ל השואל להמשאיל השקיני מים ובעוד שהוא משמשו בההשקאה השאיל לו פרתו או שאר חפץ הוי שאילה בבעלים אבל אם משך תחלה ואח״כ השקהו או עשה לו מלאכה אחרת לא הוי שאילה בבעלים כיון שמשיכת החפץ קדמה:

ג וכן אין חילוק בין שבאו שאילת או שכירת הבעלים עם שאילת הרפץ כאחד ובין שהיו הבעלים שאולים או שכורים לו מקודם ואח״כ השאיל לו החפץ ואפילו אם בשעת האונס כבר נסתלקו ממלאכת השואל אבל אם לא היו הבעלים במלאכת השואל בשעת התחלת השאלה אפילו אם אח״כ שאל את הבעלים או שכרן והיה במלאכתו גם בשעת האונס או הפשיעה של החפץ השואל או בשעת הגניבה ואבידה אין זה שאילה בבעלים וחייב בכל דיני שמירה דעיקר קפידא דקרא על התחלת השאלה דכתיב וכי ישאל וגו׳ אם בעליו עמו דמשמע בשעת התחלת השאלה ורז״ל דרשו מדיוקא דקראי דכיון שנאמר אם בעליו עמו לא ישלם הרי מבואר להדיא דאם אין בעליו עמו ישלם ומה ת״ל דאם אין בעליו עמו ישלם אלא לומר לך אם בעליו עמו בשעת שאלה אף שבשעת האונס לא היה עמו לא ישלם ואם אין בעליו עמו בשעת שאלה אף שבשעת האונס היה עמו שלם ישלם [ב״מ לה:]

ד כתב רבינו הב״י בסעיף ג׳ שאל הבעלים ונתרצה להיות שאול לו אע״פ שלא התחיל במלאכת השואל בשעת משיכת הפרה אלא מזמין ומכין עצמו ללכת חשיב שפיר עמו במלאכתו אבל באמירה שאומר להיות שאול לו ולא הכין עצמו למלאכתו לא הוי שאילה בבעלים עכ״ל ויש מי שאומר דאף באמירה כשמשעבד עצמו באמירתו ליכנס בהמלאכה הוי שאילה בבעלים [ס״ך] ונ״ל דזהו כשהמלאכה מוכנת מיד לעשותה דאז הוי אמירתו בהכנה דאל״כ לא אמירתו ולא הכנתו הוי כתחלת מלאכה [וכ״מ מרמ״ס סבטור ומלשון סה״ס עצמו מוכח כן וכ״מ מססמ״ע ומתורץ קושית הט״ז דסיינו סך ודוק]:

ה אבל מלשון הרמב״ם בפ״ב משאלה מתבאר דלא ההכנה ולא האמירה מועלת ובעינן דוקא שיתחיל בהמלאכה [סגר״א] ואף שאפשר לומר דנקט לשון הגמ׳ כדרכו מ״מ מדקדוק לשונו משמע כן ואע״ג דבגמ׳ איתא להדיא דבעלים באמירה זהו שא״צ קנין אבל לדין דהיה עמו במלאכתו אינו מועיל בלא התחלת המלאכה אבל מלשון רבינו הב״י משמע דההכנה מועלת כשהמלאכה מיד

מיר ואמירה גם בכה"ג אינו מועיל ולדינא נראה כהיש מי שאומר שבסעיף ד' ויש להטות גם לשון הרמב"ם והש"ע לזה דכל שהענין נעשה מיד הוי האמירה וההכנה כהתחלת המלאכה ומשום דע"פ הרוב ההכנה סמוכה להמלאכה והאמירה רחוקה מהמלאכה לכן מחלק בש"ע בין אמירה להכנה:

ו פטור דהיה עמו במלאכתו פוטר אפילו לא שכרו השואל ולא בקש אותו שיעזור לו במלאכתו אלא שמעצמו עשה כן פוטר את השואל מדיני שמירה וכן הוא הדין בכל השומרים דהתורה לא תלתה הפטור רק בבעליו עמו ואין נ"מ באופן הווייתו עמו לפיכך אם ראובן השאיל לשמעון בהמתו למשא או השכירה לו והלך ראובן לסערה ולהטעינה בתחלת המלאכה הוי שאילה בבעלים אע"פ שראובן עשה זה מעצמו ולא ע"פ בקשת שמעון דלא כיש חולקין בזה אבל אם ראובן הלך רק לראות שלא יוסיפו עליה עוד משא ולא היתה כוונתו לסייע בהטעינה אין זה שאילה בבעלים ואפילו אם תפס האוכף או הרצועות שעל בהמתו בשעת מעשה דכיון שזהו רק לתקנת הבהמה שלא יכאיב לה וכיוצא בזה ואין עיקר תפיסתו לסייע בטעינת המשא לא מקרי שאילה בבעלים:

ז א"ל שמור לי ואשמור לך הוי שמירה בבעלים ושמור לי היום ואשמור לך למחר לא הוי האומר אצל השני בבעלים וכן בשאלה האומר לחבירו השאילני היום ואשאילך למחר אין זה שאילה בבעלים ומ"מ אין דינו אלא כש"ש דאין כל ההנאה של השואל וכמ"ש בסי' ש"ה ובהשאילני ואשאילך נתבארו שם שתי דעות אם הוה שאילה בבעלים ושותפים בעסק כששניהם עוסקים בהשותפות ושאל אחד מחבירו בהמה או חפץ לצרכיו אפילו שלא לעסק השותפות הוי שאילה בבעלים לכל הדעות דהא השותף המשאיל עם השואל במלאכתו בעסק השותפות אבל אם אחד הוא רק מתעסק בהעסק והשני אינו עושה כלום אם השני שאל מהעוסק פטור דהא עמו הוא במלאכתו ואם העוסק שאל מהשני חייב דהא אינו עמו במלאכתו כיון שאינו עוסק בהשותפות [כ"ל]:

ח שאל חפץ משני שותפים ונשאל להשואל אחד מהשותפים במלאכתו של השואל או נשכר לו ה"ז ספק אם היא שאילה בבעלים אם לאו דשמא מה שכתבה התורה אם בעליו עמו פירושו שכל בעליו יהיו עמו במלאכתו ולא חצי בעלים או דילמא שמחלקו מיהא מיפטר וכן השותפים ששאלו חפץ מאחר ונשאל או נשכר המשאיל לאחד מהשותפים במלאכתו שלא של שותפות ג"כ הוי ספק אם הקפידה התורה שיהא המשאיל במלאכת כל השואל או אפשר שזה השותף שעמו הוא במלאכתו נפטר מחלקו והוה ספיקא דדינא [סס לו'] לפיכך אם מתה אינו משלם השואל משותפים חלקו של מי שהיה במלאכתו וכן שותפים ששאלו פטור זה השותף מחלקו ואם תפסו הבעלים אין מוציאין מידם לדעת הרמב"ם דמהני תפיסה גם בספיקא דהש"ס ולהחולקים עליו לא מהני תפיסה כמ"ש בסי' ר"ב ועמ"ש בסי' ת"ד [ס"ך]:

ט וכן יש ספיקא דדינא כששאל בהמה או חפץ שלא למלאכה אלא להתראות בהם כעשיר אם יש לו דין שואל להתחייב באונסים וכן כששאל לעשות בה מלאכה פחות משוה פרוטה או ששאל שתי פרות לעשות בהן ש"פ אם נלך אחרי השואל והמשאיל יש בזה פרוטה ואם נלך אחר כל פרה אין באחת פרוטה ואם נאמר דפחות מפרוטה לא מקרי שא"ה אפשר דגם בזה לא הוי שואל ולכן אם שאל בהמה לרבעה כיון ששאלה לעבירה ולא שאל כדרך בני אדם הוי ספיקא דדינא והדין כמ"ש בסעיף ח':

י ומדברי הרמב"ם ז"ל בפ"ב מתבאר דספיקות אלו לאו לענין עצם השאלה הוי ספק דודאי נקרא שואל וחייב באונסים והספק הוא לענין שכשהיו שאילות אלו בבעלים אם יש לזה דין שאילה בבעלים אם לאו כיון דאין זה שאלה גמורה ובשאילות כאלו אפשר דלא שייך לומר שהבעלים הם במלאכתו של השואל:

יא ובכל ספיקות אלו כתב הרמב"ם ז"ל דבפשיעה בבעלים חייב והקשו עליו הא קיי"ל פשיעה בבעלים פטור ויש שתרצו דכיון דפשיעה הוי קרוב למזיק נהי דבפשיעה בבעלים פטור מ"מ כיון שיש בזה ספיקא דדינא חייב הפושע כל זמן שאין לו ראיה ברורה לפטור א"ע [סס"מ] ויש שתירץ דהנה פטור דפשיעה בבעלים הוא ג"כ מספיקא דדינא [תוס' ב"מ לסי] וכיון דגם אלו פטורים מפני הספק הויין תרי ספיקות והוה ס"ס לחומרא [סגר"ה] והתירוץ הראשון אינו מספיק דא"כ כל פשיעה בבעלים יתחייב [סס] ולי נראה דהרמב"ם לא ס"ל דפטורא דפשיעה בבעלים הוא מפני הספק מדלא כתבה בהספיקות והרמב"ם בודאי סובר שאינו מפני הספק שהרי מאן דפטר בגמ' פשיעה בבעלים טעמו משום דס"ל דקרא נדרש לפניו על ש"ש ושוכר ולא לפני פניו על ש"ח ומדבריו פ"י משמיטה דין י"ג ובפ"ה מטומאת אוכלין דין כ"ב מבואר להדיא שפוסק דמקרא נדרש לפניו ולפני פניו ע"ש ויש לקיים התירוץ הראשון אלא דעצם הסברא דחוקה דסוף סוף ספיקא דדינא הוא ומה לי אם נחשב כמזיק אם לאו אטו במזיק מפקינן מספיקא ולכן נלע"ד כוונה אחרת בדבריו דהמעיין ברמב"ם שם יראה שלא כתב הך דינא על כל הספיקות אלא על שותפין ששאלו ונשאל לאחד מהם בזה כתב בזה"ל פשע בה הרי זה משלם עכ"ל וה"פ דהנה שותפין ששאלו ונאבד החפץ יכול לתבוע מכל אחד דמי החפץ כולו החציו שלו וגם של השני מטעם ערבות כמ"ש בסי' ע"ז ובערב קיי"ל שאינו יכול ליתבע מהערב עד שיתבע קודם את הלוה כמ"ש בסי' קכ"ט אמנם אם אין נכסים ללוה או שהוא אלם ס"ל להרמב"ם דיכול לתבוע לכתחלה

לכתחלה מהערב כמ"ש בפנ"ה מִמלוה דין ג' והרמב"ם פסק בריש פ"ב משכירות דכו"ע הוי מזיק גמור ע"ש ולפ"ז יש לעיין דהרי זה ודאי דפטור דבבעלים אינו במזיק גמור כשהזיק להדיא או גזל או שינה במלאכתו כמו שיתבאר בסעיף כ"ג וא"כ למה פטרה התורה בפשיעה בבעלים אמנם זהו גזירת התורה דלגבי השואל עצמו כשהיה בבעלים פטרה התורה פשיעה דלגבי עצמו אינו נחשב כמזיק ממש ולפ"ז אם זה השותף ששאל והבעלים היו עמו במלאכתו לגבי עצמו פטור מגזירת התורה אע"פ שהוא מזיק אבל השותף השני בע"כ יתחייב על הכל שהרי הוא לא היה עם הבעלים במלאכתו ולגבי דידיה פשיעת שותפו הוא כמזיק ממש ועשאו הרמב"ם כמי שאין לו נכסים ללוה דגובה מהערב וה"ק פשע בה כלומר אם זה השותף שהיה עמו במלאכתו פשע בה הרי זה כלומר השותף השני משלם ואין זה דומה למ"ש בסימן מ"ט דכל שאינו יכול לגבות מהלוה פטור הערב דהכא אף שאינו יכול לגבות ממנו מפני דלגבי עצמו אינו כמזיק ממש אבל מ"מ לגבי השני הוי כמזיק ממש וא"כ אין דינו רק כמי שאין לו נכסים או שהוא אלם דגובה מהערב ומ"מ לדינא הרבה מהראשונים חולקים עליו וכמ"ש רבינו הב"י וז"ל ואם פשע בה יש מחייבים ויש פוטרים עכ"ל ולפמ"ש גם הרמב"ם מודה בכל הספיקות לבד משותפים :

יב שאל מאשה שיש לה בעל בהמת נכסי מלוג שלה שהוא אוכל הפירות והבעל הרשה אותה להשאיל ונשאל הבעל להשואל במלאכתו לא הוי כשאילה בבעלים דקנין פירות שיש להבעל לאו כקנין הגוף דמי ואינו בעל הבהמה. וכן אשה ששאלה בהמה לצורך נכסי מלוג שלה ונשאל בעל הבהמה לחבעל במלאכתו לא הוי שאילה בבעלים ואף דבגמ' גם זה מהספיקות מ"מ כיון דבעלמא קיי"ל דקנין פירות לאו כקנין הגוף אין אצלנו ספק [רי"ף] :

יג האומר לשלוחו צא והשאל עצמך עם פרתי אין זה שאילה בבעלים ואע"ג דבכל התורה שלוחו של אדם כמותו הכא מיעטה התורה מדכתיב בעליו בעליו שני פעמים להורות דדוקא הוא ולא שלוחו וי"א דהוי ספיקא דדינא ולכן כששלוחו של משאיל במלאכתו של שואל ונאנסה אין מוציאין ממון מספק ואם תפס לא מפקינן מיניה כמ"ש בסעיף ח' ע"ש [ס"ך] אבל אם אמר לעבדו הכנעני צא והשאל עצמך עם פרתי ה"ז שאילה בבעלים שיד העבד כיד רבו ודוקא שהעבד נשאל לו מדעת רבו אבל אם נשאל לו שלא מדעתו אינו יכול לחייב את רבו בלא דעתו ונ"ל דבהשאיל א"ע לעבדו של שואל בלא דעת השואל הוי שאילה בבעלים דודאי ניחא ליה להשואל דזכות הוא לו [וכ"מ מסס"מ ע"ס] :

יד אמרו חז"ל [סס לז:] דמלמד תינוקות והשתלן הנוטע אילנות לבני העיר והרופא המקיז דם לבני העיר והסופר שלהם כל אלו וכיוצא בהם יום שהוא יושב בו לעשות במלאכתו אם השאיל או השכיר לאחד מאלו שהוא עוסק בלאכתם ה"ז שמירה בבעלים ואפילו פשע בה השומר פטור והוא ששאל או שכר מהם חייב שאינם שאולים לו וי"א שבזמן הראוי למלאכה אע"פ שאינם עסוקים בה מ"מ הוי לגבייהו שאילה בבעלים לפי שאינו רשאי להשמיט א"ע מהמלאכה ההיא בכל עת שצריכים לו ואפילו אם צריכים לתת לו שכר מ"מ מוכרח הוא לעשות להם מלאכתם דדמי לשנים ששכרו איש אחד שכיר חדש או שכיר שנה שיעשה לכל אחד מהם המלאכה שצריך לה דבכל הזמן הזה הוי שאילה בבעלים לכל אחד מהם אפילו בשעה שאינו עוסק במלאכה של שואל זה מפני שמשועבד לו לכל הזמן הזה וה"ה בכל אלו אף בשעה שאין עוסקים בהמלאכה :

טו דבר פשוט שכל אומן בשעה שעוסק באומנתו של בעה"ב אם הוא שכיר יום אם שאל בעה"ב ממנו דינו כשאילה בבעלים אף שאינו עוסק בהמלאכה בשעה זו ואם הוא קבלן אין דינו כשאילה בבעלים אלא בשעה שעוסק בהמלאכה אבל בשעה שאינו עוסק אף דמוטל עליו לעשותה ולגמרה מ"מ כיון דיכול להניחה למחר אין זה כשאילה בבעלים ובעל עגלה בכל הזמן שהוא נוסע הוי דינו כשאילה בבעלים נגד מי שנוסע עמו אפילו בשעה שעומד במלון כיון שהוא מוכרח לנסוע עמו מיד [כ"ל] :

טז נ"ל דראובן ששאל משמעון ואשתו של שמעון במלאכתו של ראובן הוי שאילה בבעלים דאשתו כגופו ולא גריעה מעבד כנעני אבל בנו ובתו כשהם במלאכת ראובן אין זה שאילה בבעלים אפילו כשסמוכים על שלחנו ושלח אותם לעשות מלאכתו דכאחרים דמי ואשתו נמי דוקא כשהיא במלאכתו ע"פ צווי הבעל כבעבד כמ"ש בסעיף י"ג :

יז יראה לי דהרב הקבוע בעיר כששאלו ממנו אנשי העיר פטורים באונס ופשיעה דהרי הוא עמם במלאכתם בכל עת כשצריכים לשאול שאלה או ד"ת אמנם אם יש להרב שם עת קבוע להשיב להם אזי שלא בעת הקבוע אין דינו כשאילה בבעלים וכן דיינים הקבועים בעיר אבל הרב והדיינים ששאלו מהם חייבים ואף שבני העיר מצווים לעשות מלאכתם מ"מ כיון דהמנהג ליתן להם שכירות קבוע לא מקרי עמו במלאכתו וש"ץ הממונה שלא בשעת התפלה אינם שאולים זל"ז ובשעת התפלה נשאלים זל"ז [כס"מ] ויש מי שאומר שהש"ץ שאול להם אף שלא בשעת התפלה ולא נראה כן אם לא שיש לו עוד איזה שירות השייך כל היום במלאכה של אנשי העיר ולמה אמרנו שהרב אין אנשי העיר נשאלים לו ולהש"ץ הם כשאולים לו משום דשעת התפלה מוכרחים להיות בבהכ"נ ומקרו כשאולים לו אבל להרב אינם מוכרחים לשאול שאלות וד"ת בשאין להם מה לשאול ולדון

ולדון ושמש בהכ"נ הוי כשאול לכל בני הכנסת ולא הם לו ובלן בשעה שרוחצים במרחץ הוי כעמם במלאכתם להרוחצין שם באותה שעה ומשרת ומשרתת בבית בעה"ב נקראו בכל עת עמו במלאכתו וכן אנשים שהבעה"ב שוכרם לעסקיו הם בכל עת עמו במלאכתו וכן כל כיוצא בזה:

יח הרב השונה לתלמידיו אם הם צריכים ללמוד עמו בכל מסכת שירצה הוא ואף אם התחילו מס' אחת יכול לשנותה לאחרת אז הם כשאולים לו שהם עמו במלאכה ואם שאל מהם הוי שאילה בבעלים ואם הוא צריך ללמוד עמהם בכל מקום שירצו ללמוד אז הוא נשאל להם אפילו שלא בשעת הלימוד אם מחוייב ללמוד עמהם בכל עת שירצו ואם הדבר תלוי בשניהם כגון שהמס' שהתחילו יגמרו ואין הרב יכול לשנות המס' שלא מדעת התלמידים ולא התלמידים בלא דעת הרב אינם שאולים זל"ז כלל ולפני המועדים שדרך לדרוש להעם הלכות החג הוא נשאל להם:

יט כיון דקיי"ל דכשהיה עם השואל במלאכתו בתחלת השאלה ועם השוכר בתחלת השכירות ועם השומר בהתחלת השמירה מקרי עמו במלאכתו אע"פ שאח"כ נסתלק מהמלאכה לפיכך אמרו חז"ל עוד רבותא בענין זה דאפילו נגמרה זמן השאלה שהיתה בבעלים ולא השיבה להמשאיל ושאלה ממנו עוד זמן שלא בבעלים מ"מ נמשך הכל על שם השאלה הראשונה שהיתה בבעלים ופטור גם בשאלה השניה כיון שלא היה הפסק בין ראשונה לשניה וכן אם שכרה בבעלים וחזר ושכרה שלא בבעלים הוי שניה בבעלים כמו הראשונה ולא עוד אלא אפילו הראשונה שבבעלים היתה שאלה והשניה שכירות כיון שלא החזירה בינתים שכירות בשאלה מישך שייכי דאינו ניכר ההפרש דבין בשאלה ובין בשכירות הרי משתמש בה ובשכירות השניה לא נתחדש ענין חיוב עליו מה שלא היה בעת השאלה ואדרבא שהוקל חיובו שנפטר מחיובי אונסים והולך הכל על שם שאלה הראשונה אבל כשהראשונה היתה בשכירות בבעלים והשניה שאילה שלא בבעלים דעת הרמב"ם בפ"ב משאלה דהוי ספיקא דדינא דשמא כיון שנתרבה עליו חיובי אונסין בטלה שם שכירות ראשונה שהיה בבעלים ודעת הרא"ש והטור דגם זה נקרא בבעלים כיון דבגניבה ואבדה דין אחד יש להם הוי בכל החיובים בבעלים דאלו היה נגנב ממנו היה פטור מצד שכירות ראשונה שהיה בבעלים לכן גם באונס הדין כן כיון דשייך במקצת חיובים לראשונה שייך בכולהו וכ"כ רבינו הרמ"א בסעיף י"ד וכרמב"ם משמע דגם על גניבה הוי ספק מטעם שבארנו:

כ ולא לבד שהשניה תולין בראשונה אלא אפילו השלישית והרביעית עד לעולם כששם אחד להם כגון שאלה בניסן בבעלים ועד שלא החזירה שאלה לאייר בבעלים ועד שלא החזירה שאלה לסיון שלא בבעלים פוטרת שאילה בבעלים דניסן גם את השאילה דסיון אבל אם דאייר הפסיק בשכירות כגון ששאלה בניסן בבעלים ובאייר שכרה שלא בבעלים וכן בסיון אין שאלה דניסן פוטרת את שכירות דסיון ואע"פ ששכירות דאייר פוטרת כמ"ש מ"מ אין בכח שכירות דאייר למשוך גם שכירות דסיון כיון שהיא בעצמה אינה נפטרת ג"כ אלא בגרירה דניסן לא אמרינן גרירה דגרירה [ע' סמ"ע ס"ק] אבל כשסיון היתה שאלה הוה ספיקא דדינא דאולי נתלית השאלה דסיון על שם שאלה דניסן וחזרה שאלה למקומה ואין אנו צריכין לתלותה על שכירות דאייר וכן הספק בשכירות ושאלה ושכירות וכך אמרו חז"ל [צח ע"ב] שאלה בבעלים וחזר ושכרה שלא בבעלים וחזר ושאלה מהו אפסיקא לה שכירות דבינֵי ביני או הדרא שאלה לדוכתה ולכן שאילה בבעלים ושכירות שלא בבעלים ושאילה או שכירות ושאלה ושכירות הוי ספיקא דדינא ואם תפס לא מפקינן מיניה [טור] אבל שאילה בבעלים ואח"כ שכירות שלא בבעלים ואח"כ עוד שכירות נראה דודאי חייב בשלישית כמ"ש [סג"ה סס ואף שאח"כ מסתפק בזה אך מרש"י ותוס' סס מסמע להדיא כן ע"ס]:

כא לא אמרינן דשניה בראשונה מישך שייכי אלא להקל על השומר אבל לא להחמיר עליו כגון ששאלה שלא בבעלים ועד שלא החזירה חזר ושאלה בבעלים אין הראשונה גוררת את השניה לומר דכיון שבתחלה היה שלא בבעלים לא תיהני מה שאח"כ נעשה בבעלים דלהקל אמרינן ולא להחמיר דגזירת התורה היא דכל היכי דאיכא בעלים בין בראשונה בין בשניה פטור [תוס' סס]:

כב כמו שנתבארו דינים אלו בשואל ושוכר כמו כן בשומרין ואם נשתנה מש"ח לש"ש הוה כהשתנות משוכר לשואל דהא נתרבה חיובו בגניבה ואבדה וכשנשתנה מש"ש לש"ח הוי כמו משואל לשוכר ונ"ל דהראשונה אינו מושך את השניה אלא שאלה לשכירות או שכירות לשאלה וכן ש"ח לש"ש וש"ש לש"ח אבל שאלה ושכירות לשומר או שומר לשאלה ושכירות אינו מושך דשני ענינים הן וניכר ההבדל ביניהם דבשאלה ושכירות משתמש בה ובשומרין אסור להשתמש בה:

כג פטור דשאילה בבעלים וכל השומרים אינו אלא גניבה ואבדה ואונס ופשיעה אבל שליחות יד בשומרים וכן בשואל ושוכר כששינו בהמלאכה או גזלו מעט אין פטור דבעלים פוטרת אותם ודינם כגזלנים [קל"ח]:

כד בעל בנכסי מלוג של אשתו כששאל דבר ממנה או שכר פטור מכל דיני שמירה ואפילו פשע בהם ונאבדו פטור שהרי אשתו עמו במלאכתו שמשועבדת לו בכל שעה לעשות מלאכתו אבל היא ששאלה ממנו חייבת בדיני שמירה דאין הבעל עמה במלאכתה דאע"ג דמשועבד

דמשועבד לזונה ולפרנסה אבל למלאכה אינו משועבד לה אבל הבעל אע"פ שאינו אוכל פירותיה שהתנה עמו שלא יאכל הפירות מ"מ פטור מכל דיני שמירה מפני שהיא משועבדת למלאכתו ולכן אפילו אם היו שבורים או שאולים בידו ממנה קודם שנשאה שלא בבעלים ואח"כ נשאה מאותו שעה ואילך חשוב שאלה או שכירות בבעלים ונסתלקה שאלה או שכירות ראשונה שלא היה בבעלים [טור] ודעת הראב"ד בפכ"א מא ש"ת דין ט' דגם הבעל נקרא עמה במלאכתה ע"ש :

כה אשה ששאלה חפץ לזמן ובתוך הזמן נשאת לבעל משתמש בה הבעל כל ימי שאילתה כמו שהיורשים משתמשים כל ימי שאילתה כמ"ש בסימן שמ"א [נמק"י] ובזה לא דמי ליורש דיורש נתבאר שם שדינו כש"ש והבעל אינו מתחייב בכלום מפני שהבעל בנכסי אשתו דינו כלוקח כמ"ש באה"ע סימן צ' ודינו כשלו וז"ל הרמב"ם [שם] אשה ששאלה ואח"כ נשאת הרי הבעל כלוקח ואינו לא ש"ש ולא שואל לפיכך אם הדבר השאול בהמה ומתה הבעל פטור אע"פ שהוא משתמש בה כל ימי שאילתה אפילו פשע מפני שהוא כלוקח והאשה חייבת לשלם כשיהיה לה ממון ואם הודיעה את בעלה שהיא שאולה ה"ז נכנס תחתיה עכ"ל דס"ל דדוקא כשלא הודיעהו שהיא שאולה והשתמש בה אדעתא ששלה הוא ובשלה דינו כלוקח ולא קבל עליו שמירה כלל אבל כשהודיעתו שהיא שאולה אין שייך שיהיה כלוקח דבשלמא בנכסי עצמה תקנת חכמים הוא אבל של אחרים איך יהיה כלוקח ממנה בדבר שאינו שלה ומי מכרה לו ולכן כששאולה אצלו יש לו כח שלה ונעשה כשואל ודוקא שנשתמש בה לאחר שהודיעתו או שקבל עליו להיות הוא השואל דאל"כ אין ביכלתנו לחייבו בע"כ בשמירה דיכול לומר איני חפץ לא בשמירתה ולא בשימושה ולפ"ז לדעת הרמב"ם חמיר דינו מיורש דיורש אינו חייב באונסים והוא חייב והטעם דכמו שבנכסי עצמה יש לו כל זכותה עד שנעשה כלוקח ממנה כמו כן בשאילתה כשנתרצה בשימושה הוי ג"כ כמותה וחייב באונסין ואע"ג דיורש אינו חייב באונסים דהא לא שאלה שאני יורש דהוא יורש מדאורייתא אבל בעל בנכסי אשתו דתקנת חכמים היא א"א לתקן שישתמש בה ולא יתחייב באונסים [כנ"ל בביאור דבריו וע' בסמ"ע ובלח"מ] :

כו ועל מה שכתב דפטור משמירתה כשלא ידע ששאולה היא מפני שהוא כלוקח ולמה לא כתב הטעם מפני שמירה בבעלים כתב רבינו הרמ"א דלא מיפטר מטעם זה דאין החפץ שלה רק של המשאיל ואע"ג דאינו יודע מ"מ איך נפטרנו מפני שמירה בבעלים והרי אין בעל החפץ עמו במלאכתו ועיקר פטורו כיון שסבור ששלה הוא ובשלה הוה כלוקח ולא קבל עליו שמירה ומטעם זה כתב דגזלן שהפקיד או השאיל דבר הנגזל אע"פ שהיה במלאכת השואל חייב שואל באונסים דלא מקרי שאילה בבעלים אלא בבעל החפץ עצמו ודוקא שלא ידע שהיא גזולה והיה קודם יאוש דאי לאחר יאוש הרי החיוב הוא נגד הגזלן כמ"ש בסימן שס"א דכשאבל לאחר יאוש גובה הנגזל מהגזלן וכ"ש כשנאבד ממנו ונגד הגזלן הוי שמירה בבעלים ואם ידע שהיא גזולה הרי הוא שואל שלא מדעת בעלים והוי כגזלן אבל כשלא ידע שהיא גזולה אע"פ שהיה סבור שהיא של הגזלן והוי שמירה בבעלים מ"מ כיון שלפי האמת אינה שלו לא הוי שמירה בבעלים וחייב בכל דיני שואל [ע' כס"מ] :

כז ודע דכל מה שבארנו זהו לפי דעת רבותינו בעלי הש"ע שהלכו בשיטתו של הרמב"ם ז"ל אבל יש מרבותינו שדימו זה ליורשים [ר"ן ונמק"י] מתבאר מדבריהם שאע"פ שידע הבעל ששאולה או שכורה היא אינו מתחייב בשמירה כלל וכן משמע מהטור שכתב על דברי הרמב"ם שהראב"ד השיג עליו דדוקא כשקבל עליו להיות הוא השואל אבל בלא זה אינו חייב בשמירה אע"פ שמשתמש בה וכן משמע מרש"י ותוס' והרא"ש [שם ל"ז:] ע"ש ומפשטא דגמ' מוכח שם כן מדמדמי לה לשוכר פרה מחבירו והשאילה לאחר שנתבאר בסי' ש"ז והתם ידע השואל שאינה של השוכר והטעם נראה כמ"ש בסי' שמ"א ביורשים דכל ימי השאלה והשכירות הוי כקנוי לו ויורשים זכותו כמו כן הבעל שדינו כלוקח הוה כלקחה לזמן הזה ופטור מכל דיני שמירה ואע"ג דהיורש חייב כש"ש זהו מפני שהשואל מת וא"א להניח בידם בלי חיוב שמירה כלל אבל הכא הרי האשה קיימת ותשלם כשתגנב או תאנס ממנו :

כח ויש עוד מרבותינו שאומרים דאע"פ שפטור משמירה מ"מ חייב בפשיעה [תוס'] והטעם דכיון שיודע שאחר הזמן תחזיר להבעלים נהי דלא קבל עליו שמירה מ"מ א"א לפטרו כשיפשע בה דפשיעה קרוב למזיק ומטעם זה כתבו דלוקח בהמה לשלשים יום הוי ש"ח עליה דכיון דמחוייב להחזירה לאחר הל' יום מוטל עליו עכ"פ שלא יפשע בה אבל הרבה מרבותינו חולקים בזה וס"ל דאינו חייב בפשיעה ג"כ [רמב"ן ורשב"א ור"ן ונמק"י שם] וטעמם נראה דכיון שהיא קיימת תשלם ולמה לנו לחייבו בשמירה בשלא קבל עליו ולפ"ז יש לתמוה על רבותינו בעלי הש"ע שפסקו כהחולקים ופטור אף מפשיעה וכתבו דין דלוקח לשלשים יום שחייב בפשיעה וצ"ל דס"ל דאע"ג דהבעל פטור זהו מפני שהיא קיימת ותשלם אבל בלוקח הכל מודים ודע דזה דלוקח לשלשים יום חייב בפשיעה זהו בשלא אמר בלשון תנאי אבל אם אמר ע"מ שתחזירנו לי לאחר ל' יום חייב אפילו באונסים דכשלא החזירה הרי לא נתקיים התנאי דהא אפי' הקדישו אינו קדוש כמ"ש בסי' רמ"א וכ"ש כשנאבד לגמרי [קצה"ח] ובמה שכתבנו א"ש כל דברי רבותינו בעלי הש"ע [סמ"ע וט"ז ודברי הש"ך והגר"א ברורים ומה שפסקו על הרמב"ם והטור י"ל שסוברים ג"כ כהתוס' ומ"ש דבבעל בנכסי אשתו אין כ"כ הייני בנכסים מ"מ וכן מדוייק לשונם ודוק] :

בסי'

סימן שמז [דין הזיק שורו של שואל לשל משאיל או להיפך ובו ג' סעיפים]:

א בסי' שפ"ט יתבאר דשור שהזיק משלמים הבעלים בתם חצי נזק ובמועד נזק שלם ואם מסרו לשומר והזיק שור של אחר משלם השומר כדין הבעלים כמ"ש בסימן שצ"ו אבל הזיק שורו של שואל לשורו של משאיל או של משאיל לשל שואל יש בזה דינים אחרים שיתבארו לפנינו בס"ד:

ב כששאל או שכר פרה בסתם שלא דברו באופן השמירה וכן כשקבל עליו לשמור בסתם בין שהוא ש"ח ובין שהוא ש"ש אם הזיק שורו של השומר או של השואל והשוכר לשורו של הבעלים בין שהוא תם בין שהוא מועד משלמים נזק שלם והטעם דהא אם הוזק משור של אחר היו חייבים לשלם כל הנזק דהרי חייבים בשמירתו ואיך אפשר דכששורו של השומר עצמו הזיקו לא נחייבם בנזק שלם ואין לומר שלא קבלו השמירה רק שהוא לא יזיק אחרים ולא שלא יוזק דהרי מסתמא קבל עליו בין שלא יזיק בין שלא יוזק ולכן אם קבלו בפירוש רק שלא יזיק אחרים ולא שלא יוזק ואפילו לא אמרו בפירוש שלא קבלו שלא יוזק אך כיון שאמר שמקבלו שלא יזיק פירושו הוא שאינו מקבל עליו שלא יוזק דאל"כ לא היה לו לבאר כלל כיון דבסתמא כן הוא [סמ"ע] ובזה הדין שאם הזיקו שורו של שומר בתם משלם ח"נ ובמועד נ"ש ואין לומר שלא ישלם כלל כיון שלא קבל שלא יוזק דודאי לא גרע השור הנשמר משור דעלמא דהרי אם היה מזיק שור של השומר לשור דעלמא היה משלם כן ולמה יגרע שור זה ומה שלא קבל עליו שלא יוזק היינו מדין שמירה ביתרון משארי מזיקים אבל ככל מזיק דעלמא צריך לשלם אם לא שהתנה כן בפירוש שאפילו יזיקנו שורו שיפטר לגמרי:

ג ואם שור הבעלים שמסר להשומר הזיק שורו של שומר והשמירה היתה בסתם בין תם בין מועד פטורים הבעלים דכיון שהוא קבל שמירתו ואלו היה מזיק לאחר היה השומר חייב ואיך אפשר שכשיזיק את שור השומר שהבעלים יתחייבו ואם הזיק לשור של אחר משלם השומר בתם ח"נ ובמועד נ"ש דעליו מוטל לשמרו שלא יזיק וכמ"ש בסי' שצ"ו ואם קבל עליו לשמרו שלא יוזק ולא שלא יזיק או שאמר שלא יוזק וממילא נכלל שקבל עליו רק זה ולא שלא יזיק וכמ"ש בסעיף ב' והזיק לשורו של שומר משלמים הבעלים בתם ח"נ ובמועד נ"ש וכן אם הזיק לשור של אחר משלמים הבעלים כדין הזה דכיון שלא קבל עליו שלא יזיק הם כאחרים בדין זה ולא אמרינן נהי דלא קבל עליו שלא יזיק זהו כשיזיק לאחרים אבל כשיזיק שורו של שואל לא יתחייבו הבעלים דהרי בביתו הוא ועכ"פ מוטל עליו ששורו לא יוזק על ידו דאינו כן דכיון שלא קבל עליו שמירתו שלא יזיק נכלל בסתמא גם שורו של שומר אם לא שהתנה כן בפירוש [רא"ש פ"ק דב"ק סי' י"ז]:

הלכות גנבה

סימן שמח [איסור גנבה ומאיזה שעה מתחייב ודיני כפל ובו י"ז סעיפים]:

(הדינים האלה נוהגים במקומות שאהכ"י מתנהגים כד"מ וכד"כ ע"פ ד"ת לא כן בארצותינו אנו שכאן אל הדין העקרי דינא דמלכותא דינא)

א אסור לגנוב אפילו כל שהוא מדין תורה ואע"ג דבפחות משוה פרוטה אינו עובר על לאו דלא תגנובו דלאו ממון הוא מ"מ אסור מן התורה דחצי שיעור אסור מן התורה כבכל האיסורים ועוד דגם פחות מש"פ גזל הוא אלא דישראל מוחל על פחות מש"פ [סנהדרין נ"ז] ובעכו"ם עובר בלאו גם בפחות מש"פ [סמ"ע ועלמ"ג פ"א מגזלה]:

ב וכל הגונב אפילו רק שוה פרוטה עובר על לאו דלא תגנובו וחייב לשלם ואין לוקין על לאו זה דהוא ניתק לעשה לתשלומין ואין לוקין על לאו הניתק לעשה ואין חילוק באיסור גניבה בין שגונב מישראל ובין שגונב מעכו"ם או של הקדש ושל צדקות ובין שגונב מגדול ובין מקטן וטעות עובדי כוכבים אנשים הקדמונים כמו להטעותו בחשבון ולהפקיע הלואתו לא היה איסור בדבר ובלבד שלא יודע לו שלא יהא חילול ה' וי"א דאסור להטעותו ורק אם מעצמו טעה שרי כגון שעשה חשבון וטעה יאמר לו הישראל ראה שעל חשבונך אני סומך ובמקום חח"ש אסור מן התורה וכתבו הגדולים שראו בעיניהם שאותם האנשים שהרויחו מטעותים לא הצליחו ונכסיהם ירדו לטמיון ולא הניחו אחריהם ברכה ורבים

ורבים אשר קדשו שם שמים והחזירו טעותים בדבר חשוב וגדלו והעשירו והצליחו והניחו יתרם לעולליהם [ספר חסידים ובה"ג] והרי אפילו גניבת דעת אסרו חז"ל כמ"ש בסי' רכ"ח ובזמן הזה בכל מדינות אלו אסור מן התורה שום הטעאה והערמה ואין שום חילוק בין ישראל לאינו ישראל ויש מי שרוצה לומר דהשבה ליכא בעכו"ם ולא משמע כן מהפוסקים [ועמ"ש בסי' ש"ס]:

ג אסור לגנוב אפילו דרך שחוק ואפילו ע"מ להחזיר ואפילו אם רוצה להנהו רק שיודע שלא יקבל וגונב ממנו כדי לשלם לו כפל אסור וכ"ש הגונב כדי לצערו זמן מה ולהשיב לו אח"כ דאסור כדי שלא ירגיל עצמו בכך ובנים קטנים הרגילים לגנוב חייב האב ליסרם ולהכותם שלא ירגילו עצמם בזה וכן אסור ליטול אפילו את שלו מהגנב כשנוטלן דרך גניבה שלא יתראה כגנב אלא נוטלן בפרהסיא אא"כ אינו יכול להציל באופן אחר ובסי' ד' נתבאר כיצד עושה אדם דין לעצמו ובכל אלו שנתבאר אינו חייב באונסים אבל בגניבה ואבדה חייב דמי ישמור אותם [עקל"ח]:

ד איזהו גנב הלוקח ממון אדם בסתר ואין הבעלים יודעים ואפילו יודעים מזה כיון שהגנב מטמין עצמו כדי שלא יראוהו נקרא גנב ולא גזלן וכ"כ הרמב"ם בפ"א מגניבה דליסטים מזויין שגנב אינו גזלן אלא גנב אע"פ שהבעלים יודעים בשעה שגנב אלא שיראים לצאת מפני שהוא מזויין אבל אם לקח בגלוי ובפרהסיא בפני הבעלים אין זה גנב אלא גזלן ונ"מ דהגנב משלם כפל ובטבח ומכר משלם ארבעה וחמשה והגזלן אינו משלם אלא קרן וכך אמרו חז"ל [ב"ק עט:] מפני מה החמירה תורה בגנב יותר מבגזלן שזה השוה כבוד עבד לכבוד קונו וזה לא השוה ועליהם נאמר הוי המעמיקים מה' לסתיר עצה והיה במחשך מעשיהם [ולפני הרא"ב"ד והס"מ היתה נוסחא אחרת בהרמב"ם ע"ש]:

ה מאימתי קונה הגנב את הגניבה להתחייב עליה משעה שמשכה או הגביהה והגבהה קונה בכל מקום אפילו ברשות הבעלים או ברה"ר אבל משיכה אינו קונה אלא כשמשכה לרשותו או לסימטא או לחצר של שניהם כמ"ש בסי' קצ"ז ולכן אם משכה חוץ לרשות הבעלים לסימטא או לרשותו או לרשות שניהם קנה מיד אבל כל זמן שהיא ברשות הבעלים או ברה"ר אינו חייב עד שיגביהנה ואם הכניסה לרשותו אפילו לגגו חצרו וקרפיפו אם משתמרת שם חייב אע"פ שלא משך ולא הגביהה וזה שהצרכנו משתמרת זהו כשלא הכניסה בעצמו אבל אם הכניסה בעצמו קנה אע"פ שאינה משתמרת כיון שעומד בצדה כמ"ש בסי' רס"ח ואע"ג דגם שלוחו מהני כשעומד בצדה מ"מ בגניבה לא מהני דאין שליח לד"ע כמו שיתבאר וממה שכתב הרמב"ם בפ"ג מגניבה ויתבאר בסי' שנ"א משמע דס"ל דלענין חיוב אונסין קונה במשיכה אף לרה"ר ויש עוד מרבותינו שסוברים כן [תוס' כתובות לא: וב"מ נט:] ואם נכנסה מעצמה לרשותו וחשב לגנבה אינו נעשה גנב במחשבה עד שיעשה מעשה שינעל בפניה אבל בלא זה לא אע"ג דבמציאה קנה כה"ג [קל"ח]:

ו ומה משלם הגנב כפל דכתיב אם המצא תמצא בידו הגנבה וגו' שנים ישלם ותשלומי כפל נוהג בכל דבר ואם גנב שור או שה וטבחו או מכרו משלם על השה ארבע שיות או שויים ועל השור חמשה דכתיב כי יגנוב איש שור או שה וטבחו או מכרו חמשה בקר ישלם תחת השור וארבע צאן תחת השה ואינו חייב ד' וה' בשום בעל חי רק בשור ושה בלבד מדכתבה התורה שני פעמים שור ושה ש"מ שור ושה אין מידי אחרינא לא [ב"ק סז: ע"ש] וכפל משלם בכל דבר דכתיב על כל דבר פשע וגו' ישלם שנים לרעהו:

ז וכתב הרמב"ם בפ"א אחד האיש ואחד האשה שגנבו חייבים לשלם תשלומי כפל ותשלומי ד' וה' היתה א"א שאין לה לשלם הרי הכפל עליו חוב עד שתתגרש או ימות בעלה וב"ד נפרעים ממנה וקטן שגנב פטור מן הכפל ומחזירין לו דבר הנגנב ממנו ואם אבדו אינו חייב לשלם אף הקרן ואף לאחר שהגדיל עכ"ל דמעשה קטן לאו כלום הוא עוד כתב העבד שגנב פטור מן הכפל ובעליו פטורין שאין אדם חייב על נזקי עבדיו אע"פ שהם ממונו מפני שיש בהם דעת ואינו יכול לשמרן שאם יכעיסנו רבו ילך וידלק גדיש באלף דינר וכיוצא בזה משאר נזקין נשתחרר העבד חייב לשלם את הכפל עכ"ל וגם בהזיקו בשוגג פטור האדון מטעם שיתבאר בסי' שפ"ט סעיף ה' ע"ש:

ח עוד כתב דראוי לב"ד להכות את הקטנים כפי כחם על הגניבה כדי שלא יהיו רגילין בה וכן אם הזיקו שאר נזקין וכן מכין את העבדים שגנבו או שהזיקו מכה רבה כדי שלא יהיו רגילין להזיק עכ"ל ואף דאין כפל נוהג עתה דאין דנין דיני קנסות בזה"ז כמ"ש בסי' א' מ"מ יש נ"מ גם בזמה"ז לענין תפיסה כמ"ש שם ולכן כתבם הטור ועוד דהחושש לנפשו יקיים כל הקנסים שקנסה התורה ורז"ל דהן אמת דאין ביכולת הב"ד לגבותם אבל בדיני שמים חייב כמ"ש שם:

ט אין הגנב מתחייב בכפל וד' וה' אלא ע"פ עדים שאם באו עדים והעידו שגנב משלם כפל ואם באו והעידו שגנב שור או שה וטבחו או מכרו משלם ד' וה' אפילו אם שנים העידו על גניבת השה ושנים אחרים העידו על מכירתה וטביחתה מצרפים העדים לחייבו בד' וה' ואין זה חצי דבר כמ"ש בסי' ל' אבל הגנב שהודה בעצמו שגנב פטור מן הכפל וכן אם הודה שגנב וטבח ומכר פטור מד' וה' ואינו משלם אלא הקרן דמודה בקנס פטור דכתיב בכפל אשר ירשיעון אלהים ולא המרשיע א"ע ואפילו מודה בקנס ואח"כ באו עדים פטור ודוקא בשחייב עצמו בקרן בהודאתו כגון שהודה שגנב וטבח או מכר שנמצא שחייב עצמו בקרן אבל

אם

אם אמר לא גנבתי ובאו עדים שגנב והודה שטבח ומכר ואח"כ באו עדים שטבח ומכר חייב בד' וה' דהא לא התחייב א"ע כלום בהודאתו דלא אמרינן מודה בקנס ובאו עדים פטור אלא היכא דאיכא קרן וקנס דנתחייב ממון בהודאתו ונתכוין להחזיר ממון דאל"כ אין זה רק הערמה בעלמא [ערס"י ב"ק עס' ד"ס ססרי ורמב"ס פ"ע מסבועות ה"ד ומל"מ פ"ג מגניבס ה"ח ויס"ס מרובס סי' כ"ו וטוב"י מס"ת חס"ע סי' כ"ג ולפמ"ס ח"ס ודוק]:

י אין מודה בקנס פטור אלא כשהודה בפני ב"ד סמוכים ובמקום ישיבת הב"ד דהא ממעטינן מאשר ירשיעון אלהים והיינו סמוכים וכן כשאינם במקום ישיבת הדיינים אין שם ב"ד עליהם לפיכך האידנא אין מועיל שום הודאה ליפטר מקנס [טור] ועמ"ש בסי' א' ועוד יתבארו דיני כפל בסי' ש"ן ושנ"א ושנ"ב בס"ד:

יא ואלו התשלומין בין קרן בין כפל וד' וה' אם יש לו מטלטלין גובין מהן ואפילו יש לו מעות אינו יכול לכופו ליתן לו מעות דוקא ואם אין לו מטלטלין רק קרקעות גובין מעדיות שלו כנזקין דכתיב בהו מיטב שדהו ומיטב כרמו ישלם ומטלטלין כל מילי מיטב הוא מפני שיכול למכרן במקום אחר וכבר בארנו בסי' רצ"א סעיף י"ז די"א שאם יש לו מעות או קרקע אינו יכול לשלם במטלטלין ע"ש ואם אין לו מה לשלם מדין תורה שמוכרין אותו לעבד כדכתיב ונמכר בגנבתו ואינו נמכר רק בעד הקרן דדרשינן בגנבתו ולא בכפלו ואינו נמכר בעד גניבת הקדש ועכו"ם [רמב"ס] אלא ה"ז חוב עליו עד שיעשיר [סס פג] והטעם נ"ל משום דממעטינן בגניבתו ולא בכפילו והרי בהקדש ועכו"ם ליכא כפל [ובגמ' לח מלחתי דין זס] והאשה אינה נמכרת בגניבתה ודבר זה מפי הקבלה בגניבתו ולא בגניבתה [ספ"ג דסוטס] ואין דין עבד עברי נוהג אלא בזמן שהיובל נוהג ויוצא ביובל ובזמן הזה אין דין זה ונשאר חוב עליו וכשירויח או יירש ישלם אף לאחר זמן וכשיחוש לנפשו ישלם גם כפל וד' וה' כמ"ש וכשהוקר או הוזל או השביחה או נתקלקלה איך ישלם יתבאר בס"ד בסי' שנ"ד:

יב ראובן שראה איך שמעון נכנס לבית לוי וגנב חפצים ובאו החפצים ליד ראובן אם ראובן יודע בבירור שגנבם מחוייב להחזירן ללוי ואם החזירן להגנב חייב לשלם ללוי דלא גרע משומר אבידה שחייב להחזיר להבעלים ואם אבדם ראובן גובה לוי ממי שירצה כדין גזל ולא נתיאשו הבעלים ובא אחר ואכלו רצה מזה גובה רצה מזה גובה כמ"ש בסי' שס"א ודוקא כשברור לראובן ששמעון גנבן אבל אם ספק הוא בידו כגון ששמעון א"ל שמגיע לו מלוי אע"פ שנטלם כגנב ובחשאי מ"מ אם החזירן לשמעון אין לוי יכול להוציאן מראובן בדין אלא יעמוד בדין עם שמעון דכיון דלפי דברי שמעון יש לו טענה על לוי ואם היה ראובן מחזירם ללוי היה שמעון עויין אותו תמיד והיה תופס כנגד זה משל ראובן אין ראובן מחוייב להציל את לוי בממונו ומ"מ אם ביכולת ראובן לכופו לשמעון עי"ז שיעמוד בדין עם לוי מחוייב לעשות כן ואם לא עשה כן חייב בד"ש דלא גרע מגרמא בנזקין [נ"ל]:

יג ודוקא כשלא היה מסייע בהגניבה סיוע שיש בה ממש כמעשה שהיה בראובן שתבע לשמעון שנכנס לחדרו וגנב ספריו והוציאן מרשותו והשיב שמעון אמת שהוצאתים אבל כך היה המעשה שכלתך שהיא קרובתי בקשני לסייע לה להוציאן כי לא יכלה שאתם לבדה ולא ידעתי של מי הם הספרים שלה או שלך וגם לא הגבהתים אלא היא הגביהה כל ספר ונתנתם לי ופסק הרא"ש ז"ל דראובן גובה ממי שירצה וזה שאמר שלא ידע של מי הם אין בטענתו ממש דחזקה כל הנמצא בביתו של אדם שלו הוא והוי כידע שהם של ראובן ואע"פ שהיא עשתה הקנין של הגבהה מ"מ הרי היא לא יכלה בעצמה להוציאן ונחשבו כמו ששניהם גנבום ולכן יגבה ראובן או מכלתו שהספרים כעת ברשותה או משמעון ודוקא כשלא יכלה להוציאן לבדה אבל אם היה ביכלתה להוציאן לבדה והוא סייעה להוציאן אע"פ שעשה איסור לסייע ידי עוברי עבירה מ"מ אינו חייב לשלם כשאין הגניבה עתה ת"י דמסייע אין בו ממש כשביכולת הראשון לעשות לבדו והוא לא כוון לגנבם אא"כ הגניבה ת"י דאז מחוייב להחזיר לבעלים ואם לא עשה כן גובין הבעלים ממנו כשירצו כמ"ש בסעיף י"ב אבל אם כוון גם הוא לגנוב והיה שותף בהגניבה חייב גם בכה"ג דשותפין שגנבו חייבין שניהם ועמ"ש בסי' שנ"ב סעיף י"ג [וכ"מ מלשון תסו' סרח"ט סבטור ועח"ס סי' קל"ג]:

יד פסק אחד מהגדולים דשנים שגנבו יכול לתבוע כל הגניבה מאחד מהם דנעשו אחראין וערבאין זל"ז ואפילו אם ברח אחד מהם יכול לגבות מהשני כל הגניבה דלא גרע משנים שלוו שבסי' ע"ז ואפילו לאותה דעה שיתבאר בס"ס ת"י בשנים שהזיקו דאינו גובה כל הנזק מאחד נזקין שאני שלא עשו משום הנאת עצמם אלא הזיקו לאחרים משא"כ בגניבה וכן עיקר לדינא דלא כיש מי שחולק בזה:

טו וכן אם הגנב הטמין הגניבה והוצרך לצאת מן העיר שלא היה ביכלתו להבריח הגניבה בעצמו מהעיר ושלח אח"כ איש אחד להביא לו הגניבה חייב השליח לשלם דהוא עיקר הגנב מאחר שידע שהיא גנובה כ"כ רבינו הרמ"א ומזה למדנו וגם ממ"ש בסעיף י"ב דאותם האנשים שמקבלים תדיר גניבות מהגנב דינם כגנב עצמו והבעלים יכולים לגבות מהם ועונשם גדול מנשוא והם הגורמים לגניבות דלאו עכברא גנב אלא חורא גנב ועמ"ש בר"ס שנ"ח ואין חילוק בין גניבת ישראל לגניבת עכו"ם ואפילו היה להגנב איזה טענה על

הבעלים

הבעלים אסור לקבל הימנו הגניבה ונחשב כאלו הוא גנבו [נס"מ]:

טז השולח את חבירו לגנוב אין המשלח חייב דאין שליח לדבר עבירה וכן המראה לחבירו מקום לגנוב כמו אם הראה לו מחתרת ג"כ פטור מהאי טעמא וגם אפילו במקום שהמשלח חייב ע"פ אופנים שנתבארו בסי' קפ"ב פטור במראה מקום לגנוב דדוקא בשולחו חייב אבל מראה מקום אין זה אלא גרמא בנזקין ולא דמי למראה דסי' שפ"ח דחייב מדיני דגרמי דהתם ברי הזיקא אבל הכא שמא לא יגנוב [ס"ך]:

יז וכתב רבינו הרמ"א מיהו אם השליח אינו בר חיובא י"א דהמשלח חייב עכ"ל וממקור הדין מתבאר דכוונתו כשהשליח לא ידע שהוא גנוב וזה מקרי אינו בר חיובא דכיון שאינו יודע שהיא גנובה לא שייך לומר דברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין וכבר בארנו זה בסי' קפ"ב סעיף י' וי"א דלעולם אין המשלח חייב אפילו כשהשליח אינו יודע ורק בחצר חייב המשלח אע"ג דאיתרבו משום שליחות מ"מ כיון דבע"כ ניתן בו חייב וכבר בארנו שם דרבים חולקים בזה וכ"כ המרדכי [ב"מ פח] שאם ראובן אמר לשמעון קח לי שור בבית לוי שהשור שלי ונמצא אח"כ שלא היה שלו שנתכוין לגנבו חייב ראובן בכל האחריות כיון ששמעון לא ידע שהיא גנובה וכן עיקר לדינא ואשה שמכרה חפצים והבעל אומר שגנבתם ממנו נתבאר באה"ע סי' פ"ו:

סימן שמט [דין אשה ועבד וקטן שנגנבו ובו ה' סעיפים]:

א כבר נתבאר דאין חילוק בין איש לאשה בתשלומי גניבה ואע"ג דכתיב כי יגנוב איש דהשוה הכתוב אשה לאיש לכל עונשין ולכל דינין שבתורה [ב"ק טו׳] ומאי דכתיב איש למעוטי חרש שוטה וקטן שאינם בני דעת ופטורין מתשלומין אפילו לכשיגדל הקטן ויתפקח החרש וישתפה השוטה רק אם הגניבה בעין או שהחליפו הגניבה על דבר אחר או מכרוה והדמים בעין מחזירין הקרן להבעלים ואם אין ביכולת להשיג הגניבה עצמה ממי שהחליפו או מכרו לו מחזירין הדמים או החליפין:

ב אבל אשה חייבת בתשלומין כאיש רק אם היא א"א אין לה במה לשלם דמה שקנתה אשה קנה בעלה אא"כ יש לה נכסים שאין הבעל אוכל פירות ושהתנו כן קודם הנשואין שלא יאכל פירות ופירי פירות ושאם תמות לא יירשנה כמ"ש באה"ע סי' צ"ב או שאחר נתן לה במתנה ע"מ שאין לבעלה רשות בהם ושתשלם החוב אבל בלא זה נשאר הקרן והכפל ע"יה חוב עד שתתאלמן או תתגרש ותטול כתובתה ותשלם ויקח הנגנב עתה פס"ד שמגיע לו כך וכך ופשיטא שאם הקרן או חלופיו בעין שמשלמת הקרן מיד ובסי' תכ"ד יתבאר דאשה שיש לה נכסי מלוג או צאן ברזל והוא הנדוניא שהכניסה לו או שהבעל כתב לה תוספת על כתובה דאורייתא יש עצה לגבות עתה ממנה שתמכרם לאחר על הספק שאם תמות קודם יירשנה בעלה ואם הוא ימות קודם ישלם הלוקח ולוקחם בדבר מועט ואותו הדבר תשלם עתה בעד הגניבה אבל הכתובה לא תמכור באופן זה מטעם שיתבאר שם ויש חולקים בנכסי צאן ברזל ובתוספת כתובה דחששא דכתובה יש בהם ג"כ דעיקר החשש הוא משום שבודאי תמחול הכתובה לבעלה וקיי"ל בסי' ס"ו המוכר שט"ח לחבירו וחזר ומחלו מחול וחששא זו עצמה יש בהם ג"כ [ס"נ פ' החובל]:

ג גם בעבד הדין כמו האשה שחייב בתשלומין ואין לו ממה לשלם ונשאר חוב עליו עד שישתחרר ואם הקרן או חלופיו בעין מוציאין עתה ממנו ואם אחד נתן להעבד מתנה ע"מ שאין לרבו רשות בו וישלם הקרן והכפל ישלם עתה וכבר נתבאר בסי' שמ"ח שראוי לב"ד להכות את הקטנים והעבדים על גניבות וגזילות ונזקין שלא ירגילו בזה ע"ש:

ד מעשה באשת ראובן שהשאילה לאשת שמעון כלי כסף וכלי זהב ויצא קול בעיר שנגנבו החפצים מאשת שמעון וכשתבעה אשת ראובן חפציה אמרה אשת שמעון מה אעשה כי אין לי במה לשלם שהכל של בעלי והבעל אומר איני צריך לשלם מה שאשתי עשתה שלא מדעתי ופסק הרא"ש דודאי כן הוא שאין על הבעל לשלם אמנם במעשה זה חשדו בעיר שהבעל יודע מהחפצים מה נעשה בהם ואולי יש ביה איזה הערמה ולכן ישבע הבעל שאינם ברשותו עתה ואינו יודע היכן הם ושלא שלח בהם יד דאם שלח יד יותר מכפי רשיון המשאלת חייב אף באונסים ושלא פשע במה שנגנבו והיא תשבע שאינם ברשותה אבל שלא פשעה לא תשבע שהרי גם באונסים חייבת ויכתבו עליה פס"ד שחייבת כך וכך לכשתתאלמן או תתגרש והשבועות שלו הם רק היסת דאינו שומר להתחייב בשבועת השומרים ואע"ג דלפ"ז לא היה לנו להשביעו בטענת ספק אך כיון שיש רגלים לדבר משביעין גם על טענת ספק ומשמע עוד מתשובתו של הרא"ש שאף אם לא היו חושדים את הבעל בעיר שיודע מהחפצים מ"מ היו משביעים אותו דכיון שהודה שהחפצים באו לרשותו ועתה אינו יודע היכן הם ואין ביכלתו לברר הגניבה יש לחשדו בהערמה ומשביעין אותו היסת דהרא"ש בתשובתו לא הזכיר מה שחושדין אותו בעיר

וכן

וכן משמע מדברי רבינו הב"י בסעיף ב' שלא הזכיר החשד:

ה ורע דרבינו הב"י לא כתב שישבע רק שאינם ברשותו ושלא שלח בהן יד אבל שבועה שלא פשע לא כתב דהא הבעל אינו שומר שיתחייב בפשיעה [בד"ס] ויש מי שרוצה לומר דהוי כשומר אף שלא קבל עליו השמירה ואין טעם כלל לחייבו כשומר ונ"ל דהרא"ש דקדק בדבריו שכתב שישבע שלא פשע במה שנגנבו ואין כוונתו שמירה מפשיעה שע"י זה נגנבו דודאי פטור בכה"ג אלא כוונתו דאולי פשע בכוונה כדי שיגנבו ליקח חלק אצל הגנב וכיוצא בזה:

סימן שנ [דיני ארבעה וחמשה ודין טובת הנאה ובו י"ג סעיפים]:

א גנב שטבח ומכר בין לפני יאוש בין לאחר יאוש חייב בד' וה' ואע"ג דמכירה שקודם יאוש אינה מועלת דהלוקח לא קנה בזה כמ"ש בסי' שנ"ג מ"מ מדכתיב וטבחו או מכרו ובטביחה אין חילוק דקונה בשינוי כמו כן אין חילוק במכירה אע"ג דלא אהנו מעשיו [ב"ק סח:]:

ב גנב שור של שני שותפים וטבחו או מכרו והודה לאחד מהם דפטור מד' וה' כמ"ש בסי' שמ"ח ולהשני כפר ואח"כ באו עדים שטבח או מכר משלם להשני שכפר חמשה חצאי בקר דסברא הוא לשלם כפי מה שגנב ונתחייב [תוס' ב"מ לו'] ואע"ג דהודאה לא הוי אלא בב"ד וממילא כשהודה לאחד שגנבו וטבחו הרי הודה על כל השור מ"מ כיון שזה תבעו בב"ד זה והשני תבעו בב"ד אחר וכפר והודה חייב על חלקו [ב"ח] שאין לנו לילך רק אחר הב"ד שדנים הדין והב"ד הראשון דנו על חלק האחד ופטרוהו מפני הודאתו ואם גם השני היה תובעו אח"כ לב"ד זה ג"כ בודאי היה פטור ממנו דבזה הב"ד אינו יכול לכפור אבל כיון שתבעו לב"ד אחר שאינם יודעים מהודאתו וכפר ובאו עדים חייב בחלקו [קלס"ח]:

ג כשם שחייבה תורה במכירה כן חייבה במתנה דכיון שהוציאה מרשותו ומסרה לאחר חייב ולכן אמרו חז"ל [ב"ק עח:] גנב ונתן לאחר או שפרע בחובו או החליפו בחפץ אחר או מכרו בהקפה או שלחו סבלונות לבית חמיו ואף אם שילם בה בעד מצוה חייב ואם מכרה לאחד שלא תהא קנויה לו אלא לאחר ל' יום ובתוך השלשים יום הכירוהו הבעלים ולקחו הגניבה אינו משלם אלא כפל דהא עדיין לא נתקיימה המכירה ואפילו אמר מעכשיו ולאחר ל' לא מהני [כ"ל] וכן אם לא מכרו רק לשלשים יום למלאכה אין זה מכירה וכן אם שייר לעצמו אפילו אחד ממאה שבו או שמכרו חוץ מיד או רגל או ששייר מכל דבר הניתר עמו בשחיטה פטור מד' וה' דבעינן שימכרנו כולו אבל אם שייר לעצמו קרנה וגיזתה אין זה שיור וחייב ולדעת הרא"ש גם זה הוי שיור אבל כשהיתה חסרה בעצמותה כגון שהיתה קיטעת או סומא או טריפה חייב דמה שגנב מכר:

ד שותף שגנב מחבירו וטבח ומכר פטור מד' וה' דבעינן וטבחו או מכרו כולו ולא חציו והרי חציו שלו לפיכך בן שגנב שור מאביו ומת אביו ואח"כ טבח ומכר אינו משלם להאחים ד' וה' כיון שעתה יש לו חלק בו אבל אם טבח ומכר ואח"כ מת אביו חייב ואפילו היה אביו חולה או גוסס בשעה שטבח ומכר כיון דבשעת מעשה לא היה שלו [כ"ל]:

ה גנב בהמה שלמה וקטע ממנה אבר ומכרה נשאר בש"ס שם בספק מי אמרינן כיון דלא מכר מה שגנב פטור מד' וה' או דילמא כיון שמכר כל הנמצא בה עתה חייב וכן נשאר בספק במכרה מעכשיו אך ששלשים יום יעשה בה הגנב מלאכה אם דינו כמכרה לאחר ל' יום ופטור כשנמצא הגניבה בתוך השלשים יום או דילמא כיון שהמכירה נגמרה מעכשיו וזה שעושה בה מלאכה אינו אלא כתנאי בעלמא וחייב וכן אם מכרה מעכשיו והתנה עמו שאם לא ישחטנה מיד שיהא הריוח שירויח במלאכתה של המוכר או שמכר חוץ מעוברה הוי ספק אם זהו שיור אם לאו ופסק הרמב"ם ז"ל בפ"ב דאם תפס אין מוציאין מידו והולך לשיטתו דגם בבעיא דגמ' מהני תפיסה ויש חולקים בזה כמ"ש בכ"מ:

ו אע"ג דאין שליח לדבר עבירה מ"מ בטביחה ומכירה אם עשה שליח שימכרנה או יטבחנה חייב המשלח בכל ענין כששלוחו מכרה או טבחה דהתורה גזרה כן מדכתיב וטבחו או מכרו ומכירה א"א בעצמו דהא יש קונה ומדחייבתו התורה בזה ש"מ דגם בטביחה ע"י אחר או אם עיקר המכירה היה ע"י אחר ג"כ חייב ולכן שותפים שגנבו אם אחד מהם טבח או מכר לדעת חבירו משלמים בין שניהם אבל אם עשה שלא מדעת חבירו פטור גם על חלקו דהא ליכא וטבחו כולו בחיובא וזה שחייבנו בסעיף ב' לשלם חמשה חצאי בקר זהו כשגנב בהמת השותפין וטבחו ואח"כ הודה לאחד מהם על חלקו דבשעת טביחה הוי כולו בחיובא משא"כ כאן [רס"י סס]:

ז גנב שעמד בדין עם הבעלים כגון שהיה לו איזה טענה והפסיד בטענתו וא"ל הדיין צא תן לו ואח"כ טבח ומכר פטור מד' וה' ואם א"ל חייב אתה ליתן לו ואח"ב

ואח"כ טבח ומכר חייב דחייב א"ה ליתן לו לא הוה גמר דין כמ"ש בסי' ע"ט ולכן עדיין דין גנב עליו אבל בצא תן לו כשלא השגיח וטבח ומכר אין זה גנב אלא גזלן וגזלן פטור מד' וה':

ח שחטה הגנב ונתנבלה בידו או הנוחר או שעקר הסימנים פטור דאין זה טביחה כלל אבל השוחט לרפואה ולכלבים ושנמצאת טריפה והשוחט כלאים חייב דיש ע"ז שם טביחה ואפילו שחיטת טריפה שאינה ראויה לאכילה מ"מ הא קיי"ל דשחיטה שאינה ראויה שמה שחיטה מפני ששחיטתה מועלת לטהרה מטומאת נבילות כמ"ש הרמב"ם בפ"ב מאה"ט וכ"ש לרפואה ולכלבים שהרי יכול לאכול ממנה אף שלא היתה כוונתו לאכלה וכן כלאים אע"פ שפסולה לקרבן כמ"ש הרמב"ם בפ"ג מאיסורי מזבח מ"מ להדיוט כשרה:

ט גנב ברשות הבעלים וטבח ומכר חוץ מרשותם או שגנב חוץ מרשותם וקנאה במשיכה וטבח ומכר ברשותם חייב בד' וה' אבל גנב וטבח ומכר ברשותם ולא הגביה הגניבה בידו שיקנה אותה בהגבהה פטור מפני שלא קנאה קודם הטביחה והמכירה ונמצא שטבח ומכר מה שאינו שלו ואם היה העדר ביער כיון שהכיש הבהמה במקל או בקול והטמינה בין האילנות חייב בכפל אע"פ שלא משכה שזהו משיכתה ואע"פ שראוהו בשעה שעשה זאת מ"מ כיון שעשה בהסתר אין זה גזלן אלא גנב כמ"ש בסי' שמ"ח ואם טבח ומכר שם חייב בד' וה':

י גנב שגנב מן הגנב אפילו אחר שנתייאשו הבעלים אינו חייב בכפל ובד' וה' לא להבעלים ולא להגנב הקודם דמהבעלים הא לא גנב ולהראשון אינו משלם שהרי עליו להחזירה ולא קנאה הגנב הקודם ואם גנב וטבח ובא אחר וגנבו ממנו אחר הטביחה הראשון משלם להבעלים ד' וה' והשני משלם כפל לראשון שהרי קנאה בשינוי וא"צ לשלם להבעלים רק דמים ואם גנב ומכרו ובא אחר וגנב מהקונה הגנב הראשון משלם ד' וה' והשני אם גנבה אחר יאוש משלם כפל להקונה שהרי הקונה קנאה ביאוש ושינוי רשות והיאוש צריך להיות קודם המכירה לדעה אחת שיתבאר בסי' שנ"ג ואם גנבה קודם שנתייאשו הבעלים פטור מכפל דהרי מוחזרת להבעלים:

יא הגונב עבדים שטרות וקרקעות פטור מכפל דנתמעטו מדין כפל כמו לשר"א כמ"ש בסי' צ"ה וכן הגונב מן ההקדש ומן העכו"ם פטור מכפל שאינו משלם אלא קרן מדכתיב בכפל רעהו וכתיב וגונב מבית האיש ולא מבית הקדש וממילא דפטור גם מד' וה' דהכפל נכנס בחשבון ד' וה' וכיון דליכא כפל בהברח שתהיה התשלומי ג' וד' והתורה אמרה ד' וה' ולא ג' וד' ואם גנב פטר חמור וקודם שנפדה משלם כפל ואע"פ שעכשיו אינו שלו ראויה להיות שלו אחר שיפדנו ואע"ג דקיי"ל דאסור בהנאה קודם פדייה כמ"ש ביו"ד סי' שכ"א מ"מ מדבידו לפדותו אינו דומה להקדש אלא לחולין ומקרי שלו לענין כפל [בכורות י"א] אע"ג דאם קידש בו אשה אינה מקודשת [קדושין נו:]:

יב כתב הרמב"ם ז"ל [סס] גנב וטבח ומכר ואח"כ הקדישה משלם תשלומי ד' וה' אבל גנב והקדיש ואח"כ טבח ומכר אע"פ שהקדישו קדשים קלים משלם תשלומי כפל ואינו משלם תשלומי ד' וה' בד"א כשהקדישו אחר יאוש אבל אם הקדישו לפני יאוש אינו קדוש ואם טבח או מכר משלם תשלומי ד' וה' הקדישו הבעלים כשהגנבה עדיין ביד הגנב אינו קדוש לפי שאינו ברשותו ואע"פ שלא נתייאשו ואם טבח הגנב או מכר אפילו אחר הקדישן משלם תשלומי ד' וה' עכ"ל וי"א דגנב שהקדישו לבדק הבית משלם תשלומי ד' וה' דהוי כמכירה דמה לי מכרו להדיוט ומה לי מכרו לשמים אבל הקדישו לקרבן אין זה כיציאה מרשותו דהא לקרבנו נדר [ראב"ד] עוד כתב דגנב ושחט חולין בעזרה משלם תשלומי ד' וה' ואע"פ שחולין שנשחטו בעזרה אסור בהנאה הואיל ואיסורן מדבריהן ה"ז חייב עכ"ל:

יג כתב הרמב"ם ז"ל [סס] גנב תרומה מבעליה הישראלים שהפרישוה אינו משלם תשלומי כפל שאין להם בה אלא טובת הנאה וטובת הנאה אינה ממון עכ"ל והרבה מרבותינו חולקים עליו וס"ל דטובת הנאה ממון וגדולי האחרונים הסכימו לדעת הרמב"ם ולי נראה דעכ"פ ספיקא דדינא הוא דמהש"ס [בכורות כז] מוכח להדיא דהוי ממון דקאמר שם ישראל שהפריש תרומה ומצאו ישראל אחר וא"ל הא לך סלע ותנהו לבן בתי כהן וכו' עוד שנינו [ערכין כח:] אומרים כמה אדם רוצה ליתן בו וכו' והרמב"ם ז"ל בפי"ב דתרומות כתב על זה דדוקא כשהבעלים רוצים ליתנם לאחד משני כהנים אלו בחנם וא"ל הא לך סלע ותן לזה אבל הבעלים שאמרו לכהן הא לך חלק זה בטובת הנאה ה"ז אסור עכ"ל וזהו דרך הירושלמי [נדרים פי"א ה"ג] שנחלקו אם מותר ליקח ממון בעד טובת הנאה והש"ס שלנו סובר דיכולים ליקח [וכ"מ מרמב"ן בכורות רפ"ד וברא"ש ואדרבא מש"ס שלנו מבואר דלכ"ע יכולים ליקח ממון ומ"מ נחלקו אם טובת הנאה ממון אם לאו ונ"ל דלכן פסקו רבותינו דהוי ממון משום דלהירושלמי מתבאר דאם יכולים ליקח ודאי הוי ממון והש"ס שלנו סובר דיכולים ליקח ולכן אף שבזה יש פלוגתא אם הוה ממון אם לאו פסקו דהוה ממון ויותר משמע מב"מ יא: דאע"ג דהוי ממון מ"מ לא לכל דבר הוא כמו לקנות בחליפין ובאגב ומנדרים פד: אין ראיה דהוה ממון דבהם משום דויתור אסור במדה"ג אבל בשארי דברים לא הוה ממון ולהרמב"ם בע"כ צ"ל כן עס"ך ודוק]:

סימן שנא [דין גונב בשבת וגונב חלב ואכלו ועושה שליח בשבת ובו ח׳ סעיפים]:

א קיי״ל דאין אדם לוקה ומשלם כמ״ש בסי׳ של״ח וכן אין אדם מת ומשלם ויש יתרון למיתה ממלקות דבמלקות אם לא התרו בו חייב בתשלומין ובחיוב מיתה אע״פ שלא התרו בו ואפילו היה שוגג פטור מתשלומין [כתובות ל״ס] לפיכך גם בזמה״ז אם עבר עבירה שיש בה חיוב מיתה פטור מתשלומין ואפילו לצאת י״ש אינו חייב בקנס [תוס׳ סס לג:] ויש חולקין בזה וגם אם תפס לא מפקינן מיניה [סג״ה פ׳ מרובס] ובממון שאינו קנס לכ״ע חייב בבא לצאת י״ש וחיוב כרת ומיתה בידי שמים אינו פוטר מתשלומין דרק מיתת ב״ד פוטרת אמנם כרת פוטר במלקות מפני שעל כל חיוב כרת יש מלקות כמ״ש הרמב״ם בפי״ט מסנהדרין וכן חיוב מיתה בידי שמים כמ״ש שם:

ב ולכן יש גנב שפטור מתשלומין ואיזה זה שבא עם התשלומין חיוב מיתה כגון הגונב כים בשבת ולא הגביהו ברשות הבעלים אלא היה מגררו ומוציאו לרה״ר ואיבדו שם מפני שאיסור שבת ואיסור גנבה באין כאחד אבל אם גנב הכים והגביהו שם ואח״כ הוציאו לרה״ר ואיבדו חייב לשלם שהרי נתחייב בתשלומין קודם שנתחייב בסקילה דחיוב מיתה אינה פוטרת רק כשבאו כאחד:

ג ואין המיתה פוטרת רק כשאותו הממון אינו בעין כגון שהזיק דבר בעת חיוב המיתה ובגנבה כשאיבד הגנבה אבל כשהיא בעין מחזירה לבעלים דחיוב ממון אינו בא אלא בשעת אבידתה מן העולם וקודם לזה היא ברשות הבעלים וגם זה דוקא כשנאבד בשעת החיוב מיתה אבל אם בשעת מעשה היה בעין ואח״כ איבדו חייב לשלם דכיון שבשעת החיוב מיתה לא היה עדיין חיוב התשלומין לא מקרי באין כאחד ויש חולקין בזה וס״ל דבאינו בעין פטור מלשלם אף שאיבדו אח״כ דהא חיוב המיתה לא נסתלקה ועוד דבחיוב מיתה אפשר לומר שמיד קנוי לענין שאימתי שיאבד פטור [עקצ״ח]:

ד וכן גנב וטבח בשבת או לאלילים פטור אפילו לא התרו בו כמ״ש ואפילו היתה גנובה אצלו קודם השבת שעל הקרן נתחייב כבר ועתה לא נתוסף רק הקנס של ד׳ וה׳ אפ״ה פוטר המיתה את הקנס דאין חילוק בפטור תשלומין הבא עם חיוב מיתה בין ממון לקנס ואצ״ל אם גם חיוב הקרן בא בשבת כגון שהיתה שאולה אצלו וטבחה בשבת לשם גנבה ואע״ג דבקנס מצינו דלוקה ומשלם במוציא שם רע דכתיב ויסרו אותו וענשו אותו מאה כסף מ״מ עיקר דין זה ילפינן מעדים וזוממים דכתיב בהו כדי רשעתו ודרשינן משום רשעה אחת אתה מחייבו ואי אתה מחייבו משום שתי רשעיות אף אם היה דבר של קנס כגון אם בשעה שהעידו טבחו ומכרו שור של גניבה ועכ״ז פטרם התורה [תוס׳ כתובות לב׳] ואפילו אם חיוב מיתה היה לאחר ותשלומין לאחר ג״כ פטור כדמוכח ממה שיתבאר בסי׳ ש״פ בדין רודף [ע״ש בתוס׳ לה׳]:

ה אם גנב ומכר בשבת או מכר לעכו״ם חייב אע״פ שעשה איסור שבת כיון שאין בזה חיוב מיתה פטור מד׳ וה׳ ואם נעשית המכירה באיסור סקילה כגון שזרקה המוכר מרה״ר לחצר הלוקח וא״ל ללוקח לא תקנה לך הגנבה עד שתנוח בחצירך פטור דבאין כאחד אבל כשלא א״ל כן אינן באין כאחד דהקנין הוא כשבא באויר החצר וחיוב שבת הוא כשתנוח וכן אם אמר הלוקח למוכר עקוץ תאנה מתאנתי ותקנה לי בה גניבתך פטור שאיסור סקילה ואיסור מכירה באין כאחד וכ״ז בשבת אבל ביוה״כ אפילו בזמן הבית אם לא התרו בו חייב אפילו בטביחה דהוא איסור כרת ואינו פטור אלא בהתרו בו משום חיוב מלקות כמ״ש בסעיף א׳:

ו עשה שליח לשחוט בשבת כתב הרמב״ם בפ״ג שחייב בד׳ וה׳ שהרי הגנב אינו חייב מיתה והרא״ש פוטר מטעם שחיטה שאינה ראויה כמ״ש הטור בסעיף י״ח ויש מי שאומר דכשצוה לו בפירוש לשחוט בשבת פטור אע״ג דבטביחה ומכירה יש שליח לד״ע כמ״ש מ״מ צריך שלא יתערב בזה איסור אחר ואם נתערב בזה איסור אחר אין שליח לד״ע [מל״מ] ועל הטור השיגו הגדולים דהא קיי״ל שחיטה שאינה ראויה שמה שחיטה כמ״ש בשוחט טריפה [ס״ך בסי׳ ס״ן וים״ס במרובס סי׳ כ] ולי נראה דדברי הטור צודקים דבאמת לא לכל דבר קיי״ל דשמה שחיטה והרי לענין כיסוי הדם קיי״ל דלאו שמה שחיטה כמ״ש ביו״ד סי׳ כ״ח וכן לענין חולין שנשחטו בעזרה פסק הרמב״ם בפ״ב משחיטה דלאו שמה שחיטה ומותרין בהנאה [ע״ס בלח״מ פי״ב] וגם לענין ד׳ וה׳ מוכח מהרמב״ם ג״כ דלאו בכל דבר פוסק דשמה שחיטה שהרי בגמ׳ [ב״ק עא׳] הזכיר שחיטת שבת ועכו״ם ושור הנסקל דלמאן דס״ל שמה שחיטה חייב בד׳ וה׳ בטובח ע״י אחר והרמב״ם לא הזכיר רק שחיטת שבת משום דס״ל דמעשה שבת מותרין כמ״ש בפ״י משבת אבל בעכו״ם ושור הנסקל דאסורין בהנאה ס״ל להרמב״ם דלאו שמה שחיטה דגרוע יותר מנחירה כיון שאינו ראוי לכלום ועוד ראיה ברורה דבפ״ב מגנבה דין ח׳ פסק דעל שחיטת טריפה ועל שחיטת חולין בעזרה חייב בד׳ וה׳ וכתב על חולין בעזרה הטעם מפני שאין אסורין בהנאה רק מדרבנן ע״ש הרי להדיא דאם היו אסורין מדאורייתא היה פטור מד׳

מד' וה' ולפ"ז הרא"ש והטור שחששו בזה לדעת מאן דס"ל דמעשה שבת אסורין בהנאה בודאי בכה"ג שחטה שאינה ראויה לאו שמה שחיטה ופטור מד' וה' וגם הטעם שכתבנו בסי' ש"ן בשחיטת טריפה משום דמטהרת מטומאתה לא שייך בשחיטת שבת אם נאמר דאסורין בהנאה דשחיטת טריפה רבייה קרא שתטהר מטומאה [חולין עד:] אבל כשיש בזה איסור הנאה אין על זה שם שחיטה כלל כדמוכח מהרמב"ם פ"ב מאה"ט דין ו' ע"ש ואין לתמוה שבענין זה דד' וה' נפסוק לענין טריפה וחולין בעזרה דשמה שחיטה ולענין עבו"ם ושור הנסקל ושחיטת שבת למאן דאוסר בהנאה דלאו שמה שחיטה דודאי כן הוא דדבר האסור בהנאה אין שם שחיטה ע"ז כלל ועוד דלפי הטעמים שנאמרו בש"ס [שם פס'] בענין שחיטה שאינה ראויה למה באותו ואת בנו שמה שחיטה ובכיסוי הדם לאו שמה שחיטה מוכח להדיא כדברינו [דאמר שם משום דר' סתמה בלשון חכמים וה"נ בב"ק ע"א בעכו"ם וה"נ ושבת סתמה הברייתא דעת ר"ש בלשון חכמים ובטריפה וחולין בעזרה סתמה מסכתנו דעת ר"מ בלשון חכמים ודוק]

ז כתב הרמב"ם [שם] זרק חץ בשבת מתחלת ארבע לסוף ארבע וקרע בגד חבירו בהליכתו או שהדליק גדיש של חבירו בשבת וכו' וכן אם קצץ אילן חבירו ביו"ט והתרו בו או שהדליק את הגדיש ביוה"כ והתרו בו או גנב וטבח ביוה"כ והתרו בו פטור מן התשלומין עכ"ל ולדעת הטור שבסעיף הקודם כפי מה שבארנו גנב וטבח ביוה"כ במזיד פטור מד' וה' אף בלא התרו בו מפני שהיא שחיטה שאינה ראויה ואפשר דס"ל דמעשה יוה"כ מותר בהנאה ולא דמי לשבת [ובחולין טו: לא משמע כן] עוד כתב דהגונב חלבו של חבירו ואכלו משלם לו דמי חלבו דחלב הוא איסור כרת ואין בו אלא חיוב מלקות ודינו כשוחט ביוה"כ דלא מפטר אלא בזמן הבית והתרו בו ואפילו בכה"ג אם הגביה מקודם ואכלו חייב דמשעת הגבהה קנה וחיוב מלקות אינו אלא בעת אכילתו ולא באו כאחד ולא מפטר אלא כשתחב לו חבירו לתוך בית הבליעה מרצונו ויכול להשליכה לחוץ דאל"כ אין בזה חיוב ממון להאוכל או שתחב לו חבירו משקין של תרומה לתוך פיו שאינם ראוים להשליכן לחוץ מפני שנמאסים בתוך פיו וחיובו היא אהנאת גרונו ומעיו ונמצא שבאין כאחד [כתובות ל: ועי"ש בתוס']:

ח בסי' שנ"ח יתבאר דהחותר במחתרת לגנוב מותר להורגו כל זמן שעודו במחתרת משום דהתורה אמרה שהבא במחתרת הולך גם על נפשות והבא להרגך השכם להרגו ולכן הבא במחתרת וגנב כלים והוציאן ושברן פטור אע"פ ששברן אחר שהוציאן מרשות הבעלים ואם הכלים בעין חייב להחזירן כמ"ש בסעיף ג' וי"א דאינו נפטר אא"כ שברן בעודו במחתרת אבל אם שברן אח"כ חייב לשלם מפני שהם ברשות בעלים עד השבירה ובעת ששברן לא נתחייב אז בהמיתה ולזה הסכים הטור והרמב"ם ס"ל כדעה ראשונה ואב החותר על בנו חייב תמיד לשלם דאין בו חיוב מיתה כמ"ש שם:

סימן שנב [דין הטוען טענת גנבה בפקדון ונשבע ובאו עדים ובו י"ג סעיפים]:

א הטוען על הפקדון שהופקד בידו שנגנב ונשבע ואח"כ באו עדים שנשבע לשקר שהיה הפקדון אז בידו חייב בכפל ולמדו חז"ל זה מקרא דכתיב כי יתן איש אל רעהו כסף וגו' וגונב מבית האיש אם ימצא הגנב ישלם שנים אם לא ימצא הגנב ונקרב בעל הבית אל האלהים אם לא שלח ידו וגו' על כל דבר פשע על שור על חמור וגו' על כל אבדה וגו' ישלם שנים לרעהו וקבלו חז"ל דהאי אם לא ימצא הגנב פירושו שאם לא ימצא כמו שאמר אלא הוא עצמו גנבו ישלם שנים כמו הגנב עצמו והכי משמע פשטא דקרא דהא הגנב השני מיותר דה"ל למכתב אם לא ימצא ונקרב וגו' וגם ישלם שנים לרעהו דסיפא דקרא למה לי והרי מקודם כתיב ישלם שנים ועוד דהאי לרעהו אם אגנב קאי שישלם להמפקיד הרי ברישא דקרא קורא את הנפקד רעהו אלא דה"פ דבע"כ מאי דכתיב וגונב מבית האיש אין הכוונה שהמפקיד יודע שנגנב או עדים מעידים שנגנב דא"כ איך אומר ונקרב אל האלהים לישבע שבועה זו למה אלא פירושו שהנפקד אומר שנגנב ולכן צריך שבועה גם על הגנבה לבד השליחות יד ולזה אמר אם ימצא הגנב ישלם שנים ואם לא ימצא כמו שאמר אלא שעדים מעידים שהוא עצמו גנבו ג"כ הדין כן וישבע שלא שלח בו יד דאם שלח בו יד חייב באונסים ועל כל דבר פשע על שור וגו' כל עניני פשע הן שהגנב גנבו והן שבעצמו גנבו ישלם שנים לרעהו ולכן מסיים לרעהו כלומר רעהו הקודם היינו הנפקד להמפקיד וכיון דדינו כגנב עצמו לענין כפל ממילא דגם לענין ד' וה' דינו כן כשטבח ומכר [ב"ק סג:] ודוקא כשנשבע קודם שבאו עדים אבל אם לא נשבע קודם איני משלם כפל וזהו דכתיב ונקרב בעה"ב אל האלהים כלומר דמיד כשתבעו נשבע שנגנב ואח"כ העידו עדים שבעצמו גנבו וכן דוקא כשטען שנגנב אבל אם טען טענת אבד ונשבע ובאו עדים שבעצמו גנבו פטור ודבר זה היא גזירת התורה שבטענת אבד אינו משלם אלא קרן [שם]:

ב כתב הרמב"ם בפ"ד שאם שלח בו יד בהפקדון קודם שנשבע

שנשבע פטור מכפל אפילו נשבע ובאו עדים מרכתיב אם לא שלח בו יד דאם שלח יד נחשבת כשלו לענין זה דפטור אח"כ מכפל והרא"ש חולק עליו דאע"ג דנעשה גזלן חייב בכפל דהתחלתו גנב הוא אבל אם טען מקודם טענת אבידה ונשבע וחזר וטען טענת גניבה ונשבע ואח"כ באו עדים שבעצמו גנבה פטור מכפל דכיון דעיקר הכפל השבועה מחייבתה והוא כבר נפטר מהכפל בהשבועה שנשבע על טענת אבד אבל אם טען טענת גניבה ונשבע ובאו עדים וחזר וטען שנגנבה אח"כ ונשבע ובאו עדים שגם עתה נשבע לשקר אפילו היה כן הרבה פעמים חייב כפל על כל שבועה ושבועה שהרי לא הפסיק בטענה שפטרתו מכפל אך הקרן אינו משלם אלא פעם ראשון ועל כל שבועה משלם הכפל דהכפל השבועה מחייבתו ולא הקרן :

ג וכן הדין באבירה דמי שמצא אבידה ובא בעל האבדה ליטלה וא"ל שנגנבה ונשבע ואח"כ באו עדים שהיתה האבדה בביתו דינו כגנב להתחייב בכפל וד' וה' דכתיב בהאי קרא על כל אבדה אשר יאמר ובא בקבלה דה"פ דבאבדה כשיטעון טענת גנבה וישבע ויבואו עדים דינו כגנב עצמו ולדעה שבסי' רס"ז דשומר אבדה דינו כש"ש לא משכחת לה אלא בטוען שנגנבה ע"י ליסטים מזויין דהוי אונס דאל"כ הרי לא מפטר בטענת גניבה ואין כאן כפל :

ד אם לא באו עדים לאחר השבועה אלא שמעצמו הודה שנשבע לשקר חייב בקרן וחומש ואשם וזהו אשם גזלות ובזה אין חילוק בין טענת גנבה לאבדה וכן באבדה חייב בזה כמפורש בתורה נפש כי תחטא וגו' וכחש בעמיתו בפקדון או מצא אבדה וכחש בה ונשבע על שקר והשיב את הגזלה או את הפקדון או את האבדה אשר מצא וחמישיתיו יוסף עליו ואת אשמו יביא לה' וגו' וזהו שבועת הפקדון :

ה וכתב הרמב"ם בפ"א משבועות דכל מי שיש בידו ממון חבירו בין פקדון בין מלוה או שגזלו או עשקו או מצא לו אבדה ולא החזירה וכיוצא בזה ותבע ממנו ממון שיש לו בידו וכפר בו ה"ז עובר בל"ת שנאמר לא תכחשו זו אזהרה לכפירת ממון ואין לוקין על לאו זה ואם נשבע לו על שקר על הממון שכפר בו ה"ז עובר בלאו אחר וע"ז נאמר לא תשקרו איש בעמיתו זו אזהרה לנשבע על כפירת ממון ושבועה זו היא הנקראת שבועת הפקדון ומהו חייב בזה משלם את הקרן שכפר בו עם תוספת חומש ומקריב אשם ודאי בין שהיה שוגג בין שהיה מזיד שנאמר וכחש בעמיתו וגו' והיה כי יחטא ואשם ולא נאמר בו ונעלם לחייב מזיד כשוגג ודוקא שהזיד בהפקדון או בהממון שנתחייב בו וידע בו בשעת שבועה אבל אם שגג ושכח שיש לו אצלו ממון ונשבע ואח"כ ידע ה"ז אנוס ופטור מכלום וכן אם לא ידע שאסור לישבע לשקר על כפירת ממון ה"ז אנוס ופטור א"כ היאך הוא שגגת שבועת הפקדון כגון שנעלם ממנו אם חייבין עליה קרבן אם לאו וידע שהיא אסורה ושיש לו אצלו ממון זו היא שגגתה וזרונה הוא כשידע שחייבי עליה קרבן עכ"ל וכיצד היא שבועה זו נתבאר ביו"ד בסי' רל"ז ועל כל שבועה משלם חומש ואשם כמו בכפל ועמ"ש בסי' שס"ז :

ו הפקיד לשנים וטענו שנגנב ונשבעו שניהם ואח"כ הודה האחד ועל השני באו עדים הקרן משלמים בין שניהם וזה שהודה משלם חומש ואשם וזה שבאו עליו עדים הוה ספיקא דדינא אם משלם כפל לפי חלקו דכיון דהתורה לא חייבה בממון אחד חומש וכפל לא מחייב או אפשר כיון דשנים הם חייב זה בחומשו וזה בכפלו ולכן אין מחייבין אותו לשלם ואם תפס הנפקד אין מוציאין מידו וזהו דעת הרמב"ם אבל דעת הטור להיפך דכפל ודאי משלם זה שיש עליו עדים והספק הוא על החומש :

ז טען טענת גנב ונשבע וחזר וטען טענת אבד ונשבע ובאו עדים שלא נגנב והודה הוא שלא אבד הואיל שמשלם תשלומי כפל ע"פ עדים אינו משלם חומש על שבועה אחרונה אע"פ שהודה שהממון המחייבו בכפל פוטרו מן החומש [ב"ק קח׳] ואין להתמה לדעת הרמב"ם בדין הקודם שפסק דחומש ודאי משלם והכפל ספק אלמא דהחומש מדחה להכפל ובכאן הוי להיפך שהכפל מדחה את החומש נ"ל דס"ל להרמב"ם דזהו ודאי דבכ"מ שיש לחייב או חומש או כפל מחייבינן יותר בחומש מבכפל מפני שבחומש יש גם חלק גבוה והוא האשם רק בכאן שמתחלה באו עדים ונתחייב כבר בהכפל לכן מדחה את החומש הבא אחריו [ומיושב קושית הטור] עוד נ"ל שהרמב"ם דקדק בדבריו שהעדים העידו שלא נגנב אבל אם העידו שאצלו היה לא היה חייב על הודאתו דאין אנו צריכין להודאתו שכבר הכחישוהו העדים [כקושית התוס' שם] ואע"ג דבלא נגנב לחוד א"א לחייבו כפל י"ל שאחר הודאתו ביארו דבריהם ג"כ שאצלו היה [ורש"י לא פי' כן ע"ש] :

ח שבועה המחייבת חומש ואשם הוא בין שנשבע בב"ד בין שנשבע שלא בב"ד אבל שבועה המחייבתו כפל אינה אלא בב"ד שחייבוהו לישבע דהא ונקרב אל האלהים כתיב ואין להקשות לפ"ז איך משכחת לה שנשבע שני פעמים ובאו עדים וחייב שני כפלין כמ"ש בסעיף ב' והרי כיון שראו ב"ד שנשבע פעם אחת לשקר איך השביעוהו פעם שנית והרי הוא חשוד על השבועה די"ל שהיה בב"ד אחר או שעשה תשובה בינתים [סס"מ] :

ט תבע המפקיד פקדונו מנפקד ונשבע שנגנב והוכר הגנב ותבע הנפקד את הגנב והודה שגנבו ואח"כ תבעו המפקיד וכפר ובאו עדים שגנב יש להסתפק אם זה שהודה להנפקד פוטרו מכפל שכפר להמפקיד כמו אם היה מורה מקודם להמפקיד עצמו או אפשר כיון דלאו ממונא דנפקד הוא אין בהודאתו כלום ואמרו חז"ל

שם

[שם] דאם הנפקד נשבע באמת והיה פטור מדינא שלא פשע בה הוי כבעלים לענין זה שבהודאה לפניו נפטר מהכפל דכיון דעליו מוטל לחזור אחר הגנב ונשבע באמת הוי הודאה שלפניו הודאה טובה אבל אם לא נשבע באמת כגון שפשע בה והיה חייב מדינא לשלם או שטען נאנסה ונמצא שנגנבה אף שאין נ"מ לדינא כגון שהוא שומר חנם [כ"מ מרש"י שם] מ"מ כיון שהוא שקרן אנן סהדי דלא ניחא להו להבעלים שיהיה שומר עוד לפיכך אין בהודאתו כלום ומשלם כפל על כפירת הנפקד והרמב"ם ז"ל כתב בפ"ד דהוי ספיקא דדינא ואין מוציאין ממנו הכפל ואם תפס אין מוציאין מידו [ופסק כן משום דבגמ' יש פלוגתא בזה ע"ש בליסנא דר"ע]:

י תבע המפקיד לנפקד ושילם לו ואח"כ הוכר הגנב ותבעו המפקיד והודה לו שגנב ואח"כ תבעו הנפקד וכפר ובאו עדים הוי ספיקא דדינא גם לדעה ראשונה דאע"ג דהכפל שייך להנפקד מ"מ כיון שעשה טובה להמפקיד ששילם לו אולי מחוייב המפקיד לעשות לו טובה לחפש אחר הגנב וא"כ הוי הודאה שלפניו הודאה ופוטרו מכפל או דילמא כיון דכבר נסתלק הוה כאחר:

יא הטוען טענת גנב בפקדון של קטן אע"פ שתבעו בגדלותו מ"מ כיון שהפקיד בקטנותו פטור הנפקד מכפל שנאמר כי יתן איש אל רעהו ואין נתינת קטן כלום דהנתינה והתביעה שניהם צריכים להיות בגדלות וכן לחרש ושוטה ואם נתן הפקדון בעודו פקח ואח"כ נתחרש בעת התביעה ג"כ פטור מכפל כמ"ש אבל אשה חייבת בין שהיא נפקדת ובין שהיא מפקדת דאשה הוקשה לאיש לכל דינין שבתורה כמ"ש בסי' שמ"ח:

יב כבר נתבאר בסימן שמ"ח סעיף י"א דמדין תורה כשאין לגנב לשלם שמוכרין אותו על הקרן לעבד עברי בזמן שהיובל נוהג ואינו נמכר אלא לשש שנים דכתיב כי תקנה עבד עברי שש שנים יעבד ובאה הקבלה דזהו כשב"ד מכרוהו בעד גנבתו ולכן אם הקרן מהגנבה היה שוה מאה זוז והגנב אינו שוה למלאכתו רק חמשים מוכרין אותו בחמשים והשאר עם הכפל או עם הד' וה' נשאר עליו חוב עד שיצא בשביעית ויתעשר וישלם ואם היה שוה להשש שנים יותר מכפי גנבתו אפילו זוז אחד יותר מהקרן אינו נמכר כלל שנא' ונמכר בגנבתו עד שיהיו דמיו כולן מובלעין בגנבתו ודבר זה הוא מפי הקבלה [קדושין יח']:

יג גנב ונמכר וחזר וגנב אם לשנים גנב ה"ז נמכר פעם שני ואפילו גנב לק' בני אדם נמכר מאה פעמים ואם גנב לאחד שני פעמים אינו נמכר בפעם השני בעדו אלא נשאר עליו חוב וזהו דעת הרמב"ם [שם] וכן דעת רש"י [שם] וי"א להיפך דבעד אחד נמכר אפילו כמה פעמים וכשנמכר בעד ראובן אינו נמכר עוד בעד שמעון [תוס' שם] ואם גנב לזה וחזר וגנב לזה וחזר וגנב לזה ועדיין לא נמכר כלל כולם שותפים בו ואם היה דמי מכירתו כנגד גנבת שלשתן או פחות מזה נמכר ומחלקים ביניהם והכפלות נשאר חוב עליו ואם דמיו יותר מכל הגנבות אינו נמכר כלל והכל נשאר עליו חוב ושותפין שגנבו כאחד כל אחד משלם לפי חלקו וכל אחד מהם נמכר לפי חלקו מן הקרן וכל מי שדמיו יתר על חלק הקרן שלו אינו נמכר כלל ודע דשותפים שגנבו י"א דאף אם אחד גנב לדעת חבירו חייבים שניהם [רש"י ב"מ ס:] וי"א דדוקא כשהגביהו שניהם דרק בטביחה ומכירה יש שליח לד"ע [תוס' שם ומסכת לג: משמע כרש"י] ודעה ראשונה ס"ל דזה אינו מתורת שליחות דזהו כעושה בעצמו דכיון שכבר שותפים הם ועשה לדעת חבירו כל מעשה שעושה כאלו שניהם עושים:

סימן שנג [דיני יאוש ושינוי השם ושינוי רשות ובו ט' סעיפים]:

א כתיב והשיב את הגזלה אשר גזל ומיותר הוא דפשיטא שמשיב אשר גזל ולא דבר אחר ומזה דרשו חז"ל דדוקא כעין שגזל יחזיר הגזלה עצמה אבל אם נשתנית אינו מחזיר הגזלה עצמה דקנאה בשינוי אלא מחזיר דמיה כפי שויה בשעת הגזלה וכן בגנבה הדין כן ובכפל וד' וה' ג"כ התשלומין כעין זה:

ב ושלשה מיני שינוים הן שינוי מעשה ושינוי השם ושינוי רשות שינוי מעשה הוא כגון שגנב עצים ועשאן כלים קונה בזה לבדו ודוקא בשינוי שאינו חוזר לברייתו כגון ששיפה את העצים וקצצן אבל בשינוי החוזר כגון שדבקן במסמרים שביכולת להסיר המסמרים וישובו העצים לקדמותן אין זה שינוי כלל ופרטי הדינים יתבאר בסי' ש"ס בס"ד ושינוי השם הוא כגון שגנב טלה ונעשה איל ושינוי רשות הוא כגון שמכרה או נתנה לאחר ושינוי זה אינו קונה רק עם יאוש כמו שיתבאר:

ג לפיכך אם נשתנה שם הגנבה ביד הגנב כגון שגנב טלה ונעשה איל או עגל ונעשה שור קנאה בשינוי השם ואין לו להחזיר אלא דמים שהיתה שוה בשעת הגנבה וגם הכפל וד' וה' משלם כן בשינוי זה וכן בשינוי מעשה שאינו חוזר לברייתו אבל שינוי החוזר אינו קונה אפילו מדרבנן ויש מי שאומר דבשינוי השם בלבד כטלה ונעשה איל ועגל ונעשה שור דבשנה ראשונה נקראים טלה ועגל וכיון שנכנס השנה השנית נשתנו שמותיהן

שמותיהן מ"מ כיון דבלשון התורה גם שור בן יומו קרוי שור דכתיב שור או כשב או עז כי יולד לא מקרי שינוי אלא כשנעשים גדולים שיהיה השינוי ניכר במראיתן [יס"ס] וי"א דהולכין בזה אחר לשון ב"א ובלשון ב"א אין קורין לשור בן יומו שור [ס"ך] ולפ"ז לא פליגי כלל דזהו ודאי שבלשון בני אדם לא נשתנה שמן משנכנסו בשנה השנית אלא משנעשה גדולים שנראים לעין שיצאו מכלל טלה ועגל ודע דבכ"מ שקונה בשינוי קונה אפילו כשידע שהיא גנובה וגזולה [סמ"ע ר"ס רס"א] :

ד נתייאשו הבעלים מהגנבה אינו קונה וצריך להחזירה בעינה וכך נפסקה ההלכה דיאוש אינו קונה רק די"א דשינוי החוזר לברייתו עם יאוש קונה וא"צ להחזיר אלא דמים בין בשינוי השם בין בשינוי מעשה דגם בשינוי השם יש החוזר לברייתו כגון שגנב קורה והניחה על הגג דמעיקרא היה עליה שם קורה ואח"כ יש עליה שם גג והטעם דביחד אלימא כחם ואינו כעין שגזל וכן שינוי מעשה החוזר עם שינוי השם החוזר כגון שגזל הדס ואגדו עם הלולב וכיוצא בזה קנה [תוס' סוכה ל:] וי"א דגם יאוש לחוד קונה מדרבנן [כס ד"ס סינוי] ובדאורייתא יש לחוש לזה כמו לקדושי אשה וכיוצא בזה וכ"כ הטור ע"ש :

ה שינוי רשות אינו קונה רק עם יאוש וגרע משינוי מעשה ושינוי השם והטעם דהרי לא נשתנה בעצם כלל ואף לא בשמו רק שנשתנה מרשות זה לרשות אחר ועם יאוש קונה דטעמא דיאוש אינו קונה בגנבה וגזלה אף דבאבדה יאוש קונה משום דאבדה בההיתרא אתי לידיה אבל גנבה באיסורא אתי לידיה ולכן בשינוי רשות עם יאוש הוי דומיא דאבדה דהא להאחר באה בהיתר דהוא לא גנבה ולא גזלה ודעת הרמב"ם דאין חילוק בין שהיאוש היה קודם השינוי רשות שמקודם נתייאשו הבעלים ואח"כ מכרה הגנב ובין שנתייאשו אחר שמכר ויש מרבותינו דס"ל דאינו קונה אלא כשהיאוש קדם לשינוי הרשות ואם מכרה הגנב ואח"כ נתייאשו הבעלים לא קנה הלוקח ויש להסביר הטעם דהא גם באבדה אם מצאה קודם יאוש לא קנה דקיי"ל יאוש שלא מדעת לא הוי יאוש ולכן זה שהגנבה באה לרשותו קודם יאוש בעלים דומה לאבדה שמצאה קודם יאוש ורבינו הרמ"א פסק כדעה זו ולפ"ז אם הבעה"ב אינו יודע שנגנבה ממנו אינו קונה אפילו אם יתודע אח"כ משום דקדמה השינוי רשות להיאוש [ס"ך] :

ו שינוי רשות ויאוש אינו דומה לשינוי השם ושינוי מעשה שבהם אין הקנין רק לגוף הגנבה ודמים צריך לשלם אבל ביאוש ושינוי רשות א"צ זה הקונה גם לשלם דמים דכשהגנבה היא ביד הגנב אע"פ שקנאה בע"כ חייב לשלם הגנבה משא"כ האחר שקנאה מהגנב מה לו לשלם והגנב משלם להבעלים והרמב"ם בפ"ה מגנבה כתב דביאוש ושינוי רשות קונה הלוקח ואינו מחזיר הגנבה עצמה לבעליה אלא נותן להם הדמים אם לקח מגנב מפורסם או אינו נותן כלל לא חפץ ולא דמים אם לקח מגנב שאינו מפורסם עכ"ל וזו היא הגירסא שלפני מפרשי הרמב"ם ולפנינו הגירסא דזה שאינו נותן דמים הוא מפני תקנת השוק ולא מדינא ורבינו הב"י כתב בסעיף ג' ג"כ הטעם מפני תקנת השוק וכתב ע"ז רבינו הרמ"א די"א דא"צ ליתן דמים בקנה מגנב מפורסם דקנה לגמרי ומשמע מדבריו דדעת הרמב"ם היא דאינו קונה ביאוש ושינוי רשות מדינא ורק בגנב שאינו מפורסם א"צ להחזיר דמים מפני תקנת השוק וכן משמע ממ"ש בסי' שנ"ו וי"א דכל הפוסקים מודים להרמב"ם דבלקח מגנב מפורסם לא הוי שינוי רשות גמור דבאיסורא אתי לידיה ולכן מחזיר הדמים [ס"ך] וחלקו עליו דודאי כל הפוסקים חולקים על הרמב"ם והוא ס"ל דיאוש ושינוי רשות אינו קונה לגמרי רק שא"צ להחזיר גוף החפץ ודמים צריך לשלם וכל הפוסקים ס"ל דהוי קנין גמור ולכן אף בלקח מגנב מפורסם כיון שהוא לאחר יאוש קונה לגמרי [הגר"א] ולי נראה דגם הרמב"ם ס"ל ככל הפוסקים דהוי קנין גמור דכן מוכח בש"ס [ב"ק קטו:] אלא דס"ל מסברא דכשם שתקנו חכמים בלקח מגנב שאינו מפורסם קודם יאוש דהבעלים צריכים להחזיר הדמים ללוקח מפני תקנת השוק כמו כן בלקח אחר יאוש מגנב מפורסם דראוי לתקן שיחזיר הדמים לבעלים מפני תקנת הבעלים דלא היה לו ליקח מגנב מפורסם והגירסא בדבריו דלא כגירסא שלפנינו והפוסקים חולקים עליו מפני שלא מצינו תקנה זו בש"ס [ומ"ש הס"ך מתוס' מרובה סז: לפ"ג דלא כתבו רק אליבא דאחר שינוי רשות] :

ז י"א דגם בלקח מגנב שאינו מפורסם לאחר יאוש להרמב"ם אם לקח ממנו בזול ישלים עד כדי שיווים להבעלים [סמ"ע] ויש חולקים וראיה לזה ממ"ש בסימן ל"ז דהגזלן שמכר בגד לאחר יכול הנגזל להעיד לו מפני שאינו נוגע בדבר שאין מחזירו כשקנהו לאחר יאוש ואם נאמר דמשלים להבעלים כשלקח בזול הרי אפשר דהוא נוגע בדבר ורצונו להעמידו ביד הלוקח כדי ליקח מותר שויה [ס"ך] ועוד דלפמ"ש בסעיף ו' גם הרמב"ם ס"ל דהוי קנין גמור ואינו מחזיר לו כלום :

ח שינוי רשות לא מקרי רק כשמכר או נתן אבל אם מת והורישוהו לבניו לא הוה שינוי רשות דרשות יורש לאו כרשות לוקח דמי ויתבאר בסי' שס"א ועוד יתבאר שם מה נקרא שינוי רשות ע"ש :

ט י"א אע"ג שיאוש ושינוי רשות קונה מ"מ אם השינוי רשות הוא לדבר מצוה וע"י המצוה נעשית השינוי כגון שגזל בהמה ונתיאשו הבעלים והקדישה הגנב דהוה יאוש ושינוי רשות להקדש פסולה לקרבן דהוה מצוה הבאה בעבירה כיון שע"י המצוה נעשית העבירה אבל אם הקנין הוי קודם השינוי יכול להביא לקרבן כגון שגזל

שגזל חטים וטחנם וקנאם בשינוי מעשה והקדישן למנחות יכול להביא מהם מנחה מפני שקנאם קודם שהקדישן מיהו לענין ברכה גם בכה"ג לא יברך עליהם דאין ראוי להזכיר שמו של הקב"ה על ענין שהיה גזל וכך אמרו חז"ל הרי שגזל סאה של חטים וטחנה ואפאה ובירך עליה אין זה מברך אלא מנאץ וע"ז נאמר ובוצע ברך נאץ ה' [ב"ק צד:] אבל מדברי הרמב"ם בפ"ז מחמץ חולק בזה וצ"ל דס"ל דמי שאומר כן ס"ל דשינוי אינו קונה [ודאביי דיאוש בעלמא סוא ע"ס] אבל יש מרבותינו שפוסקים כן [תוס' סוכס ל' וב"ק סז: ד"ס אמר עולא] וע' בא"ח סי' קצ"ו ותרמ"ט [ועלמ"מ פ"א מברכות] :

סימן שנד [דיני שבח שנשבחה הגנבה או נפחתה וכן אם נתייקרה והוזלה ובו ט"ו סעיפים] :

א כתב הטור השביחה הגנבה ביד הגנב לא מיבעיא אם גנב פרה ריקנית ונתעברה אצלו וילדה או רחל ריקנית ונטענה אצלו וגזזה שהגיזה והולדות שלו אלא אפילו גנב פרה מעוברת וילדה ורחל טעונה וגזזה הכל שלו ואינו חייב לשלם אלא כמו שהיו שוות הפרה והרחל בשעת הגנבה שקנאה בשינוי דמה שילדה וגזזה חשיב שינוי גמור ולא עוד אלא אפילו תבעום הבעלים בעוד הפרה והרחל טעונות כל השבח של הגנב היכא שגנבה ריקנית ונתעברה הפרה ונטענה הרחל אצלו עכ"ל וס"ל דלידה וגיזה הוי שינוי גמור אפילו לקנות הבהמה עצמה ואין זה שינוי החוזר לברייתו דמה שתלד עוד לידה אחרת היא וכן בגיזה מה שיגזוז פעם אחרת הוא צמר אחר ובין שהיתה ריקנית ונתעברה אצל הגנב אע"פ שלא ילדה עדיין הוי שינוי ובין שגנבה מעוברת וילדה אצלו אבל גנבה מעוברת ולא ילדה אצלו אף שהעובר נתגדל בהזמן שהיתה אצלו אין זה שינוי [ב"ח] דשינוי לא הוה אלא בנשתנה מריקנית לעיבור ומעיבור ללידה וכן הדין בגיזה וזהו דעת הרא"ש ז"ל :

ב ואין להקשות לפ"ז למה אמרנו בגנב מעוברת וילדה אצלו דמשלם כשעת הגנבה והרי אלו תבעה קודם לידה רגע אחד היה נוטלה כמו שהיא ולמה לא ישלם כרגע שקודם הלידה דאינו כן דעיקר הדין כן הוא דכל שנשתנה הדבר א"צ לשלם כפי קודם השינוי אלא כשעת הגנבה וראיה דהא בגנב טלה בן יום אחד ונעשה איל יותר מבן שנה אינו משלם רק טלה בן יום אחד אע"ג דאלו תבעו בכלות השנה היה צריך להחזירו כמו שהוא מ"מ כשנשתנה א"צ לשלם אלא כשעת הגנבה [רא"ש פ"ט דב"ק ס"ג] והטעם הוא דשינוי ילפינן מקרא דאשר גזל ולכן כשנשתנה צריך לשלם כאשר גזל :

ג ויש מרבותינו דס"ל דלידה וגיזה לא הוי שינוי כלל לענין הבהמה עצמה אלא רק להלידה והגיזה עצמה דהבהמה הרי לא נשתנית [נמק"י ורא"ס ורבו וכ"מ מרס"י סס] :

ד ויש מרבותינו דס"ל דבילדה אצלו וגזזה אצלו הוי שינוי גמור וקנה גם גוף הבהמה דהגוף נשתנה שהיתה מלאה ועתה היא חסרה אבל בגזל ריקנית ונתעברה ונטענה אצלו ועדיין לא ילדה ולא גזזה הוי שינוי החוזר לברייתו ולא קנה גוף הבהמה רק השבח הוה כולו דגזלן מפני תקנת השבים [רשב"א ויס"ס סס סי' ד' וכ"מ דעת ר"ת בתוס' לה: ד"ס בשבח] :

ה ובשבח שנתפטמה הבהמה שהיתה כחושה והשמינה אין זה שינוי דלא נתוסף גוף אחר אלא שהשביחה וזהו כיוקרא וזולא ויש לזה דין שבח ויש חילוק בין נתפטמה מאליה ובין שהוא פיטמה כאשר יתבאר בס"ד :

ו והרמב"ם בפ"א דין י"א יש לו שיטה אחרת בכ"ז וז"ל היתה הגנבה ביד הגנב השביחה מאליה כגון כבשה שילדה וגזזה משלם אותה ואת גיזותיה ואת ולדותיה ואם אחר יאוש ילדה וגזזה משלם כשעת הגנבה הוציא עליו הוצאה והשביחה כגון שפטמה הרי השבח של גנב אפילו לפני יאוש וכו' עכ"ל ובפ"ב מגזילה דין א' כתב הגזילה שלא נשתנית וכו' אע"פ שנתיאשו הבעלים ממנה וכו' ה"ז חוזרת לבעליה בעצמה ואם נשתנית ביד הגזלן אע"פ שלא נתייאשו הבעלים ממנה קנאה בשינוי ומשלם דמיה כשעת הגזלה וכו' נתייאשו הבעלים ממנה ולא נשתנית קנה הגזלן כל השבח שהשביחה אחר יאוש ואינו משלם אלא כשעת הגזלה ודבר זה מדבריהם מפני תקנת השבים וכשמחזיר לו הגזלה שמין לו השבח ונוטל מן הנגזל עכ"ל :

ז ורבים תמהו על דבריו דלהדיא מבואר בגמ' [לה:] דלידה וגיזה הוי שינוי אמנם דעתו ז"ל דזה אינו אלא לר"מ דלית הלכתא כוותיה אבל לר"י ור"ש אין זה שינוי ואין זה אלא שבח כשבח פיטום [סגר"א] וכן משמע שם בגמ' [לה:] דלר"י ור"ש אין זה רק שבח [ומתורץ קושית סתוס'] ובשבח גופא ס"ל דיש חילוק בין לפני יאוש ובין לאחר יאוש משום דמדינא היה צריך להחזיר כל השבח להנגזל כיון דאין זה שינוי רק מפני תקנת השבים עשו כן שיהיה השבח להגזלן ותקנת השבים אינה אלא לאחר יאוש דקודם היאוש למה לנו לעשות תקנה בדבר שהבעלים לא נתייאשו ורק כשזה כבר נתייאש אין לנו לרפות ידיהם של בעלי תשובה וכשנאמר להם שיחזירו גם את השבח ימנעו מלעשות תשובה ולכן תקנו כן שיחזיר הגזלה כמו שהוא והנגזל מחזיר דמי השבח

להגזלן

להגזלן [ומדוייק דברי ר"י שאמר גזילה חוזרת בעיניה וכ"מ מר"ס דפליג ואמר שמין ודוק] ושבח של הוצאה צריך תמיד להחזיר להגזלן וכשנשתנית קונה הכל גם השבח וא"צ לשלם רק הדמים שבשעת הגזילה ורבינו הב"י העתיק דברי הרמב"ם בסעיף א' ובסי' שס"ב יתבאר עוד בדעת הרמב"ם ז"ל בס"ד:

ח ורבינו הרמ"א כתב די"א דאפילו שבח מאליה הוא של גנב אפילו קודם יאוש וכ"ש אם גנב כבשה ונתעברה אצל גנב דהשבח של גנב אפילו תבעוה הבעלים קודם שילדה הואיל וגנבה ריקנית עכ"ל ואין כוונתו על כל מיני שבח אלא על לידה וגיזה וביאור דבריו דלא מיבעיא כשילדה ונזזה דהוי של גנב משום דזהו שינוי ולא שבח אלא אפילו נתעברה ועדיין לא ילדה כיון שגנבה ריקנית הוי שינוי וזהו דעת הטור כמ"ש [וקורא שינוי זה בלשון שבח כפי לשון המחבר וא"ש כל מה שהקשו הסמ"ע וסש"ך]:

ט גנב בהמה או כלי ובשעת גנבה היתה שוה ד' זוז ועכשיו בעת העמדה בדין אינו שוה אלא שנים משלם הקרן כשעת הגנבה דכל הגזלנים משלמים כשעת הגזילה ומ"מ להיפך כשמתחלה שוה שנים ולבסוף ד' זוז אם שבר או מכר או שחט או איבד בידים משלם כשעת היוקר דעיקר חיובו על שעת שבירתו דהא אם לא איבדו היה מחזירו כמו שהוא נמצא דעיקר חיובו על שעת הנזק ואינו דומה למ"ש בסעיף ב' דמי הבריחו לאבד בידים ולכן אם נאבדה מאליה או מתה או נשברה משלם כשעת הגנבה דאז הוי חיובו ולמה לא אמרינן בהוזלה דכשאיבד בידים שישלם כשעת שבירה כדי שלא יהיה חוטא נשכר דאם לא שברה בידים היה משלם ביוקר ובזה שאיבד בידים ירויח אבל בהוקרה מוקמינן אדינא:

י וחיובא דכפל וד' וה' כתב הרמב"ם ז"ל דהם לעולם כשעת העמדה בדין משום דאז בא החיוב דאלמלי הודה מקודם היה נפטר נמצא דעיקר חיובם הוא משעת העמדה בדין ומ"מ בהוקר ונשברה מאליה או מתה כתבו הרמב"ם והטור דמשלם גם הכפל כשעת הגנבה ונראה דטעמם הוא דלהחמיר מהקרן אין סברא כלל וכן משמע בגמ' [ב"ק סו:] דמקרא שמעינן שאין להחמיר על הכפל שישלם ביוקר מהקרן דהא י"א דכפל וד' וה' משלם לעולם כפי הזול בין הזול והוקר אפילו שברו בידים ובין הוקר והוזל משום דלעולם צריכין להקל על כפל וד' וה' [ר"ת בתוס' שם ס"ז] אמנם בזה שפסק הרמב"ם דגם בד' וה' אזלינן כשעת העמדה בדין כתב הטור דבד' וה' אזלינן לעולם בתר שעת טביחה ומכירה שאז בא חיובו ואע"ג דאלו הודה קודם הדין היה מפטר מ"מ אלו באו עדים אח"כ היה חייב משא"כ בכפל כיון דחייב עצמו בקרן היה פטור גם בכח"ג כמ"ש בסי' שמ"ח סעיף ט' לפיכך עיקר חיובו דכפל הוא שעת העמדה בדין ודד' וה' כשעת טביחה ומכירה [עסמ"ע וט"ז]

עוד כתב הטור דאם הוקר או הוזל בין טביחה להעמדה בדין לעולם בתר טביחה אזלינן [כצ"ל וכ"מ מהרא"ש דאד' וה' קאי ומה ענין שבירה לכאן ודברי הב"ח לע"ג ודוק]:

יא כתב הטור וכחשא ופטמא דהוי ממילא כיוקרא וזולא דמי שאם היתה כחושה ונתפטמה מאליה וטבחה ומכרה משלם הכל לפי מה ששוה עכשיו היתה שמנה והוכחשה משלם הקרן כדמעיקרא וכפל וד' וה' כדהשתא אבל אם הוציא עליה יציאה והשמינה בין קרן בין כפל וד' וה' אינו משלם אלא כדמעיקרא וכן אם הכחישה הוא משלם הכל הקרן והכפל וד' וה' כשעת הגנבה עכ"ל והטעמים מבוארים דבשבח הבא מאליו אין לגנב עסק בו לכן משלם הכל לפי השבח כשטבחה ומכרה ובהוכחשה מאליה הוה כהוזל שהקרן משלם כפי היוקר שמקודם וכפל וד' וה' כשעת הזול משום דאז בא להם החיוב וממילא דלדעת הטור שנתבאר מקודם אזלינן בד' וה' בתר שעת טביחה כמ"ש וי"א דבכפל וד' וה' הולכין תמיד להקל גם בנתפטמה ממילא [ר"ת בתוס' שם] וכבר נתבאר דעת הרמב"ם דשבח שלאחר יאוש הוי דגנב מפני תקנת השבים ובהוציא הוצאות והשמינה בכל ענין שייך לגנב משום דאין סברא שהוא יוציא הוצאה והבעלים יטלו חלק בהשבח היתר על ההוצאה ופשיטא שאם הכחישה שההפסד עליו דמה לי אם הרגה כולה או מקצתה:

יב אמרו חז"ל דאין שמין לא לגנב ולא לגזלן השברים [ב"ק יא.] ואם גנב או גזל כלי ושברה או פחתה או נשבר ונפחת מאליו אין אומרים יתן לבעלים השברים וישלים עליהם כמו בנזקין שיתבאר בסי' שפ"ז ובשומרים שנתבאר בסי' רצ"א אלא הוא יטול השברים ויתן להבעלים כלי שלם או דמי הכלי ובירושלמי דרשו זה מקרא דכתיב משור עד שה חיים שנים ישלם ולא מתים וכלים שבירתן זהו מיתתן ומזה מבואר דגם בחשבון הכפל אין לחשוב השברים דבהאי קרא כתיב גם כפל ובד' וה' אפשר שדינו כנזקין ובגזלן כתיב והשיב את הגזלה אשר גזל שיהיה בעין שגזל [ורש"י כתב בסוף מגהג סדייניס] וי"א דדוקא לשום השברים כשעת הגנבה אין ביכלתו אבל בשומא מה ששוה עכשיו יכול ליתן לו והפוסקים השמיטו דעה זו וכן משמע מהירושלמי שהבאנו וכתב רבינו הרמ"א דדוקא כשיש לו מעות אבל אם אין לו מעות ובהכרח ליתן לו מטלטלין לא גריעי שברים אלו משארי מטלטלין ויש חולקים גם בזה [ע' בהגר"א סקי"ב]:

יג ודוקא כשהבעלים אינם רוצים לקבל השברים בחשבון אבל אם רוצים לקבלן בחשבון והגנב ישלים הפחת שומעין להם אפילו אם הגנב אינו רוצה בכך אלא רוצה ליתן לו מעות בעד כל הכלי או כלי חרשה משום דלטובת הבעלים הוי האי דינא ולא לרעתם כן

פסק

פסק הרמב"ם והקשו עליו למה אין הגנב קונה השברים בשינוי ויש שדחו דבריו מפני זה [יס"ס וסגר"א] :

יד גנב או גזל ולא נתייאשו הבעלים אינם יכולים להקדיש לא קדושת הגוף ולא קדושת דמים לא הגנב והנגזל ולא הבעלים אפילו אם יש להם עדי גנבה וגזילה שיכולים להוציאו בדיינים משום דאינם שלהם וגם הבעלים כיון שאינה ברשותו וכתיב ואיש כי יקדיש את ביתו ודרשינן מה ביתו ברשותו אף כל ברשותו דמה שאינו ברשותו אינו יכול להקדישו ואינו דומה לפקדון שיד הנפקד הוא כיד הבעלים וכן ליתנו לצדקה אין ביכלתם אבל לאחר יאוש יכול הגנב להקדישו דהוי יאוש ושינוי רשות בר"א במטלטלין אבל כשגזל קרקע אם יש לבע"ים עדים שיכולים להוציאה בדיינים יכולים להקדישו דקרקע כברשותו דמי ויראה לי דעבדים ועציץ נקוב אע"ג שבכל דיני התורה דינם כקרקעות מ"מ לענין זה דינם כמטלטלין כיון שיכולים להצניען וקיי"ל דסתם גנבה הוי יאוש בעלים כמ"ש בסי' שס"ח ולכן בגנבה כשהגנב הקדישה קדוש אם לא שידוע שלא נתייאש אבל סתם גזילה לא הוי יאוש כמ"ש בסי' שס"א וכן לוקח מגנב קודם יאוש אינו יכול להקדישו :

טו בגמ' [ב"ק עח:] איתא דמי שהפריש שור לעולה וגנבוהו יכול הגנב להחזיר לו כבש ונפטר בכך דכיון שכבש כשר לעולה יכול הגנב לומר פטרתי אותך מנדרך ויש שלמדו מזה בגונב אתרוג של חבירו או שאר דבר מצוה יכול לפטור א"ע בגרוע מזה ויכול לומר לו הרי אני מחזיר לך לצאת ידי חובת המצוה ואינו כן ורק בקרבן שאין ביכלתו למכרו הדין כן אבל באתרוג וכיוצא בזה הרי היה יכול למכרו בדמים יקרים ולכן חייב להחזיר לו כפי שויו ולבד זה מוכח מדברי הרמב"ם פט"ז ממעשה קרבנות דדוקא הבעה"ב פוטר א"ע בכבש וז"ל אמר הרי עלי עולה והפריש שור ונגנב פוטר עצמו בשה עכ"ל ואפשר שבגמ' היה גירסתו כך [ע"ס בתוס' דנראה דגם לפניהם לא היתה הגירסא גנב אלא שמפרשים כן והרמב"ם מפרש דאבעלים קאי] :

סימן שנה [גנב שהחזיר הגנבה שלא מדעת בעלים ובו ו' סעיפים] :

א הגונב חפץ מבית חבירו והחזירו למקומו והבעלים לא ידעו שהחזירו אם ידעו הבעלים מהגנבה לא נפטר בהחזרתו בלא ידיעת הבעלים והוא באחריותו עד שיתוודעו מחזירתו כגון שימנה חפציו וימצאם שלמים דכיון שידעו שנגנבה הרי נתייאשו מלשמרה עוד וכשהחזירה אינו יודע מזה שישמרנו ולכן כשנודע מזה גם אחר חזירתו כגון שמנה את הכלים ומצא גם הכלי הנגנב בתוכם אף שלא ידעו בשעת החזרה פטור מאחריות והידיעה בעת החזרה אינה מעכבת לפיכך ראובן שגנב מעות משמעון והבליעם לו בחשבון ונתנם לתוך כיסו יצא מפני שאדם עשוי למשמש בכיסו בכל שעה וממילא יתוודע מזה וימצא שהחזיר לו בכלל מעותיו וי"א שצריך שיודע המחזיר שזה יודע מנין המעות שלו אבל כשאינו יודע שזה יודע אין זה השבה דיכול להיות שלא יתוודע לעולם מהשבתו וכן אם זרקן המחזיר לכיסו שאין בה כלום לא יצא וחייב באחריות הגזילה עד שיודיענו שהחזיר לכיס פלוני ואם לא ידעו הבעלים שנגנב מהם מיד כשהחזירן למקומן יצא אע"פ שהבעלים לא מנאום דהא לא סילק שמירתו מהם כיון שלא ידע כלל מהגנבה [עסמ"ע שהקשה על הש"ע שהרכיב שתי דעות וכ"ל דס"ל דגם הרמב"ם מודה שצריך לידע מנין המעות וגם הטור מודה בהחזיר לכיס ריקה והרמב"ם יפרש מ"ש בב"ק קיח: הא דאית ליה זוזי אחרינא ויודע כמה והא דלית ליה וכו' והר"י מפרש דאית ליה ואינו יודע כמה והא דלית ליה ומשמש תמיד בכיסו ולפ"ז לא פליגי לדינא ודוק] :

ב וזה שנתבאר דבלא ידעו הבעלים קילא השבתו מידעו בר"א בדבר שאין בו רוח חיים אבל בדבר שיש בו רוח חיים אדרבא חמירא השבתו בלא ידעו מבידעו דבידעו מנין פוטר כבדבר שאין בו רוח חיים ובלא ידעו לא מהני מנין עד שיודיע להבעלים שנגנבה והוחזרה שמפני שזה הבעל חי הורגל לצאת ממקומו צריך שמירה מעולה יותר מקודם ולכן צריכין הבעלים לידע מהגנבה וההשבה כדי שישמרום מעתה שמירה מעולה :

ג לפיכך הגונב טלה מן העדר וידעו הבעלים מהגנבה דינו כבסעיף א' שאם החזירו להעדר שלא מדעת בעלים ומת או נגנב חייב באחריותו ואם אחר החזרה מנה הבעה"ב את הצאן ומצאן בשלימות וידע שהוחזרה פטור אע"פ שלא ידע בזמן השבתה דכיון שידע שנגנבה ישמרנה מעתה שמירה מעולה אבל אם לא ידעו לא בגנבתו ולא בחזירתו אע"פ שמנו את הצאן והיא שלמה חייב באחריותו עד שיודיע את הבעלים מהגנבה כדי שישמרו את הטלה הגנוב שמירה מעולה ואם טלה זה שנגנבה מרושמת וניכרת בעדר כגון שהוא נקוד וטלוא נפטר מאחריות בהשבתו גם קודם שמנו את הצאן אם רק ידעו מהגנבה שהרי הוא ניכר בפ"ע ומסתמא ראוהו הבעלים מיד והוי כמו מעות שעשוי למשמש בכיסו בכל שעה [סמ"ע] :

ד וזה שנתבאר דבדבר שאין בו רוח חיים נפטר בחזרה למקומו בלא מנין בר"א בגנב הגונב מבית בעלים אבל שומר שגנב מרשות עצמו כגון שהופקד אצלו

אצלו איזה חפץ או כיס או בעל חי ושלח בו יד וגנבו והחזירו למקומו ושומרו כמקדם חייב באחריות אונסים עד שיודיע להבעלים ששלח יד והחזיר ואז אם יתרצו הבעלים שישאר שומר כמקדם יפטר מאונסים דאם לא הודיעו הרי כלתה שמירתו והרי הוא כאלו לא החזירו דאמרינן לדעתו של המפקיד שבודאי אין רצונו לעשותו לשומר על זה אחרי ששלח יד בהפקדון :

ה והרמב"ם והטור כתבו דשומר שגנב מרשות עצמו ויש עדים שגנבו אע"פ שיש עדים שהחזירה למקומה חייב באחריותו עד שיודיע להבעלים עכ"ל ודקדקו הפוסקים מזה דדוקא כשיש עדים על הגנבה אמרינן דמסולק משמירתו אבל כשאין עדים על הגנבה והחזירה מעצמו הרי עשה תשובה מרצונו ואמרינן דניחא להו לבעלים שיהיה עוד שומר ודי בהשבה גם בלא ידיעת הבעלים וגם בבעל חי דבזה לא שייך הטעם דשמירה מעולה כיון שהוא שומרו ויודע מהגנבה [סמ"ע וב"ח] ויש חולקים בזה [ש"ך] וכבר נתבאר בסי' רצ"ב סעיף ט' דמדברי רבינו הרמ"א שם נראה דס"ל ג"כ חילוק זה ע"ש :

ו דעת הרמב"ם בפ"ד מגנבה דשומר שגנב מרשותו ויש עדים בדבר חייב לשלם כפל ואע"ג דשולח יד בפקדון פטור מכפל מ"מ כשגנבו חייב והראב"ד חולק עליו דליכא כפל בשומר אלא בטוען טענת גנב ונשבע ובאו עדים אבל בלא שבועה אינו חייב בכפל [הס"מ] וטעמו של הרמב"ם י"ל דדוקא כשהפקדון על מקומו וטוען טענת גנב אינו חייב בכפל רק בשבועה אבל כשבאמת גנבו דינו כגנב אחר וחייב בכפל כשבאו עדים [כ"מ] [ומסוגית סס"ם ב"ק ס"ג: אין להקשות דכיון דזהו כגנב אחר א"ל קרא ודוק] :

סימן שנו [אסור לקנות מגנב ודין תקנת השוק ובו י"ז סעיפים] :

א אסור לקנות מגנב את הדבר שגנב ועון גדול הוא שהוא מחזיק ידי עוברי עבירה כדאמרי אינשי לאו עכברא גנב אלא חורא גנב וגורם להגנב שיגנוב עוד שאם לא היה מוצא מי שיקנם לא היה גונב ולדעת הטור אסור לקנות ממנו שום דבר כמ"ש בסי' שס"ט וכן איסור חמור הוא לסייע לגנב בשום דבר כדי שיגנוב ולכן אומן שמבקשים ממנו לעשות דבר והוא מבין שהדבר הזה הוא לעסק גנבה אסור לו לעשותם ואם עשה ענשו חמור מאד ואפילו אם הדבר ספק אצלו אם זהו לגנבה אסור לסייע [ט"ז] ואשה שיש לה בעל ומבקשת לעשות לה מפתחות בלי ידיעת הבעל אסור לעשות לה דודאי כוונתה לגנוב [סמ"ע] ורגמ"ה תקן בגזירה חמורה שלא לקבל גנבות מעכו"ם וכמה קקולים אירע עי"ז לאנשים אחרים הנקיים מזה ולכן יכולים לכוף למי שלא ישמע בכל מיני כפיות ואסור ליהנות מדבר הגנוב אם יודע שגניבה היא וגם לאחר יאוש אסור כמ"ש בסי' שס"ט סעיף ד' ע"ש :

ב הקונה חפץ מגנב אם קנאה לאחר יאוש קנאה ביאוש ושינוי רשות מרשות הגנב לרשותו ודוקא שהשינוי רשות היה אחר היאוש ולהרמב"ם מהני אף קודם היאוש כמ"ש בסי' שנ"ג ואפילו אין ידוע לנו בבירור שנתייאש אמרינן דמסתמא נתייאש דסתם גנבה נתייאשו הבעלים ואם הגנב עכו"ם לא הוי סתמא יאוש בעלים ויתבאר בס' שס"א ושס"ח ואם קנה קודם יאוש שידוע שלא נתייאשו הבעלים מדין תורה צריך הלוקח להחזיר את החפץ להבעלים בלא דמים והוא יתבע מעותיו מהגנב אבל חכמים תקנו בשקנה שלא בצינעא כדרך שקונים מגנבים והקונה לא ידע שהיא גנובה מחזיר החפץ להבעלים והם ישלמו להקינה מה ששילם להגנב ותקנו זה מפני תקנת השוק דאל"כ ימנע כל אדם לקנות בשוק ויתבטל המסחר ואפילו הוכר הגנב משלמים הבעלים להקונה והבעלים יתבעו מהגנב ואם הבעלים חושדים להקונה שידע מהגנבה יכולים להטיל עליו קבלה שלא ידע מזה ואם טוענים טענת ברי יכולים להטיל עליו שבועת היסת [כ"ל] :

ג ודוקא כשידוע שנגנב ממנו חפץ זה כגון שיש עדים על זה או שמפורסם בעיר שנגנב ממנו חפץ זה כמ"ש בסי' שנ"ז אבל בלא"ה אינו נאמן לומר שנגנבה ממנו ואמרינן דמכרה אם לא שהגנב מודה וי"א דבעינן שראו עתה החפץ ביד הקונה דאל"כ טענינן להלוקח שלקחו המוכר אח"כ במיגו דהחזרתי כמו ביורשים בס"ם שס"א ולא נראה כן דבשלמא ביורשים שייך לומר שהחזירו מה שגזל אביהם דכן צריכים לעשות אבל לוקח מה לו להחזיר מה שקנה בהיתר כיון דמתקנת חכמים א"צ להחזיר בלא דמים אנן סהדי שלא החזיר לו והרי אף גם ביורשים יש חולקים בזה כמ"ש שם ומ"מ אם אין עדים שלקחה מהגנב ולא ראו בידו מקודם חפץ זה טוענים בעדו שהגנב לקחה אח"כ במיגו דאי בעי הוה אמר הגנב שהחזירה לו ועמ"ש בסי' שנ"ז סעיף ב' אבל כשיש עדים על הלקיחה או ש־או אף מקודם את החפץ ביד הלוקח שוב אין כאן מיגו ואם הגנב בעצמו מודה שגנבה ולא קנאה ממנו אח"כ צריך להחזירה בכל ענין ויקבל דמיו [כ"ל] :

ד אם הלוקח קנאה מהגנב בק"ס ושילם לו הדמים והבעלים הקדימו א"ע וטרפוה מהגנב אין הבעלים צריכים לשלם לו הדמים שנתן להגנב דלא שייך בזה תקנת

תקנת השוק כיון שהיא עתה ביד הבעלים [ס"ך] אבל כשהחפץ הוא ביד הלוקח לא מהני מה שיתפסו הבעלים מהלוקח כיון שמתקנת חכמים חייב לשלם לו הדמים שנתן [נס"מ]:

ה במתנה לא עשו תקנת השוק כיון שלא נתן מעות וי"א שגם במתנה עשו תקנת השוק דמתנה כמכר דאי לאו דהו"ל הנאה מיניה לא הוה יהיב לו מתנה ומ"מ נראה עיקר כדעה ראשונה [ס"ך] ועמ"ש בסי' ס' ובקרקע לא שייך תקנת השוק אבל בעבדים ובהמות כיון שמטלטלים אותם ממקום למקום דינם כמטלטלים ושייך בהם תקנת השוק ואע"פ שיש שמסתפק בזה מ"מ כן עיקר לדינא [קלס"ח]:

ו אם לקח מגנב מפורסם לא עשו בו תקנת השוק אע"פ שלקחה בפרהסיא ולא ידע שגנובה היא מ"מ כיון שהוא גנב מפורסם היה לו להקונה לחשוש שודאי גנובה היא ואיהו דאפסיד אנפשיה ומחזיר החפץ להבעלים בלא דמים ותובע מהגנב מעותיו ודוקא כשמפורסם בגנבות אבל אם בגנבות אינו מפורסם אף שמפורסם לרעה בענינים אחרים דינו כגנב שאינו מפורסם [ס"ך] וי"א דאף בגנב מפורסם עשו בו תקנת השוק אא"כ ידע הלוקח שזה החפץ שקנה גנוב הוא דאז אפילו באינו מפורסם צריך להחזיר בלא דמים והעיקר כדעה ראשונה [סס] וכן אם לקח מגנב כותי לא עשו בו תקנת השוק וי"א דאין חילוק וכן עיקר לדינא [סס] ותלוי בראיית עיני ב"ד [ודוק]:

ז כשהלוקח ידע שהחפץ גנוב הוא וצריך להחזיר להבעלים בלא ממון כתב רבינו הרמ"א דאפילו הגנב א"צ להחזיר לו מעותיו דודאי נתן לו לשם מתנה הואיל וידע שאינו שלו וקנאה עכ"ל והשיגו עליו דהא קיי"ל בלוקח שדה מגזלן כשידע שגזולה היא דמחזיר לו הגזלן מעותיו ואינם מתנה כמ"ש בסי' שע"ג וכן גם בכאן ודאי שצריך הגנב להחזיר לו מעותיו [ס"ך וט"ז] ולי נראה כדברי רבינו הרמ"א דהא קיי"ל במקדש אחותו שהמעות מתנה משום דאדם יודע שאין קדושין תופסין באחותו וגמר ונתן לשם מתנה כמ"ש באה"ע סי' נ' ובגמ' [ב"מ טו:] תלוי פלוגתא דמקדש אחותו בפלוגתא דלקח שדה גזולה והכיר בה שאינו שלו ועב"ז בקדושין קיי"ל דהמעות מתנה ובשדה המעות חוזרים ויש מי שאומר לחלק בין אחותו לאיש זר דלאחותו יהיב מתנה ולא לאחר וא"א לומר כן דאע"ג דבגמ' עביד צריכותא מטעם זה אין זה אלא צריכותא בעלמא כדרך הש"ס ולא לפי האמת דאל"כ נצטרך לומר דכשהגזלן מכר השדה לאחיו המעות מתנה ובקדושין כשקידש ערוה שאינה קרובתו המעות חוזרין ולא ראינו לאחד מהפוסקים שיאמר כן והרמב"ם פ"ו מזכייה כתב להדיא הלשון משום דאדם יודע שאין קדושין תופסין בעריות ולא כתב אחותו ולפ"ז אם קידש א"א ג"כ המעות מתנה [וכ"כ בלס"מ] ועוד ראיה דבקדושין [מו:] פריך הש"ס אמאן דס"ל דמעות מתנה ממפריש חלתו קמח דחוזר להבעלים ואינה מתנה ואם נאמר דרק באחותו המעות מתנה ל"ק כלל וכן מוכח להדיא בערכין [ל:] ע"ש ואע"פ שהרא"ש ז"ל כתב כמסתפק בסברא זו מ"מ אין לאומרה וגם מהרא"ש עצמו נראה דלא ס"ל סברא זו ובקדושין שם לא הזכיר הרא"ש עצמו סברא זו כלל ולחלק בזה נ"ל דכל מקום שאדם יודע ברור שאין במעשיו כלום המעות מתנה כפי פסק רבינו הרמ"א ורק בלקח קרקע גזולה מדמה הלוקח בדעתו שעד שיבא הנגזל ויוציאה בדין יעשנה ויאכלנה ולכן לקחה אבל לא כוון לשם מתנה וסברא זו מוכח שם בגמ' ע"ש וס"ל לרבינו הרמ"א דודאי אם לקחה בצינעא לא כוון לשום מתנה דיכול להיות שדימה בדעתו שהבעלים לא יתוודעו מזה וכן אפילו אם לקחה בפרהסיא אך שלא ידע שהבעלים לא נתייאשו לקחה על הספק דאולי נתייאשו הבעלים וסתם גנבה הוי יאוש בעלים ויקננה ביאוש ושינוי רשות ולא כוון לשם מתנה אבל כשידע שהבעלים לא נתייאשו ומרדפין אחר הגנבה והוא קנאה בפרהסיא שמיד יוודעו הבעלים פשיטא שלא היה לו שום ספק שהבעלים יוציאו את החפץ ממנו מיד וזהו ממש כמקדש אחותו ומ"מ נ"ל דזה אינו אלא במקום שהלוקח נוטל החפץ ואח"כ נותן הדמים להמוכר דמוכח שנתן לו לשם מתנה דאל"כ למה נתן לו הדמים אבל במקום שנותנים הדמים ואח"כ נוטלין החפץ יכול הלוקח לומר שכוונתו היתה להחזיר החפץ להבעלים ולא היה יכול לעשות באופן אחר וראיה ממה שכתב רבינו הרמ"א דאם אמר הלוקח לטובה נתכוונתי נאמן דאפילו הבעלים צריכין להחזיר לו המעות שנתן אפילו בגנב מפורסם ודוקא שאם היה לוקחו לא היה באפשרות הבעלים להחזיר [ס"ך] א"כ נהי דלענין שהבעלים יחזירו לו המעות צריך בירור גמור אבל לענין שהגנב יחזיר לו מעותיו אם רק יש איזה אמתלא להקונה למה עשה כן אין המעות מתנה ואינו דומה למקדש אחותו ורק אמתלא שכוון ליתן לשם פקדון אינה אמתלא כלל כמבואר בגמ' ועמ"ש באהע"ז סי' כ"ז סעיף כ"ו:

ח כבר נתבאר דלהרמב"ם קונה גם ביאוש אחר שינוי רשות ורוב הפוסקים חולקים בזה וס"ל דאם נתייאש אחר שמכר לא קנה לוקח דהיאוש צריך להיות קודם וכן הכריע רבינו הרמ"א ובסי' שנ"ג סעיף ה' בארנו טעם הרמב"ם ז"ל והחולקים עליו ע"ש:

ט רבינו הב"י העתיק בסעיף ג' לשון הרמב"ם דביאוש ושינוי רשות אינו מחזיר הגנבה עצמו לבעליה אלא נותן להם הדמים אם לקח מגנב מפורסם או אינו נותן כלל לא חפץ ולא דמים אם לא היה זה המוכר גנב מפורסם וכתב רבינו הרמ"א פירוש דהרי הבעלים צריכים ליתן ללוקח דמי המקח משום תקנת השוק ולכן המותר מדמי המקח צריך ליתן לו לפי סברא זו אלא דיש חולקין וס"ל דיאוש ושינוי רשות קונה לגמרי וא"צ ליתן לו

אפילו הדמים עכ"ל וכבר בארנו בסי' שנ"ג סעיף ו' דגם הרמב"ם ס"ל ככל הפוסקים אלא דמצד התקנה נראה לו בגנב מפורסם שיחזיר המעות ע"ש ולכן לדינא אין לחייב הקונה במה שלקח בזול שיתן המותר להבעלים וכשלא היה המוכר גנב מפורסם גם לדעת הרמב"ם פטור וכ"ש להחולקים פטור אף במפורסם ע"ש בסעיף ז':

י כשקנה מגנב שאינו מפורסם שהבעלים צריכים לשלם להלוקח דמים שנתן ואין עדים כמה נתן להגנב כתב הרמב"ם ז"ל דהלוקח נשבע בנק"ח כמה נתן ויטול מהבעלי' ובזמן שהלוקח צריך להחזיר בחנם והוא תובע מעותיו מן הגנב ואומר בכך וכך לקחתי ממך והגנב אומר שלקח בפחות מזה נשבע הלוקח בנק"ח ונוטל אבל הגנב אינו נאמן בשבועה לפטור מפני שחשוד הוא על השבועה כמ"ש בסי' צ"ב ע"ש:

יא הלוקח מגנב שאינו מפורסם בין שלקח ממנו שוה מנה במאתים או שוה מאתים במנה ה"ז נוטל הדמים שנתן מהבעה"ב ואח"כ מחזיר הגנבה ולא אמרינן כיון שלקח שוה מנה במאתים ודאי במתנה נתן להגנב וכן כשלקח שוה מאתים במנה מסתמא ידע שגנובה היא משום דלפעמים כשצריך להחפץ משלם ביוקר וכשהמוכר צריך למעות מוכר בזול ומ"מ נ"ל דאם הוא דבר המצוי לקנות בשוק במקח השוה או דבר שמצוי למכור בשוה לא עשו בזה הקנת השוק דניכר שיש בזה הערמה ותלוי לפי ראות עיני הדיינים לפי הזמן והמקום ומהות הקונה:

יב לקחה מהגנב במאה ומכרה לאחר בק"ך והוכר הגנב נותנים הבעלים לזה האחרון ק"ך ונוטל החפץ וחוזרים הבעלים ונוטלים מהראשון את העשרים שהרויח דלהרויח בגניבה לא עשו תקנת השוק ומאה נוטל מהגנב וה"ה אם השני מכר לשלישי ושלישי לרביעי אפילו עד מאה הדין כן שמשלם להאחרון כל מה שנתן ונוטל מכל אחד מה שהרויח והקרן נוטל מהגנב וכ"ז כשידוע שלא נתייאש דכשנתייאש קנה הלוקח ביאוש ושינוי רשות כמו שנתבאר:

יג ואם לקח מגנב מפורסם במאה ומכרה לאחר בק"ך כתב הטור דנוטל החפץ מהשני בלא דמים והשני נוטל מהראשון ק"ך והראשון נוטל מאה מהגנב אבל הרמב"ם ז"ל סובר דלהשני עשו תקנת השוק כיון שלא לקח מהגנב ולכן נוטל השני מהבעלים ק"ך והבעלים נוטלים את הק"ך מהראשון והראשון נוטל מאה מהגנב וטעמו של הטור הוא דכיון שעשו רק מפני תקנת השוק לא תקנו בגנב מפורסם אף בהשני אמנם רבותינו בעלי הש"ע לא הביאו כלל דעת הטור וכן האחרונים פסקו כהרמב"ם:

יד ישראל שקנה מן הגנב ומכרו לישראל אחר ובא כותי ואמר שממנו נגנבה והוציא את החפץ מהשני בדיניהם אם הגנב הוא גנב מפורסם צריך הראשון להחזיר להשני מעותיו דאפסיד אנפשיה שלקח מגנב מפורסם ואם אינו יכול להוציא מהגנב איבד מעותיו ואם אינו מפורסם א"צ להחזיר להשני מעותיו דיכול לומר שהכותי משקר ואם נתברר שאינו משקר חייב באחריותה כמ"ש בסימן רכ"ה ואם התנו בזה איזה תנאי הכל לפי תנאם כמ"ש שם וכן ראובן שקנה משמעון והוציא הכותי מראובן בטענה ששמעון נגבה ממנו אינו נאמן דחיישינן שאומר שקר ועמ"ש בסימן קע"ו:

טו לא תקנו חכמים שישלם בעל החפץ להקונה אלא כששילם להגנב אבל אם לקח בהקפה נוטלו מהקונה בלא דמים והקונה לא ישלם להגנב אא"כ נתן לו להגנב משכון או שטר שיגבה ממנו בערכאות דאז הוי כמו ששילם לו וכן אם הגנב פרע בחפץ הגנוב חוב שהיה חייב או מה שהקיף בחנות אין בזה תקנת השוק אלא הבעלים נוטלים החפץ בלא דמים והחוב נשאר על הגנב כמקדם וכמו שהאמינו כבר כן יאמינו עתה:

טז אם הגנב הניח את הגנבה במשכון נותנים הבעלים להמלוה את המעות שהלוה עליו דגם בזה שייך תקנת השוק וחוזרין ועושין דין עם הגנב אם אינו גנב מפורסם ולא ידע שגנוב הוא ואין חילוק בין שמשכנה יתר על דמיו ובין שמשכנה בפחות ולא אמרינן כיון שאין דרך העולם להלוות על משכון יתר מדמיו מסתמא לא הלוהו על בטוחות המשכין אלא האמינו על נאמנותו ואין כאן תקנת השוק דלפעמים אדם מלוה על משכון יותר מדמיו משום שיודע שלא יניחו מלפדותו ולכן דינו כמו במכירה שנתבאר מיהו י"א דא"צ ליתן להמלוה רק כפי שווי החפץ [ס"ך] והעיקר כדעה ראשונה [סגר"ת] ואם הניחו במשכון ומשלם רבית א"צ לשלם לו רק הקרן ולא הרבית דלא עשו תקנת השוק על הרבית וכן אומן שנותנים לו כלים לתקן ומכרן או השכינם צריכים הבעלים ליתן לו מעותיו ולא הרבית שעולה עליו אמנם זהו רק למאן דס"ל אין אומן קונה בשבח כלי כמ"ש בסי' ש"ו אבל למאן דס"ל אומן קונה בשבח כלי הרי שלו מכר והשכין ובמקום שנהגו שמשלם גם הרבית וכן כשנהגו להחזיר כל גניבה גם אחר יאוש ושינוי רשות יעשו כן דבממון מנהגא מילתא היא וכ"ש כשיש בזה גם דינא דמלכותא [עס"ך סק"י]:

יז אם היה הגנב חייב להלוקח מאה דינרין והביא לו הגנבה ונהנה לו ונתן לו עוד מאה דינרים אין אומרים דהן אמת דהמאה הראשונים א"צ לשלם לו משום דפרע בחובו ולית ביה תקנת השוק אבל המאה השניים צריך לשלם לו דהא אלו המעות האמינו על החפץ ויש בזה הקנת השוק אלא דנוטלים את החפץ בלא מעות ואומרים לו לך ותבע את הגנב במאתים שלא האמנת לו השניים מפני החפץ בלבד דכשם שהאמנת לו על הראשונים כן האמנת לו על השניים ואע"פ שקרוב הדבר שלא האמינו בלא משכון רק מאה ולא מאתים מ"מ הא פרעו בהחפץ בעד המאה הראשונים וצריך להחזיר לו בלא

מעוה

מעות כדין פרע כחובו והמאה השניים האמינו בלא משכון [גמ' שס] ואף שי"ל שהחוב נשאר עליו כמו שהיה והמאה השניים לוה על החפץ מ"מ כיון שהחפץ בודאי הוא של הבעלים והספק הוא על הממון אינו מוציא מספק מהבעלים ואע"פ שעכ"פ ע"י זה החפץ גרם להמלוה שיאמינו מאתים והרי אינו נאמן אצלו על מאתים מ"מ אף אם נדון זה כגרמא ג"כ פטור וכ"ש שלא הבעלים גרמו לו [כ"ל] וכל זה כשנתן לו החפץ סתם אבל כשיש עדים שא"ל הלויני על חפץ זה מנה ודאי זהו משכונא שעשו בה תקנת השוק ואם אין עדים והמלוה טוען כן יתנו הבעלים עליו קבלה שכן היה המעשה אבל שבועה אינו יכול ליתן לו דהא אינו יודע בברי שלא כן היה ואין משביעין בטענת שמא וי"א דכיון שבא ליטול צריך לישבע אף בשמא [ס"ך] כמ"ש בסעיף י' [ע' בסנגר"ח סקכ"ח] ודע דבכל חפצים וגם בספרים שייך תקנת השוק:

סימן שנז [המכיר כליו וספריו ויצא לו שם גניבה בעיר ובו ז' סעיפים]:

א כתב הרמב"ם ז"ל בפ"ה מגניבה בעה"ב שאינו עשוי למכור את כליו ויצא לו שם גניבה בעיר והכיר כליו וספריו ביד אחרים או שהיה עשוי למכור והיה כליו אלו שהכיר מכלים העשוין להשאיל ולהשכיר אם באו עדים שזה כליו של זה ישבע זה שהן בידו בנק"ח בכמה לקח ויטול מבעה"ב ויחזיר לו כליו היה בעה"ב עשוי למכור את כליו ולא היו מדברים העשויים להשאיל ולהשכיר אע"פ שיצא לו שם גניבה בעיר והוכיו כליו אינו מחזירן מיד הלקוחות שמא הוא מכרן לאחרים אבל אם באו בני אדם ולנו בתוך ביתו ועמד וזעק בלילה נגנבו כלי וספרי ובאו בני אדם ומצאו מחתרת חתורה ובני אדם שלנו בתוך ביתו יוצאים וצרורות של כלים על כתפיהן והכל אומרים הללו כליו וספריו של פלוני ה"ז נאמן וישבע זה שהכלים בידו בנק"ח כמה הוציא ויטול מבעל הגנבה ויחזיר לו כליו עכ"ל וכן העתיקו רבינו הב"י בש"ע:

ב מבואר מדבריו דכשאין עדים על הגנבה מכלים אלו אין אדם נאמן לומר שנגנבה ממנו ואמרינן דמכרן ואפילו הוא בעה"ב שאינו עשוי למכור כליו ואפילו כלים אלו הם מדברים העשוים להשאיל ולהשכיר ואפילו ראו עתה את החפץ ביד אחר ואם היה טוען לקוח הוא לא היה נאמן כמ"ש בסימן קל"ג מ"מ כשהבעה"ב טוען גנובים הם אינו נאמן דאמרינן שמא היה צריך למעות ומכרן וזה לקחן מהלוקח והטעם דאחזוקי אינשי בגנבי לא מחזקינן ואינו דומה לטענת שאולים הם בידך לפיכך הטוען נגנבו ממני כלים צריך שני סימנים על הגנבה האחת שיצא לו שם גניבה בעיר והשנית שאינו עשוי למכור כליו ואם עשוי למכור כליו צריך שיהיו הכלים מהעשויים להשאיל ולהשכיר ואם עשוי למכור ואינם מהעשויים להשאיל ולהשכיר צריך סימן מובהק על הקול של הגניבה כמו שלנו בני אדם בביתו וזעק בלילה וביוצא בזה ויש שרצו לפרש דבריו דבדברים העשוים להשאיל ולהשכיר לא מצרכינן כלל ליצא לו שם גניבה בעיר ונאמן במיגו דשאולים הם בידך ואינו כן דהרמב"ם לא ס"ל מיגו זה מטעם דאחזוקי אינשי בגנבי לא מחזקינן וכן פירשו הרב המגיד ורבינו הב"י:

ג וזהו דעת הטור ג"כ רק שמפרש בדברי הרמב"ם דבעשוים להשאיל ולהשכיר א"צ ליצא לו שם גניבה והשיג עליו וכן ס"ל לרבינו הרמ"א בדעת הרמב"ם ולכן כתב די"א דכיון שהוא טוען גנובים איתרע ליה חזקה דעשוים להשאיל ולהשכיר שהרי הוא אינו טוען כן ולכן חיישינן שמא מכרן עכ"ל וביאור דבריו דמיגו דגנובים הם אינו מיגו מטעם שנתבאר ולכן לפמ"ש בדעת הרמב"ם אין כאן מחלוקת לדינא:

ד והראב"ד ז"ל [שס] באמת ס"ל כן דבעשוים להשאיל ולהשכיר א"צ ליצא לו שם גניבה ונאמן במיגו דשאולים הם אע"ג דאחזוקי אינשי בגנבי לא מחזקינן זהו כשאומר אתה גנבת ממני אבל כשטוען נגנבו ממני ואתה לקחת מהגנב הוי מיגו טוב דכמה גנבים הוי בעולם ויש מי שאומר דגם הרמב"ם ס"ל כן אלא דמיירי דלא ראו עדים החפצים בידו דלא היה נאמן גם בטענת שאולים וליכא מיגו כמ"ש בסימן קל"ג דיכול לומר החזרתים לך אבל בראו בידו נאמן מטעם מיגו [ס"ך] ולא משמע כן בדברי הרמב"ם [סגר"ח] והעיקר כפירוש הה"מ והב"י ולדינא הסכימו לזה הרא"ש והטור והרמ"א:

ה ומה שאינו מועיל יצא לו שם גניבה בלחוד משום דחיישינן שמא הערים בזה להוציא קול שנגנבו ממנו כדי להוציא הכלים לכן מצרכינן לזה שלא יהיה עשוי למכור כליו או שהמה עשוים להשאיל ולהשכיר או שיש סימן מובהק על קול הגניבה כמו מחתרת שנתבאר וכיוצא בזה ופירושא דעשוים להשאיל ולהשכיר לדעת הרמב"ם הם כלים העשוים מתחלה רק להשאיל ולהשכיר כמ"ש בסי' ע"ב וקל"ג וזהו דבר פשוט שצריך הבעה"ב ליתן סימנים בהכלים אלו שטוען שנגנבו ממנו [ט"ז] וכ"ז מיירי בידוע שלא נתייאשו אבל בסתמא כבר בארנו דסתם גניבה הוי יאוש בעלים וקנה הקונה ביאוש ושינוי רשות:

לפעמים

ו לפעמים יש אפילו לא יצא לו שם גניבה בעיר ואפילו טוען שוה בעצמו גנבן ונאמן כגון שראו את ראובן נכנס לבית שמעון והטמין כלים תחת כנפיו ויצא כמ"ש בסימן צ' ע"ש ודע דאם רק נתברר לב"ד שנגנב מראובן חפצים אלו ונמצאו אח"כ דנין בזה כבגניבה ודאית אף שלא ראינו מחתרת דהעיקר הוא לעמוד על בירור הגנבה וכן אם עדים העידו על הגנבה :

ז ראובן שנגנבו כליו או נאבדו או נטלוהו ליסטים ובאו ליד כותי וקנאום ישראל אחר בפחות משויו ובאו הבעלים ותבעום מיד זה שקנאם אם קנה קודם יאוש צריך להחזיר להבעלים ואם קנה אחר יאוש קונה ביאוש ושינוי רשות מיהו רבינו הרמ"א כתב בסימן שס"ח דהאידנא נהגו להחזיר כל גניבה אפילו אחר יאוש ושינוי רשות ואין לשנות מהמנהג ע"ש וכמדומה שגם עתה נוהגים כן :

סימן שנח [דבר שיש בו חשש גניבה אסור לקנות ודין גונב נפש ומחתרת ובו י"ח סעיפים] :

א כל דבר שחזקתו שהמוכר לו מוכר דבר הגנוב אסור ליקח אותו וכן אף אם אין הלוקח מרגיש עתה שמוכר לו דבר גניבה אך שידוע שרוב מהדברים כאלה הם בחזקת גניבה כמו חייטים שמוכרים שירי סחורה וכיוצא בזה אסור ליקח אותן ולכן צריך כל אדם הלוקח חפץ שלא במקום גלוי כבחנות לידע ולהרגיש אם המוכר מוכר לו דבר גנוב או לא :

ב וחז"ל אמרו [סילסי ב"ק] דלפיכך אין לוקחים מהרועים צמר או חלב או גדיים אבל לוקחים מהם חלב וגבינה במדבר אבל לא בישוב דבמדבר קרוב הדבר שהבעלים צוו להם למכור מפני שטורח מרובה הוא להביאן לישוב אבל צמר וגדיים מביאים לישוב ואין לוקחין מהם במדבר דודאי כוונתם לגנוב מהבעלים ומותר ליקח מהרועים ד' צאן מעדר קטן או חמשה מעדר גדול שאין חזקתו שהוא גנוב דמספר כזה מרגישים בו הבעלים ואינו יכול לגנבן וכן בגיזות של צמר מותר ליקח גיזות ד' צאן מעדר קטן וחמשה מעדר גדול מטעם זה כללו של דבר כל שהרועה מוכר אם בעל הצאן מרגיש בחסרונו כשימכור מותר ללוקחו דאין ביכלתו לגנוב ואם לאו אסור אע"פ שאינו יודע בודאי שכוונת הרועה לגנוב דסתם רועים חשודים על זה ואפי' יש להרועה גם צאן עצמו אין לקנות ממנו מה שחשוד לגנוב ולא דמי למ"ש בסימן שס"ט דמותר ליהנות מגזלן מממונו כשיש לו מעט שאינו גזול דזהו לענין ליהנות מממונו אבל לא לענין לקנות הדבר [סס"מ פ"ס מגזלס ס"ח] וזהו לפי הגירסא בגמ' [ב"ק קיט.] גזלן מאימתי מותר ליהנות ממנו וזהו גירסת הרמב"ם והרא"ש וכן לגירסת הרי"ף לגבות ממנו י"ל כן אבל לפנינו הגירסא לקנות הימנו א"א לחלק כן וצ"ל דמיירי שאין להרועה צאן משלו כלל ויש שרוצים לחלק בין גנב לגזלן ולא משמע כן [כפה״מ כ״מ מהסמ״ע ומ״מ הטוש״ע אם רוב אותו דבר אין פירושו על האיש הזה אלא על כלל הדבר וכ״מ מהכ״מ רפ״ו מגניבה ע״ש] :

ג אין לוקחים עצים משומרי עצים או פירות משומרי פירות אלא בזמן שהם יושבים ומוכרין בגלוי והמשקל או המרה לפניהם שהרי הדבר גלוי ויש לזה קול ומסתמא עושים ברשיון הבעלים ודוקא שיהיה על פתח הגינה אבל כשמוכרים לו מן הצד אסור לקנות ממנו וכן בכל הדברים אם אמר להקונה הטמן הדבר אסור לקחת מהם דניכר שרצונו לגנוב :

ד מותר ליקח מהארים שהרי יש לו חלק בפירות ובעצים וי"א דדוקא לאחר שחלקו דסתמא שלו הוא מוכר אבל קודם חלוקה אסור דחיישינן שלא יתן לבעה"ב נגד מה שנטל ודוקא בידוע שלא חלקו אבל בסתם תלינן שכבר חלקו [טור] וכן כשמביא מביתו תלינן שכבר חלקו [ב"ח] :

ה אם ראובן בא לבית שמעון ולקח לוי איזה מאכל של שמעון וכיבד את ראובן אין לו לראובן לאכול אע"פ שיודע שיתרצה שמעון כשיוודע מ"מ לע"ע אינו יודע והוה כיאוש שלא מדעת [תוס' ב"מ כב:] וזהו כשלוי אינו מקורב לבית שמעון אבל כשהוא בביתו או בא לפרקים לביתו ויש לו רשות משמעון לדברים כאלה מותר ליהנות דאל"כ כשאין הבעה"ב בביתו לא יהיה ביכולת אשתו ובניו וב"ב להכניס אורחים או לתת לחם וכיוצא בזה אלא ודאי דהם כשלוחם של הבעה"ב [כ"ל] וב"ד יש להם כח ליתן אף שאינו כאן כמ"ש באהע"ז סימן ע' ע"ש :

ו אמרו חז"ל [שם] דאין לוקחין מנשים ועבדים וקטנים כשיש לחשוש שמא מוכרים שלא מדעת הבעלים ולוקחים מהם דברים שחזקתן שהם שלהם מדעת הבעלים שהרשום אותם למכור כגון נשים שמכרו כלי פשתן בגליל או עגלים בשרון שהיו שם מצוים הרבה והיה מדרך הבעה"ב שלא להקפיד על נשותיהם והיו קונים ומוכרין ברשותם וכן כשהאשה נושאת ונותנת בעסקי בעלה ומוכרת שלא בהטמנה מותר ליקח ממנה ולוקחין ביצים ותרנגולים בכל מקום מכל אדם מפני שבימיהם היו בזול ולא היו מקפידים בזה ומ"מ אם אמרו להקונה שיטמינם אסור שסימן הוא שגנובין הן :

ז לוקחים מהבדדים הם העושים שמן בבית הבד זיתים במדה ושמן במדה אבל לא זיתים מועטים ושמן מועט שחזקתן

שחוקתן גנבה וכן כל כיוצא בזה והכל לפי הענין שמבין הקונה כמ"ש ויש לב"ד להעניש אותם המחזיקים בגנבות ובדבר שאינו שלהם ומעשה באשה אחת שהחזיקה בשל יתומים וגזרו שלא ישא אותה שום אדם כדי שלא להחזיק ידי עוברי עבירה:

ח דרך הצמר כשכובסין אותו נופל ממנו פסולת בעת הכביסה ואותן המוכין שהכובס מוציא הרי אלו שלו אבל מה שהסורק מוציא בעת סריקתו הרי אלו של בעה"ב והעיקר תלוי בכל מה שהבעה"ב מקפיד עליו צריך ליתנו להבעה"ב וכן היה דרכם באריגת הבגד שהיו אורגים ג' חוטים בשפת הבגד ובשעת השרייה במים היו מוציאין אותם ואמרו חז"ל דאותן הג' חוטין הם של הכובס ואם הניחו יותר מג' חוטין שייך הכל להבעה"ב ואם הבגד לבן והחוטים שחורים נוטל את הכל מפני שמגנים את הבגד ואין הבעה"ב מקפיד עליהם:

ט החייט התופר בחוטין של בעה"ב ונשאר מהחוט כדי משיכת מחט דהיינו כמלא מחט וחוץ למחט כמלא מחט וכן אם נשאר מהסחורה מטלית ג' אצבעות על ג' אצבעות חייב להחזירה לבעלים ופחות משיעורים אלו הרי אלו שלו והנסורת שהחרש מוציא במעצד כשמחלק הקורה לקרשים ונופל ממנה נסירות דקות מאד ויש טורח לבעה"ב להביאן לביתו הם שלו אבל חתיכות עצים הנושרים מכשיל וקרדום הם של בעה"ב ואם עושים אצל הבעה"ב גם הנסורת שייך לבעה"ב וכן בשארי מלאכות כל שדרך בעה"ב להקפיד ע"ז מחזירן לבעה"ב וכל שאינו מקפיד הוא של הפועל ובכל אלו הדברים וכיוצא בהם הולכים אחר מנהג המקום ואם אין שמה מנהג יתנהגו כמ"ש ע"פ דינא דגמ':

י כל אומן שמכר דבר מהדברים שאינם שלו אסור ליקח ממנו ואם מכר דברים שהם שלו לוקחים ממנו ואין חוששין שמא התנו עמו הבעלים שיהא גם זה שייך להבעלים אמנם אם האומן אומר להקונה הטמן אסור דניכר שגנוב הוא דמסתמא התנה עמו שלא יטלם לעצמו ואם נשתנה בידו אפילו הוא שינוי החוזר לברייתו רשאים ליקח ממנו דהא אינו גזל ודאי אלא ספק ולכן התירו לקנות ממנו בשינוי כל דהו ולכן לוקחין ממנו כר מלא מוכין שנשתנה שמו ממוכין לכר ואע"פ שביכולת להוציא המוכין ויחזרו לקדמותן מ"מ בספק התירו בכה"ג וכן כל כיוצא בזה וכל דבר שספק להאדם אם לקנות אם לאו ילך לב"ד וישאל:

יא כתב הרמב"ם בפ"ט מגניבה כל הגונב נפש מישראל עובר בל"ת שנאמר לא תגנוב פסוק זה האמור בעשרת הדברים הוא אזהרה לגונב נפשות עכ"ל ופסוק דלא תגנובו שבפ' קדושים הוא בגונב ממון וכל אחד אנו למדים מענינם דבקדושים מיירי בעניני ממון וקראי דעשרת הדברות הוא בנפשות דאצלו כתיב לא תרצח וכן המוכרו עובר בל"ת שזהו בכלל לא ימכרו ממכרת עבד ואין לוקין על לאוין אלו מפני שניתן לאזהרת מיתת ב"ד שנאמר והתעמר בו ומכרו ומת הגנב ההוא ומיתתו בחנק דכל מיתה האמורה בתורה סתם היא חנק וכל לאו שניתן לאזהרת מיתת ב"ד אין לוקין עליו דלמיתה נאמרה ולא ללאו ולכן אפילו אם לא התרו בו למיתה א או שכפי עשייתו אין בזה מיתה מ"מ אין לוקין [עתוסף שבת קנ"ד]:

יב אין הגנב חייב חנק עד שיגנוב אותו ויכניסנו לרשותו וישתמש בו וימכרנו לאחרים שנאמר והתעמר בו ומכרו ועימור הוא לשון שימוש ואפילו לא נשתמש בו אלא בפחות משוה פרוטה כגון שנשען עליו או נסמך בו ואף שהנגנב ישן ה"ז שימוש גנבו ונשתמש בו ומכרו ועדיין הנגנב ברשות עצמו שהגנב לא הכניסנו לרשותו פטור גנבו והוציאו לרשותו ונשתמש בו ולא מכרו או מכרו קודם שנשתמש בו או נשתמש בו ומכרו לאחד מקרוביו של הנגנב כגון שמכרו לאביו או לאחיו ה"ז פטור שנאמר גונב נפש מאחיו עד שיבדילנו מאחיו ומקרוביו במכירה זו וכן אם גנבו כשהוא ישן ונשתמש בו כשהוא ישן ומכרו ועדיין הוא ישן פטור אחרי שבכל הדברים הוי ישן ובגמ' [סנהדרין פו'] היא בעיא דלא איפשטא וספק נפשות להקל וכן אם גנב אשה ומכרה לעוברה בלבד כגון שהתנה עם הלוקח שאין לך אלא הולד פטור וגם זהו ספיקא דדינא והולכין להקל כמ"ש:

יג הגונב את בנו או את אחיו הקטן וכן האפוטרופוס שגנב את היתום שהוא סמוך אצלו ובעה"ב שגנב את אחד מבני ביתו הסמוכין על שלחנו ומלמד תינוקות שגנב את אחד מתלמידיו אע"פ שנשתמשו בהם ומכרום פטורים ממיתה שנאמר ונמצא בידו פרט לאלו שהם מצויים בידם:

יד אחד הגונב את הגדול ואחד הגונב את הקטן אפילו הוא בן יום אחד אם רק כלו לו חדשיו בין זכר בין נקבה ובין שהיה הגנב איש או אשה הרי אלו נהרגין שנאמר גונב נפש מכל מקום וגם יום אחד נקרא נפש כשכלו לו חדשיו ואחד הגונב את ישראל או גר [בימים קדמונים] או עבד משוחרר שנאמר נפש מאחיו ואלו בכלל אחיו הם בתורה ובמצות אבל הגונב את העבד או חציו עבד וחציו בן חורין פטור:

טו וכל דברים אלו צריך להיות בעדים והתראה ובזמן שבהמ"ק היה קיים ואם העידו שנים על הגנבה ושנים על השימוש ושנים על המכירה מצטרפין וכשהוזמו העדים נהרגים ונתבאר בסי' ל"ח:

טז הבא במחתרת בין ביום בין בלילה אין לו דמים שאם הבעה"ב הרגו או אפילו אדם אחר הרגו פטורים מפני שבא על עסקי נפשות ורשות יש לכל אדם להרגו בין בחול בין בשבת בכל מיתה שיכולין להמיתו כמו שיתבאר הטעם ואחד הבא במחתרת או גנב שנמצא בתוך גגו של אדם או בתוך חצרו או בתוך קרפיפו

קרפיפי בין ביום בין בלילה ולמה נאמר מחתרת לפי שדרך רוב הגנבים לבא במחתרת בלילה [רמב"ם סס] והטור בסי' תכ"ה חולק בזה ודעת הראב"ד דביום אין דין מחתרת ושם יתבאר בס"ד:

יז ומפני מה התירה התורה דמו של גנב אף שבא רק על עסקי ממון לפי שחזקתו שאם יעמוד הבעה"ב לפניו וימנענו יהרגנו ונמצא זה הנכנס לבית חבירו לגנוב כרודף אחר חבירו להרגו ולפיכך התירה התורה להרגו בין שהיה גדול בין שהיה קטן בין זכר בין נקבה ואם היה הדבר ברור לבעה"ב שזה הגנב הבא עליו לא יהרגנו שאינו בא אלא על עסקי ממון אסור להרגו ואם הרגו ה"ז הורג נפש שנאמר אם זרחה השמש עליו ופירושו אם ברור לך הדבר כשמש שיש לו שלום עמך אל תהרגהו לפיכך אב הבא במחתרת על הבן אינו נהרג שבודאי לא בא על עסקי נפשות אבל הבן הבא במחתרת על אביו נהרג בסתם אא"כ יודע ברור שהבן לא בא על עסקי נפשות כשלא יניחנו ליקח ממון ולכן דעת הראב"ד שביום אסור להרגו שע"פ הרוב אין גנב בא ביום על עסקי נפשות ושומט ובורח מיד:

יח הגנב כל זמן שהוא במחתרת רשאים להרגו יצא מן מחתרתו לחוץ אסור להרגו לפיכך הגנב שגנב ויצא או שלא גנב ומצאוהו יוצא מן המחתרת הואיל ופנה עורף ואינו רודף וכ"ש כשבורח אסור להרגו ויש לו דמים אם הרגוהו וכן אם הקיפוהו בני אדם או עדים מיוחדים בשעה שהוא במחתרת אינו נהרג אע"פ שעדיין לא יצא ממחתרתו דהא עתה א"א לו שיהרוג את הבעה"ב שהרואים לא יניחוהו וגם הוא יבהל בראותו אנשים סביב לו ואצ"ל אחר שיצא ממחתרתו ובא לב"ד שאינו נהרג שהרי כבר יצא ממחתרתו [ככ"ל בכוונת סרמב"ס וסמרגוס ע"ש ודוק] וכן הבא במחתרת לתוך גינתו של חבירו או לתוך שדהו או לתוך הדיר והסהר אסור להרגו ויש לו דמים כשהרגו מפני שחזקתו שבא על הממון בלבד לפי שאין הבעלים מצוים במקומות אלו ע"פ רוב וכל גנב שיש לו דמים אם נפל עליו גל בשבת מפקחין עליו אבל אם אין לו דמים אין מפקחין עליו ומי שיש לו דמים ושבר כלים בביאתו למחתרת חייב בתשלומין אבל מי שאין לו דמים ששבר כלים בביאתו פטור דקים ליה בדרבה מיניה וגם בזמה"ז פטור דחייבי מיתות שוגגין פטורין מתשלומין וכבר נתבאר זה בסימן שנ"א ואם ראו ב"ד להקן תקונים שלא יתרבו הגנבים יכולים לעשות ליסרם בכל האפשר כדי שישובו מדרך הרעה לדרך הטובה:

הלכות גזלה

סימן שנט [איסור גזלה ואיסור לא תחמוד ולא תתאוה ובו י"ד סעיפים]:

א אסור לגזול או לעשוק אפילו כל שהוא בין מישראל בין מעכו"ם כמ"ש בסימן שמ"ח ואם הוא דבר דליכא מאן דקפיד בזה מותר כמו ליטול מגדר או מחבילה לחצוץ בו שיניו ואף גם זה איתא בירושלמי [דמאי פ"ג] דממדת חסידות יש לחוש גם לזה מטעם דאם כל אחד יעשה כן יסתרו הגדר ובימינו נהגו כשבא לבית חבירו וחבירו שואף עלי מרורים בנחיריו או בפיו שנוטל גם הוא שלא בשאילת הבעלים וכן ליטול עצי גפרית להדליק בו וכן כששותים מים חמים מאנטיכי עם נופת נוטל צלוחית ושותה גם הוא מטעם שאין מקפידין ע"ז אמנם ממדת חסידות ודאי דראוי ליזהר וכ"ש כשיודע שהבעלים הוא גברא קפדנא ואסור מדינא וכן יש ליזהר כשבא אורח לבית ראובן ומכבדו ובתוך כך בא שמעון שאינו אורח ומפני הדרך ארץ מבקש ראובן את שמעון לשתות ולאכול אם אינו יודע בבירור שרצונו באמת ירחיק א"ע מזה וכן כל כיוצא בזה ועמ"ש בסימן רכ"ח:

ב אסור לגזול אפילו ע"מ לשלם דבר יפה מהגזולה דכתיב חבול ישיב רשע גזילה ישלם אע"פ שגזלה ישלם רשע מקרי ואף אם לכתחלה כוונתו לשלם וי"א דזהו דוקא אם אין התשלומין בעין אבל כשהם בעין יותר והם יפים יותר מהדבר שלוקח ממנו וידוע אצלו שהבעלים ימכרו את הדבר שנוטל שאין הדבר עומד לתשמישי ביתו [טור] מותר שהרי זכות הוא להבעלים ויזכה את הדבר האחר להבעלים ע"י אחר דזכין לאדם שלא בפניו ודבר פשוט שאם הבעלים כאן ומוחין בידו שאסור לו לעשות אפילו בכה"ג וכן אם אין הדבר היפה בעין אסור לו לעשות שלא בפניו דרע"ע הוא גזלן ועוד דשמא לא יבא לידו הדבר היפה ואם הדבר מתשמישי ביתו אסור לו לעשות שלא מדעת בעה"ב בכל ענין דשמא ניחא לו בתשמישו זה מהחליפין היפים מזה ואף גם בכל הפרטים שנתבאר התירם אין לו לעשות רק לצורך גדול באופן שאנן סהדי דניחא להו להבעלים [ע"ז]:

ג כל הגוזל את חבירו אפילו ש"פ כאלו נוטל נפשו שנאמר כן ארחות כל בוצע בצע את נפש בעליו יקח ואפילו נוטל בשאלה שלא מדעת בעלים נקרא גזלן ואפי' אם הוא בסכנה ובא לגזול את חבירו כדי להציל את נפשו

נפשו דרשאי לעשות כן מפני פקוח נפש מ"מ צריך שלא יקחנו אלא ע"מ לשלם אבל כשנוטל ע"מ שלא לשלם הרי הוא גזלן דאסור להציל עצמו בממון חבירו אף במקום סכנה אם אין דעתו לשלם:

ד אסור לעשות הערמה בגזילה כגון שהולך אצל חנוני ואומר שרצונו לקנות פירות וטועם מעט מהם ועושה עצמו כאלו אינו משתוה עמו במקח ואח"כ הולך גם אצל השני והשלישי ועושה כן ה"ז גזלן לבד בדבר אחד שהתירו חז"ל מפני הסכנה שאם הקיז דם ורפואתו לשתות יין ואין ידו משגת ליקח ומתבייש לבקש חנם יטול מטבע לא טובה וילך אצל מוכר יין ויטעום מעט ואח"כ ילך אצל השני והשלישי ועוד והם לא יתרצו למכור לו בעד מטבע זו ובין כך ישתה רביעית יין [שבת קכט']:

ה החוטף משכון מיד חבירו שחייב לו מעות כיון שעשה שלא ברשות ב"ד ה"ז גזלן אף שהוא חייב לו ואצ"ל אם נכנס לבית הלוה ומשכנו כמ"ש בסי' צ' וכל גזלן נפסל לעדות ולשבועה כמ"ש בסי' ל"ד לבד מהממשכן שלא ברשות ב"ד משום דלא משמע לאינשי איסורא בזה וגם זהו רק בחוטף בשוק מיד הלוה אבל אם נכנס לביתו למשכנו נפסל דמקרא מפורש הוא לא תבא אל ביתו לעבוט עבוטו ומסתמא כל ע"ה יודע מזה האיסור אמנם אם ידוע שהמלוה אינו יודע איסור זה לא נפסל [בד"ס וס"ך וק"ס מס ססקסס עליו]:

ו כתיב לא תעשוק ולא תגזול איזהו עושק ואיזהו גזילה גזילה הוא שלוקח ממון האדם או חפציו מידו או מרשותו בחזקה כגון שחטף מידו או נכנס לרשות חבירו שלא ברצון הבעלים ונוטל משם כסף או שוה כסף או שתקף בעבדו של חבירו או בבהמתו ועשה בהם מלאכה או נשתמש בהם או שירד לתוך שדה חבירו ואכל הפירות או נטלן וכל כיוצא בזה כשנוטל לכתחלה באלמות זהו גזלן:

ז ואיזהו עושק זה שבא ממון חבירו לתוך ידו ברצון הבעלים וכיון שתבעו להחזיר לו ממונו כבש בידו ולא החזירה כגון שהיה לו ב"ד חבירו הלואה או שכירות ותובעו ויש לו ואינו יכול להוציא ממנו מפני שהוא אלם וקשה ואמרו חז"ל דעושק שכר שכיר עובר גם בלאו דלא תגזול [ב"מ סח'] ועמ"ש בסי' של"ט:

ח כתיב לא תחמוד ולא תתאוה ואין הכוונה על תאות הלב בלבד בלא מעשה וילפינן מדכתיב בפ' עקב לא תחמוד כסף וזהב עליהם ולקחת לך דאיסורא דלא תחמוד הוא דוקא כשיעשה מעשה [מכילתא] ואע"פ שממדת חסידות שלא לחמוד כלל אפילו בלב מה שיש לחבירו מ"מ בלאו דלא תחמוד אינו עובר רק בעושה מעשה ולאו דלא תתאוה אע"ג דתאוה היא בלב מ"מ אינו עובר בתאות לבו בלבד, אא"כ מחשב בלבו איך להשיגה מחבירו וכיון שגומר דבר זה בלבו עובר על לא תתאוה וראיה דתאוה אינה בלב בלבד שהרי במתאוננים כשהתאוו בשר קראם התורה העם המתאוים והם הרי השתדלו להמציא תאותם וכן הוא הלאו דלא תתאוה:

ט וז"ל הרמב"ם בפ"א מגזילה כל החומד עבדו או אמתו או ביתו או כליו של חבירו או כל דבר שאפשר שיקנהו ממנו והכביד עליו רעים והפציר בו עד שלקחו ממנו ה"ז עובר בלא תחמוד וכל המתאוה ביתו או אשתו וכליו של חבירו וכל כיוצא בזה כיון שחשב בלבו איך יקנה דבר זה ונפתה בלבו בדבר עבר בל"ת של לא תתאוה ואין תאוה אלא בלב בלבד עכ"ל וכ"כ הטור והש"ע:

י וזה שכתב כל דבר שאפשר שיקנהו ממנו נ"ל שכוון למה שדרשו במכילתא לא תחמוד כלל בית שדה ועבד ואמה ושור וחמור פרט וכל אשר לרעך חזר וכלל והוי כלל ופרט וכלל מה הפרט דבר שהוא קונה ומקנה אף הכלל דבר שהוא קונה ומקנה עכ"ל וביאור הדבר נראה שאם ראובן למד איזה חכמה ואיזה מלאכה ושמעון חמד בלבו חכמה זו או מלאכה זו והשתדל והרבה רעים על ראובן עד שלמדו והייתי אומר שגם זה הוא בכללא דלא תחמוד לזה מיעטה התורה דוקא דבר שהוא בקנין שכשהיא אצל ראובן איננו אצל שמעון לאפוקי חכמה ומלאכה אינם בקנינים [עסמ"ע סקי"ח וגם בטור הגירסא כן]:

יא עוד דרשו במכילתא שם מה הפרט מפורש בדבר שאינו בא ברשותך אלא ברצון הבעלים אף כל דבר שא"א לבא ברשותך אלא ברצון הבעלים יצא שאתה חומד בתו לבנך או בנו לבתך [כל"ל] וביאור זה נראה דזהו ודאי כשארם מתאוה לישא אשה פנויה בחופה וקדושין דמותר שהרי אינה אשת רעך אבל להסית אבי הבת שיקדש בתו לבנו או להסיתו שיצוה את בנו לקדש את בתו הייתי אומר שזהו בכלל וכל אשר לרעך דהבנים והבנות הם של אביהם וגם ישנן בקנינים דהאשה היא קנין בעלה לזה מיעטה התורה מפני שזה א"צ דעת בעלים שהרי אם בנו יהיה רצונו לקדשה ברצונה א"צ דעת האב וכן אם בתו תתרצה לקבל קדושין א"צ דעת אביה ואף בבתו קטנה שהיא ברשות האב מ"מ כשתתגדל אינה עוד ברשותו ואינו דומה לקרקעות ומטלטלין שלעולם הם ברשות הבעלים [ע' ערכין כח']:

יב התאוה מביא לידי חימוד והחימוד מביא לידי גזל שאם לא רצו הבעלים למכור אע"פ שהרבה להם ברמים והפציר ברעים יבא לידי גזל שנאמר וחמדו שדות וגזלו [מיכה ב] ואם עמדו הבעלים בפניו להציל ממונם או מנעוהו מלגזול יבא לידי שפיכות דמים צא ולמד ממעשה אחאב ונבות הא למדת שהמתאוה עובר בלאו אחד והקונה ע"פ הפצר שהפציר בבעלים עובר בשני לאוין לכך נאמר לא תחמוד ולא תתאוה ואם גזל או

או נגב אחר ההשתדלות עובר בג' לאוין [ובזה י"ל קושית תוס' ב"מ סא: ד"ה לעבור ודוק]:

יג בלאו דלא תחמוד אינו פסול לעדות ולשבועה דלא תחמוד לאינשי בלא דמי משמע להו כמ"ש בסי' ל"ד ודע דמדברי הרמב"ם שהבאנו מתבאר דעל לאו דלא תחמוד עוברים אף כשנתן מעות והמוכר נתרצה ולכן יזהר אדם מלקנות שלא אצל חנוני אם לא כשהמוכר מבקש ממנו שיקנה [עתוס' סנהדרין כה: ד"ה מעיקרא]:

יד כיון שנתבאר ענין הלאו דלא תחמוד ממילא מובן דכ"ש הכופה את חבירו למכור את שלו ונותן לו דמיו הוי איסור דאורייתא וזהו חמסן ומ"מ לפסול לעדות ולשבועה אין לו דין גזלן ליפסל מדאורייתא אלא מדרבנן כמ"ש שם ועל לאו דלא תחמוד אינו נפסל אפילו מדרבנן מטעם שנתבאר [וע"ש בסנהדרין]:

סימן שס [מצות השבת הגזילה ואם אין בה ש"פ וכשנשתנית הגזילה ובו י' סעיפים]:

א כל הגוזל חייב להחזיר הגזילה עצמה שנאמר והשיב את הגזילה אשר גזל ואם רצונו לשלם הדמים אינו יוצא ידי השבה כשהגזילה היא ת"י אם הנגזל אינו מתרצה בכך ואם הנגזל מתרצה יצא ומ"מ עובר בלא תחמוד אא"כ הנגזל מוחל לו לגמרי דאז א"צ השבה כלל ודע דלא מצינו בפוסקים חילוק במצות השבה בין ישראל לכותי להפוסקים דס"ל דגזל כותי הוא מן התורה ודע דיש מרבותינו דס"ל דעובד כוכבים שגזל ליכא ביה השבה [רס"י עירובין סב'] והטעם דמצות השבה כתיב בויקרא בנשבע לשקר והודה שחייב בקרן וחומש ואשם והכותי אינו מקריב אלא עולה כמ"ש הרמב"ם בפ"ג ממעשה הקרבנות אבל ברמב"ם ובטור וש"ע לא מצאנו דבר זה וכן דעת רבותינו בעלי התוס' [סס ובעכו"ס עא: ד"ס בן] וזה שאמרו חז"ל בבן נח דלא ניתן להשבון זהו כשגזל מפחות מש"פ וכן עיקר לדינא כי רוב הפוסקים סוברין כן:

ב כשנאבדה הגזילה משלם דמיה וכן אם נשתנית קונה גוף הגזילה בשינוי ומשלם הדמים כמו שהיתה שוה בשעת הגזילה כמ"ש בסי' שנ"ג ואין חילוק בזה בין שהודה מפי עצמו ובין שבאו עדים שגזל ואע"ג דהא דשינוי קונה ילפינן מאשר גזל ומקרא זה נאמר בהודאה מפי עצמו מ"מ לענין שינוי אין סברא לחלק ועוד דהא גם לענין כפל וד' וה' מהני שינוי כמ"ש שם וזה אינו אלא בעדים [סגר"ה]:

ג מדין תורה אפילו גזל קורה ובנאה בבירה גדולה הואיל שלא נשתנית בעצמה צריך להרוס כל הבנין ולהשיב הקורה לבעליה אבל חכמים הקנו מפני תקנת השבים שיהיה נותן דמיה ולא להפסיד בנינו דזה נהנה וזה לא חסר ואפילו גזל קורה ועשאה בסוכה שהיא דירת עראי ובא בעל הקורה לתבעה בתוך החג נותן לו דמיה דכל ימי החג הוי כדירת קבע אבל אם תבעה אחר החג כיון שלא נשתנית ולא בנאה בטיט ואין לו הפסד אם יסתור הבנין מחזיר הקורה עצמה ועמ"ש בסי' שס"ו:

ד בגזילת קרקע לא עשו תקנת השבים שאם גזל קרקע ובנה עליה בנינים גדולים צריך לסתור הכל ולהשיב הקרקע להבעלים והטעם יש מי שאומר דכיון דקרקע אינה נגזלת דקיימת לעולם ומצוים בעלי זרוע ליפול וסוף סוף יושב הקרקע לבעליו לא עשו תקנה בזה [ט"ז] דעיקר התקנה הוא מפני תקנת השבים שאם נצוה אותו לסתור בירתו ולהשיב הקורה לא יעשה כן ותרקב הקורה ובקרקע לא שייך זה העמידו אדין תורה והגזלן היה לו לידע זאת ולא היה לו לבנות על קרקע גזולה [סמ"ע] ועוד דעיקר תקנת השבים הוא שלא יעלים הגזילה ובקרקע א"א להעלים [לבוש] וי"א דאם בשגגה גזל אחד קצת קרקע משל חבירו שהשיג גבולו בלא כוונה ובנה עליה בנין דנותן דמיו מפני תקנת השבים [מבי"ט] ונראה דה"ה אם הגזלן מכר הקרקע והלוקח לא ידע שהיא גזולה ובנה עליה בנין דמחזיר דמים כיון שלא ידע שגזולה היא [ומ"ש בסמ"ע סק"ו דלה ס"ל לקנותו עס"ד וצ"ל לבנותו וע' בב"ק כ"ה: הגבי לחפדנה מיניה]:

ה הגוזל פחות מש"פ אע"פ שעבר עבירה מ"מ אינה בתורת השבה דלאו ממון הוא וישראל מוחל ע"ז ומ"מ אם גזל שוה פרוטה והוזלה צריך להשיב אותה או דמיה ולא עוד אלא אפילו גזל ג' אגודות ירק ששוות ג' פרוטות והוזלו שאינן שוות אלא שתי פרוטות והחזיר לו שתים חייב להחזיר השלישית הואיל ובתחלתה היתה ש"פ והטעם כיון דכל הגזלנים משלמים כשעת הגזילה ובשעת הגזילה היתה ש"פ צריך לקיים מצות השבה ולכן אפילו כשקיים מצות השבה בשתים חייב לקיים גם בהפרוטה השלישית של שעת הגזילה וכ"ש אם גזל שתי אגודות ששוות פרוטה והחזיר אחת אע"פ שגזילה אין כאן שהרי לא נשתייר בידו ש"פ משעת הגזילה מ"מ גם מצות השבה אין כאן שהרי לא קיים והשיב את הגזילה כיון שלא החזיר ש"פ ואע"ג דלא מעכבא מצות השבה כשאין כאן גזילה מ"מ לא קיים מ"ע דוהשיב את הגזילה שהיה בידו לקיים [תוס' ב"ק קה'] ולא דמי לפחות מש"פ שגזל דלא חיילא עליה מצות השבה כלל משא"כ בזה חיילא עליה מצות השבה ולא קיימה ולכן י"א דבאמת

מכין

מכין אותו שיקיים מצות השבה כמו שכופין על כל מ"ע [טור בשם סרמ"ה] וכ"ז כשהחזיר האחת מדעתו אבל כשב"ד הכריחוהו להחזיר והחזיר האחת כופין אותו להחזיר גם השניה [רא"ש] דב"ד שהוזקקו לגזילה דש"פ גומרין אף על פחות מש"פ כמ"ש בסי' ו' :

ו כבר נתבאר בסי' שנ"ג דכשנשתנית הגזילה שינוי מעשה אע"פ שלא נתייאשו הבעלים א"צ להחזיר אלא דמים כמו שהיתה שוה בשעת הגזילה וגוף הגזילה קנה בשינוי ודוקא שלא יהא שינוי החוזר לברייתו כיצד הגוזל עצים ודבקן במסמרים ועשה מהן תיבה אינו שינוי שהרי אפשר לפרקן וחוזרין עצים כמו שהיו ודוקא שהעצים בעצמן לא נשתנו כלל כגון שגזל נסרים הראוים לעשות מהן תיבה אבל אם גזל עצים שאינם מתוקנים לתיבה ושיפן והחליקן וקצצן זהו בעצמו הוי שינוי אף אם לא עשה תיבה כלל וכ"ש אם גזל עץ עבה וחקק בה כלי דהוי שינוי וכל שינוי מעשה אף דהשינוי לא הוי למעליותא רק לגריעותא כגון שגזל עץ גדול ועשאו קרשים והעץ יקר מהקרשים מ"מ קנה דכן משמע מכל הפוסקים שלא הזכירו שינוי לשבח וכן מוכח ממה שיתבאר דלבנה ועשאה עפר הוי שינוי [וכ"כ סיס"ם ב"ק פ"ט סכ"ט] :

ז גזל עפר ועשאו לבינה לא קנה דהוי שינוי החוזר שאם ידוק הלבינה תחזור עפר כשהיתה וי"א דזהו רק כשיבשן בחמה אבל כשצרפן בכבשן א"א לכותשן לעפר דק כבתחלה [רשב"א ב"ק ל"ו:] וכן אם גזל חתיכה של מתכת ועשאה מטבע לא קנה שאם יתיך המטבע תחזור החתיכה כשהיה וכן אם עשאו כלי לא קנה מהאי טעמא [ס"ך] אבל גזל לבינה ועשאה עפר או אבנים וסיתתן או מעות וכלים והתיכן או שברן ה"ז שינוי בידו וקנאו ולא אמרינן דגם זהו שינוי החוזר שיכול לעשות לבינה או מעות אלו וכלים אלו דהרי אם יעשה כן יבואו פנים חדשות דא"א לצמצם שתהא הצורה ממש כבראשונה דהמראה ודאי ישתנה קצת [ס"מ] וגם א"א לצמצם שיהא שוה באורך או ברוחב כבראשונה [רש"י] ואף אם יעשנה בדפוס מכוון כבראשונה מ"מ המראה ישתנה קצת וכן כל כיוצא בזה [ככ"ל גם לפירש"י] :

ח הגוזל מעות ישנות ושיפן וחדשן לא קנה שהרי מתיישנין וחוזרין כמו שהיו אבל אם גזל מעות חדשות וישנן קנה שאם יחדשם הם פנים חדשות כמ"ש ואם גזל דקל מחובר וקצצו לא קנה אפילו כרתו חוליות חוליות דעדיין שם דקל עליו ואפילו עשה מהם גשר לא קנה דהוי שינוי החוזר [ב"ק קי"ג:] ואם עשאו קורות קנה דמעתה נשתנה לשם קורה אבל אם גזל קורות גדולות ועשאן קטנות לא קנה דעדיין שם קורות עליהן ואם קצצן לוחות עד שנשתנה שמן קנה ואם גזל לולב והפריד העלין מהשדרה קנה העלין דנשתנה שמן דעתה נקראו העלין הוצין וכן אם גזל עלים ועשאן חופיא שקשרן יחד כעין מכבידה לכבד בו את הבית קנה דנשתנה שמן לשם חופיא ודוקא שחלק כל הוצא לשנים דאל"כ הוי שינוי החוזר [רש"י בס] אבל אם גזל חופיא ועבדיה שרשירא כעין חבל לא קנה מפני שביכלתו לסתרו ולהחזירו לקדמותו [גמ'] וכן כל שינוי השם אף שאין בעצמותו שינוי כגון טלה ונעשה איל עגל ונעשה שור קנאו כמ"ש בסי' שנ"ג :

ט גזל צמר וצבעו או נפצו וליבנו או עשאו לבדים קנה ודוקא כשצבעו או ליבנו בענין שאינו חוזר לברייתו [וזהו כוונת סרמ"ה בסעיף ז' וע' בהגר"א] :

י כתב רבינו הרמ"א בסעיף ו' דאין נקרא שינוי אא"כ נשתנה שם הגזילה מכח השינוי עכ"ל ואין כוונתו דכל שינוי מעשה צריך גם לשינוי השם דא"כ למה לי השינוי מעשה הא גם שינוי השם לבדו הוי שינוי ועוד דהא צמר וליבנן אין בזה שינוי השם וקנה אם אינו חוזר לברייתו אלא דהאי כללא סימנא בעלמא הוא לענין רוב השינוים להסביר הטעם כמו בעצים כשחתכן לחתיכות קטנות אין זה שינוי וכששיפן הוי שינוי משום דקטנות עדיין שם עצים עליהם אבל בששיפן נשתנה לשם אחר וכ"כ הטור וכ"כ התוס' [רפ"ט דב"ק] וכן בלבינה ועשאו עפר הוי שינוי ואם ישביר הלבינה לשברי שברים ודאי דלא הוי שינוי דעדיין שם לבינה עליהם אבל כשעשאו דק כעפר נשתנה שמו וכלל הדברים כן הוא דאם השינוי שולט בכל החפץ כמו בצמר ולבנו או צבעו או מעות חדשים וישנן אבנים וסתתן וכיוצא בזה דהוי שינוי גמור אף דאין בזה שינוי השם כיון דהשינוי ניכר בכל החפץ הוי שינוי אבל שינוי מעשה שהקטין הדבר ההוא כמו קורות גדולות ועשאן קטנות מ"מ אין זה שינוי דהא הקטנות שנשארו אין בהם שום שינוי מבמקדם דאותה צורה עליהם ולא הוה שינוי רק כשנשתנה שמן כגון שעשאן קרשים דאז ניכר השינוי בכל ויש באמת גם שינוי השם אלא דא"א להיות באופן אחר [ככ"ל וע' בהגר"א סק"י ובקלס"ח] ׃

סימן שסא [דיני יאוש ואם יש עמו שינוי השם או שינוי רשות ובו כ"א סעיפים] :

א בסי' שנ"ג נתבאר דיאוש לחוד אינו קונה רק ביאוש ואח"כ שינוי רשות ואם קדם השינוי רשות להיאוש אינו קונה ולהרמב"ם אין חיקוק בזה ויאוש עם שינוי השם או שינוי מעשה גרוע שחוזר לברייתו י"א ג"כ שקונה וא"צ להחזיר אלא דמים ואפילו ידע שגנובה היא מ"מ קונה ביאוש ושינוי רשות :

ובסימן

ב ובסי' שנ"ו נתבאר דסתם גנבה הוי יאוש בעלים ואם הגנב כותי לא הוי בסתמא יאוש אא"כ שמענו שנתייאשו וסתם גזילה אפילו בישראל לא הוי יאוש בעלים אא"כ שמענו שנתייאשו והיא משנה מפורשת במס' כלים [פכ"ו] והובא בגמ' [ב"ק קיד'] וזהו דעת הרבה מרבותינו וזה שאמרו בגמ' שם ויתבאר בסי' שס"ח דהמציל מיד ליסטים ישראל ה"ז שלו מפני שמסתמא נתייאשו הבעלים אינו כשם ליסטים שבלשון העולם שהוא גזלן אלא גנב [יש"ש וש"ך והגר"א שם והמ"מ וב"ש ר"ס כ"ח וכ"כ המאור שם] וראיה לזה דהגמ' שם ג"כ פירש כן וזהו דעת היש מפרשים שכתב הטור בסי' שס"ח סעיף ד' ע"ש [ומה דמתרץ שם בגמ' בליסטים מזוין שהוא גזלן זהו לרבה אבל לעולא דהלכתא כוותיה י"ל כמקדם]:

ג אבל הטור בעצמו כתב שם בשם הרא"ש ז"ל דגזלן ישראל אפילו מסתמא הוי יאוש וגזלן כותי לא הוי יאוש וגנב אפילו כותי הוי יאוש ודחו הגדולים את דבריו ועיקר טעמו דקשה ליה מה שאמרו שם בגמ' דבליסטים ישראל מייאש ובכותי לא מייאש וסבור דליסטים היינו גזלן ואינו כן דזהו גנב כמ"ש:

ד ויש מי שאומר דהדין עם הטור דמלשון הרמב"ם פ"ו מגזילה מוכח דליסטים היינו גזלן דעל הדין דמציל מן הליסטים מסיים בלשון גזלן ע"ש ולכן מתרץ הסתירות ממשנה דכלים למה שחלקו בגמ' בין ליסטים ישראל לכותי ובישראל מייאש דהיינו טעמא מפני שיש בזה שינוי רשות דהא מצילו מיד הליסטים וכמו שמהני ביאוש עם שינוי השם גרוע כמו כן מהני בשינוי רשות גם ביאוש גרוע ותלינן שנתייאש ואף שבסי' זה יתבאר דשינוי רשות לא מקרי רק כשהגזלן נותן לו ברצון ולא כשנוטל בע"כ באמת נפרש דמצילו מהליסטים דרך פיוס [ט"ז] ולא נראה כן דאיך יועיל ספק יאוש הא אפילו ודאי יאוש כשהוא אחר שינוי הרשות אינו קונה לרוב הפוסקים מכ"ש בספק יאוש אפילו קודם שינוי רשות ועוד דמציל מהליסטים לא משמע שהליסטים נותן לו ברצון כמו מציל מדליקה ומנהר:

ה ולענ"ד נראה דהדין עם הטור וגם הרמב"ם ס"ל כוותיה ואפשר דגם כל הפוסקים יודו לו דהנה בדברי הרמב"ם ז"ל יש הרבה סתירות בענין זה דבפ"ה מאישות כתב המקדש את האשה בגזל או בגנבה או בחמס אם נתייאשו הבעלים ונודע שקנה אותו דבר ביאוש ה"ז מקודשת ואם לאו אינה מקודשת עכ"ל הרי מבואר מדבריו דבסתם גנבה וגזילה צריכין לדעת שנתייאשו ובסתמא אינו יאוש וכ"כ בפ"ה מאיסורי מזבח הגונב או הגוזל והקריב הקרבן פסול ואם נתייאשו הבעלים הקרבן כשר עכ"ל אבל בפ"ד מתרומות כתב הגנב והגזלן והאנס תרומתן תרומה ואם הבעלים רודפין אחריהם אין תרומתם תרומה עכ"ל הרי מבואר דבסתמא הוי יאוש ובפכ"ד מכלים כתב גנב שגנב עור וחישב עליו לשכיבה מחשבה מועלת לו ומתטמא במדרס אבל הגזלן אין מחשבתו מועלת אא"כ נתייאשו הבעלים עכ"ל הרי שחילק בין גנב לגזלן כדעת כל הפוסקים:

ו ובפ"ו מגזילה כתב המציל מיד ליסטים ישראל הרי אלו שלו מפני שסתם הדבר שנתייאשו הבעלים וכו' אבל המציל מיד ליסטים כותי חייב להחזיר שסתם הדבר שלא נתייאשו הבעלים וכו' ומפני מה סתם ליסטים ישראל נתייאשו וסתם עכו"ם לא נתייאשו מפני שהבעלים יודעים שהכותים מחזירים אע"פ שאין שם עדים שגזל אלא בראיות עכ"ל וא"כ מפרש ליסטים גזלן וכ"כ בפ"ה בני אדם שחזקתן גזלנים כגון המוכסין והליסטים וכו' עכ"ל ועוד יש לדקדק שלא מצינו בהרמב"ם בכל הלכות גנבה וגזילה שיבאר דין זה דסתם גנבה וגזילה אי הוי יאוש או לא:

ז ולכן נ"ל דהנה הטעם שסתם גנבה הוי יאוש וסתם גזילה לא הוי יאוש משום דבגנבה אינו יודע מי גנבם ואינו יודע את מי לתפוס משא"כ בגזילה [הר"ש והרא"ש בכלים שם] ולפ"ז כשיודע מי גנבן כגון שראוהו אנשים שיצא מבית ראובן וכלים תחת כנפיו אינו מתייאש גם בגנב וכן בגזילה אין כלל מונח בזה שאם גזלו בפני אנשים לא מתייאש שסבור שיתפיסנו בב"ד אבל אם גזלו בינו לבין עצמו מתייאש דבב"ד ישראל לא יזדקקו לו באין עדים ובכותים לא מתייאש כמ"ש:

ח ולפ"ז אין בדבר זה דין קבוע דלפעמים גם בגנב ליכא יאוש ולפעמים גם בגזלן איכא יאוש ולפ"ז המציל מהליסטים וזה המציל אינו יודע אופן גזילתו לא יעלה ע"ד שהגזילה היתה בעדים דלפעמים גם גזלן שומר א"ע שלא יהיה רק הנגזל לבדו כי מתיירא מאנשים רבים לפיכך אנו אומרים ששלו הוא דהבעלים נתייאשו אבל הקונה מגנב וגזלן שאינם מריבים עם הקונה ומסתמא ידוע להקונה איך היה המעשה לפיכך לא כתב הרמב"ם בזה אי הוי יאוש מסתמא אם לאו דכל עיקר החילוק הוא לידע אם יש יאוש ושינוי רשות וזה על הקונה לדעת ולשאול איך היה המעשה ולפעמים יש יאוש גם בגזלן ולפעמים גם בגנב אין יאוש אבל המציל מליסטים שנוטל בע"כ ממנו ואינו יודע איך גזל תלינן יותר דנתייאש כמ"ש ואם הקונה לא ידע כלל שהיא גנובה וגזולה ודאי אין נ"מ בדין זה דממ"נ אם לא נתוודע כלל הרי אינו יודע ואם נתוודע לו שגנובה או גזולה היא מראובן הלא ביכלתו לשאול ולחקור איך היה הגנבה והגזילה וידע אם יש יאוש בזה אם לאו אבל המציל מליסטים ידע שליסטים הוא אבל אינו יודע ממי גזל ובאיזה אופן גזל:

ט וכן בדינים הנוגעים לגנב ולגזלן עצמו כגון שהפריש תרומה והקריב קרבן וקידש אשה ג"כ לא שייך לפרש בזה דהרי הוא יודע איך שגנב וגזל ולכן לא ביאר הרמב"ם רק הדין שקודם יאוש אינו מועיל ולאחר יאוש מועיל ועליו לדעת אם לפי הענין היה יאוש אם
לאו

לאו ובתרומה לא כתב רק שהתרומה מועלת דלא נימא דהוי תורם שלא ברשות ואין תרומתו תרומה אלא אם היה לאחר יאוש תרומתו תרומה וזהו שכתב ואם היו הבעלים מרדפין אחריו כלומר שאם יודע שהבעלים ירדפו אחריו שלא נתייאשו אין תרומתו תרומה אף להבעלים מפני שתרם שלא ברשות ורק בדין טומאה וטהרה שעל הנוגע לדעת אם נטמא אם לאו והנוגע אינו יודע איך גנב או גזל פסק דסתם גנבה הוי יאוש משום דמסתמא גינבין בצינעא וסתם גזילה לא הוי יאוש משום דרוב גזילות הוה בפרהסיא ולא תקשה לך למה אמרנו במציל מן הליסטים ששלו הוא ותלינן שגזלו בינו לבין עצמו מפני שבממון אין ביכולת להוציא ממנו בלתי טענה ברורה דהרי אין הולכין בממון אחר הרוב ובאמת אם יביאו הבעלים עדים שגזלו בפני עדים יחזירנו לו [ומה שבגמ' הקשו מכל אלו מפני דעיקר הקושיא לרבה שם דלא מהני יאוש כלל ע"ש ודוק] :

י ולפ"ז גם דברי הטור בסי' שס"ח עולים כהוגן דאין כוונתו על כל הענינים אלא על המציל מן הליסטים דמיירי שם וראיה דהרי בסי' זה פסק הטור בעצמו דסתם גזילה לא הוי יאוש ומפרש ג"כ מה שחילק הש"ס בין ישראל לכותים זהו בגזילה דליסטים הוא גזלן ולפ"ז בגנב גם בכותים מסתמא נתייאש כיון דהחילוק הוא בגזלן ובגנב לא נזכר בגמ' חילוק זה לפיכך י"ל דבגנבה גם בכותי הוי יאוש דגונב בצינעא ואינו יודע אחר מי לחפש ולפ"ז א"ש דברי רבינו הרמ"א שם שכתב דסתם גנבה הוי יאוש אפילו בכותי [ולא"ה כל מה שהקשו הלח"מ והמל"מ על הרמב"ם והיש"ש והש"ך והגר"א על הטור והרמ"א] :

יא כתבו הטור והש"ע דשינוי רשות לא הוה אא"כ מכרו או נתנו לאחר מרצונו אבל אם בא אחר ונטלו מבית הגזלן שלא ברצונו אין זה שינוי רשות והוה כנטלו מבית בעלים ואם ירצה הנגזל גובה מהראשון או מהשני או חצי מזה וחצי מזה ואם זה השני פרע להגזלן או שהגזלן מחל לו אינו כלום כי אין דינו של שני אלא עם הנגזל ואין חילוק בזה בין שידע השני שהיא גזולה ביד הגזלן או לא ידע דאפילו לא ידע כיון שאינו של הגזלן משלם להנגזל כיון דלא קנה מדינא וכן להיפך כשהגזלן מכר או נתן לו מרצונו אחר היאוש אפילו ידע המקבל שגזולה היא קנה [סמ"ע] וכשהנגזל יכול לפרוע ממי שירצה אם מחל לאחד לא הוי מחילה לגבי השני ויכול להפרע ממנו [ש"מ רפ"י דב"ק בשם הרמ"ה] :

יב ויש חולקים בדין זה וס"ל דאין חילוק בשינוי רשות בין נשתנה ברצון הגזלן בין שלא לרצונו [שם בשם ר"ת ורמ"ה] ולדעה ראשונה קשה ממ"ש בסי' שס"ח דהמציל מיד הליסטים הוי שלו כשנתייאשו הבעלים דהוי יאוש ושינוי רשות אע"פ שנטלו שלא לרצונו והיא משנה מפורשת שם ויש מי שתירץ דיאוש שנתייאשו הבעלים אחר שבא ליד הגזלן ודאי דצריך שהשינוי רשות יהיה ברצונו אבל אם היאוש היה קודם שבא ליד הגזלן כגון שראה גזלן בא כנגדו ומפחדו נתייאש מחפציו ונטלו הגזלן יאוש כזה דומה ליאוש דאבידה ומי שנטלה זכה בה דמה לי אם נתייאש מפני ששטפה נהר או מתייאש מפחד הליסטים ולכן אפילו נטלה אח"כ בחזקה מהגזלן קנה [סמ"ע] מפני שקנה ביאוש לחוד כבאבידה ולפ"ז נצטרך לומר דמיירי שם שהמציל יודע שנתייאשו הבעלים קודם שגזל אמנם א"א לומר כן דא"כ גם בכותי הדין כן ולמה מחלקינן שם בין גזלן כותי לגזלן ישראל ואם נאמר דסתם ליסטים כשרואה אותו מתייאש א"כ איך כתבו הפוסקים דסתם גזלן לאו יאוש הוא :

יג ולכן נ"ל לומר דהטעם דלא מהני לדעה ראשונה כשנטלה שלא מרצון הגזלן הוא מפני דכמו שלא נקרא שינוי רשות אצל הגזלן עצמו משום דבאיסורא אתא לידיה כמו כן לא מהני אצל מי שנטלה מן הגזלן כשבא לידו באיסור דהיינו קודם יאוש דמטעם זה לא מהני שינוי רשות שקודם יאוש לרוב הפוסקים כמ"ש בסי' שנ"ג ולפ"ז אם נטלה אחר מהגזלן בע"כ של הגזלן ולא ידע שהיא גזולה או אפילו ידע רק שלקחה לעכבה לעצמו בכל ענין שהוא אף אם לא נתייאשו הבעלים דינו ג"כ כגזלן ולא קנה אף אם היה באמת לאחר יאוש דהא באיסורא אתי לידיה כיון שכוונתו היתה לגזול ובכזה מיירי הטור והש"ע [והרשב"א והראב"ד רפ"י שם] אבל בסי' שס"ח שבא להציל מן הליסטים וכוונתו לעשות כדין שאם הוא עדיין קודם יאוש יחזירנו להבעלים דזהו לשון הצלה ולכן אם הבעלים נתייאשו שפיר הוי יאוש ושינוי רשות דבהתירא אתי לידיה כיון שכוונתו היתה לעשות כדין וראיה לזה דבמשנה שם חשיב ג"כ המציל מן הנהר ובזה ודאי דכוונתו להציל מן הנהר ולהשיבו לבעלים אם יהיה קודם יאוש וה"נ בשמצילו מן הליסטים :

יד וכתב רבינו הרמ"א די"א דה"ה אם מכרה הגזלן באחריות או נתנה בטעות או בע"כ לא מקרי שינוי רשות עכ"ל והטעם דכיון שקבל אחריות הוי עדיין כברשות הגזלן וכן בנתינה בטעות לא שמה נתינה וכשנתנו לו בע"כ והיינו שהגזלן הכריח את המקבל לקבלה ודאי אין סברא שנחשוב זה שינוי רשות [דמה"ט קרי הש"ס שם בנטלו חמורו ונתנו לו חמור אחר יאוש כדי משום דהוה בע"כ כמ"ש התוס' בב"ק סז: ע"ש] :

טו ומ"מ בנתינה בע"כ אף שאין זה שינוי רשות מ"מ אם גזל ממנו בגדו ונתן לו בגד אחר הבגד האחר הוי שלו כמו שיתבאר בסי' שס"ט והטעם מתבאר שם מפני שזהו כמכירה וזה אינו יודע בבירור שמה שנתנו לו היא גזולה בודאי וטעם זה כתב הרמב"ם בפ"ה מגזלה [ולא ס"ל כרש"י במשנה שם דרישא סותר לסיפא דהרמב"ם

יפרש

'פרש מ"ש שם אם נתייאשו אין סתמא לא הוא כפשוטו ולא כפירש"י ודוק] :

טז ראובן שגזל דבר מאכל משמעון ובא לוי ואכלה אם שמעון לא נתייאש יכול לגבות ממי שירצה ואפילו האכילו הגזלן בידים ולא נטלן מעצמו מ"מ יכול שמעון לגבות ממנו [סמק"י וסס"מ] דקודם יאוש הוי ברשות הנגזל אבל אם נתייאש ובא לוי ואכלה פטור אפילו כשלקחה שלא מרצון הגזלן ואע"פ שנתבאר בסעיף י"א דשינוי רשות שהוא שלא ברצון הגזלן אין זה שינוי רשות זהו כשהדבר הגזול בעין חייב להחזירה אבל כיון שאכלה ואבידה פטור והטעם מדכתיב והשיב את הגזלה אשר גזל ומשמע דדוקא כשהיא בעין מחזירה אבל כשאינה בעין פטור ועל הגזלן בעצמו פשיטא שא"א לומר כן דודאי חייב לשלם וממילא מתפרשת על הנוטלה מהגזלן [סמ"ע] ועוד דמסברא ט הוא דכיון דנתייאשו הבעלים וזה שנטלה אכלה אין סברא לומר שיהא לו כח אחר היאוש לתבוע ממון מזה שאכלה אלא מהגזלן צריך לתבוע [תוס' ר"פ שם] ומ"מ אם אין לו להגזלן במה לשלם יכול לגבות מהאוכלה מדר' נתן אם לקחה מעצמו מהגזלן דהא צריך לשלם להגזלן [מרדכי שם] :

יז קיי"ל דרשות יורש לאו כרשות לוקח דמי דהיורש בא מכח המוריש וכרשות אחד הוא ולכן אם מת הגזלן אפילו אחר יאוש והורישו לבניו או ליורשים אחרים לא הוי שינוי רשות אלא הוי כאלו מורישם קיים ואם הגזלה בעין ולא נשתנית צריכים להחזירה אפי' כשנתייאשו הבעלים ואם נשתנית שינוי הגוף או שינוי השם נותנים דמים כהגזל עצמו אבל אם אכלוה בין בחיי האב בין לאחר מותו אם קודם יאוש אכלוה חייבים לשלם מכיסם אפילו לא הניח אביהם כלום ואם לאחר יאוש אכלום פטורים מלשלם כמו אחר שאכלה כמ"ש :

יח ודוקא כשלא הניח אביהם נכסים אבל כשהניח קרקעות או מטלטלין בזמה"ז שגובין גם מן המטלטלין של יתומים אפילו אכלוה אחר יאוש חייבים לשלם דאפילו אם אביהם מכרה או נתנה לאחר חייבית לשלם אפילו אם איבד דמי המכירה דנכסיו משועבדים להנגזל משעת הגזלה ואין חילוק בין יתומים גדולים לקטנים ואף שאין נזקקין לנכסי קטן מ"מ בגזלה כשיש עדים נזקקים אף בקטנים כמ"ש בסימן ק"י וכן בגניבה ודוקא שנתבררה הגזלה והגנבה ע"פ עדים או שהודה לפני מותו אבל בכ"ז פשיטא שאין מוציאין מהם :

יט הגוזל את חבירו בעדים י"א שא"צ להחזיר לו בעדים כמו בהלואה ונאמן לומר שהחזיר לו ונשבע היסת ונפטר וי"א שאינו נאמן ואינו דומה להלואה כיון דבאיסורא אתי לידיה ולקחה שלא להחזירה ואיך יהיה נאמן לומר שהחזירה וגדולי אחרונים הכריעו כדעה ראשונה ונ"ל דאף לדעה ראשונה זהו כשהחזירה בלא כפיית ב"ד אבל אם ב"ד כפוהו להחזיר ואומר שהחזירה אינו נאמן אלא מעדים דלא גרע ממ"ש בסי' ע"ט בטוען מנה לי בידך וזה אומר להד"ם ועדים מעידים שהלוהו דהוחזק כפרן ואינו נאמן לומר פרעתי דבשלמא כשטוען מעצמי החזרתי יכול להיות שעשה תשובה אבל ע"י כפיה פשיטא שגרע מהוחזק כפרן ועוד דזהו ודאי דצריך שבועה שהחזירה וכשהחזיר מעצמו נאמר שעשה תשובה ויכול לישבע אבל בכפיית ב"ד הרי הוא עדיין פסול לשבועה :

כ וגזלן שמת והניח נכסים שחייבים היורשים לשלם כמ"ש אם אמרו היורשים יודעים אנו שאבינו עשה חשבון עמך או שאומרים אבינו אמר לנו שעשה חשבון עמך ולא נשאר לך כלום בידו נאמנים והטעם דאפילו להי"א שבסעיף הקודם שצריך להחזיר בעדים דוקא זהו רק הגזלן בעצמו אבל יורשיו שאינם גזלנים פשיטא שהיו נאמנים לומר החזרנוה לך ולכן כשטוענים גם טענת חשבון נאמנים במיגו דהחזרנו מיהו צריכים לישבע היסת כיון שטוענים ברי [ש"ך] ודוקא אם הם גדולים וטוענים בעצמם אבל אנן לא טענינן להו טענה זו וכן לא טענינן שמא החזיר אביהם ולכן גם הם אין יכולים לטעון שמא החזיר לך אבינו [סמ"ע] ויש מי שאומר דהוי ספיקא דדינא [ש"ך] וי"א דכל זה כשאין ידוע הגזילה רק ע"פ היורשים אבל אם היו עדים שגזלה אינם נאמנים לטעון טענת חשבון אע"ג דיש להם מיגו דהחזרנו משום דהוה מיגו דהעזה ויש מי שאומר דמיגו דהעזה אמרינן כמ"ש בסי' פ"ב בכללי מיגו אלא אם ראו עדים עתה בידם החפץ הגזול שאין יכולין לומר החזרנו דאז אין נאמנים בטענת חשבון ואינו חולק על דעה ראשונה [שם] אלא מפרשים הדברים :

כא גזלן שגזל ובא אחר וגזלו ממנו ובא שלישי וגזל מהשני הנגזל גובה מהשלישי ומיורשיו כמו מהראשון ואפילו היה לאחר יאוש דאין זה שינוי רשות כמ"ש בסעיף י"א וכן אם הגזלן הפקיד הגזלה ביד אחר יכול הנגזל לתבוע ממנו אף לאחר יאוש ואין הנפקד יכול לומר לו לאו בע"ד דידי את ואפילו היה הגזלן עמו במלאכתו אינו נפטר מטעם שמירה בבעלים דהנגזל הוא הבעלים [ב"י] :

סימן שסב [שבח שהשביחה הגזילה ביד הגזלן ובו י"ז סעיפים] :

א כבר נתבאר דהגזילה כשלא נשתנית והרי היא כמו שהיתה אע"פ שנתייאשו הבעלים ממנה ה"ז חוזרת לבעליה בעצמה ואע"פ שמת הגזלן והרי היא ביד בניו דרשות יורש לא הוי שינוי רשות כמ"ש בסי' שס"א ואם נשתנית

נשתנית ביד הגזלן אע"פ שעדיין לא נתייאשו הבעלים ממנה קנאה בשינוי ומשלם דמיה כשעת הגזילה ובין שינוי מעשה ובין שינוי השם הוי שינוי ובלבד שלא יהא חוזר לברייתו כמ"ש שם:

ב בסי' שנ"ד נתבאר דלהרמב"ם לידה וגיזה לא הוי שינוי אלא שבח ומדינא הגוזל פרה ונתעברה אצלו וילדה או רחל ונטענה אצלו וגזזה היה צריך להחזיר להנגזל אותה וגיזותיה וולדותיה אלא דמפני תקנת השבים תקנו שהשבח שהשביחה הגזילה לאחר יאוש קנה הגזלן ואם הוציא הוצאות והשביחה אפילו לפני יאוש הוי שלו כגון שהיתה כחושה ופיטמה אבל נתפטמה מאליה אין השבח שלו רק לאחר יאוש ונתבאר שם דרוב הפוסקים חולקים עליו וס"ל דלידה וגיזה הוי שינוי ואפילו גזל ריקנית ונתעברה אצלו ועדיין לא ילדה או רחל ונטענה אצלו ועדיין לא גזזה ג"כ הוי שינוי וקנאה הגזלן גם הבהמה והרחל ואינו משלם אלא דמים שכשעת הגזילה דגם העיבור והטעינה הוי שינוי ושבח שאינו שינוי כגון שהיתה כחושה והושמנה מעצמה השבח של הנגזל אפילו אחר יאוש דהוי כיוקרא ובהוציא הוצאות על הפיטום הוי השבח של הגזלן אפילו קודם יאוש כמו להרמב"ם [ומ"ש הש"ך בסק"ד ל"ע שכתב דנתפטמה מאליה הוי כהוקרה על דברי המחבר שהוא כהרמב"ם והביא מרמ"א סי' שנ"ד שזהו דעת החולקים]:

ג וז"ל הרמב"ם ז"ל בפ"ב מגזילה נתייאשו הבעלים ממנה ולא נשתנית קנה הגזלן כל השבח שהשביחו אחר יאוש ואינו משלם אלא כשעת הגזילה ודבר זה מדבריהם מפני תקנת השבים וכשמחזיר לו הגזילה שמין לו השבח ונוטל מן הנגזל עכ"ל והעתיקו רבינו הב"י בסעיף ב':

ד עוד כתב שם כבר נתבאר שהגזילה שהשביחה אחר יאוש או אחר שנשתנית השבח לגזלן אע"פ שהשביחה מאליה כיצד גזל פרה ונתעברה אצלו בין שילדה קודם שתבעו בדין בין שעדיין לא ילדה גזל רחל ונטענה אצלו בין שגזזה קודם שתבעו בדין בין שעדיין לא גזזה הואיל ונתייאשו הבעלים משלם כשעת הגזילה ואם ילדה וגזזה הגיזות והולדות של גזלן ואם עדיין לא ילדה ולא גזזה שמין לו ונוטל השבח מהנגזל ומחזיר הבהמה עצמה עכ"ל והעתיקו בסעיף ז':

ה עוד כתב גזל פרה מעוברת ונתייאשו הבעלים ואח"כ ילדה רחל טעונה ונתייאשו הבעלים ואח"כ גזזה משלם דמי פרה העומדת לילד ודמי רחל העומדת ליגזז ואם לפני יאוש וקודם שנשתנית ילדה או גזזה הרי הגיזות והולדות של בעלים ואע"פ שנתעברה או נטענה ביד הגזלן הואיל ולא נתייאשו הבעלים ולא נשתנית הגזילה היא ברשות בעליה אע"פ שהגזלן חייב באונסים עכ"ל והעתיקו בסעיף ח':

ו וביאור דבריו הוא כמ"ש דלידה וגיזה הוי שבח ולא שינוי ואין הגזלן קונה השבח רק לאחר יאוש ואם אין שם שינוי כעגל ונעשה שור או טלה ונעשה איל יחזיר הגזילה עצמה להנגזל והשבח כשניטלה ממנה כגון שגזזה וילדה אין כאן שומא כלל דהגיזה והולד נוטל הגזלן והבהמה מחזיר להנגזל ואם עדיין לא ילדה ולא נגזזה מחזיר הבהמה עם השבח להנגזל ושמין להגזלן מה ששוה השבח שלאחר יאוש ומשלם להגזלן [ולא ס"ל כתוס' ב"ק לה: ד"ה לר"מ דלר"י מגופיה מסלקינן ליה אלא דלר"י בדמי מסלקינן ליה וכ"כ הה"מ]:

ז ויש מי שפירש דלהרמב"ם אם כבר גזזה וילדה זכה גם בגוף הבהמה ואינו משלם להנגזל אלא דמים ודייק לה ממה שכתב משלם כשעת הגזלה [סמ"ע סקי"ד] ולא נראה כן דאדרבא הרי מפרש דאם ילדה וגזזה הגיזות והולדות של גזלן ואם עדיין לא ילדה שמין לו וזה שכתב בגזל מעוברת וילדה משלם דמי פרה העומדת לילד אין כוונתו שמעכב הפרה לעצמו אלא דה"ק דאינו יוצא בחזרת הפרה כמו שהיא עתה אלא שמחזיר הפרה וגם מה שהיתה שוה יותר מפני העובר ושבח הלידה הוי של גזלן [ש"ס סקט"ז] וזהו הפי' במשנה לדעתו ז"ל שמה ששנינו גזל פרה מעוברת וילדה משלם דמי פרה העומדת לילד כלומר שמחזיר הפרה עם השבח של העובר וזה ששנינו גזל פרה ונתעברה אצלו וילדה משלם כשעת הגזילה ר"ל דאין כאן שומא שמחזיר הפרה להנגזל והולד מעכב לעצמו ואם עדיין לא ילדה אינו מבואר במשנה אלא בברייתא [לפי וכר"י דאמר גזילה חוזרת בעיניה וכדמפרש ר"פ דמיירי בשבח שעל הגזילה שעדיין לא ילדה וס"ל לר"י דכולה דגזלן הוי ונוטל מהנגזל בדמים ע"ש]:

ח והטור כתב השביחה הגזילה כגון פרה וילדה רחל וגזזה כתבתי למעלה בדין גנב שהשבח של גזלן ואצ"ל שאם הוציא עליה יציאות והשביחה שהיא שלו ואפילו לא עשה בה אלא שינוי החוזר כגון עפר ועשאו לבנים עצים משופין ועשאן כלים דנהי דלא קנה גזילה שבח מיהו קנה ומחזיר לו הגזלה והוא יתן לו שבח שהשביחו ועשאו כלי עכ"ל ואח"כ בסעיף ג' כתב על הרמב"ם שהולך לשיטתו שאינו מחשיב לידה וגיזה שינוי מעשה אבל לפמ"ש למעלה שהוא שינוי מעשה א"צ להחזיר הגזילה אלא דמיה כמו שהיתה שוה בשעת הגזילה עכ"ל ומדבריו מבואר להדיא כמ"ש דלהרמב"ם מחזיר הפרה עצמה אפילו כשכבר ילדה דלא כי"א דגם להרמב"ם אינו מחזיר רק דמים ומה שהטור קורא בתחלת דבריו לידה וגיזה בלשון שבח משום דבאמת הם שבח אלא דלדעתו שבח זה הוה שינוי וכן דעת רוב הפוסקים ומשום דהרמב"ם קורא לזה רק שבח לשיטתו כמ"ש בסי' שנ"ד על לשון רבינו הרמ"א ע"ש:

ט ומזה מתבאר דמ"ש רבינו הרמ"א בסעיף ח' דכל אלה דברי הרמב"ם אבל יש חולקין וכמ"ש ר"ס שנ"ד

שנ"ד ושנ"ו ואפילו שינוי החוזר לברייתו כגון עפר ויעשאו לבנים אע"ג דלא קנה כדלעיל סי' ש"ם שבח מיהו קנה וצריך להחזיר לו שבחו עכ"ל ביאור דבריו דיש חולקין וס"ל דלידה וגיזה הוי שינוי וזה שכתב דבשינוי החוזר לברייתו צריך להחזיר לו השבח זהו מפני שאין זה שבח דממילא והשבח בא ע"י טרחתו ובזה שוים כל הפוסקים עם הרמב"ם וכמ"ש רבינו הב"י בסעיף ט' וז"ל בר"א בשבח הבא מאליו כגון גיזות ולדות אבל אם היתה כחושה והוציא עליה ופטמה אפילו לפני יאוש נוטל מהנגזל שבח הפיטום וכן כל כיוצא בזה משבח שיש בו הוצאה עכ"ל ולכן הגיה רבינו הרמ"א דבריו קודם סעיף זה משום דבדין זה אין מחולקים הפוסקים עם הרמב"ם ורבינו הרמ"א חידש בדבריו דלאו דוקא שבח שע"י הוצאה אלא אפילו שבח שלא ע"י הוצאה אלא ע"י טירחא כמו בעפר ועשאו לבנים ג"כ קנה השבח אפילו קודם יאוש דטירחא הוי כהוצאה וגם הרמב"ם יודה בזה [ומ"ש שבש"ע בחו"מ ס' ל"ג והרמב"ם ס"ל ככל הפוסקים דיאוש אינו קנין כלל ורק בקדושין מפני חומר א"א תפסו הפוסקים בש"ע כמ"ש בסי' שנ"ג ודוק] :

י מכרה הגזלן או נתנה במתנה אע"פ שלא נשתנית הגזילה אינה חוזרת בעצמה מיד הלוקח הואיל ונתיאשו הבעלים ולהרמב"ם אין חילוק בין שהיה היאוש לפני המכירה בין שהיה אח"כ ורוב הפוסקים חולקים בזה וס"ל דאין היאוש מועיל אלא כשהיה לפני השינוי רשות כמ"ש בסי' שנ"ג ע"ש :

יא איתא בגמ' [ב"ק לו׳] אמר רבא גזל והשביח ומכר גזל והשביח והוריש מה שהשביח מכר מה שהשביח הוריש בעי רבא השביח לוקח מהו בתר דבעיא הדר פשטה מה מכר ראשון לשני כל זכות שתבא לידו ע"ש ולדעת הרמב"ם א"א לומר דמיירי שנתייאשו הבעלים דא"כ הוה יאוש ושינוי רשות וקנה לגמרי וצ"ל דמיירי לפני יאוש ואע"ג דלהרמב"ם הגזלן בעצמו אינו קונה השבח לפני יאוש מ"מ התקינו תקנה ללוקח וליורש שיקנה השבח גם קודם יאוש ולהחולקים עליו וס"ל דגם קודם יאוש קונה הגזלן את השבח קמ"ל דלא תימא דדוקא לגזלן עצמו תקנו כן מפני תקנת השבים ולא ללוקח וליורש לזה אומר דגם להם תקנו כן ואפילו כשהשביחה הלוקח והיורש ג"כ השבח שלהם ולהרמב"ם זה שאומר דמכר לו כל זכות שתבא לידו אע"ג דהוא בעצמו לא היה קונה לפני יאוש ה"פ דכשם שאם היה הגזלן משביחה ואח"כ מכרה היה השבח של לוקח מפני תקנת הלוקח כמ"ש כמו כן אם מכר בתחלה ואח"כ השביח לוקח הוי השבח של לוקח [הה"מ] וכל שבח זה הוא כשהיה השבח מעצמו בלי הוצאה ובלא טורח דאל"כ גם אצל הגזלן הוי השבח שלו וכשנשתבחה ביד הגזלן ומכרה דהלוקח נוטל השבח מיד הנגזל חוזר הנגזל ונוטל השבח מיד הגזלן :

יב וכ"כ רבינו הב"י בסעיף ד' הגוזל והשביח ומכר או הוריש לפני יאוש מה שהשביח הוריש ומה שהשביח מכר וקנה לוקח או יורש את השבח ונוטל דמי השבח מנגזל ומחזיר הגזילה וחוזר הנגזל ונוטל דמי השבח מהגזלן שהרי לא נתייאש וכן אם השביח הלוקח או היורש נוטל השבח מהנגזל עכ"ל והוא לשון הרמב"ם ולדעתו דגם לידה וגיזה בכלל שבח כמ"ש גם זה נכלל בשבח הזה ולא ניחא להו לרבותינו לפרש מאי דאמר רבא השביח היינו בידים השביחה משום דזהו פשיטא ואין ספק בזה :

יג מכרה הגזלן לכותי והשביח הלוקח השבח חוזר לבעלים ואם מכרה הכותי לישראל אחר שהשביח הוי ספיקא דדינא אם קנה השבח אם לאו והממע"ה ולדעת הרמב"ם ז"ל בכל ספיקא דדינא אם תפס אין מוציאין מידו ולהרא"ש ז"ל מוציאין מידו וזהו הכל בשבח שמאליה אבל בשבח שהשביח הגזלן או הלוקח ע"י טירחא או הוצאה שייך להגזלן וכן להלוקח כמ"ש :

יד גזילה שלא נשתנית אך שהוקרה אע"פ שנתייאשו הבעלים ממנה ה"ז חוזרת לבעלים ואין להגזלן בה כלום שלא תקנו להגזלן שבח שאחר יאוש אלא שבח שעל הגוף כמו השמינה וגיזות ולדות לדעת הרמב"ם אבל שבח של יוקר לא תקנו כמ"ש בסי' שנ"ג :

טו הגוזל חבית של יין מחבירו והרי הוא שוה דינר בשעת הגזילה והוקרה אצלו ועמדה בארבעה אם היא בשלימות מחזירה כמות שהיא ואם נשברה מעצמה או נאבדה משלם דינר דכל הגזלנים משלמים כשעת הגזילה ומ"מ אם שבר החבית או שתאה או מכרה או נתנה אחר שהוקרה משלם ד' כשעה שהוציאה מן העולם דאלו הניחה היתה חוזרת בעינה ואז היה שוה ד' נמצא דעיקר ההיזק עשה בד' דינרים ואם בשעת הגזילה היתה שוה ד' ובשעת הוצאה מן העולם דינר משלם תמיד ארבעה כשעת הגזילה בין ששברה ובין שנשברה ולמה אין אומרים כששברה כיון דעיקר ההיזק הוא בשעת שבירה בידים ישלם רק דינר כפי שהיתה שוה אז דא"כ יהא חוטא נשכר ואם היא בשלימות מחזירה כמות שהיא בכל ענין וכן כל כיוצא בזה כמ"ש בסימן שנ"ג ועמ"ש בסי' שנ"ד [עט"ז] :

טז הגוזל אשכול של תמרים ובו חמשים תמרים ואם ימכרו כולם ביחד אינו שוה רק מ"ט פרוטות ואם ימכרו לאחדים ישוו חמשים אינו משלם אלא מ"ט ואין הנגזל יכול לומר אני הייתי מוכרם אחד אחד מפני שהגזלן גזלן כולם כאחד וכל הגזלנים אינם משלמים אלא כשעת הגזילה [לבוש] ועוד דנצרך להקל עליו כמו על מזיק בסי' שצ"ר ע"ש [סמ"ע] ולפ"ז אע"פ שידוע שהנגזל לפי אופן מסחרו היה נוטל יותר מכפי מקח של השוק מ"מ א"צ לשלם לו אלא כפי המקח הקבוע ואין

ואין מחשבין המכירות לאחרים אף שדרך הנגזל היה כן [כ"ל]:

יז כבר נתבאר דאין שמין לא לגנב ולא לגזלן ולכן הגוזל כלי ושברו אין אומרים שיתן השברים וישלים עליהן אלא משלם כלי שלמה או דמיה ומעכב השברים לעצמו ובפרטיות נתבאר בסי' שנ"ד ע"ש :

סימן שסג [הגוזל בהמה ועבד והזקינו או נתכחשו והדר אצל חבירו שלא מדעתו ובו כ"ח סעיפים]:

א אע"פ שנתבאר בסי' שס"ב דבשבח דממילא לא קנה גזלן מדינא מ"מ בריעותא דממילא ההיזק הוא של הגזלן דהרי ברשותו נתקלקל והוא צריך לשלם כשעת הגזילה לבד בקרקע כשגזלה ונתקלקלה דמחזירה כמות שהיא דקרקע אינה נגזלת שעומדת במקומה ותמיד היא ברשותו של נגזל וברשותו נתקלקלה וכן אם גזל עבדים והזקינו או נתקלקלו דינם כקרקע דבכל התורה דינם כקרקע כמ"ש בסי' צ"ה ויש מי שאומר דכיון דלכמה דברים דינם כמטלטלין מדרבנן כמו לענין פרוזבול בסי' ס"ז ולקנות עמה מטלטלין בסי' ר"ב לכן גם לזה דינם כמטלטלין אבל רוב הפוסקים הסכימו דמוקמינן בכאן אדינא דאורייתא ואומר להנגזל הרי שלך לפניך ואפילו אם נשרפו או מתו אינו משלם כיון שלא יצאו מרשות הנגזל [ס"ך] ויש חולקים בזה דדוקא בהוזקן והוכחש שבעצמותו הוא בעין שפיר דינו כקרקע וא"ל הרי שלך לפניך אבל כשנאבד מן העולם ודאי דמשלם את דמיו שהרי אין שלו לפניו וחרי נגזלים הם ונקנים ביאוש כדכתיב וישב ממנו שבי [רמב"ן פ"ט מגזלה] :

ב לפיכך גזל בהמה והזקינה או כחשה אפילו מעצמה כחש שאינו יכול לחזור כגון מחלות שאין להם רפואות וכ"ש נשברה ידה או רגלה דקנאה בשינוי או שגזל מטבע ונסדק או שגזל פירות והרקיבו כולם או שגזל יין והחמיץ ה"ז כמו שגזל כלי ושברו ומשלם כשעת הגזילה דקנאה בשינוי ולא תקשה לך למה שבח לא הוי שינוי משום דשבח הוא שינוי דהדר שיכולה להתקלקל ואפילו שינוי דלידה וגיזה חשיב שינוי דהדר לדעת הרמב"ם כמ"ש בסי' שנ"ד ובפירות לאו דוקא שהרקיבו כולן אלא אפילו הרקיבו רובן או מחצה על מחצה דהוי היזק הניכר [סמ"ע] אבל כשהרקיבו מקצתן אורחא בהכי ולא חשיב שינוי ואומר לו הרי שלך לפניך [עמ"ז ויש"ש פ"ק דב"ק סי' כ"ט דכחש הוי שינוי] :

ג אבל אם גזל בהמות וכחשו כחש שאפשר לחזור או שגזל תרומה ונטמאת או שגזל חמץ ועבר עליו הפסח או גזל בהמה ונעבדה בה עבירה כמו רביעה או נעבדה לאלילים או נפסלה מעל המזבח ע"פ מום שאינו ניכר כגון בדוקין שבעין או שהיתה יוצאת ליסקל על שהרגה את הנפש אע"פ שיש לו היזק להנגזל מ"מ אומר לו הגזלן הרי שלך לפניך ומחזיר אותה בעצמה דקיי"ל היזק שאינו ניכר לא שמיה היזק ובכל אלו אין ההיזק ניכר שהם בתארם ודמותם כמקדם ואף שיתבאר בסי' שפ"ה דגם בהיזק שאינו ניכר קנסו חכמים להמזיק שישלם כדי שלא ירגיל אדם לעשות היזקות כאלו לחבירו מ"מ בגזלן לא ראו לקנום מפני תקנת השבים [ס"ג פ' סגוזל] ועוד דגזילות לא שכיחי [גיטין פה:] ולא ראו חכמים לקונסם :

ד בד"א כשהחזיר הגזילה עתה אבל אם נשרפה או אבדה אפילו אחר שנאסרה בהנאה חייב להחזיר לו דמים כשעת הגזילה דעיקר החיוב הוא על שעת הגזילה וכן כשאין יכול לומר לו הרי שלך לפניך משלם כשעת הגזילה [ועמ"ש בסעיף ח'] :

ה גזל מטבע ופסלה המלך הוי היזק ניכר מפני שניכר לכל הקלקול והוי כנסדקה אבל אם המלך לא פסלה אלא במדינה נפסלה שבני אותה המדינה אין רצונם לקבלה ובמדינה אחרת יוצאה אע"פ שיש לו היזק בזה שצריך להוליכה לשם מ"מ הוי היזק שאינו ניכר ואומר לו הרי שלך לפניך וי"א דמטבע אפילו פסלה המלך ואינה יוצאת כלל הוי היזק שאינו ניכר כיון דאין שינוי בעצמותה ואם נאבדה משלם מטבע טובה היוצאת באותו מקום וי"א בפירות ג"כ דוקא כשהרקיבו עם הכנימה אבל אם הרקיבו מחמת התולעת ומבחוץ הן בשלימות הרי הן כבריאים [ס"ך] ואם הרקיבו עד שנתקלקלה צורתן הוי היזק ניכר ואפילו נרקבו מחמת אורך הזמן כדרך הפירות ולא מפני תולעים כיון שנתקלקלה צורתן הוי היזק ניכר [כ"ל] :

ו גזל אתרוג קודם סיכות והחזיר לו אחר החג דומה למטבע שפסלה המלך ותלוי בשתי הדעות שנתבארו וכל סחורה שגזלה והשהה אצלו עד עבור זמן מכירתה ביומא דשוקא נראה ג"כ הדין כן ולדעה אחרונה יכול לומר הרי שלך לפניך וכשם שהגזלן יכול לומר הרי שלך לפניך כמו כן אם נתן דבר זה לשמור ואצל השומר נאסרה בהנאה ואינו ניכר ההיזק וכל כיוצא בזה יכול ג"כ השומר לומר הרי שלך לפניך [ס"ך] :

ז כל המלאכות שעשה הגזלן בהגזילה כיון שהיא לא נתקלקלה פטור אע"פ שגם הנגזל היה צריך לזו המלאכה והוציא הוצאות להשיג מלאכה זו אין זה אלא כגרמא בנזקין ופטור וא"צ לשלם אלא כשעת הגזילה לפיכך הגוזל בהמה ונשא עליה משא או רכב עליה או חרש בה או דש בה וכיוצא בזה והחזירה לבעליה אע"פ שעבר בלאו דלא תגזול מ"מ אינו חייב לשלם כלום

שהרי

שהרי לא הפסידה ולא הכחישה ואם נתקלקלה או הכחישה אפילו כחש דהדר חייב לאותה דעה שבסי' ש"ז דבבהמה לא מקרי זה שבת אלא נזק וחייב לשלם [כס"מ] ודוקא בנכחשה ממילא פטור בכחשא דהדר ולא בכחשה בידים אבל למי שסובר שם דנקרא שבת פטור דאין שבת בבהמה ולא דמי לבית שיתבאר דצריך לשלם כשדר בו אף דבבית לא שייך שבת זהו מפני שקרקע אינה נגזלת וברשותא דנגזל קאי אבל לא מטלטלין דברשות הגזלן עומדין ולכן אפילו אם הדבר הנגזל עומד לשכר שמשכירין אותן פטור הגזלן דבדנפשיה עשה המלאכה [ש"ך] ואינו משלם אלא כשעת הגזילה [עכס"מ ומ"ש הסמ"ע בסק"ח לע"ג]:

ח ודוקא שירד להחפץ בתורת גזילה או בתורת שאלה דדינו כגזלן דשואל שלא מדעת הוי גזלן אבל אם ירד לה בתורת שכירות אם החפץ הזה עומד להשכיר כגון שלקח בהמתו של חבירו שדרכן של הבעלים להשכירה או התוקף ספינתו של חבירו ועשה בה מלאכה וירד בה לשם שכירות ולא לשם גזילה ושאלה והספינה עומדת להשכיר אם לא נתקלקלו הבהמה והספינה כלל נוטל בעל הבהמה או בעל הספינה שכרן כפי המקח שדרכו להשכירן ואם יש בהן פחת אם רצו הבעלים נוטלין שכרן ואם רצו נוטלין פחתן ואע"ג דדרכן להתקלקל כשמשכירן מ"מ מדירד להן שלא ברשות הבעלים ביכולת הבעלים ליטול הפחת ולא השכר אם עולה יותר מהשכר ואם אינן עשויות לשכר נוטל תמיד הפחת ושמין כמה פחתו ונוטלין ואם ירד לה בתורת גזל או בתורת שאלה שמין תמיד הפחת ואם אין בהן פחת אינו משלם כלום כמ"ש וכן כל כיוצא בזה:

ט כתב הטור בשם הרמ"ה דאע"ג דאם ירד בתורת גזילה או שאלה א"צ לשלם השכר ואפילו עומדת לשכר מ"מ אם השכירה הגזלן לאחר צריך להחזיר השכר לבעלים הואיל שעומדת להשכיר ורבינו הב"י דחה זה דכיון דקיי"ל כל הגזלנים משלמים כשעת הגזילה מה לי אם עשה מלאכה בעצמו או השכירה לאחר ואדרבה לאחר עדיף טפי דשכירות ליומא ממכר הוא והוה כשינוי רשות ואע"ג דודאי שכירות אינו שינוי רשות ואפילו עם יאוש אינו מועיל דהא הדרא למריה ועוד דלאו לכל דבר הוי שכירות כמכר מ"מ פשיטא דלא גרע שכירות ממעשה בעצמו:

י אבל רבינו הרמ"א הביא זה לפסק הלכה וטעמו דאע"ג דכשעשה בעצמו פטור מ"מ אין לו ליקח שכר מאחר ואיך יעשה מסחר בפרתו של חבירו ודין זה כדין שוכר פרה מחבירו דאלו נאנסה ברשותו היה פטור וכשהשאילה לאחר ונאנסה משלם לבעלים מפני טעם זה כמ"ש בסי' ש"ז ושינוי רשות לא שייך אלא להלוקח שע"י שינוי רשות קונה אבל לא שיועיל שינוי רשות להגזלן ואע"ג דבשבח תקנו חכמים שיקנה מפני תקנת השבים מ"מ בזה לא תקנו ולמה יתקנו בשבח שבא ע"י אחרים ואין זה אלא כיוקר שלא זכה בזה כמ"ש שם [סמ"ע ומ"ש דתקנה הוא וכו' אינו כן לפמ"ש הש"ך בסק"ח ומעיקר הדין כן הוא וכמ"ש בסעיף ז' ודוק]:

יא ומדברי הטור נראה טעם אחר בזה דבאמת אין קנינו של גזלן קנין גמור דהא לא מדעת הבעלים קונה ועיקר קנינו הוא להתחייב באונסי החפץ אלא שמ"מ א"א להוציא ממנו ממון בעד תשמישו מפני שהתורה אמרה והשיב את הגזילה אשר גזל שלא ישלם אלא כשעת הגזילה אבל מ"מ אין בכחו להשכירה לאחר דהא אינה שלו והאחר ששכרה הוי כשכרה מבעליה ואפילו ידע שגזולה היא מ"מ הרי ירד בתורת שכירות וחייב לשלם להבעלים והגזלן לא זכה כלל בהמעות של השכירות ואם נטלם מיד השוכר הוי כגזל מעות מהבעלים וחייב להחזירן:

יב ואם הוחזק הגזלן שרגיל לגזול או לעשוק ולעשות מעשים כאלו פעם אחר פעם קונסין אותו אפילו כשפטור מדינא כגון שירד בתורת גזילה ואפילו אין החפץ עומד להשכירו ושמין השבח שנהנה משימושו או שמין השכר מהבהמה או משארי חפצים ונותן להנגזל ואפילו בח"ל עושים כן כמ"ש בסי' ב':

יג כל אלו הדברים הם רק במטלטלים אבל גזל עבדים וקרקעות שאינם נגזלים מדינא משלם שכירות אפילו כשירד בתורת גזלנות אם עומדים להשכיר כמו שיתבאר משום דקרקע ברשות הבעלים עומדת ולא שייך בהם לשלם כשעת הגזילה כמ"ש בסעיף ז' וכך אמרו חז"ל [ב"ק צז] התוקף עבדו של חבירו ועשה בו מלאכה פטור ובתנאי שלא ביטלו ממלאכת רבו כגון שבשעה זו לא היה לו להרב מלאכה ואף שזה נהנה מ"מ הרי זה לא חסר ואדרבה נוח לו לאדם שלא ילמד העבד דרכי הבטלה ואם ביטלו ממלאכת רבו משלם זה להרב כפועל ואם זה תובע מעות מאדון העבד בכל ענין אסור דמחזי כריבית [ב"מ סד:]:

יד וכן אמרו חז"ל [שם] הדר בחצר חבירו שלא מדעתו צריך להעלות לו שכר אם החצר עשוי להשכירו ואע"פ שזה האיש אין דרכו לשכור שמוצא תמיד לדור בחנם שהרי חסרו ממון ואין זה גרמא אלא היזק ממש וזה הדר עכ"פ נהנה מזה ואפילו לא קלקל כלל בהבית ואפילו היה בעל החצר בכאן ושתק נ"ל דחייב לשלם ואין לזה לומר לו כיון שידעת שאין דרכי לשכור אם היה רצונך לקבל שכר היה לך למחות דזה יכול לומר לו כיון שידעת שאני משכירה ואתה רצית לדור בלא שכר היה לך לשאלני [וראי' מב"ק כ"א ע"ש ודוק]:

טו ואם אותה חצר אינה עשויה לשכר א"צ להעלות לו שכר אע"פ שדרך זה הדר לשכור דירה ונהנה מזה מ"מ כיון שזה אינו חסר פטור ועוד דבית מיושבת יותר כשדרין בה מכשהיא ריקנית כדכתיב ושאיה יוכת

שער

שער ולא עוד אלא אפילו שבעל החצר הזה היה רגיל תמיד להשכיר רק שעתה אין דרכו להשכיר הולכין אחר עת ההוה וכן להיפך אם תמיד היה רגיל שלא להשכיר ועתה מקרוב התחיל להשכירה מקרי עשויה להשכיר וחייב לשלם כמ"ש:

טז וכ"ז דוקא כשדר שלא מדעתו כגון שלא היה בביתו או שהיה בכאן ולא א"ל צא אבל אם א"ל צא מן הבית ולא יצא חייב ליתן לו כל שכרו אפילו אם אינה עשויה להשכיר וגם זה אינו רגיל לשכור דאף שזה לא חסר מ"מ בע"כ אין ביכלתו לדור ואין זה בגדר לכוף על מדת סדום דזה אינו רק במקום שא"א להמוחה להרויח בזה שמוחה אבל בזה הרי אפשר לו להשכירה אלא שאינו רוצה בזה לפיכך אין כופין אותו שיניחנו לדור בה וכ"ש שביכלתו למחות לכתחלה שלא יכנס בה וזה שכתב רבינו הרמ"א בסעיף ו' דאע"פ שהוציא את בעה"ב בע"כ מן הבית והוא דר בו שא"צ לשלם אם אינה עשויה לשכר זהו הכל כשהוציאו ושתק אבל אם מיחה בו אף שלא הוציאו חייב לשלם וגם בהוציאו ולא מיחה בו דוקא כשלא הוצרכו הבעלים לשכור עי"ז דירה כגון שהיה לו עוד בית שלא היה דרכו להשכירה אבל כשהפסידו עי"ז חייב לשלם אף כשאין דרכו לשכור דכשלא הפסידו לא הוי יותר מגרמא ופטור ולא כשהפסידו ובזמה"ז סתם בתים עומדין להשכירם ואף שעדיין לא השכירו עדיין מעולם:

יז יש מי שאומר דבחצר העשוי להשכיר וגולה ממנו אף אם לא דר בו חייב לשלם השכירות דהא כשדר בו חייב אף שאין דרכו לשכור מפני שזה חסר כמ"ש וא"כ אף שלא דר בו מ"מ חסרו ולמה לא יתחייב ומ"מ הרא"ש חולק בזה וס"ל דאין זה רק גרמא כנועל ביתו של חבירו כיון שלא בא לידו כלום מחסרונו של חבירו אבל כשדר בו אע"פ שבעצם לא נהנה מפני שאין דרכו לשכור מ"מ הרי אכל של חבירו וחייב לשלם דקרקע בחזקת בעליה עומדת וכן הכריע רבינו הרמ"א:

יח י"א דזה שאמרנו דכשאין החצר עומד לשכר דא"צ להעלות לו שכר אם החסירו אפילו דבר מועט כגון שהיה הבית חדש וזה חסרו במה שהשחירו אע"פ שאין הפסד אותו שחרורית אלא דבר מועט מ"מ מגלגלין עליו כל השכר כפי מה שנהנה אם זה דרכו לשכור דהטעם דפטור משום שזה לא חסר אבל כיון שחסר צריך זה לשלם כפי ההנאה ולפ"ז אם אין דרך הדר לשכור א"צ לשלם אלא מה שהפסידו דהא אין לו הנאה וי"א דגם בכה"ג חייב בכולו [וע' בהגר"א סקכ"א]:

יט י"א דהא דאמרינן דכשהחצר אינו עומד לשכר א"צ להעלות לו שכר זהו דוקא כשלא גילה הדר בדעתו שהיה רצונו ליתן שכר אם לא יניחנו לדור בו בחנם אבל אם גילה בדעתו כן צריך ליתן לו שכר ונ"ל דזהו דוקא בגברא דעביד למיגר מהני גילוי דעתא דמסתמא היתה כוונתו לשלם כמו שעושה תמיד אבל בגברא דלא עביד למיגר לא מהני גילוי דעת וכ"מ מהטור אלא דצריך להתנות בפירוש שישלם לו:

כ י"א דהא דאמרינן דבחצר שאינו עומד לשכר א"צ להעלות לו שכר אפילו היה המעשה ששכר חצר זה מראובן מפני שראובן היה סבור שהחצר שלו הוא והוא היה דרכו להשכיר ואח"כ נתוודע שהוא של שמעון ושמעון לא היה דרכו להשכיר א"צ ליתן שכר לשמעון ואפילו כבר נתן השכר לראובן צריך ראובן להחזיר לו ולא ליתנם לשמעון דכיון דמה ששכר מראובן הוי שכירות בטעות ממילא דינו כאלו לא שכרה כלל ואע"ג שנתבאר דגילוי דעת מהני והרי גילה דעתו שרצונו לשלם אמנם גילוי דעת שכנגד ראובן לא מהני לשמעון [סמ"ע] ועוד אפשר לומר לפמ"ש בסעיף הקודם דגילוי דעת לא מהני רק בגברא דעביד למיגר ודין זה נוכל לומר דלא מהני אלא בגברא דלא עביד למיגר וכן משמע לשון הטור ע"ש:

כא וכן להיפך שזה שאמרנו בחצר העשויה לשכר חייב להעלות לו שכר אפילו שכרו מראובן ונתן לו השכר ונמצאת שאינה שלו אלא של שמעון צריך ליתן לשמעון שכרו ואע"פ ששלמו ימי שכירותו [ס"ך] והוא יתבע מראובן מה שנתן לו ואפילו שכרו מראובן בפחות מכדי דמיו צריך ליתן לשמעון כל השכר הראוי ליתן לו ויחזור ויתבע מראובן מה שנתן לו ואפילו שכרו מראובן בפחות מכדי דמיו צריך ליתן לשמעון כל השכר הראוי ליתן לו ויחזור ויתבע מראובן מה שנתן לו ולא דמי למ"ש בסי' שמ"א ביורשים שאכלו פרה שאולה שא"צ לשלם רק דמי בשר בזול משום דיכולים לומר אלו ידענו שהיא של אחרים לא היינו לוקחים במקח זה דרק באכילת בשר שאין זה הכרח יכולים לומר כן אבל בדירה שהוא הכרח לאדם אין זה טענה ויש מי שאומר דשאני הכא כיון שהוא חוזר ונוטל מראובן כל מה שצריך ליתן לשמעון ולכן אם הבית היה אצלו בתורת שאלה מראובן א"צ לשלם רק כפחות שבשכירות כיון שאין להשוכר על מי לחזור ואם הוא גברא דלא עביד למיגר פטור [כס"מ]:

כב זה שאמרנו שצריך לשלם לשמעון כתב רבינו הרמ"א דזהו דוקא ששמעון או שלוחיו היו בכאן והיו משתדלים להשכירו אבל אם אינו בעיר ואין מי שמשתדל להשכירו הוי כחצר דלא קיימא לאגרא ואע"פ ששכרו מראובן א"צ ליתן לשמעון כלום וכמ"ש עכ"ל ונ"ל דזהו דוקא שכשבשעה שהלך שמעון מכאן לא דר בה אדם אבל אם אדם דר בה וראובן הוציאו והשכירו לזה השוכר חייב לשלם בכל ענין דזהו כחצר דקיימא לאגרא [ומיושב קושית הקצה"ח על הס"ג] ומזה למדנו דאם ראובן הניח ביתו ריקם והלך מהעיר ונכנס שמעון להבית עד שבא ראובן א"צ לשלם בעד דירתו דכיון שהניחה ריקם הוי כלא קיימא לאגרא [ס"ג]:

ואם

כג ואם השוכר שכר מראובן בדמים יקרים ואח"כ נמצא שהיא של שמעון לא יפרע לו אלא כפי מה ששוכרים אחרים דהמקח שעשה עם ראובן לאו כלום הוא ואפילו אם נתן כבר לראובן אינו נוטל שמעון אלא כמ"ש והשוכר מוציא מראובן מה שנתן לו ומיהו אם המעות באו ליד שמעון שהוציאם מראובן וטוען שגם הוא לא היה משכירה בפחות ממקח זה מספיקא לא מפקינן מיניה אבל לתפוס מהשוכר אין ביכלתו ואם אפילו תפס מהשוכר מפקינן מיניה דאין לו כח רק על המעות שהשוכר שילם כבר לראובן [נ"ל]:

כד ישראל שברח מן העיר ולקח האנס ביתו והשאילו או השכירו לאחרים א"צ הדר בו להעלות שכר להבעלים דהא לא קיימא לאגרא דאי לא היה דר בו ישראל השני הוי דר בו האנס וכ"ש הוא ממ"ש בס"ם כ"ב:

כה השוכר בית מחבירו וחזר והשכירו לאחרים ביותר ממה ששכרו אם היה לו רשות להשכירו לאחרים בענין שנתבאר בסי' שט"ז המותר שלו ואם לא היה לו רשות להשכירו המותר לבעלים דכשהיה לו רש"ת להשכירו הוי הבית שלו כל ימי שכירותו ולא שייך בזה לומר שעושה סחורה בפרתו של חבירו [קנס"ח] ולפ"ז כשהשכיר ראובן מטלטלין לשמעון ושמעון השכירו ללוי ולא היה לו רשות להשכירן דאין השוכר רשאי להשכיר מטלטלין הוי השכר של ראובן [נס"מ] וכן אם ראובן השכיר בית לשמעון והכנים שמעון לביתו גם את לוי דלא היה לו רשות לעשות כן משלם לוי שכירות לראובן ולא שייך לומר כיון שהשכירו לשמעון הוי נגד לוי כחצר דלא קיימא לאגרא דהא ודאי איכא קלקול במה שדרים בו אנשים הרבה ובכה"ג גם בדלא עביד למיגר חייב [סס] ואף אם החסרון מעט משלם כולו כמ"ש בסעיף י"ח:

כו האומר לחבירו דור בחצירי אם החצר עומד להשכיר והשוכר דרכו לשכור צריך לשלם כפי שישומו דלא היתה כוונתו שידור בחנם כמ"ש בסי' רמ"ו ובחצר דלא קיימא לאגרא ודאי דפטור דהא אפילו בשלא א"ל דור פטור ולא אמרינן דכשא"ל דור גרע טפי דכוונתו היתה בשכירות [סגר"ת] וה"ה בחצר דקיימא לאגרא וגברא דלא עביד למיגר כשא"ל דור פטור מאחר שלא דר בה מדעת עצמו אלא ע"פ צוויו אין סברא לחייבו בתשלומין דכיון דלא עביד למיגר והיא צוה לו לדור אם היה כוונתו שישלם לו היה לו לפרש [ס"ך] וכן עיקר לדינא:

כז שני שותפים בבית והשכיר אחד מן השותפים כל הבית שלא מדעת השני צריך השוכר ליתן לשותף השני חלקו וא"צ לשלם למשכיר כל השכירות אלא נותן לו החצי שלו ואם נתן לו כולו מוציא השני חלקו מהשוכר [לבוש] ואע"ג דיש רשות לאחד מהשותפים להשכיר ולשוכר לשכור כשהשני אינו מוחה דכל שותף שמכר וקנה מעשיו קיימים כשהשני לא מיחה בו מ"מ לשלם שכירות בעד בית שהוא דבר קבוע צריך לשלם לכל אחד חלקו משא"כ במשא ומתן א"צ ליתן דוקא לכל אחד כדמוכח ממ"ש בסי' קע"ו [נ"ל] אבל אם לא שכר כל הבית רק חלק השותף שהשכיר לו דהיינו ששכר רק חצי בית א"צ ליתן להשני כלום ואפילו הם שותפים בכל הבית מ"מ כיון דלא שכר רק כפי החלק שיש לזה צריך לשלם לו השכירות ולא להשני ואם השותף צריך ליתן חלק בהשכירות לשותפו יש שמסתפק בזה דאולי יכול לומר אני השכרתי חלקי ואתה השכר חלקך או דור עם זה שהשכרתיהו ולי נראה דודאי אם כל חלק מבורר להם יכול לומר לו כן אבל כשהם שותפים בכל הבית ואינם דרים בעצמם אלא משכירים לאחרים ודאי דכל מה שאחד מהם עושה הוא בעד השני ג"כ כדמוכח ממ"ש בסי' קכ"ב ע"ש:

כח כבר נתבאר שגזלן קונה בשינוי מעשה לפיכך אם גזל סממנין שצובעין בהם ושחק אותם ושראם במים וצבע בהם קנאם בשינוי ומשלם דמיהם שהיו שוים בשעת הגזילה ואם גזל סממנים שרוים וצבע בהן צמר או בגד שלו אין זה נקרא שינוי מפני שהצבע מונחת לפנינו על הצמר והבגד ואעפ"כ צריך לשלם לו דמי הסממנים שהרי הפסידן ולא יוכל להעביר הצבע מעל הצמר והבגד דכשיעביר יפסידם לגמרי [לבוש] ואם גזל צמר וסממנים שרוים מאיש אחד וצבע את הצמר בהסממנים יכול לעשות השבה מעלייתא שיחזיר הצמר כך כמו שהיא צבוע והרי נתייקרה בשביל הצבע שעליה ונתפרע הנגזל הצמר והסממנים בהשבת הצמר הצבוע [סס] ואם הוזל הצמר הצבוע באופן שאינו שוה עתה אלא כמו שהיה שוה בהיותו לבן ושואל הנגזל מהגזלן דמי הסממנים דאומר לו אלו היית מחזיר לי הצמר והסממנים הייתי מוכר הצמר בהמקח שמכרתי עתה ובהסממנים הייתי צובע איזה בגד שהיה מתייקר מפני הצבע הוי ספיקא דדינא אי חזותא מילתא היא והרי השיב הסממנים עם הצמר כפי מה שגזל או לאו מילתא היא ואינו אלא נוי בעלמא ולא ממשות ולא הוי השבה להסממנים כיון שאינו לוקח ביוקר בעד הצמר הצבוע וצריך לשלם לו דמי הסממנים בפ"ע כמו שהיו שוים בשעת הגזילה וכיון דספיקא דדינא הוא אין מוציאין מיד הגזלן ואם תפס הנגזל אין מוציאין מידו לדעת הרמב"ם דמהני תפיסה בספיקא דדינא ולהחולקים עליו לא מהני תפיסה [כמס"ג] וזהו דוקא כשהוזל הצמר אחר הצביעה אבל אם הוזל בשעת הצביעה הוי כמזיק וחייב מדיני דגרמי אבל כשהוזל אח"כ הרי לא הזיקו בשעת הצביעה ואומר לו הרי שלך לפניך [ס"ך] אבל כשצבע בהן צמר שלו חייב בכל ענין לשלם אפילו לא השביח הצמר דהנגזל אומר לו תן לי הסממנים שהפסדתני דא"א להעבירם מעל הצמר כמ"ש [סמ"ע]:

סימן שסד [הנכנס לבית והוציא כלים או חטף מעות ובו ט׳ סעיפים] :

א בסי׳ צ׳ נתבאר בתקנת חכמים שתקנו שהנגזל נשבע ונוטל כשראו עדים שראובן נכנס לבית שמעון בפני שמעון ונטל כלים ויצא והעדים אינם יודעים במה נטל ויש הכחשה ביניהם נשבע הנגזל ונוטל ודוקא שידעו העדים שנכנס בתורת גזלן או למשכנו שלא ברשות ב״ד דגם זהו דינו כגזלן ואם העדים אינם יודעים שנכנס בתורת גזלן אלא ראהו נכנס ויוצא בפני הבעלים וכלים בידו וטוען לקחתים ממך אם הכלים הם מדברים שעשוים להשאיל ולהשכיר נאמן לומר לקוחים הם בידי ע״פ הפרטים שנתבארו בשם בסעיף י׳ ע״ש :

ב וזהו דוקא כשהיה הבעה״ב בביתו אבל כשראו עדים שאחד נכנס לבית חבירו שלא בפני הבעה״ב ובני ביתו ונטל משם כלים והוציאם מגולים והכלים עשוים להשאיל ולהשכיר ואע״פ שבעה״ב הזה עשוי למכור את כליו אם טען הבעה״ב ואמר דרך גזל לקחם והלה אומר ברשותך באתי ואתה מכרתם לי או נתתם לי מכבר וצויתני ליטול הכלים אף כשלא תהיה בביתך או שאומר שיש לי אצלך חוב ואמרת לי שאטול הכלים בעד חובי אינו נאמן אע״פ שאם היה כן בפני הבעה״ב היה נאמן כמ״ש שם אבל שלא בפני בעה״ב אינו נאמן מפני שכל הנכנס לבית חבירו שלא בפניו ושלא בפני אשתו או בני ביתו ונטל כלים משם והוציאם בפני עדים ה״ז בחזקת גזלן לפיכך מחזיר הכלים לבעה״ב ואין כאן שבועה שהרי העדים ראו מה נטל ואחר שיחזיר חוזר ותובע את הבעה״ב בכל מה שרצונו לטעון טענת מכירה או מתנה או חוב ויקוב הדין ההר ביניהם ונתבאר שם דדוקא כשראו עדים עתה את הכלים בידו דאל״כ נאמן במיגו דהחזרתים לך דהגוזל את חבירו בעדים א״צ להחזיר לו בעדים כמ״ש בסי׳ שס״א ועמ״ש בסי׳ צ׳ סעיף י״ג ואם העדים אינם יודעים כמה נטל ויש הכחשה ביניהם נשבע הנגזל ונוטל ואם יש לו מיגו דהחזרתי לך נשבע היסת ונפטר ע״ש בסעיף ג׳ :

ג ואם אין עדים ע״ז וראובן טוען בברי ששמעון גזלו בכך וכך ושמעון מכחישו נשבע שמעון היסת ונפטר ואפילו אם אומר אמת שנטלתני אבל אתה צויתני ליטול מפני החוב שמגיע לי או מכרת לי נשבע בנק״ח כדין הבא ליטול [רמב״ס פ״ד] ואין אומרים כיון שנתבאר שכל הנכנס לבית חבירו ונוטל כלים שלא בפני בעה״ב הוא בחזקת גזלן וכיון שבעצמו הודה הרי הוא כגזלן דאינו כן דהא יש לו מיגו דלא נטלתי כלל ואע״ג דלדבריו גזלן הוא ואיך נאמן בשבועה דאינו כן דהא יכול להיות שהמעשה היה באמת כן אלא דכשיש עדים אין אנו מאמינים לו ועוד דבשביל זה אף שדינו כגזלן מ״מ אינו נפסל לשבועה כמ״ש בסעיף ט׳ ע״ש :

ד ואם היה שם עד אחד בלבד ובעה״ב טוען שכלי זה גזולה היא בידו והלה אומר לקוחה היא בידי או בחוב גביתיו או שלי היתה ופקדון היתה אצלך ה״ז חייב להחזיר הכלי לבעליו בלא שבועה דכללא הוא דכ״מ ששנים מחייבים ממון עד אחד מחייב שבועה והשבועה היא להכחיש את העד ובזה אינו יכול לישבע להכחישו דהרי אינו מכחישו ומודה לו שנטל אלא שאומר ששלו נטל ובזה אין העד מכחישו שאינו יודע בזה ומתוך שאינו יכול לישבע שבועה שחייבתו תורה משלם כמ״ש בסי׳ ע״ה לפיכך אם כפר ואמר לא נכנסתי לביתו ולא נטלתי כלום הואיל ואין שם אלא עד אחד והוא מכחישו ה״ז נשבע שד״א שלא לקח מביתו כלום ונפטר ובשנים בכה״ג צריך לשלם ואם העדים אומרים שנכנס ואינם יודעים אם נטל כלים אם לאו והבעה״ב אומר שנטל והוא אומר שלא נכנס כלל נתבאר בסי׳ צ׳ אם זה נקרא הכחשה וחייב לשלם ע״פ שבועת הבעה״ב או שאין זה הכחשה כלל דמילתא דלא רמי עליה דאינש יכול להיות ששכח ע״ש :

ה ובעד אחד בכה״ג שהעד אומר שנכנס ואינו יודע אם נטל אם לאו או אפילו אומר שנטל אך אינו יודע מה נטל נשבע היסת שלא גזלו ופטור ואע״ג דשנים מחייבים אותו ממון בכה״ג מ״מ כיון שאין מחייבין אותו אלא ע״פ שבועת הבעה״ב שישבע כמה נטל לא אמרינן בזה כל מקום ששנים מחייבין ממון אחד מחייבו שבועה ומתוך שאיל״מ דזה לא אמרינן אלא במקום שמחייבין אותו ממון בלא שבועה כלל כמ״ש בסי׳ ע״ה :

ו חטף חפץ מיד חבירו בפני עד אחד ואמר חטפתי ושלי הוא והעד אינו מכחישו בזה שאינו יודע אם בגזילה חטף או שלו הוא או מכר לו או בחובו נטל חייב להחזיר ג״כ מטעם שנתבאר דכיון שאין יכול לישבע להכחיש את העד אלא שבועה שאין העד יכול להכחישו דנין בזה דין דמתוך שאיל״מ ואם חטף ממנו מעות או חפצים בפני עד אחד והוא אומר שלי חטפתי וכך וכך היה וגם הבעלים אומרים שכך וכך היה והעד אינו יודע כמה חטף מ״מ משלם זה הסכום שהרי הודה שחטף כך וכך ומחוייב שבועה נגד העד ואינו יכול לישבע ומשלם ויש חולקים בזה דאפילו בשני עדים בכה״ג נאמן לומר שלי חטפתי במיגו דאי בעי אמר שלא חטפתי אלא אחד כיון שהעדים אין מכחישין אותו ע״ז [סמ״ע] ודעה ראשונה ס״ל דזהו מיגו במקום חזקה אלימתא דכל מה שביד אדם שלו הוא והחוטף

סכנו

ממנו הוי כגזלן [סס] ודעה ראשונה היא דעת הרמב"ם והש"ע וכן עיקר :

ז ואם החוטף אומר עשרים חטפתי ושלי הם והנגזל אומר מאה חטף משלם העשרים שהודה בהם לדעה ראשונה שנתבאר ועל השאר נשבע היסת ונפטר דהוי כתביעה אחרת [ע"ז] ואינו חייב שד"א כדין מודה מקצת דהרי לא הודה בכלום שהרי אומר שלי חטפתי אלא שאינו נאמן ודוקא שאין העדים יודעים כלל כמה חטף אבל אם מקצת יודעים שחטף חייב לישבע שד"א על המותר דלא גרע העדאת עדים מהודאת פיו כמ"ש בסי' ע"ה [סמ"ע] ובעד אחד בכה"ג נשבע היסת על השאר :

ח ואם ראובן נכנס לבית שמעון שלא בפניו ונטל משם כלים בפני עד אחד ואין העד יודע כמה נטל ושמעון אומר עשרים כלים היה בביתי וראובן אומר שלא נטל אלא עשרה והם שלי חייב להחזיר העשרה מפני שהוא מחוייב שבועה להכחיש את העד ואינו יכול לישבע ומשלם ועל השאר אינו נשבע אפילו היסת מפני ששמעון אינו יכול לטעון עליו טענת ודאי ולא דמי למ"ש בסעיף ה' דגם על מה שנטל נשבע היסת ופטור דשאני התם שאינו אומר כך וכך נטלתי אלא אומר סתם שלי נטלתי וא"כ לא היו הבעלים נוטלים אפילו בשני עדים אלא בשבועה משא"כ כשמודה שנטל עשרה היה מחוייב להחזיר ע"פ שני עדים בלא שבועה ולכן גם בעד אחד דינו מתוך שאיל"מ [כ"מ מסמ"ע סק"ג ודוק] ויש חולקים בזה דכיון שהבעה"ב לא היה בביתו ואינו יכול לטעון עליו טענת ודאי וגם העד אינו יודע כמה נטל ואם שלו נטל אינו מקרי מחוייב שבועה [רחב"ד] ופטור מלשלם אפילו העשרה שהודה וגם שד"א אינו מחוייב לישבע ונ"ל דמ"מ נשבע בנק"ח כדין הבא ליטול ואע"פ שנתבאר בסי' ע"ה דאדם יכול לתבוע ע"פ עד אחד ולהביאו לשד"א אף שבעצמו אינו יודע זהו כשהעד מעיד בבירור שחייב לו אבל בכאן אין העד יודע אם שלו נטל וכמה נטל [סס] ודעה ראשונה היא דעת הרמב"ם והש"ע :

ט כתב רבינו הב"י האומר לחבירו גזלתני מאה אם אמר לא גזלתני נשבע היסת ואם הודה שגזלו חמשים משלם חמשים ונשבע שד"א על השאר שהרי לא הוחזק גזלן בעדים ואין אדם משים עצמו רשע [סס] וכן הטוען את חבירו שנכנס לביתו ונגזלו כלים והוא אומר במשכון לקחתים בחובי שיש לי אצלך והבעה"ב אומר אין לך בידי כלום אע"פ שהודה שמשכנו שלא ברשות ב"ד ודינו כגזלן מ"מ כיון שאין ע"ז עדים ה"ז נשבע וגובה חובו מהמשכון דאין אדם נפסל לשבועה ע"פ עצמו מטעם שנתבאר :

סימן שסה [הגוזל ואינו יודע ממי גזל מה דינו ובו ח' סעיפים] :

א הגוזל אחד מחמשה אנשים ואינו יודע לאיזה מהם וכל אחד אומר אותי גזל אע"פ שאין שם עדים שגזל הרי כל אחד מהם נשבע שגזלו ומשלם לכל אחד ואחד ואע"ג דהגזלן טוען נגד כל אחד מהם טענת שמא מ"מ כיון דנגד כולם טוען ברי שלא גזל רק אחד מהם לכן צריכין לישבע ודמי לפקדון שבסי' ש' דהיכא דהו"ל למידק משלם לשניהם וכ"ש גזל שחייב לשלם לכל אחד ואחד ע"י שבועה ואף שנתבאר כמה פעמים שהקילו על הגזלן מפני תקנת השבים זהו בענין התשלומין כמו שישלם דמים או שיקנה השבח אבל בכאן אם נקיל עליו לא ישלם להנגזל קרן הגזילה ולא יגיע לו רק חמישיתו של קרן א"א להקל עליו בזה וזה שיתבאר בסי' שס"ו דאין מקבלין מגזלן הבא לעשות תשובה זהו בגזלן שכל עסקו היה בגזילה וכשאין הגזילה קיימת כמ"ש שם ויש מי שהורה שמדינא מניח גזילה ביניהם ומסתלק ואין כן דעת רוב הפוסקים וכן פסקו הרי"ף והרמב"ם והרא"ש וכן סתמו רבותינו בעלי ש"ע ונראה דגם קים לי כהחולקים אין הגזלן יכול לטעון [עס"ך ול"ע] :

ב וכן אם אמר גזלתי לשנים לזה מנה ולזה מאתים וכל אחד תובעו מאתים משלם מאתים לכ"א וישבעו שניהם ונוטלים כמ"ש בפקדון שם דבמקום דה"ל למידק משלם מאתים לכל אחד וכ"ש בגזל :

ג וכל זה כשתובעים אותו בטענות ודאי אבל אם הם אינם תובעים אותו מפני שאינם יודעים אלא הנזקן אומר להם גזלתי לאחד מכם מנה ואיני יודע למי מדינא אינו נותן אלא מנה והם חולקים ביניהם ולא אמרינן שיהא מונח עד שיתברר הדבר או עד שיבא אליהו כבמקח בסי' רכ"ב וכפקדון במקום דלא ה"ל למידק בסי' ש' דשאני התם כיון שכל אחד טוען בברי ובע"כ שיש רמאי ביניהם לפיכך יהא מונח אבל בכאן שאין יודעים בברי וליכא רמאי יחלוקו [ס"ך] ויש מי שאומר דלדעת התוס' והרא"ש רייש ב"מ אין כופה אחד את חבירו לחלוק כיון שאין החלוקה יכולה להיות אמת [קלס"ח] ולא נהירא דזהו דוקא בטוענים ברי כגון שזה אומר אני ארגתיה בגד זה וזה אומר אני ארגתיה ולא בטוענין שמא והוה כספיקא דדינא כשאין שניהם מוחזקין שנתבאר בסי' קל"ט דחולקין ונראה דאפילו תפיסה לא מהני כיון שטוענים ספק ותפיסה דטענת ספק כי האי לכ"ע לאו תפיסה היא :

ד וזהו דוקא מדינא אבל אם בא הגזלן לצאת י"ש צריך לשלם לכל אחד ואחד אפילו בשטוענים שמא ואע"ג

ואע"ג דבפקדון בכה"ג פטור אף לצאת י"ש כמ"ש בסי' ש' שאני התם דהוה להו למידק ולכן יש מי שאומר דדוקא כשאומר גזלתי שלא בפני הבעלים אבל כשגזל בפני הבעלים אינו חייב להחזיר לכ"א אפילו בבא לצאת י"ש משום דהנגזל ה"ל למידק [ס"ך] וחלקו עליו דעיקר ה"ל למידק היינו בעת הפקדון ובגזילה לא שייך לדקדק בעת שגזלו דהרי מפחד ממנו וגם אינו יודע שיחזיר לו ועוד דבגזילה ודאי דצריך לקנוס א"ע בבא לצאת י"ש וכן עיקר לדינא [וזהו כוונת סמעי"ע בסמפקיד אות ע' ועקלס"ח] :

ה וכגזל מזה מנה ומזה מאתים ולא תבעי ליה חייב ג"כ ליתן לזה מאתים ולזה מאתים בבא לצאת י"ש ומדינא נותן לזה מנה ולזה מנה ומנה יהא מונח ולא אמרינן שיחלוקו כבסעיף ג' אם שניהם אומרים שממנה יודעים וכמנה השניה אינם יודעים משום דחיישינן כיון שיודעים ממנה היה להם לידע גם מהמנה השני ואולי יש ביניהם רמאי שיודע שלא גזלו אלא מנה ורוצה ליטול גם במנה השני ולכן אם אומרים שאינם יודעים כלל אפילו ממנה חולקים המנה השלישית ביניהם [ס"ך] ולפ"ז אם אחד אומר ידעתי ממנה וממנה השנית איני יודע והשני אומר איני יודע כלל היה צריך ליתן המאתים למי שאינו יודע כלל דמי שיודע מהמנה היה לו לידע גם מהמנה השנית וניכר שהוא רמאי וא"צ ליתן לבעל המנה רק מנה אפילו בבא לצאת י"ש וצ"ע לדינא :

ו אם ראובן אומר לשמעון גזלתי מאביך ואיני יודע אם מנה אם מאתים או שאמר לשמעון וללוי גזלתי מאביו של אחד מכם מנה ואיני יודע ממי לא נתבאר בפוסקים אם חייב להחזיר מדינא לכל אחד מנה ויראה לי דמדינא חייב ואע"ג דבפקדון אינו חייב רק לצאת י"ש שאני התם דלא פשע אבל בגזילה הא פשע ואע"ג דבדלא תבעי ליה הדין שוה כמו בפקדון כמ"ש זהו כשאמר גזלתי מאחד מכם שיש ריעותא מה שאינם יודעים אבל באביהם מנא להו למידע וראיה ממשנה דהמפקיד [ל"ז:] דתנן אמר לשנים גזלתי לאחד מכם מנה ואיני יודע איזהו או אביו של אחד מכם הפקיד אצלי מנה נותן לזה מנה ולזה מנה ואוקמה בגמ' בדלא תבעי ליה ובבא לצאת י"ש ומדתנן בגזילה בהם עצמם ובפקדון באביהם ש"מ דבגזילה באביהם חייב מדינא :

ז גזל לאחד ואינו יודע אם החזיר לו אע"פ שאינו תובע אותו חייב לשלם לו אם בא לצאת י"ש אבל אם אמר לאחר איני יודע אם גזלתיך אם לאו אפילו בבא לצאת י"ש אינו חייב לשלם לו כמ"ש בסי' ע"ה דאיני יודע אם הלויתני פטור מדינא ולצאת י"ש אם תובעו חייב ואם לאו פטור :

ח דבר פשוט הוא דבכל אלו הדברים שצריך להחזיר לשניהם מדינא או בבא לצאת י"ש זהו כשאינם מוחלים לו אבל כששניהם מוחלים לו את הספק פטור אפילו מלצאת י"ש וכשמחלו אין יכולים לחזור בהם דמחילה א"צ קנין ומהראוי להנגזלים שימחלו לו שלא יצטרך לשלם יותר ממה שגזל אם הם יראי אלהים שלא יכשלו בספק גזל ושלא לרפות ידיהם של בעלי תשובה ואם אצל נגזל אחד ודאי שמאתים שלו ולהשני ספק ישלם להודאי ובעל הספק יכול להטיל קבלה על בעל הודאי :

סימן שסו [גזלן שבא לעשות תשובה אם מקבלין ממנו ובו ו' סעיפים] :

א אמרו חז"ל [ב"ק לד:] הגזלנים ומלוי רבית שהחזירו אין מקבלין מהם והמקבל מהם אין רוח חכמים נוחה ממנו ומעשה באדם גזלן שבקש לעשות תשובה אמרה לו אשתו ריקה אם אתה עושה תשובה אפילו האבנט אינו שלך ונמנע ולא עשה תשובה לפיכך תקנו תקנה זו כדי שלא ימנע מלעשות תשובה ודוקא גזלן מפורסם שעסקיו בכך ותשובתו קשה דצריך להחזיר כל אשר לו אבל גזלן דאקראי מקבלין ממנו ואפילו גזלן שעסקיו בכך דוקא כשבא לעשות תשובה מעצמו בזה חששו חז"ל כדי שלא ימנע מלעשות תשובה אבל אם כופין אותו להחזיר מקבלין ממנו דהא אינו מתעורר לתשובה וכן דוקא כשאין הגזילה קיימת אבל כשהיא קיימת מקבלין ממנו וה"ה בגזל קורה ובנאה בבית אע"פ שהיא קיימת הוה באינה קיימת דתקנו שישלם דמים כמ"ש בסי' ש"ס ולכן אם הוא גזלן מפורסם אין מקבלין ממנו אפילו הדמים אבל כשגזל קרקע ובנה עליה בנינים יש מי שאומר דאפילו בגזלן מפורסם ובא לעשות תשובה מעצמו סותר בניניו ומחזיר הקרקע ומקבלין ממנו [סמ"ע] ולא עשו תקנת השבים בקרקע מפני שאינה נגזלת וכן אם הנגזל חייב לאחרים מקבל ממנו בכל ענין כדי ליפרע חובותיו אם אין לו ליפרע ממקום אחר [ס"ך] :

ב אם גזלן זה שהחזיר וא"ל הנגזל איני מקבל ממך בתקנת חכמים וא"ל הגזלן אע"פ שאתה מוחל לי אין רצוני בכך ואני רוצה לצאת י"ש ולהחזיר לך אין מוחין ביד הנגזל מלקבלו וא"צ להפציר א"ע הרבה דלא עדיפא תקנה זו משמיטה דהמחזיר חוב אחר שביעית צריך שיאמר משמט אני ואם א"ל הלוה אעפ"כ מקבלין ממנו כמ"ש בסי' ס"ז ומ"מ לא דמי לגמרי לשם דבשם יפול לסבב בדברים עד שיאמר לו כן כמ"ש שם ובכאן אין לו

לו לעשות כן כיון שזהו מפני תקנת השבים וכן אם לא בא לעשות תשובה מעצמו אלא שהנגזל תבעו מחייבים אותו להחזיר וכן אם ב"ד כופין אותו להחזיר כל גזלותיו כמ"ש בסעיף א' וכל הדינים האלו גם בגנב מפורסם ובמלוה ברבית שעסקיו בכך ונתבאר ביו"ד סי' קס"א :

ג אמרו חז"ל דהרועים והמוכסים תשובתן קשה מפני שסתמן גוזלים את הרבים ואין יודעים למי יחזירו לפיכך אמרו חכמים שיעשו בהגזילות צרכי רבים כגון בורות שיחין ומערות ותקוני דרכים ומרחצאות וכיוצא באלו דגם הנגזלים יהנו מזה אבל מחילה לא שייך בהם דהא אין מי שיודע אם גזלו אם לאו וכשיעשה צרכי רבים יסבב ה' שכל אחד מהנגזלים או מיורשיהם יהנה כפי ערך גזילתו וישמחלו לו והבא לטהר מסייעין אותו מן השמים ורועים היינו כשרועים בהמות שלהם אבל כשרועים בהמות אחרים אינם בחזקת גזלנים דאין אדם חוטא ולא לו :

ד יראה לי דאע"פ שאם ביכולת ב"ד לכוף לגזלן שיחזיר גזילתו כופין אותו מ"מ בגוזלי רבים אין כופין אותם לעשות צרכי רבים דהא לאו השבה מעליא היא אלא דאם מתעורר בעצמו לעשות תשובה אומרים לו עשה בהם צרכי רבים כי א"א לתקן באופן אחר ולא שב"ד יכופו לזה ובסי' שנ"ה נתבאר אופן החזרה בגנב אם צריך דעת בעלים וכל הדינים נוהגים גם בגזלן אך עיקר דין דעת בעלים לא שייך בגזלן כל כך דהא הנגזל יודע מהגזילה ברוב גזילות [סמ"ע] :

ה בסי' שנ"ה נתבאר דא"צ הבעלים לדעת בשעת החזרה אבל לרשות הבעלים חייב להחזיר לפיכך אם היתה כלי ביד בנו של בעה"ב או ביד עבדו ולקח אחר את הכלי מהבן או מהעבד שלא מדעת הבעלים ונשתמש בו והה"ז שואל שלא מדעת דדינו כגזלן וקם לו ברשותו ונתחייב באונסים עד שיחזירנו להבעלים ואם החזירו להבן או להעבד ואבד ממנו או נשבר חייב לשלם ואף שהכלי היתה ביד הבן או העבד מדעת האב או הרב מ"מ אחר שנטלה שלא מדעתו צריך להשיבה להבעלים עצמם כמ"ש בסי' קפ"א ודוקא כשהבן קטן אבל בבן גדול כיון שהחזירה למקום שנטלה והחזירה לבר דעת פטור דבזה לא הוי שואל כגזלן כמ"ש בסי' רצ"ב [סמ"ע] ורק לקטן הוי כאבידה מדעת וכן עבד דינו כקטן כמ"ש בסי' רצ"א :

ו הגוזל את חבירו בישוב ובא להחזיר לו במדבר לא יצא בהשבה אם הנגזל לא רצה לקבל והחזיר לו בע"כ אא"כ מקבלה מרצונו אבל אם מחזיר לו בישוב אפילו שלא במקום שגזלו יצא ידי השבה אף כשהחזיר לו בע"כ של הנגזל ובסי' רצ"ג נתבאר בפקדון מה דינו ובשם נתבאר דהמפקיד אינו יכול לתבוע מהנפקד אלא במקום שהפקיד ובגזלן לא שייך זה ויכול הנגזל לתבוע ממנו אפילו שלא במקום שגזלו ולא דמי לפקדון דפקדון היה ברצון :

סימן שסז [גזלן שנשבע וכל דיניו והגוזל את אביו ובו כ"ח סעיפים] :

א הגוזל את חבירו ורוצה להשיב את הגזילה ואין הנגזל בכאן אינו מחוייב להוליך אחריו הגזילה למקומו אלא מודיעו למקומו שרצונו להחזיר לו גזילתו ויבא ויטלנה ולא מיבעיא כשהוא לא הודה על הגזילה ועדים העידו שגזל אלא אפילו אם תבעו הנגזל וכפר בו ואח"כ חזר והודה אינו חייב לרדוף אחר הבעלים להחזיר להם אלא יהא בידו עד שיבואו הבעלים ויטלום ורק מחוייב להודיע להם מקודם ונראה דזהו דוקא כשגזלו כאן והנגזל הלך למקום אחר אבל אם גזלו במקום האחר שהנגזל גם עתה שם מחוייב להוליך לו למקום שגזלו דכל הגזלנים צריכין להשיב לאותו מקום שגזלו [וכ"מ בש"ך סי' ספ"ו סק"ח] :

ב זה שאמרנו שא"צ להוליך לו הגזילה בד"א כשלא נשבע אבל כשנשבע לשקר ואח"כ הודה שחייב לשלם קרן וחומש ואשם כדכתיב בפ' ויקרא אמרו דהגוזל שוה פרוטה ונשבע לו יוליכנו אחריו אפילו למדי שכסף לא יחשבו והטעם אמרו חז"ל [ב"ק קג:] דכפרה לא הוי עד דמטי לידיה דכתיב לאשר הוא לו יתננו ביום אשמתו ולכן אפילו יודע הגזלן בבירור שהנגזל לא נתייאש מ"מ אין לו כפרה עד שישיבנו לידו [ס"ך] וגם בזמה"ז אף שאין קרבן מ"מ נוהג דין זה שאין לו כפרה עד שישיבנו לידו [סס] :

ג והרמב"ם בפ"ז מגזילה כתב בלשון זה אבל אם נשבע על ש"פ ומעלה חייב לרדוף אחר הבעלים עד שיחזיר להם אפילו הם באיי הים מפני שכבר נתייאשו מאחר שנשבע ואינם באים עוד לתובעו עכ"ל וכן העתיקו בש"ע ומבואר מזה דאם לא נתייאשו א"צ להוליך לידם והקשו עליו דהא בגמ' מבואר הטעם משום דלא ה"ל כפרה כדלא מטי לידיה ואיך יחדש טעם שלא נאמר בש"ס ויש מי שתירץ דהנה יש מרבותינו דס"ל דדוקא כשהודה שלא בפניו צריך להוליך לידו כשנשבע אבל כשהודה בפניו וא"ל הנגזל יהא בידך עד שאטלנה א"צ להוליך לידו וה"ל כפרה גם כשעדיין בידו [תוס' קד: ד"ה תמר] דכיון דא"ל יהא בידך ה"ל גביה כפקדון והרמב"ם ס"ל דאף כשהודה בפניו צריך להוליך לידו ולזה מפרש הטעם דכשנשבע מתייאשים הבעלים אפילו כשהודה בפניו

בפניו משום דאינו מאמינו עוד [קנ״ס״מ] ועדיין אינו מובן דעכ״ז למה צריך לטעם זה כיון שגזירת התורה היא לאשר הוא לו יתננו שאין לו כפרה עד שישיב לידו ולכן נ״ל דדהרמב״ם הוה ק״ל למה אמרו חכמים בלא נשבע שא״צ להוליך לידו ומשמע דמעיקר דינא כן הוא ולא מפני תקנת השבים [ס״ך סק״ב] והרי אין לנו כתוב אחר על השבת הגזילה לבד האי קרא דוהשיב את הגזילה וכן קרא דנשא דוהשיב את אשמו בראשו והני קראי מיירי בנשבע וא״כ מנלן לחלק בין נשבע ללא נשבע וזה אין לומר דעל נשבע גלי קרא דנשא דכתיב לאשר הוא לו יתננו ביום אשמתו דבעינן דמטא לידיה ולא כשלא נשבע דהא עכ״פ כדגלי האי קרא למדנו ג״כ פירושא דקרא דוהשיב את הגזילה דכתיב ג״כ בהאי ענינא דנשבע דהכוונה הוא להשיב לידו דוקא וא״כ מנ״ל דבלא נשבע סגי בהודעה לבד והרי אין לנו פסוק אחר על השבת הגזילה ולכן מפרש הרמב״ם ז״ל דקים להו לחז״ל דמה שהצריכה התורה להשיב רק לידו אין זה גזירה בלא טעם אלא טעם יש בזה וה״פ דקרא והשיב את הגזילה עד שהנגזל יהיה בט״ח שיושב לו גזילתו ולפיכך כשלא נשבע בטוח הוא בהודעתו בלבד וכשנשבע אינו מאמינו עוד אפילו כשהודה בפניו אא״כ יביאנה לידו וזה דגלי אידך קרא לאשר הוא לו יתננו ביום אשמתו כלומר כיון דנאשם ע״י שבועה אין הנגזל מאמין לו עוד עד שיתננו לידו ולענין דינא כשא״ל הנגזל יהא בידך אפשר לומר דגם הרמב״ם מודה דא״צ להוליך לו [עס״ך]:

ד וכל מה שנתבאר זהו מדין תורה ואפילו החזיר הגזילה כולה חוץ מש״פ בקרן חייב הגזלן להוליכה ליד הנגזל כיון שנשבע לשקר אבל פחות מש״פ א״צ להוליך אחריו אלא יבא הנגזל ויטלנה ואע״פ שנגזל חפצים והחזיר לו כל הגזילה ולא נשאר בידו רק פחות מש״פ אין חוששין שמא תתייקר ותעמוד על ש״פ ונמצא שלא קיים השבה אלא יש לו כפרה מיד ויוכל להביא קרבנו ואם נתייקר קודם הכפרה י״א דא״צ להחזיר לו עוד כיון שפעם אחת לא היתה ש״פ הוי כמחילה וי״א שצריך להחזיר [טור] וכן משמע מהרמב״ם [ה״ין] ואפשר דלדעה זו גם בלא נשבע כשהחזיר כל הגזילה לבד מפחות מש״פ ונתייקרה דצריך להחזירה דהרי ברשותו של נגזל נתייקרה אבל אם גזל לכתחלה פחות מש״פ ונתייקרה א״צ השבה דמיד שגזל מחל לו [נ״ל] וכן אם הנגזל מחל לו על כל הגזילה אפילו בנשבע הו״ל כפרה ויביא קרבנו דמחילה א״צ קנין:

ה וכיון שהוא דבר קשה להוליך הגזילה למדה״י כשהנגזל שם תקנו חכמים מפני תקנת השבים שיניח הגזילה אצל ב״ד שבעירו ויצוום שישלחו לידו מתי שירצו והוי כהשבה ליד הנגזל ולהרמב״ם י״ל שכן הוא מדין התורה דכיון דלטעמו הוא מפני שמתייאש וכשיהיה אצל ב״ד שוב אינו מתייאש וכן אם עשו הב״ד שליח בעדים ונתן לו להשליח ב״ד יצא ידי גזילו ונפטר מאחריות [סמ״ע] אבל לא יתן לא לבנו ולשלוחו של נגזל אא״כ עשאם לשלוחים בעדים כמ״ש בסי׳ קכ״א ואפילו בלא נשבע ג״כ לא יצא ידי השבה כשמסרה ליד בנו של נגזל או לשלוחו שלא בעדים כל זמן שלא מסרו ליד הנגזל [סס] וחייב באחריות:

ו גזלן שגזל ומת הנגזל ורצה הגזלן לעשות תשובה יחזיר ליורשי הנגזל ויוצא ידי השבה דכל יורש עומד במקום מורישו ואפילו כשנשבע ומת ומחזיר ליורשיו יש לו כפרה ומשלם הקרן והחומש ליורשים ומביא קרבנו ומתכפר לו וכשהגזילה בעין מחזיר להם הגזילה עצמה ואם נאבדה או שנשתנית בשינוי שאינו חוזר יחזיר להם הדמים כשם שהיה מחזיר למורישם:

ז כתב הרמב״ם ז״ל [סס] כל מי שנתחייב ממון לחבירו הישראל וכפר בו ונשבע על שקר ה״ז חייב להחזיר לו הקרן שכפר בו והוספת חומש וחייב בקרבן והוא הנקרא אשם גזילות ואחד הגוזל ואחד העושק או הגונב או שהלוהו או שהפקיד אצלו או מצא אבדה וכחש בה או שהיתה ביניהם שותפות ונשאר לו אצלו ממון או שעשה לו מלאכה ולא נתן לו שכרו כללו של דבר כל שאלו הודה היה חייב לשלם בדין וכפר ונשבע משלם קרן וחומש שנאמר וכחש וגו׳:

ח בר״א כשהיה חייב לשלם מחמת עצמו אבל אם היה מחוייב לשלם מחמת אביו אינו משלם חומש כיצד כגון שאביו גזל או גנב או שהיה חייב לאחרים והבן יודע וכפר הבן ונשבע ואח״כ הודה משלם הקרן בלבד שנאמר אשר גזל ודרשינן על גזילו הוא מוסיף חומש ואינו מוסיף חומש על גזל אביו אפילו כשהיתה הכפירה והשבועה לאחר מיתת אביו:

ט ודוקא כשאין הגזילה קיימת אלא שנשארו קרקעות מאביו וחייב לשלם הקרן והחומש אינו משלם דהחומש הוא על השבועה ואין נשבעין על הקרקעות כמ״ש בסי׳ צ״ה [רס״י קס״י] וכן אפילו כשהגזילה קיימת אלא שהיתה מופקדת ביד אחרים ולא ידע מזה ולא נשבע לשקר וליכא חומש וגם קרבן אינו מביא דכי ליכא חומש ליכא אשם אבל כשהגזילה היתה ביד הבן משלם קרן וחומש ומביא אשם גזילות אבל כשהאב נשבע והודה ומת משלם הבן קרן וחומש כשנשארו נכסים מאביו אבל קרבן אינו מביא דאין קרבן לאחר מיתה [ע׳ תוספתא ב״ק פ״י] וכשלא נשארו נכסים מאביו אינו משלם אפילו הקרן דאינו מחוייב לשלם חובות אביו משל עצמו אא״כ רצונו לזכות את אביו שלא יענש בעולם האמת דאז משלם בעדו הקרן והחומש ואם האב נשבע ומת והיורש הודה ונשארו נכסים מאביו משלם הקרן בלבד ולא החומש דהחומש בא על ההודאה שאחר השבועה והרמב״ם ז״ל השמיט כל ענין דנשארו נכסים ולא ידעתי למה והנשבע לכותי משלם את הקרן

ולא

לא החומש שנאמר וכחש בעמיתו וכן הנשבע לקטן דאין נשבעין על טענת קטן וכן לחרש ושוטה כמ"ש בסי' צ"ו אבל הנשבע לעבד כשיש לו ממון שאין לרבו רשות בו משלם את החומש דנקרא עמיתו דחייב במצות [ב"ק פח:] ופעמים נשבעים על טענת קטן כמ"ש בסעיף י"ח:

י החומש הוא מלבר אחד מד' בקרן שאם גזל שוה ד' ונשבע משלם חמשה ואם היתה הגזילה קיימת מחזיר אותה ונותן דמי רביע שלה ותחלה צריך לשלם הקרן והחומש ואח"כ מביא אשמו ואם הנגזל במדה"י מניח הקרן והחומש ביד ב"ד שבעירו ומביא האשם ואם הביא האשם קודם שישלם הקרן לא יצא וחייב להביא אשם אחר אחר שישלם אבל החומש אינו מעכב ולכן אם נתן לו את הקרן ולא נתן לו את החומש או מחל לו על הקרן ולא מחל לו על החומש אינו מעכב את הקרבן וא"צ להוליך את החומש למקום הנגזל אלא יהא בידו עד שיבא הנגזל ויקחנה:

יא המחזיר את הקרן לבעלים וכפר פעם שניה בחומש ונשבע עליו נעשה החומש כקרן לכל דבר ומשלם עליו חומש אחר שנאמר וחמישיתיו יוסף עליו מלמד שהוא מוסיף חומש על חומש עד שיתמעט החומש שיכפור בו ושישבע עליו משוה פרוטה וצריך על כל שבועה להביא חומש ואשם ומי שהיה אצלו פקדון וטען שאבד ונשבע וחזר והודה שהוא אצלו וחזר וטען שאבד ונשבע וחזר והודה שהוא אצלו משלם חומש לכל שבועה ושבועה עם הקרן האחר שנאמר וחמישיתיו יוסף עליו משלם שהוא משלם כמה חומשין על קרן אחד ואשם צריך להביא על כל שבועה:

יב אין הנשבע על כפירת ממון משלם חומש עד שיודה מעצמו אבל אם באו עדים והוא עומד בכפירתו משלם הקרן בלבד ע"פ עדים ואינו משלם את החומש שהחומש עם הקרבן לכפרה הם באים ואינם מביאים אלא ע"פ עצמו וכבר נתבאר בסי' שנ"ב סעיף ח' דשבועה זו היא בין בב"ד בין שלא בב"ד ע"ש:

יג כיון שנתבאר דגזלן שנשבע מחוייב לעשות השבה עודפת מכשלא נשבע לכן אף אם לאחר השבועה נתהוה שהגזל נעשה שלו מדינא כגון שגזל אחד ממורישיו ונשבע לו ומת מורישו מ"מ חייב להוציא הקרן מת"י עם החומש ומביא קרבן כדי שיהיה לו כפרה והטעם נראה כיון דהקרבן א"א להקריב בלתי השבת הקרן כמ"ש לכן אם תשאר אצלו הגזילה אע"פ שעתה אין זה גזל מ"מ גם מצות השבה לא קיים ואינו יכול להביא קרבנו ואף גם בזמה"ז שאין קרבן מ"מ מהראוי לו לקיים מצות השבה [כ"ל] ולפמ"ש ניחא במה שהקילו חז"ל על הגזלן בזה שיכול לעשות שלא להפסיד כמו שיתבאר דמשום דאין זה רק כדי לקיים מצות השבה בלבד א"ן א"ו חוששין אם מן הצד לא יפסיד בזה:

יד וזהו לשון המשנה [קח:] הגוזל את אביו ונשבע לו ומת ה"ז משלם קרן וחומש לבניו או לאחיו ואם אינו רוצה או שאין לו לוה ובע"ח באים ונפרעים ופירש"י שמשלם לבניו של אביו שהם אחיו או אם אין לו אחים משלם לאחי אביו ומשמע דלבניו של הגזלן לא יתן דאינו ניכר השבה בזה ואם אינו רוצה לוותר חלקו או שאין לו נכסים שיהיה ביכלתו לוותר חלקו לוה מאחרים כשיעור הגזילה והם נפרעים מהגזילה עצמה או אם אין הגזילה קיימת יקבלו ממנו כפי שיעור הגזילה ומקיים בזה מצות השבה ואם אינו מוצא יורש מוכן לעיניו וגם אין לו ממי ללוות אמרו חז"ל דיטיל הגזילה לארנקי של צדקה ושיאמר זהו מגזל אבי כדי שיהיה ניכר ההשבה וכן יכול ליתנה במתנה לאחר ולומר זהו מגזל אבי אבל כשהיורש או הבע"ח נוטל א"צ שיאמר זהו מגזל אבי דבל"ז ניכר ההשבה כיון שהאחר נוטלן אבל כשהוא נותן צריך שיאמר [כ"מ מרש"י שם] ולפירש"י הסכימו הרא"ש והטור:

טו והרמב"ם בפ"ח כתב הגוזל את אביו ונשבע לו ומת האב אם אין הגזילה קיימת או נשתנית עושה חשבון עם אחיו על הקרן ועל החומש ואם הגזילה קיימת חייב להוציא הגזילה עצמה מת"י לפיכך נותן הגזילה לאחיו ועושה עמהם חשבון ואם אין לו אחים שנמצא זה הגזלן לבדו הוא היורש מוציא הגזילה מת"י לבניו ואם אין בנים לזה הבן הגזלן נותנם לבע"ח בהלואתו או לצדקה הואיל ויצאה גזילה עצמה מת"י נפטר אע"פ שנתנה מתנה או פרעה בחובו והוא שיודיעם ויאמר זה גזל אבא עכ"ל והעתיקו רבינו ב"י בסעיף ה' ואין רצונו לפרש לאחיו היינו לאחי אביו דכיון דאינם יורשים מדינא למה הצריכו חז"ל להחזיר להם יחזיר למי שירצה אלא בע"כ דהם אחי עצמו בני המת שהם יורשים ג"כ וס"ל להרמב"ם דאין בזה שום מצוה אף לכתחלה שיפסיד דמי הגזילה כיון ששלו הוא עתה וא"צ רק לקיים מצות השבה ולכן כשמחזיר לאחיו עושה עמהם חשבון ומעכב כנגד הגזילה מעות אחרים מהירושה לפי חשבון האחים ואם אין הגזילה קיימת נוטל מחלקו כפי שווי הגזילה עם החומש והאחים נוטלין זה בתורת השבה והוא לוקח ממקום אחר כנגד זה כפי חשבון אחים שיש לו אבל כשמוסר לבניו לא שייך חשבון דהרי הוא בעצמו נוטלה דבניו כעצמו דמי ומ"מ ס"ל דאם יש אחים טוב יותר שימסור להאחים מלבניו שניכר יותר ההשבה ויש מרבותינו דס"ל דבניו קודמין לענין ההשבה דכיון שא"צ לקיים רק מצות השבה למה ימסרם לאחרים ולא לבניו [תוס' שם] ולהרמב"ם אין נ"מ בזה דכיון דס"ל שעושה חשבון עם אחיו הרי אינו מפסיד כלום וזה שאמרה המשנה אם אין לו מפרש אם אין לו אחים ובנים ובגירסתו לא היה כתוב ואם אינו רוצה [ב"ח] וכ"ז בנשבע אבל בלא נשבע א"צ כלום כמ"ש בסעיף י"ג ואף שיש שמסתפק בזה מ"מ כן עיקר לדינא וכ"כ הרשב"א בתשו' [הביאו המל"מ שם]:

וזה

טז וזה שכתב רבינו הרמ"א וי"א דאינו נוטל כלום כנגד הגזילה ואם הוא עני ולא יכול לוותר חלקו לוה מאחרים והם באים ונפרעים מחלקו עב"ל זהו שיטת רש"י שבארנו וגם לשיטה זו ברצונו תליא מילתא כדתנן ואם אינו רוצה ולא ידעתי למה השמיטו הטור והרמ"א את זה ולשיטה זו דוקא כשתחלה לוה מאחרים והם נפרעים מגזילתו מקרי השבה אבל שיטול הוא אח"כ כנגד הגזילה לא ס"ל כהרמב"ם דבזה לא מקיים השבה כלל :

יז פרשה זו דגזל ונשבע נשנית גם בפ' נשא דכתיב איש או אשה וגו' והתודו את חטאתם אשר עשו והשיב את אשמו בראשו וחמישתו יוסף עליו ונתן לאשר אשם לו ואשמו זהו הקרן וכתיב שם ואם אין לאיש גאל להשיב האשם אליו האשם המושב לה' לכהן מלבד איל הכפורים אשר יכפר בו עליו ודרשו חז"ל וכי יש לך אדם בישראל שאין לו גואלים אלא דקרא מיירי כשהנגזל הוא גר [בזמן המקדש] ומת ולא הניח בנים ובנות ליורשו ובחייו כפר הגזלן ונשבע ואח"כ רצונו לעשות תשובה נותן הקרן והחומש לכהנים של אותו משמר העובד בבהמ"ק ואח"כ מביא קרבן אשם ומתכפר לו ומפני שהתורה קראה לקרן הגזילה אשם דינו כאשם שאין מקריבין בלילה אלא ביום כמו כן אינו מחזיר הקרן בלילה והחומש נ"ל שיכול להחזיר בלילה וצריך שיגיע שוה פרוטה לכל כהן שבאותו משמר שנאמר המושב לה' לכהן ולא כתיב לכהנים ש"מ שתהא השבה לכל כהן וכהן וכשם שבכל קרבן צריכים אנשי משמר לחלק ביניהם ואין חולקין קרבן כנגד קרבן שזה יטול קרבנו של זה וזה קרבנו של זה כמ"ש הרמב"ם בפ"י ממעה"ק כמו כן אין חולקים גזל כנגד גזל אלא בכל גזילה חולקין ביניהם וכן אינו מחזיר להם מעט מעט רק כל הגזילה באחת וכך אמרו חז"ל [סס קי'] החזירו חצאין לא יצא כמו קרבן והרמב"ם ז"ל השמיט זה ולא ידעתי למה :

יח וקודם שמחזיר להכהנים מחוייב הגזלן לחפש אולי נשאר זרע מהנגזל ויחזיר לו אבל כשהיה הנגזל קטן א"צ לחפש אחריו דקטן אינו מוליד ולכן נאמר איש בפרשה כלומר איש אתה צריך לחזור אחריו אם יש לו גואל ולא קטן ואין להקשות למה להתורה למעט קטן מפני שאינו מוליד הלא אין דין זה רק בנשבע ועל טענת קטן אין נשבעין כמ"ש בסעיף ט' אמנם משכחת לה כשקפץ ונשבע או שנשבע ע"י העדאת עד אחד [תוס' רפ"ח דסנהדרין] ואין לשאול מאין לקטן מעות דהרי אין לו זכייה אמנם כבר נתבאר בסימן רמ"ג דבדעת אחרת מקנה יש לקטן זכייה מדאורייתא [סס] :

יט ואפילו כהן עצמו שגזל אותו ומת הנגזל ואין לו יורשים לא זכה הכהן בהגזילה שת"י אלא מוציא מת"י לכל אחיו הכהנים בני המשמרה ואפילו היה הכהן מאותו משמר אסור לו לעכב לעצמו והוא אינו נוטל חלק כלל [נ"ל] :

כ הכהנים בגזל הזה כמקבלי מתנות הם לפיכך הגוזל ממנו חמץ ואין לו יורשים ועבר עליו הפסח חייב ליתן לכהנים את דמיו כשעת הגזילה ואע"פ שאם הנגזל היה קיים היה הגזלן אומר לו הרי שלך לפניך כמ"ש בסי' שס"ג אבל כיון דהתורה זיכתה זה לכהנים במתנות כהונה דכתיב בפ' קרח במתנות כהונה אשר ישיבו לי וזהו הגזל שנתבאר שבו שייך לשון השבה [זבחים מד:] וכיון שעכשיו אינה שוה כלום אין זה מתנה שהרי אסור בהנאה וכשהכהנים מקבלים הם כממון שלהם ויעשו בו מה שירצו [סס] ואין זה כקדשי קדשים או כקדשים קלים שאין לקדש בהם את האשה וכיוצא בזה :

כא אין הכהנים מקריבים את קרבן האשם עד שיחזיר הגזלן את הקרן אבל החומש אינו מעכב שאם נתן את הקרן והקריב האשם נתכפר לו דאין החומש מעכב הכפרה ודבר זה למדנו מהקדש שאם נהנה מקדש חייב בקרן וחומש ואשם מעילות וכתיב שם באיל האשם ונסלח לו ואיל הוא הקרבן ואשם הוא הקרן ולמדנו שהקרבן והקרן מעכבים ואין החומש מעכב ומ"מ חייב ליתן את החומש אחר הכפירה ואם לאו לא יצא י"ח במה שגזרה עליו התורה ואף שיש לו כפרה על עון השבועה אבל עון הגזל לא נתכפרה בלא החומש :

כב וכיון שנתבאר שאין להקריב הקרבן קודם שנתן הקרן לפיכך בגזל הגר שאין לו יורשים יזהרו הכהנים שלא לקבל הקרבן קודם הקרן ובמקדש היו כ"ד משמרות והיו מסודרים על סדר השבתות ויכול הגזלן ליתן הקרן למשמר העובד ולהמתין על הקרבן עם המשמר השני ואף שמצוה לאדם להביא קרבנו מיד כשנתחייב בו מ"מ בדיעבד אם המתין על המשמר השני יצא וזכה המשמר הראשון בהכסף והשני בהקרבן והחומש יכול לשלם אח"כ גם למשמר שלישי ורביעי [נ"ל] ואם נתן הכסף למשמר ראשון והקרבן נתן מיד למשמר השני בזמן שהמשמר הראשון עדיין לא כלה יחזירו בני המשמר השני את הקרבן למשמר הראשון דאין להשני לקבל שלא בזמן משמרתם ואם נתן הקרבן להמשמר במשמרתם ואח"כ במשמר השני נתן להשני הכסף קנסינן להו לבני המשמר הראשון שקבלו האשם קודם הכסף ויחזירו גם האשם להשני ונ"ל גם אם קבלו החומש עליהם להחזיר אע"פ שאין החומש מעכב את הכפרה מ"מ כיון שעשו שלא כדין בהאשם קנסינן להו בכולהו ואם כבר הקריבו הקרבן יביא קרבן אחר דאשם שנקרב קודם הבאת הקרן לא יצא בו ידי חובתו והאשם פסול והכהנים לא זכו רק בהעור [ס"פ הגוזל] :

כג כתב הרמב"ם ז"ל [סס] נתן את הכסף לאחת מן המשמרות ואת האשם למשמרה שהיא שבתה יחזיר הכסף אצל האשם לאנשי המשמרה הקבועה שהמשמרה

שלקחה

שלקחה כסף בלא שבתה לא זכתה ומוציאין מידה עכ"ל וס"ל דאע"ג שקבלו הכסף קודם האשם מ"מ כיון שלא קבלו בשעת משמרתם צריכים למסור לבעלי המשמר דהתורה זכתה להם ואם נתן האשם קודם וקבלוהו בני המשמר ואח"כ נתן הכסף לכהנים שאין עתה המשמר שלהם קנסינן להמשמר שקבלו האשם קודם הכסף וימסרו האשם למי שקבלו הכסף ויקריבוהו במשמרתם [ס"פ הגוזל לאוקימתא דרבא וחכמים ס"ל כן ע"ש והרמב"ם ז"ל השמיט כמה דינים וצ"ע וגם היש"ש תמה בזה ועש"ש במל"מ שמסתפק אי מפני מחילה ונ"ל דלרבנן לא מפני דרק לר"י דהקנס הוא משום משמר שאינו שלהם שייך מחילה אבל לרבנן דהקנס הוא שעברו על ד"ת שקבלו אשם קודם כסף לא מפני מחילה ודוק] :

כד כתב הרמב"ם הגוזל את הגר ונשבע לו ומת הגר והפריש אשמו וגזלתו להעלותן לכהנים ומת הגזלן קודם כפרה הרי בני הגזלן יורשים את כסף הגזילה או הגזילה עצמה והאשם ירעה עד שיפול בו מום ואם נתן את הכסף לאנשי משמר ומת קודם כפרה אין יורשי הגזלן יכולים להוציא מיד הכהנים שנאמר איש אשר יתן לכהן לו יהיה ואפילו היה הגזלן קטן שאין מתנתו מתנה אין יורשים מוציאים מיד הכהנים עכ"ל וזה שכתב דגם בקטן אין מוציאין מהכהנים לא ידעתי מקורו ואדרבה בילקוט נשא ממעט איש ולא קטן ואפשר שטעמו מפני שבגמ' [שם] אמרו שכסף מכפר מחצה וזה הקטן רצה שיהיה לו כפרה לכן אין ביכולת היורשים למנוע כפרתו :

כה ומ"מ אינו מובן דאיך אפשר להיות בגזלן קטן והא דין זה א"א להיות רק בנשבע והודה דחייב בקרן וחומש ואשם וקטן אינו בר עונשין שיביא קרבן על השבועה ונהי דלהנגזל עצמו צריך להחזיר כשהגזילה בעין כמ"ש ר"ס שמ"ט אבל להביא קרבן אשם על שבועתו וראי דאין מקבלין ממנו דהקטן יכול להביא עולה ושלמים ולא חטאת ואשם [ירושלמי פ"א דתרומות] וצ"ל דס"ל להרמב"ם כיון דכסף מכפר מחצה אם אמר הקטן אני רוצה בהשבת הגזילה וליתן לכהנים אין מעכבין על ידו כיון דרצונו בכפרה זו ולא גרע מעולה ושלמים שביכלתו להקריב וכ"ש כסף שאין בו קדושה כלל ולכן אין היורשים מוציאים מידם :

כו לדעת הרמב"ם ז"ל אין דין זה שצריך ליתן לכהנים הקרן והחומש והאשם אלא כשלא הודה בחיי הנגזל אבל אם הודה בחייו וזקפו עליו במלוה ומת אח"כ זכה הגזלן במה שבידו וא"צ רק להוציא הגזילה מת"י לקיים מצות השבה אבל לא יפסיד כמו בגוזל אביו ונשבע ומת אביו שנתבאר לדעת הרמב"ם שכן כתב אחר דין גזל אביו וז"ל וכן הגוזל את הגר ונשבע לו וחזר והודה לו וזקף עליו הכל במלוה ואח"כ מת הגר אע"פ שזכה בגזילה חייב להוציאה מת"י בד"א כשהודה בינתים אבל אם גזל את הגר שאין לו יורשים ונשבע לו ומת הגר ה"ז חייב לשלם הקרן וחומש לכהנים של אותו משמר ומביא אשמו ואח"כ מתכפר לו עכ"ל [ורבים הקשו עליו מסוגית הש"ס ונ"ל שמפרש דזה שאמר ר"ע בב"ק קט' אין לו תקנה עד שיוציא גזילו מת"י אין הכוונה לשלם לכהנים דעד שיוציא משמע כבגזל אביו ומ"ם שם וזקפו עליו במלוה ממילא כן הוא כיון דהודה בחייו ולא החזיר לו בע"כ הוא זקיפת מלוה למסקנא דרבא ומ"ם שם אלא גזה"כ היכי משכחת לה וכו' והודה לאחר מיתה לכ"ע פריך ולא לריה"ג ולא קאי אדלעיל ודוק] :

כז אבל להרבה מרבותינו אינו כן דאפילו הודה בחייו חייב ליתן הקרן והחומש לכהנים ולהביא קרבן ולכן בזמה"ז חייב ליתן לצדקה כפי שיעור הגזילה וחומש לא שייך בזמה"ז וז"ל הטור והש"ע הגוזל את הגר ונשבע לו ומת בלא יורשים אפילו הודה לו וזקפו עליו במלוה אע"פ שזכה בגזילה חייב להוציאה מת"י עכ"ל ולהרמב"ם פירושו שלא יפסיד מאומה כמו בגזל אביו ולשארי פוסקים חייב להוציאן לצדקה ולהרמב"ם אינו חייב ליתן לצדקה אלא כשלא הודה בחייו [עסמ"ע וצ"ע ודוק] ודע דכהנים אין יכולין למחול להגזלן כיון דכפרה קריא רחמנא [תוס' קי ד"ה כסף] :

כח העבדים והשטרות והקרקעות אין בהן תוספת חומש שנאמר וכחש בעמיתו בפקדון וכל האמור בענין מטלטלין הן וגופן ממון יצאו קרקעות ועבדים שהוקשו לקרקעות ושטרות שאין גופן ממון וכן כל אלו בגזל גר בזמן המקדש שאין לו יורשים אינן חוזרות לכהנים ואין דין חומש ואשם רק במודה מעצמו אבל כשנתחייב ע"פ עדים ליכא חומש ואשם אפילו כשנשבע וי"א דבגנבת הגר בזמן המקדש כשבאו עדים והודה ומת הנגזל משלם קרן וחומש לכהנים ולא כפל שלא זכתה התורה לכהנים בכפל אבל אם לא מת משלם כפל ולא חומש שהרי משבאו עדים נתחייב בכפל וכיון שנתחייב בכפל ליכא חומש ומיהו כשמת דאינו מוריש את הכפל להכהנים וכיון דאיסתלק ליה כפל משלם חומש [חי' רשב"א שם] וי"א דכיון שבאו עדים תו לא שייך חומש בכל ענין [ש"מ בשם הרא"ש] :

סימן שסח [המציל או הקונה מליסטים ובו ד' סעיפים] :

א כתב הרמב"ם בפ"ו המציל מיד ליסטים ישראל הרי אלו שלו מפני שסתם הדבר שנתייאשו הבעלים ואם ידע שלא נתייאשו חייב להחזיר אבל המציל מיד ליסטים כותי או מוכס כותי חייב להחזיר שסתם הדבר

שלא נתייאשו הבעלים ואם נתייאשו הרי אלו שלו ומפני מה אמרו סתם ליסטים ישראל נתייאשו הבעלים וסתם כותי לא נתייאשו מפני שהבעלים יודעים שכותים מחזירין מיד הגזלן אע"פ שאין שם עדים שגזל אלא בראיות רעועות ובאומד הדעת עכ"ל והעתיקו רבינו ב"י בש"ע:

ב וכתב רבינו הרמ"א וסתם גנבה הוי יאוש אפילו בכותים וא"כ הקונה מן הגנב לא היה צריך להחזיר הגנבה אא"כ ידעינן דלא נתייאש דהא קנאה ביאוש ושינוי רשות כמ"ש לעיל סי' שנ"ג עכ"ל והשיגו על דבריו דליסטים שכתב הרמב"ם היינו גנב ובגנב כותי לא נתייאש ובגזלן אפילו בגזלן ישראל לא נתייאש וכבר בארנו בסי' שס"א דדבריו צודקים והרמב"ם והטור ס"ל דליסטים היינו גזלן ובזה יש חילוק בין ישראל לכותי אבל בגנב אפילו בכותי נתייאש כיון שאינו יודע מי גנבו ופרטים הרבה בארנו שם בס"ד ע"ש:

ג ולפ"ז לדינא יש מחלוקת דלהרמב"ם והטור ורבינו הרמ"א בגזילה יש חילוק בין ישראל לכותי ובגנבה תמיד הוי יאוש אם לא שידוע שלא נתייאש ולפמ"ש שם בדעת הרמב"ם אין כלל קבוע בזה לבד במציל מליסטים ע"ש ולשארי פוסקים בגזילה לעולם לא הוי יאוש אפילו בגזלן ישראל ובגנבה יש חילוק דבישראל הוי יאוש ובכותי לא הוי יאוש [ולזה הסכימו הסמ"ע והש"ך והגר"א והחמ"ח והסב"ם]:

ד וכ"ז מדינא אבל ע"פ המנהג כתב רבינו הרמ"א דנהגו להחזיר כל גנבה ואין לשנות מן המנהג וכמ"ש לעיל סי' שנ"ו ואין חילוק בזה בין גנב לגזלן דבכל ענין מחזיר דמיו ונוטל את שלו כן נ"ל וע' לעיל סי' רל"ו בדין הקונה קרקע גזולה עכ"ל ובמוכס דחייב להחזיר יתבאר בסי' שס"ט בס"ד:

סימן שסט [דינא דמלכותא דינא ואסור ליהנות בדבר הגזול ובו י"ז סעיפים]:

א כתב הטור אסור לקנות שום דבר מהגזלן ואסור להחזיק ידו ולסעדו בשום דבר מפני שהוא מחזיק ידי עוברי עבירה עכ"ל וכ"כ בסי' שנ"ו לענין גנב שאסור לקנות שום דבר מהגנב אבל הרמב"ם ז"ל כתב דאסור לקנות הדבר הגנוב והדבר הגזול ואסור לסעדו על שינויו והיינו כדי שתהיה שינוי רשות עם היאוש שיקנה הגזילה וכל העושה דברים אלו וכיוצא בהם מחזיק ידי עוברי עבירה ועובר על ולפני עור לא תתן מכשול עכ"ל ונראה מדבריו דאין אסור לקנות ממנו רק כשידע שאותו דבר גזול הוא ואע"ג דליהנות ממנו אסור מכל ממונו כמו שיתבאר מ"מ לקנות אין זה הנאה כל כך וכן לסעדו אין איסור רק בהדבר הגזול אבל להטור אסור לקנות מהם שום דבר ולסעדם בשום דבר [ובב"ק קי"ט: מאימתי מותר ליהנות ממנו יש גירסא לקנות ועמ"ש בסי' כ"ח סעיף ב' ולפ"ז כשיש לו מיעוט משלו מותר לכ"ע כמו שיתבאר בס"ד]:

ב הלוקח מטלטלין מהגזלן לפני יאוש דינו כמ"ש בסי' שנ"ו בגנב דאם לקח מגזלן שאינו מפורסם עשו בו תקנת השוק שנוטל דמים מן הנגזל ומחזיר לו הגזילה והנגזל חוזר ותובע דמיו מן הגזלן ואם הוא גזלן מפורסם צריך להחזירו לבעלים בלא דמים והוא יתבע מהגזלן ואפילו לי"א שם דגם במפורסם עשו בו תקנת השוק בגזלן מודים דכיון דגוזל בפרהסיא לא עשו בו תקנת השוק [ב"ח] וחזקה כל מה שנמצא בידו הוא גזול וכיון דהנגזל צועק על גזילתו אף אם יכחישנו הגזלן ניכרין הדברים שהנגזל אומר אמת משא"כ בגנב דלאו כל שעה שכיחא ליה צריך הנגנב להביא ראיה על גנבתו דיכול להיות שזה החפץ אינו גנוב [פרישה]:

ג אם לקח לאחר יאוש קונה ביאוש ושינוי רשות ולרוב הפוסקים דוקא כשהיה היאוש קודם השינוי רשות ולהרמב"ם ז"ל אין חילוק בזה ולדידיה צריך להחזיר דמים ולרוב הפוסקים אינו כן כמ"ש בסי' שנ"ג וכבר נתבאר שם ובסי' שס"א דאפילו אם ידע שגנובה או גזולה היא קונה אע"פ שעשה עבירה ע"ש:

ד אסור ליהנות בדבר הגזול והגנוב אפילו לאחר יאוש דיאוש לחוד אינו קונה כמ"ש שם והנאה שזה נהנה אינו שינוי רשות דעדיין היא בחזקת הגזלן ועוד דליהנות יש איסור אף כשקנה בשינוי כמו שיתבאר כיצד הרי שידע שבהמה זו גנובה או גזולה אסור לרכוב עליה או לחרוש בה אפילו ברצון הגנב והגזלן גזל בית או שדה אסור לעבור בתוכה וליכנס בה בחמה מפני החמה ובגשמים מפני הגשמים ואם דר בה חייב להעלות שכר לבעלים אם עשויה לשכר ובזה אינו מועיל גם אם ימכור לו דקרקע אינה נגזלת ואם גזל דקלים ועשה מהם גשר אסור לעבור עליו ולא קנאם בשינוי דזהו שינוי החוזר לברייתו ודוקא כשלא עשה מהם קורות או קרשים אלא כרתן לחוליות לחתיכות קטנות דאין זה שינוי מעשה אבל אם עשה קורות או קרשים הוי שינוי מעשה וקנה כמ"ש בסי' ש"ס סעיף ח' ודוקא שהגשר הוא עדיין של הגזלן אבל אם מסרו לרבים מותר ליהנות הימנו דהוי יאוש עם שינוי רשות ואע"ג שגזלן במחובר ואינה נגזלת מ"מ כשקצצן הרי הן כמטלטלין וכן כל כיוצא בזה ואין להחמיר בזה כיון דהוי דרך לרבים:

ה ואפילו שלא בדבר הגזול אסור ליהנות מגזלן מממונו ומכל אשר לו אם הוחזק שכל ממונו גזול הוא ואע"פ שכבר נשתנית הגזילה וקנאה בשינוי מ"מ הלא

לא

לא החזיר ממון להנגזל ואיך יהנה מממון של עבירה ואע"פ שאמרנו דהלוקח קונה ביאוש ושינוי רשות אף אם ידע שגזולה היא זהו ודאי דמדין קנייה קנה אבל עשה איסור בזה כמ"ש בסעיף ג' ואם יש להגזלן מיעוט ממון שידוע שאין גזולים אע"פ שרוב ממונו גזול מותר ליהנות ממנו עד שידע שדבר זה גזול בידו ולקנות דבר שיש לחוש שגזולה היא נתבאר בסי' שנ"ח סעיף ב' דיש אוסרים דבזה אין הולכין אחר המיעוט וי"א דשם אין האיסור ג"כ אלא כשלא נתברר שיש לו מיעוט ממון כשר אבל כשנתברר גם בשם מותר [סמ"ע וט"ז] ומה שאין הולכין אחר הרוב של איסור נ"ל דמפני שחזקה שכל הנמצא ת"י האדם שלו הוא רק מפני שזה האיש מוחזק לגזלן אבד חזקתו ולכן כשברור לנו שמיעוט יש לו משלו מוקמינן שכל מה שנוטלים ממנו הוי בחזקתו ככל אדם כיון שלא ידעינן שדבר זה גזול הוא בידו ואמרינן סמוך מיעוטא לחזקה ואיהרע ליה רובא ועוד דאין הולכין בממון אחר הרוב במקום חזקת ממון וזה הגזלן יש לו חזקת ממון [עט"ז] וכדוגמא לזה אמרינן [בכתובות כז'] דמחבואה אחת מצלת על כל הכהנות להכשירן כמ"ש באהע"ז סי' ז' :

ו כפי מ"ש בגזלן שכל ממונו גזול אסור ליהנות ממנו אפילו כשכבר קנה הדבר בשינוי וגם לקנות ממנו שום דבר אסור לדעת הטור אמנם אפשר לומר דאם נודע שקנה הגזלן את הגזילה ע"י שינוי מותר ליהנות ממנו ולא אסרו חז"ל ליהנות משלו אלא משום חשש שמא עדיין לא קנאה בשינוי וגם זה שכתב הטור שאסור לקנות שום דבר מגנב וגזלן זהו הכל מפני שאנו אומרים שזהו הדבר הגזול עצמו וצ"ע לדינא :

ז בני אדם שחזקתם גזלנים וחזקת כל ממונם גזל מפני שמלאכתם מלאכת גזלנים כגון הליסטים והמוכסים אסור ליהנות מהם שחזקת מלאכה זו שהוא גזל ואפילו ממעות שבביתם אסור ליהנות אבל להחליף מטבעות אצלם אין מחליפין רק מהתיבה המונחת לפניהם ליטול המוכסנות מפני שהכל בחזקת גזילה אבל ממעות שיש לו בביתו או בשוק שלא בתיבת המוכסנות מותר להחליף דכיון דאין זה הנאה גמורה לא החמירו בו כל כך ולכן אפילו מתיבת מוכסנותו אם הוא חייב לתת לו חצי דינר ואין לו אלא דינר נותנו לו ולוקח ממנו חצי דינר מהתיבה מפני שהוא כמציל מידו [ות"ס רא"ס למ"ס בסעיף ח'] :

ח כלל גדול דזה שאמרו חז"ל סתם מוכסין גזלן הוא זהו במוכסנים העומדים מאליהם כמו שמצוי במדבריות הרחוקות מחבורות שודדים העושים מכס מהשיירות העוברות וכזה היה בזמן התלמוד אבל במוכסן הממונה משרי המלך אסור לגנוב ממנו מכס כל שהוא דדינא דמלכותא דינא :

ט כתב הרמב"ם בפ"ה נטלו מוכסין כסותו והחזירו לו אחרת הרי אלו שלו מפני שזו כמכירה היא וחזקתה שנתייאשו הבעלים ממנה ואינו יודע בודאי שזו גזולה ואם היה ותיק ומחמיר על עצמו מחזירן לבעלים הראשונים בד"א שהמוכס כליסטים בזמן שהמוכס כותי או מוכס העומד מאליו או מוכס העומד שאין לו קצבה אלא לוקח מה שירצה אבל מוכס שמחמת המלך ופסק המלך עליו ליטול דבר קצוב והעמיד מוכס ישראל לגבותו למלך ונודע שאדם זה נאמן ואינו מוסיף כלום על מה שגזר המלך דינא דמלכותא דינא ולא עוד אלא שהמבריח ממכס זה עובר על לא תגזול מפני שהוא גוזל מנת המלך בין שהיה מלך ישראל בין שהיה מלך האומות וכן מי שקנה המכס מהמלך צריך לשלם לו בשלימות ומי שמעלים המכס ה"ז גוזל את מי שמחזיק המכס אבל אם אנס וגזלן לקח המכס מותר משום דהוי כהפקעת הלואתו דשרי במקום דליכא חילול ה' עכ"ל והעתיקו רבינו הב"י בסעיף ו' ובזה שכתב דבמוכסין חזקה שנתייאשו הבעלים ובמוכס כותי הקשו עליו ממ"ש בסי' שס"ח דבמציל ממוכס כותי חייב להחזיר מפני שלא נתייאשו הבעלים ויש מי שתירץ דדוקא בזה שנתנו הכסות לאחר מתייאש הנגזל כיון שרואה שכבר נמכר [סמ"ע סס] וזהו דוחק דא"כ אם הנגזל אינו יודע מזה אינו של זה שהחליפו ולמה לא הזכירו הש"ס והפוסקים מזה [ע"ז] ויש מי שאומר דכאן מיירי במוכס ישראל ומ"ש בד"א וכו' לא קאי אדלעיל אלא על עיקר דינא דמוכסין ולא על הקודם [סס] והדוחק מבואר ולי נראה דבסי' שס"ח מיירי שיודע בודאי שגזולה היא דזהו לשון המציל אבל בכאן אינו יודע בודאי שגזולה היא אלא נוטל כסותו ונותן לו כסות אחר וכיון שזהו כמכירה ואינו יודע בבירור שהיא גזולה תלינן לקולא שאפילו אם גזולה היא אנו אומרים שהבעלים נתייאשו ולא החמירו בספיקא במקום פסידא שיאבד כסותו אבל לקנות ממנו אסור וכן אם ידוע בבירור שהיא גזולה אסור אפילו במקום פסידא כמו שמדקדק הרמב"ם ז"ל בדבריו וזה שכתב רבינו הרמ"א דבידוע שלא נתייאשו הבעלים צריך להחזירו לבעלים בחנם עכ"ל ה"ה דאם רק ידוע שגזולה היא גם בסתמא אמרינן שלא נתייאשו כמ"ש שם אלא שמפני שמבואר בלשון הרמב"ם וש"ע דחזקתה שנתייאשו הבעלים לזה אומר דאם ידוע שלא נתייאשו צריך להחזירו בחנם דשינוי רשות בלא יאוש לאו כלום הוא :

י כבר נתבאר דהמחזיק מכס מהמלך אסור להעלים ממנו המכס כשלוקח דבר קצוב בשוה מכל איש ואפילו צוה המלך שישראל יתן יותר מאינו ישראל מ"מ מקרי דבר קצוב כיון שכל בני האומה הזאת נותנים בשוה וי"א דאפילו ידוע שהישראל נוטל יותר מן הקצבה מ"מ את הדבר הקצוב אסור להבריח ממנו דהוי כגוזל מן הגזלן שאסור כדאמרי אינשי בתר גנבא גנוב וטעמא טעים [עסמ"ע]:

יא וכן מלך ששם מס על בני העיר או על כל איש ואיש דבר קצוב לשנה או שגזר שכל מי שיעבור על דבר זה ילקחו כל נכסיו לבית המלך וכן במסים שיש להמלך לגבות מהשדות וגזר שכל בעלי השדות מעיר זה או מכפר זה יתנו כך וכך ביכלתו לגזור שכל מי שימצא בשדה בשעת הגורן בין שהוא בעל השדה בין שאינו בעל השדה יטול ממנו המס של שדה זו [עסמ"ע] וכן כל כיוצא בדברים אלו והגובה כל זה ה"ז בחזקת כשר ובלבד שלא יוסיף ולא ישנה מפקודת המלך:

יב וכן מלך שצוה לעבדיו לכרות אילנות של בע"ב ולעשות מהם גשר מותר לעבור על הגשר ואפילו אם צוה לכרות מכל אחד דבר ידוע והלכו עבדיו וכרתו הכל מיער של אחד מותר דעבדא דמלכא כמלכא ואין להם לטרוח לאסוף מזה אחד ומזה אחד ועל בעה"ב לטרוח בזה וכן מלך שהרס בתים ועשה דרך וכן כל כיוצא בזה מה שעשה עשה דדינא דמלכותא דינא ודוקא מלך קבוע שטבעו יוצא בהמדינה והסכימו עליו בני המדינה שבני המדינה לו כעבדים והוא להם אדון ולא כאותם האנסים שהיו בימים קדמונים שאספו חבר שודדים וקראו עליו שם שר ומלך דזהו בעל זרוע בעלמא:

יג וכן מלך שכעס על אחד מעבדיו ושמשיו מבני המדינה ולקח שדהו או חצרו אינו גזל ומותר ליהנות בה והלוקחה מהמלך הרי היא שלו ואין הבעלים מוציאין אותה מידו דזהו ממשפט המלוכה כמו שאמר שמואל הנביא לישראל אבל שר שלקח שדה או חצר של אחד מבני המדינה שלא ע"פ הדינים שחקק המלך הלוקח ממנו מוציאין הבעלים מידם כללו של דבר כל דין שחקוק לכל הוא דינא דמלכותא וכל אלם שנוטל מאיש זה בלבד שלא בדינים הכוללים ונוטל באלמות אינו דין וכשיש חוק קבוע לבעלי אומנות אחד עמ"ש רבינו הרמ"א [וסגר"א סקל"ג]:

יד וכן ממוני המלך ושוטריו שמוכרים השדות במס הקצוב על השדות שהבעלים לא פרעו ממכרן ממכר אבל מס הגלגולת שעל כל איש ואיש אינו גובה אלא מן האדם עצמו כי כן צוה המלך וכן אם השוטר מכר השדה במס שעל הגלגולת אינו ממכר אא"כ היה דין המלך כן:

טו מלך שגזר שכל מי שלא יתן המס שעל השדה תהיה השדה למי שיתרצה ליתן ממנה מס ובעל השדה ברח ובא אחר ונתן מס ממנה ואכל פירותיה אין זה גזל אלא אוכל הפירות ונותן מס למלך עד שיחזרו הבעלים ויחזירוה לידו דדינא דמלכותא דינא וכן מלך שגזר שכל מי שלא יתן המס שעל הגולגולת, אחר יתן בעדו שרשאי להשתעבד בו יכול להשתעבד בו כחוק המלך אבל אינו עובד בו כעבד ממש כללו של דבר בין במסים בין במכסים יכול המלך לגזור כרצונו וכל איש ואיש מחוייב לקיים כל מה שיגזור המלך במסים ומכסים דהארץ היא שלו ויכול לעשות בה כרצונו:

טז ישראל שהיה חייב לעובד כוכבים והוא מכר השטר לישראל אחר אע"פ שבא מכחו מ"מ דייני ישראל יפסקו לישראל זה מה שהיה העובד כוכבים מרויח לפני דייניהם הואיל וישראל זה בא מכחו הרי הוא כמוהו בכל מה שהוא היה יכול לזכות בדיניהם:

יז כתב רבינו הרמ"א הנושא אשה במקום שדנין בדיני עובדי כוכבים ומתה אשתו לא יוכל אבי אשתו או שאר יורשיה לומר דכל הנושא אשה ע"ד המנהג הוא נושא ונדון הדבר בדיני עובדי כוכבים שאם מתה לא יירשנה בעלה או כדומה לזה אינה טענה וצריכים לדון כדיני התורה דח"ו לעקור דיני התורה הקדושה והטהורה וכל המלכים בימינו אדרבא חפצם ורצונם שעם ישראל ישמרו חוקי תורתנו:

סימן שע [דברים שהם גזל מדבריהם כמו משחקי בקוביא וכיוצא בזה ובו ט' סעיפים]:

א יש דברים שמדין התורה אין בזה גזל וחכמים אסרום משום גזל והעובר עליהם ה"ז גזלן מדבריהם כמו מפריחי יונים ומשחקי בקוביא ופורש מצודה ובא אחר ונטלה ועני המנקף בראש האילן של הפקר ונפלה הפירי לארץ ולא באה לידו עדיין ובא אחר ונטלה והגוזל נחיל של דבורים וכל גזל דדבריהם אין מוציאין ממנו את הגזל בדיינים כיון שמן התורה אין זה גזל ונפסל לעדות עי"ז כמ"ש בסי' ל"ד ונפסל לשבועה כמ"ש בסי' צ"ב דאחרי שמפני תאות ממון עובר על איסור חשוד ג"כ להעיד שקר ולישבע בשקר מפני ממון וכבר נתבאר בסי' ע"ר דמציאת חרש שוטה וקטן אף שאין להם זכייה מן התורה כשאין דעת אחרת מקנה אותם מ"מ מדרבנן הוי שלהם והנוטל מהם הוי גזלן דרבנן ולמה תקנו חכמים באלו הדברים שיש בהם גזל מפני דרכי שלום כדי שלא יריבו זה עם זה לבד במשחקי בקוביא יש טעם אחר מפני שאינו עוסק בישובו של עולם ומפני מה אין באלו הדברים גזל מדין התורה מפני שכל אלו הדברים אין בהם תפיסת קנין כאשר יתבאר:

ב מפריחי יונים כיצד יש יונים מלומדים להביא עוד יונים לשובך זה שמשלח זכר ומביא עמו נקבה או נקבה ומביאה זכר ושולח היונים שלו שיביאו יונים מן המדבר ולפעמים מביאין מן הישוב ואין בזה גזל מן

התורה

התורה שהרי גם בעל השובך אין לו בהם קנין גמור אף שהשובך שלו הוא אם אינו מגדלן בביתו או ברפתו ונותן להם מזונות אלא שמגדלן בשובך העומד מחוץ לחצרו ונזונין מן השדה ואינו קונה אותם בדמים אלא מתאספין להשובך יונים ממקומות הפקר ומתגדלין בשם ולפעמים יוצאין משם ולא סמכה דעתא דבעל שובך עלייהו ולכן אין בזה מן התורה גזל ומ"מ מדרבנן יש בזה גזל מפני דרכי שלום מפני שכל אחד תופס את היונים הנמצאים בשובכו לשלו ויבואו למריבות וקטטות ויונים שחוזרים תמיד לשובכן יש בהם גזל גמור מן התורה כבכל העופות שברשותו של אדם [כ"מ מב"מ קב' ומסוף חולין מרש"י ד"ה ואב"א וטעם דד"ש יונה בסנהדרין כה. ובגיטין ס: כלול זה במשנה עם מצודות חיה ועופות דגם זהו כעין מצודה] :

ג ולא יונים בלבד אלא כל העושה כן בשארי עופות וחיות ובהמות שאינן מן הישוב כמו שור הבר ה"ז גזלן מדבריהם וכתב הטור שאסרו לצוד יונים בישוב מפני שהן של אחרים ואין פורשין רשתות ליונים אא"כ הרחיק לתוך המדבר ד' מילין ובמקום כרמים אפילו הרחיק מאה מילין לא יפרוש לפי שהולכין למרחוק ע"י הכרמים וכן אם יש שובכין אפילו הן שלו או של כותי לא יפרוש אפילו ברחוק מאה מיל לפי שהולכין למרחוק ע"י השובכין עכ"ל ומרחיקין את השובך מן העיר כשיעור המפורש בסימן קנ"ה ועיין בסימן רנ"ט סעיף ט"ו ובסי' ר"ס סעיף י"ט :

ד אע"פ שנתבאר שביונים יש שמן התורה אינם גזל וזהו שאמרו חז"ל [שם] יוני שובך ויוני עלייה חייבות בשילוח הקן ואסורות בגזל מפני דרכי שלום מ"מ הביצים הנמצאים בשם הם גזל גמור מן התורה דהביצים הרי לא יפרחו מהשובך ודוקא כששלח האם מעליהם אבל כשהאם יושבת עליהם חייב בשילוח הקן כמ"ש ביו"ד בסי' רצ"ה ואסור לזכות אז בהביצים ולכן אפילו בעל השובך בעצמו לא זכה בהם ואם בא אחר ושולח האם זוכה בעל השובך בהביצים דחצרו קניא ליה ואם זה האחר נתן ידו או בגדו תחת הביצים קודם שילוח האם ולא נתכוין לזכות בהם קודם השילוח יכול לזכות בהם אחר השילוח [תוס' ב"מ קב'] ודע דיונים שמגדל אדם בחצרו או בשדהו ומכירין בעליהן ושבין תמיד לשובכן הם גזל גמור מן התורה וכמ"ש בסעיף ב' :

ה המשחקים בקוביא כיצד כגון אלו שמשחקים בקלפים או בעצים וצרורות או בעצמות ועושים ביניהם תנאי שכל הנוצח את חבירו באותו שחוק יקח כך וכך וכן המשחקים בבהמה וחיה ועוף ועושים תנאי שכל שבהמתו תנצח שתרוץ יותר יקח מחבירו כך וכך וכל כיוצא בדברים אלו הכל אסור והוא גזל מדבריהם והמשחק בקוביא עם הכותי אין בו משום גזל אבל יש בזה איסור עוסק בדברים בטלים ואין ראוי לאדם לעסוק כל ימיו אלא בדברי חכמה ומשא ומתן וישובו של עולם וזהו דעת הרמב"ם ז"ל :

ו וכבר בארנו בסימן ר"ז סעיף כ"ג דרבים נסתבכו בדברי הרמב"ם ז"ל ובארנו שמה הנראה לנו מדבריו ז"ל דבקוביא שהקנין הוא מעכשיו אין בזה משום אסמכתא וסתם קוביא הוי הקנין מעכשיו ומ"מ כיון דאין זה ישובו של עולם עשו חז"ל שחוק הקוביא כגזל ובכותי לא החמירו וכשר לעדות אא"כ אין לו אומנות אחרת ורבים מרבותינו חולקים עליו וס"ל דקוביא אין בה משום גזל כלל מהטעמים שנתבארו שם ורק אם אין לו אומנות אחרת פסלוהו חז"ל מפני שאינו עוסק בישובו של עולם ולדעה זו הסכים רבינו הרמ"א והשוחק באמנה אינו חייב לשלם כמ"ש שם :

ז הפורס מצודה בנהר לצוד דגים אם המצודה יש לה בית קיבול כמו הרשתות והמכמורות קנה מן התורה דמצודתו קונה לו והגוזלן ממנו הוי גזלן דאורייתא ואם אין לה בית קיבול כמו אותם הצדים בחוטים ארוכים מדוקרות וכיוצא בהם לא הוי קנין מן התורה רק מדרבנן גזרו שיהא של בעל המצודה מפני ד"ש ואם בא אחר ונטלה ה"ז גזלן דרבנן וכן במצודות חיות ועופות הדין כן :

ח מי שרוצה לאכול פירות של הפקר ותלשן מן האילן בידיו הרי הפירות שלו מן התורה דבידיו קני להו ואם לא באו לידו כגון שמנקף בהאילן ונפלו לארץ עד שלא באו לידו ה"ז שלו מדרבנן מפני ד"ש והגוזל ממנו ה"ז גזלן דרבנן וכך אמרו חז"ל עני המנקף בראש הזית זיתים של שכחה ונפלו לארץ ובא אחר ונטלן ה"ז גזל מפני ד"ש ובסי' ל"ד נתבאר ההפרש בין גזלן דאורייתא לדרבנן וע"ש ובסי' רע"ג :

ט הדבורים אינם ברשותו של אדם ואעפ"כ יש להם קנין מדבריהם והגוזל נחיל של דבורים או שמנען מבעליו אחר שבאו לרשותו ה"ז גזלן דרבנן לפיכך מי שיצא נחיל של דבורים שלו מרשותו לרשות חבירו יכול בעל הנחיל ליכנס לתוך שדה חבירו ליקח נחילו ואם הזיק משלם מה שהזיק ואם ישבו על ענף של חבירו נתבאר בסי' ער"ד וכתב הטור דאשה או קטן נאמנים לומר מכאן יצא נחיל זה ודוקא כשמשיחין לפי תומן והבעלים מרדפין אחריהן דניכר הדבר שאמת אומרים ודוקא כשאומרים כן לאלתר אחר רדיפת הבעלים אבל כשאומרים לאחר זמן חיישינן שמא פיתו אותם שיאמרו כן ויש חולקים בזה וכיון דספיקא דדינא הוא יש מי שאומר דדנים בזה כל דאלים גבר [קצוה"ח] והעיקר שב"ד ידונו בזה כפי ראות עיניהם וכן כל כיוצא בזה :

כתב

סימן שעא [דין קרקע אינה נגזלת ובו ד׳ סעיפים]:

א כתב הרמב"ם בפ"ח קרקע אינה נגזלת לעולם אלא ברשות בעליה עומדת אפילו נמכרה לאלף זה אחר זה ונתייאשו הבעלים הרי זו חוזרת לנגזל בלא דמים וכל מי שיצאה מת"י חוזר על זה שמכרה לו וחוזר המוכר השני על המוכר הראשון עד שיחזיר הלוקח מהגזלן על הגזלן ויטול ממנו עכ"ל ויש מרבותינו דס"ל דאע"ג דאינה נגזלת מ"מ יאוש יש בקרקע וכן מפורש בירושלמי [תוס׳ ב"ב מד:] והרמב"ם ז"ל אפשר דס"ל דודאי לענין מילתא דאיסורא מועיל יאוש ולא לענין קנין דאין כאן שינוי רשות שהרי עומדת על מקומה ולפ"ז בעבדים יכול להיות דמועיל אע"ג דאיתקש לקרקע וי"א דהירושלמי אוסר מדרבנן אבל מן התורה אינו מועיל יאוש [תוס׳ סוכה ל:] ויש מי שאומר דבאמת הירושלמי חולק אש"ס דילן והלכתא כש"ס דילן [הגס"מ סס] ולפ"ז גם בעבדים אינו מועיל יאוש אבל לתירוץ ראשון מועיל יאוש בעבדים אם מכרו או נתנו הגזלן לאחר דאיכא יאוש ושינוי רשות ואע"ג דבגמ׳ משוה קרקעות לעבדים ושטרות דאין נגזלות [ב"ק קיז:] זהו לענין דלעולם ברשות בעלים קיימי כשנתקלקלו או נשתבחו ותמיד אומר להנגזל הרי שלך לפניך [ובזס ח"ס מ"ס סתוס׳ בב"מ סח. ד"ס חלח] אבל כשנתייאש ומכרו לאחר יש חילוק ביניהם דקרקע אינה זזה ממקומה ולא עבדים ושטרות וכן נראה עיקר לדעת הרמב"ם דיש כמה ראיות דמועיל יאוש לעבדים וכ"כ הראב"ד פ"ט מגזילה ולכן א"ש מה שלא כתב הרמב"ם דגם עבדים ושטרות אינם נגזלים דבגמ׳ משוי להו לקרקעות דלא משוה להו אלא דכשנשתנו לגריעותא אומר לו הרי שלך לפניך ודין זה כתב הרמב"ם בעבדים בפ"ג מגזילה וכמ"ש בסי׳ שס"ג ובשטרות לא שייך שינוי זה ואם אבדו לגמרי חייב מדיני דגרמי כמ"ש בסי׳ שפ"ו ואין נ"מ רק לענין שבועה שא"צ לשלם קרן וחומש ואשם וכתבה הרמב"ם בפ"ח מגזילה [ומיושב קושית הראב"ד ז"ל] וגם זה שיאוש אינו מועיל בקרקע זהו כשלקחו גזלן ואינו יכול להוציא בכח הערכאות אבל כשיכול להוציא ע"י ערכאות ולא הציל יאוש כזה מועיל דהוי כהפקר גמור והפקר מועיל בקרקע [עמ"ק ס:] וכן אם מתיירא מהגזלן שלא יהרגנו ונותן לו קרקע הוי הקרקע של הגזלן דמשום אונסו גמר ומקני [וה"ס מ"ס מסיקריקון ומגיטין נ"ח: וכ"כ בקלה"ה ולפמ"ס ח"ס קושית הגס"מ ודוק]:

ב כיון שקרקע אינה נגזלת לפיכך אם אירע בה קלקול הבא מאליה כגון ששטפה נהר אין אחריות ההפסד על הגזלן שבחזקת בעליה עומדת ואומר לו הרי שלך לפניך וכשם שהיא ברשותו לגריעותא שיכול לומר לו הרי שלך לפניך כמו כן הוא ברשותו לטובתו כגון שנשתבחה או נשתמש בה דלגבי מטלטלין אינו משלם אלא כשעת גזילה ואם עשה מלאכה בהם פטור כמ"ש בסי׳ שס"ג ובקרקע אינו כן אלא אם נשתמש ואכל פירותיה או דר בבית או השכירה ולקח השכר וכה"ג צריך לשלם מה שנהנה ממנה וכן בעבדים כמ"ש שם:

ג זה שאמרנו דכשנתקלקלה הקרקע עומדת ברשות הנגזל ואומר לו הרי שלך לפניך זהו בנתקלקלה מאליה אבל אם הפסידה הגזלן בידיו כגון שחפר בה בורות שיחין ומערות או שקצץ את האילנות ושיחת את המעיינות והרס את הבנינים חייב להעמיד לו בית או שדה כמו שהיה בשעת הגזילה או ישלם דמי מה שהפסיד וכן לענין שבח כשהשביחה בידים צריך הנגזל לשלם לו כמ"ש בסי׳ שע"ה ואם גזלוה מן הגזלן והנגזל אינו יכול להוציא מן הגזלן השני חייב הראשון להעמיד לו שדה כמותה או לשלם דמיה ואינו יכול לומר לו הרי שלך לפניך ודבר זה הוא מפני הקנס שקנסוהו [ירושלמי ב"ק פ"י ס"ו] אמנם ממה שיתבאר משמע דמדינא כן הוא:

ד ודוקא כשהגזלן השני לא גזל רק קרקע זו אבל כשגזל עוד קרקעות הוי כמכת מדינה ואומר לו הרי שלך לפניך דאף מהנגזל הרי היה גוזלה כמו שגזל עוד קרקעות אבל כשלא גזל רק קרקע זו אין הראשון יכול לומר כן דניכר שרק אצלו רצה השני לגזול [כ"מ בב"ק קטז:] וזהו שכתבו הרמב"ם והטוש"ע גזל שדה ונטלוה מציקין אם מכת מדינה היא כגון שלקחו שדות או בתים של כל אנשי המדינה אומר לו הרי שלך לפניך ואם מחמת הגזלן נלקחה חייב להעמיד לו שדה אחרת עכ"ל וזה שכתבו של כל אנשי המדינה לאו דוקא אלא כלומר שנטלו הרבה [כ"מ סס בגמ׳] וכן אם אנסוהו להגזלן להראות להם שדותיו או שאמרו לו הראה לנו כל מה שיש לך והראה להם גם שדה זו שגזל בכלל שדותיו ונטלוה המציקין חייב להעמיד לו להנגזל שדה אחרת כמותה או נותן דמיה דפשע במה שהראה להם שדה זו כיון שלא כפיהו להראות רק את שלו לא היה לו להראותם גם שדה זו ולכן אם כפוהו להראות להם שדה זו פטור ובסי׳ שפ"ח יתבאר בזה בס"ד:

סימן שעב [גזלן שהפסיד השדה כיצד גובה הנגזל ובו ג׳ סעיפים]:

א גזל קרקע והפסידה בידו או שאכל פירותיה שחייב הגזלן לשלם כשבעל השדה גובה דמי מה שהפסידו הגזלן או דמי פירות שאכל אינו גובה מנכסים שמכר הגזלן לאחר הגזילה כדין מלוה בשטר שגובה ממשועבדים אלא

אלא גובה מנכסים בני חורין כדין מלוה ע"פ דהלקוחות אינם יודעים כמה הפסידו וכמה פירות אבל שיזהרו שלא לקנות ממנו קרקעות ולכן אם הגזלן עמד בדין ונתחייב לשלם כך וכך ואח"כ מכר נכסים גובה הנגזל ההפסד והפירות מהם דאע"ג דאין בזה שטר מ"מ כל מעשה ב"ד יש לו קול והיה להם להזהר ואינהו אפסידו אנפשייהו וגובה הנגזל מהם והם חוזרים על המוכר הגזלן ואם לא עמד בדין אלא על ההפסד ולא על הפירות או על הפירות ולא על ההפסד אינו גובה ממשעבדי רק על מה שעמד בדין והאחד אינו מועיל להשני להיות טורף ממשעבדי גם עליו ושנאמר דכיון דעמד בדין על האחד היה לו להלוקח לידע גם הדבר השני ודבר פשוט הוא שאם הגזלן נתן להנגזל שטר בעדים על ההפסד והפירות שגובה ממשעבדי אף קודם שעמד בדין דלא גרע משארי שט"ח ונ"ל דאף כשידוע שהלוקח לא ידע מהשטר או ממעשה הב"ד מ"מ גובה ממנו כמו בשט"ח כשלא ידעו הלקוחות דהא מדין תורה גובה ממשעבדי גם במלוה בע"פ דשעבודא דאורייתא כמ"ש בסי' ל"ט אלא דבמלוה בע"פ תקנו רבנן שלא לגבות ממשעבדי מפני תקון העולם ולכן בשטר ובעמד בדין דלא תקנו בזה ממילא אוקמה אדין תורה:

ב וכן הדין כשגזלוה מהגזלן מחמתו באופן שחייב לשלם כמ"ש בסי' שע"א אם עמד בדין ואח"כ מכר גובה הנגזל ממה שמכר אבל ממה שמכר קודם שעמד בדין אינו גובה ואע"ג דיש קול לגזילה [סמ"ע סק"ב] שהרי אינו ידוע להקונים אם מחמתו גזלוהו אם מחמת הנגזל או מחמת מכת מדינה [כ"ל] ודע דבירושלמי פ' הגוזל [ס"ו] יש מחלוקת כשנטלה האנס מחמת הנגזל אם חייב הגזלן לשלם לו אמנם מכל הפוסקים שסתמו דבריהם ולא כתבו רק שאם מחמת הגזלן נטלו חייב לשלם להנגזל מבואר דאם מחמת הנגזל א"צ לשלם לו [וע"ש במפרש ול"ע]:

ג גזלו שדה והשביחה בידים דחייב הנגזל לשלם לו כמ"ש שם טורף הנגזל אותה כמו שהיא בשבחה ושמין לו להגזלן השבח וידו על התחתונה אם השבח יתר על ההוצאה נוטל ההוצאה בלבד מהנגזל ואם ההוצאה יתירה על השבח אין לו מההוצאות אלא שיעור השבח כדין יורד שלא ברשות שיתבאר בסי' שע"ה:

סימן שעג [מכרה הגזלן והלוקח השביחה מה דינו של לוקח עם הגזלן ובו ח' סעיפים]:

א גזל שדה ומכרה והלוקח לא ידע שהיא גזולה והשביחה נוטלה הנגזל מהלוקח כמו שהיא בשבחה והלוקח טורף כל השבח רק שמהנגזל טורף כדין יורד שלא ברשות דהא שלא ברשותו ירד ולכן אם השבח יתר על ההוצאה נוטל ההוצאה מהנגזל והמותר עד שיעור השבח נוטל מהגזלן עם הקרן רק הקרן גובה ממשועבדים דלוקח קרקע וטרפוה ממנו גובה מלקוחות כמ"ש בסי' רכ"ה ואפילו מכר לו רק בעדים כמ"ש בסי' קט"ז ואפילו אינו נכתב אחריות בשטר אא"כ פירש בהשטר שמוכר שלא באחריות והשבח גובה מנכסים בני חורין לפי שאין ידוע ללקוחות מהשבח ומשעמד בדין על השבח גובה מלקוחות שלקחו אח"כ מהגזלן דמשעת העמדה בדין יש קול כמ"ש בסי' שע"ב ואם ההוצאה יתירה על השבח נוטל מהנגזל הוצאה כשיעור שבח ויתר ההוצאה נוטל מהגזלן דלגביה הוא כיורד ברשות שנוטל כל ההוצאה [כ"ל] ואם השבח שוה לההוצאה נוטלה מהנגזל ומהגזלן אינו נוטל רק הקרן ואם הוא שבחא דממילא כגון דיקלא ואלים וביוצא בזה אינו נוטל מהנגזל כלום ומהגזלן נוטל כל השבח [טור]:

ב אם השדה היתה משובחת ביד הנגזל והגזלן קלקלה והלוקח השביחה ועתה היא כמו שהיתה ביד הנגזל י"א דמ"מ נוטל הוצאה כשיעור שבח מהנגזל דהא לגביה הוי כיורד שלא ברשות ויש חולקין דכיון דאצלו משובחת היתה הוה לגביה כהוצאה היתירה על השבח שנוטל הכל מהגזלן ולדעה ראשונה נוטל הנגזל מהגזלן את השבח שצריך להשלים להלוקח והעיקר כדעה ראשונה [סגר"א]:

ג אם לקחה באלף דינר ועתה בשעת טריפת הנגזל אינה שוה אלא ת"ק י"א דאע"ג דאם היה בע"ח טורפה לא היה גובה מהמוכר אלא ת"ק כמ"ש בסי' קט"ז סעיף ד' לדעה שניה מ"מ כשהנגזל טרפה משלם הגזלן אלף דכיון דאיגלאי מילתא שלא היתה שלו מעולם אין שם מכירה על זה וצריך לשלם המעות שנתן [נמק"י פ"ח דב"מ והר"ן] ואע"ג דבע"כ שם מכירה עליה דאל"כ איך נוטל השבח והרי מיחזי כריבית כמו שיתבאר בהכיר בה שאינה שלו מ"מ לענין זה שיפסיד מהקרן אין עליו שם מכירה וי"א דבלא הכיר בה שגזולה היא הוי מכירה גמורה ואינו משלם לו אלא כפי שויה עתה [ס"מ בשם ריטב"א שם] ואם נתייקרה נ"ר דלכ"ע נוטל כפי שויה עתה:

ד אם הלוקח הכיר בהקרקע בעת שלקחה שגזולה היא אמרו חז"ל [שם] דאינו נוטל מהגזלן אלא הקרן בלבד דכיון שידע שגזולה היא לא ירד לה בתורת לקיחה והמעות לא נתן לו רק בבעין הלואה ואם יטול ממנו יותר מהקרן הוי כריבית אבל הקרן נוטל מהגזלן בין בקרקע בין במטלטלין [ס"ך] ולא אמרינן דנתן המעות לשם מתנה ומהנגזל נוטל השבח כדין יורד שלא

ברשות

ברשות דלגבי הנגזל אין נ"מ בין שהכיר בה ובין שלא הכיר בה שהיא גזולה ואין לו מההוצאה אלא כשיעור השבח והיתר על ההוצאה מפסיד והקרן נוטל מהגזלן מנכסים משועבדים ויש הולקין בזה [סגר"ח] ושבחא דממילא אינו נוטל כלל:

ה וכתב רבינו הרמ"א די"א דהואיל וידע שאינה שלו הפסיד אפילו ההוצאה עכ"ל והאחרונים חולקים בזה דהוצאתו נוטל כשיעור השבח דהא אפילו מגזלן עצמו נוטל הוצאתו כמ"ש בסי' שע"ב מיהו זה ודאי דאם היתה משובחת אצל הנגזל והגזלן קלקלה והלוקח השביחה דצריך ליטול מהגזלן וממנו אינו יכול ליטול דמיחזי כריבית [כפ"מ] אמנם זהו להיש חולקין שבסעיף ב' אבל לדעה ראשונה נוטל מהנגזל ואפשר דבכה"ג גם לדעה זו אינו נוטל כשידע שהגזלן קלקלה דכיון שידע שגזולה היא ואצל הנגזל היתה משובחת ומסתמא לא יתרצה ליתן לו מה שהגזלן קלקלה ודאי דלכתחלה ירד ע"מ שלא ליטול וצ"ע לדינא:

ו י"א דאם פירש לו הגזלן המוכר להלוקח בשעת המכירה שישלם לו השבח וקנו ממנו על זה או שיש לו להגזלן קרקע אחרת דנוטל ממנו השבח דהטעם שאינו נוטל משום דמיחזי כריבית ובקנו מיניה לא מיחזי כריבית והוי כמכירה וכן כשיש לו קרקע וגובה קרקע ולא מעות לא מיחזי כריבית אבל בלא קיבל עליו מפורש אחריות מהשבח אע"פ שסתם אחריות קבל עליו אינו גובה [טור בשם רמ"ה] ויש חולקין בכ"ז דכיון שהכיר בה שאינה שלו איזה תועלת יש בהקנין או בקרקע דהרי אין על המעות רק שם פקדון ואם יטול יותר הוי כריבית [וכ"מ מתוס' ב"מ טו: ד"ה מעות]:

ז הפירות שאכל הלוקח בעוד שהיתה בידו צריך לשלם להנגזל אפילו כשלא ידע שהיא גזולה דכיון שלא היתה של המוכר מעולם הרי אכל פירות משדה שאינה שלו ונ"ל שא"צ לשלם אלא כפי מקח הזול ודינו כיורשים שהניח להם אביהם פרה שאולה וסברו ששלו היא וטבחוה ואכלוה שמשלמים דמי בשר בזול כמ"ש בסי' שמ"א ואפשר לומר דכיון דבכאן יחזור ויגבה מהגזלן צריך לשלם כפי שויים ודינו בהפירות עם הגזלן כדין השבח שאם לא ידע שהיתה גזולה גובה מנכסים בני חורין ואם ידע אינו גובה ממנו כלום דמיחזי כריבית ואף שיש חולקים בזה וס"ל דאין הנגזל נוטל הפירות אלא מה שמוצא מפירותיה בהשדה בעת טריפתו מהלוקח ולא מה שכבר אכל מ"מ העיקר לדינא דנוטל גם הפירות שאכל דכן פסקו הרמב"ם והטוש"ע וכן מצינו במלכים ב' [ח'] שצוה המלך להשיב להאשה את כל תבואת השדה מיום שעזבה את השדה [סס"מ]:

ח אם טען המוכר שהלוקח ידע שהיא גזולה והלוקח טוען שלא ידע על המוכר להביא ראיה ואע"ג דהלוקח בא להוציא ממנו והממע"ה מ"מ בכאן על המוכר להביא ראיה דחזקה אלימתא היא דלא שדי אינש זוזי בכדי ובודאי לא ידע [סמ"ע] וזהו כמו עדות שמוציאין ממון על פיהם ויכול המוכר להטיל עליו קבלה שלא ידע ושבועה אינו יכול להטיל עליו [כ"ל] ועמ"ש בסי' שע"ד:

סימן שעד [מכרה הגזלן וחזר וקנאה מהנגזל או נתנה לו במתנה ובו י' סעיפים]:

א הגוזל שדה ומכרה או נתנה לאחר שאין מעשיו כלום אפילו כשלא ידע שגזולה היא כמ"ש בסי' שע"ג והנגזל יכול להוציאה מיד הלוקח בלא דמים אם אח"כ קנה הגזלן שדה זו מהנגזל נתקיימה עתה ביד הלוקח מהגזלן או ביד המקבל מתנה דרז"ל אמרו דדעת הגזלן היה במה שטרח לקניתה כדי לעמוד בנאמנותו נגד הלוקח או המקבל מתנה [ב"מ עז] ולכן לא אמרינן דכמו שהנגזל היה ביכלתו להוציא מהלוקח והמקבל מתנה כמו כן יכול עתה הגזלן להוציאה שהרי קנה אותה עתה דאע"ג דודאי כן הוא מ"מ אמרינן לדעתו שעיקר כוונתו בלקיחתו כדי להעמידה ביד הלוקח והמקבל מתנה ואפילו היה הלוקח או המקבל מתנה נוסם בשעה שלקחה הגזלן מהנגזל מ"מ אמרינן דכוונתו היתה כדי לעמוד בנאמנותו נגד בניו של הלוקח והמקבל מתנה וכן אם הגזלן קנה כשהיה בעצמו חולה ונוטה למות אמרינן ג"כ דניחא ליה דליקום בהימנותיה אחר שימית [שם וע"ש בתוס' בד"ה דמים לוקח]:

ב ואין להקשות כיון דהקנין הראשון שקנה מהגזלן אינו כלום במאי קונה עתה זה הלוקח והמקבל מתנה ע"פ קנינו של הגזלן מהנגזל ואפילו נאמר דכוונתו של הגזלן היתה כדי להקנותה להראשון מ"מ אין זה רק דברים שבלב שנחשבנו כשלוחו ולמה לא יהיה ביכלתו של הגזלן להוציאה ממנו וזה אין לומר דבמעותיו שנתן לו מקודם קנה עתה דהא המעות עתה הם כמלוה והקונה במלוה אינו קנין [תוס'] כמ"ש בסי' ק"ץ ועוד דהא גם במתנה הדין כן האמנם בההיא הנאה דסמיך עליה הלוקח והמקבל מתנה גמר ומקני להו והוי כאלו א"ל בעת שמכר ונתן לו שדה זו קנויה לך לכשאקחנה [תוס'] ואע"ג דאף אם היה אומר כן מפורש לא היה קונה דאין אדם מקנה דבר שאינו ברשותו מ"מ בזה קנה דעיקר הטעם דלא קנה בדבר שלא בא לעולם ובדבר שאינו ברשותו משום דלא סמכה דעתא דלוקח ובכאן סמכה דעתו שיודע שיעשה כן כדי שישאר באמונתו [מסרס"ח שם] ועוד דהנאה זו שמחזיקו כנאמן

חשיב

חשוב אצלו כקבלת דמים וזהו קנינו כמו שקבל דמים [נמק"י שם] ויש מרבותינו דמשמע מדבריהם דהלוקח צ"ל לו אני סומך עליך שתתננה בידי [רש"י] וכן נראה מלשון הש"ס שם אמנם יש שכתבו דלאו דוקא כשאמר בפירוש [נמק"י] וכן משמע מלשון הרמב"ם והטור והש"ע [ועמ"ש בחו"ע סי' כ"ח סעיף ח] :

ג ואפילו תבע הלוקח את הגזלן לדין כשהנגזל הוציאה מידו וכתבו ב"ד להלוקח אדרכתא על נכסי הגזלן ואח"כ קנאה הגזלן מהנגזל אמרינן ג"כ דניחא ליה לעמוד בנאמנותו ותחזור להלוקח אבל אם לא קנאה עד שהתחילו ב"ד לעשות הכרזות על נכסי הגזלן ואח"כ קנאה מהנגזל לא נתקיימה ביד הלוקח דכיון שהמתין עד שיצא הדבר בפרסום בודאי אינו חושש שיאמרו עליו שאיש נאמן הוא דאם היה חושש לזה לא היה ממתין עד ההכרזות ולא קנאה למען הלוקח ולכן יכול הגזלן עצמו או יורשיו לתת לו מעותיו להלוקח ובמתנה אינו נותן לו כלום ואם נפלה בירושה להגזלן מהנגזל לא שייך לומר שכוונתו להעמידה בידו דירושה הוי ממילא ולא ע"י השתדלותו ואינה של הלוקח והמקבל מתנה :

ד נתנוה הבעלים להגזלן במתנה יש פלוגתא בגמ' [שם] דחד אמר מתנה כמכר וקנאה הלוקח דבודאי לא הגיעה לו המתנה בלא טירחא ואמרינן דמפני זה הטריח א"ע כדי שיתננה לו ותהיה שלו לגמרי ויעמוד בנאמנותו שתתקיים ביד הלוקח או המקבל מתנה וחד אמר דכירושה היא דטירחא אינה רק כשקנאה בדמים ולא בהשתדלות של מתנה ופסק הרמב"ם דמתנה כמכר וכן פסק רבינו הב"י ואע"ג דספיקא דדינא הוא מ"מ חשבינן את הלוקח למוחזק והרא"ש והטור פסקו דאין מוציאין מיד הגזלן דנחשב כמוחזק דכל קרקע בחזקת בעליה עומדת ויצאה מחזקת הלוקח אחרי שנודע שגזולה היא ועתה היא בחזקתו של הגזלן ועל הלוקח להביא ראיה שהיתה כוונתו להעמידה בידו וכן הכריע רבינו הרמ"א ואע"ג דבא"ח סי' קנ"ג פסקינן דמתנה כמכר לענין שמותר ליתן הבהכ"נ במתנה כשם שמותר למכרו דאי לאו דהוה להו הנאה לא הוה יהבי מתנה מ"מ לענין זה אין ביכולת לברר שכוונתו היתה להעמידה ביד הלוקח או המקבל מתנה ואומדנא בעלמא הוא לכן הוי ספיקא דדינא וכיון דחשבינן את הלוקח לאינו מוחזק עליו להביא ראיה [עט"ח מגילה כו:] :

ה לקחה הגזלן מהנגזל וחזר מיד [ב"י] ומכרה לאחר או נתנה במתנה או הורישה בירושה ע"פ צוואה הרי גילה דעתו שאין רצונו להעמידה ביד זה שמכרה או נתנה כשהיתה גזולה ויש חולקים בזה דודאי אם קודם שלקחה מהנגזל מכרה או נתנה לאחר או הורישה לא קנה הראשון דהרי אנו רואים שאין רצונו לעמוד בנאמנותו אבל אם עשה זה אחר שקנאה מהנגזל הרי היא של הראשון דמיד שקנאה מוקמינן אותה בחזקת הראשון ע"פ האומדנא ואמרינן דתיכף ומיד חזר בו והוא אינו יכול לחזור בו וכשמכרה לאחר קודם שקנאה מהנגזל ואח"כ קנאה מהנגזל נשארת ביד האחר ונותן הדמים להלוקח הראשון ועומד בהשדה [טור] ואע"ג דלגבי הראשון לא רצה לעמוד בנאמנותו מ"מ אמרינן דלגבי השני רצה לעמוד ואפשר לומר דלדינא אינם מחולקים וגם היש חולקים מודים דאם תיכף ומיד כשלקחה מהנגזל מכרה לאחר דאין כוונתו להעמידה לפני הראשון דאין סברא לומר שבשעה מועטת ישתנה דעתו וזה שאמרו שאח"כ אינו מועיל זהו כשנמשך איזה זמן מקנייתו מהנגזל דאז אמרינן שחזר בו [וכ"מ מסב"י בספרו ע"ס ודוק] :

ו גבה הגזלן שדה זו בחובו מהנגזל אמרו חז"ל דאם אין להנגזל קרקע אחרת אין כאן אומדנא שהיתה כוונתו להעמידה ביד הלוקח דלגבות חובו כוון ואף אם היה יכול לגבות ממטלטלין לא אמרינן כיון שרקרק לגבות מהקרקע היתה כוונתו להעמידה ביד הלוקח דרוב בני אדם רצונם יותר בקרקע מבמטלטלין שהקרקע קיימת לעד [כ"מ מלשון הגמ' שם] וכן אפילו היה לנגזל קרקעות אחרים ובלא בקשת הגזלן נתן לו קרקע זו ג"כ אינה של הלוקח שהרי לא השתדל הגזלן בזה אבל אם השתדל בזה ובקש את הנגזל שישלם לו רק בקרקע זו ניכר הדבר שהיתה כוונתו להעמידה ביד הלוקח ונ"ל דזהו דוקא אם אינה טובה משארי קרקעות של הנגזל דכשהיא טובה יותר אין ראיה כלל שרצה להעמידה ביד הלוקח :

ז י"א כיון דאומדנא בעלמא הוי האי דינא דאמרינן שכוון להעמידה ביד הלוקח והמקבל מתנה לפיכך אם יש טעם לומר דלקיחתו מהנגזל היתה לכוונה אחרת כגון ששדה זו סמוכה לשדותיו של הגזלן וכיוצא בזה שאפשר לתלות מה שבשביל זה לקחה מהנגזל יד הלוקח על התחתונה וצריך להביא ראיה שכוונת הגזלן היתה להעמידה בידו [נמק"י בשם רשב"א] ויש חולקין בזה דבגמ' לא אמרו רק כשמכרה לאחר או נתנה או הורישה דמוכיחים הדברים שלא רצה לעמוד בנאמנותו אבל כל זמן שאין לנו הוכחה להיפך וטרח בקנייתה אז אמרינן דודאי היתה כוונתו לעמוד בנאמנותו [רא"ש וטור] :

ח ודע דכל מה שנתבאר אינו אלא כשלא הכיר בה הלוקח מהגזלן בעת שקנה שגזולה היא דאז אמרינן כיון שהלוקח דימה שקנייתו טובה מדינא ואח"כ נתוודע ששלא כדין מכרה לו אמרינן לדעתו דגזלן שרצונו לעמוד בנאמנותו ולהראות להלוקח שאיש נאמן הוא בממכרו אבל אם ידע הלוקח בעת שקנה שהיא גזולה לא שייך לומר שאח"כ כשהגזלן קנאה מהנגזל היתה כוונתו לעמוד באמונתו אצל הלוקח דהרי ידע שהלוקח לא כוון מתחלה לשם קנין [ומ"ש בפ"ת בשם הר"ש בתרומות פ"ו מ"ג חולק בזה אינו כן דאדרבא לרבותא

אומר הר"ש אף בשלא הכיר בה אם לא טרח בה אין כוונתו להעמידה ביד הלוקח ע"ש היטב]:

ט גם במטלטלין הדין כן כשמכר חפץ גזול ואח"כ לקחה הגזלן מהנגזל חוזרת להלוקח או להמקבל מתנה ובירושלמי תרומות [פ"ו ה"ב] משמע דבמטלטלין חייב תמיד להעמיד לו מקחו ואמנם לדינא ודאי דאינו כן והירושלמי יש לפרשו בפנים אחרים ע"ש אבל מ"מ עכ"פ לא גרע מקרקע וכ"כ רבינו הרמ"א בסימן ר"ט וע"ש:

י גזלן שמביא עדים שלקח שדה מהנגזל נתבאר בסימן קנ"א ואנס שאנס שדה מישראל ומכרה לישראל אחר נתבאר בסי' רל"ו ע"ש:

סימן שעה [דין יורד לשדה חבירו או לחורבתו ונטעה או בנאה ובו י"ז סעיפים]:

א היורד לתוך שדה חבירו שלא ברשות דהבעלים לא צוו לו ונטעה אם היתה שדה שאינה עשויה ליטע אם א"ל בעל השדה עקור אילנותיך ולך שומעין לו ואפילו היתה עשויה ליטע יכול לומר לו כן ואפילו היו הבעלים בעיר וידעו מזה ושתקו לא אמרינן דהיה לו למחות אלא כיון שעשה שלא ברשות יכולים לומר לו כן [כ"מ מנמק"י פ' הגוזל] וכן כשבנה בנינים על שדה או חורבת חבירו יכולים הבעלים לומר טול עציך ואבניך ואפילו היתה עומדת להבנות ואפילו היו בעיר ויש חולקים בעשויה ליטע ולהבנות דאינו יכול לומר טול את שלך ויתבאר בסעיף י"א [זהו דעת רמב"ן והרא"ש דעת הראב"ד]:

ב ודוקא כשהבעלים לא גילו דעתם אחר המעשה דניחא להו אבל אם גילו דעתם דניחא להו כגון שהשלימו הבנין או ששמרוהו וכיוצא בזה אין יכולים לומר כן ויד היורד על העליונה כמו שיתבאר [רי"ף] וכן אם גילו דעתם מקודם שיתנו לו מעות לא יכול היורד לומר אח"כ עצי אני נוטל דעל דעת כן בנה וזכה לו רשותו [נמק"י]:

ג ואם זה היורד רוצה ליטול מה שבנה או שנטע והבעלים רוצים שישומו לו וישלם אמרו חז"ל [ב"מ קה:] דבבית שומעין לו ויטול עציו כיון שאין בזה הפסד לבעלים אבל בנטיעות אין שומעין לו כשרוצה לעקרם מפני שכבר הכחישו את הקרקע ביניקתן ודוקא שכבר נקלטו הנטיעות אבל כשעדיין לא נקלטו אינו יכול למחות וכן בבית כשחפר בקרקע על עשיית יסודות ג"כ אין שומעין לו כיון שקלקל הקרקע ומשמע מלשון הגמ' והפוסקים דאפילו כשהבעלים רוצים לשלם לו בעורף אין יכולים לכופו כשרצונו ליטול את שלו ואין היזק להבעלים ולא שייך לכופו בזה על מדת סדום מפני שיכול לומר אני רוצה בעצי ובנטיעותי:

ד ואפילו במקום שהבעלים יכולים לעכבו שלא יטול כמ"ש מ"מ אם הבעלים אמרו לו תחלה עקור אילנותיך או טול עציך ואבניך ולך אע"פ שאח"כ חוזר בו מ"מ יכול היורד ליטול אותם ולא אמרינן דדיבורא בעלמא הוא דזהו כאומר לחבירו בב"ד השבע וטול שאינו יכול לחזור בו [נמק"י] ולפ"ז נראה דלדעה דס"ל בשם דקודם השבועה יכול לחזור בו כמ"ש בסי' כ"ב גם בכאן יכול לחזור בו וא"כ קשה על רבינו הרמ"א למה סתם הדברים [והסמ"ע ז"ל לשיטתו בס' ז"ב] ולכן נ"ל מדהשמיט רבינו הרמ"א את הטעם שכתבנו משמע דס"ל דכיון המעיקר דינא שלו הם אלא בשביל שהפסידו קצת ביכלתו לעכב וכיון דאמר טול את שלך הוי כמחילה על ההפסד ומחילה א"צ קנין ועוד משמע מדבריו דלא בעינן שיאמר כן בב"ד ואף שבספרו דרכי משה כתב דבעינן שיאמר בב"ד נראה שבש"ע חזר בו והכל מטעם שבארנו [נ"ל]:

ה אם שניהם מתרצים בדיעבד שישארו הנטיעות והבנינים וישלם לו כמה ישלם אמרו חז"ל [ב"מ קא.] דאם היא שדה העשויה ליטע כמו סתם כרם וכן אם החורבה עשויה להבנות אומדים כמה אדם רוצה ליתן בשדה זו לנוטעה וחורבה זו לבנותה דידו על העליונה ופירשו רוב רבותינו דאם השבח יתר על היציאה נותן לו כשיעור השבח ואם היציאה יתירה על השבח נותן לו היציאה ויש מרבותינו דס"ל דיותר על השבח או ההוצאה אינו נוטל לעולם דזה אין סברא כלל אלא כוונת חז"ל הוא כפי השומא היתירה שישומו הבקיאים [בעה"מ ותלמידי רשב"א] וכזה משמע דעת רב האי גאון בס' המקח ואפשר לומר דלא פליגי לדינא דאם היה הבעה"ב בעיר וידע ולא מיחה בו שפיר נוטל כיורד ברשות אבל כשלא היה בעיר ולא ידע כלל די לו שיטול כפי השומא היתירה מהבקיאים ולא כיורד ברשות ואם לא היתה עשויה ליטע או להבנות אמרו חז"ל דשמין לו וידו על התחתונה ופירשו רוב רבותינו דאם השבח יתר על היציאה נוטל הוצאותיו ואם היציאה יתירה על השבח אינו נוטל רק כשיעור שבח ויש שפירשו שנוטל כבפחות משומת הבקיאים:

ו וכ"ז כשלא גילה דעתו דניחא ליה אבל כשגילה דעתו כגון שלאחר שזה נטע או בנה באו הבעלים והשלימו הבנין או ששמרו הנטיעות וכיוצא בזה שמראה שדעתו נוחה למה שעשה זה וכ"ש אם אומר בפירוש דניחא ליה שמין לו וידו על העליונה אף באינה עשויה ליטע ולהבנות ודינו כיורד ברשות שנוטל כל הוצאותיו ואם השבח היה יתר מההוצאה נוטל השבח לכל הדעות ויש

מי שאומר דגילוי דעת אינו מועיל רק בשדה העשויה ליטע ולהבנות [ע' בטור ובב"י] :

ז דבר פשוט הוא דהיורד לתוך שדה חבירו ברשות בעלים או ברשות ב"ד אפילו נטע שדה שאינה עשויה ליטע ובנה בחורבה שאינה עשויה להבנות שמין לו וידו על העליונה שאם ההוצאה יתירה על השבח נוטל ההוצאה ואם השבח יתירה נוטל את השבח :

ח ודע שעל מה שכתוב בש"ע בסעיף ד' בדין יורד ברשות כתב רבינו הרמ"א דאם בעל השדה הוא עצמו ארים חזר להיות דינו כאינו עשוי ליטע רק ששמין כמה רוצה ליתן שלא יצטרך לטרוח בעצמו עכ"ל ותמיהני מה שייך זה ליורד ברשות ואיזה סברא הוא לחלק בין היה ארים ללא היה ארים הרי ברשותו ירד ועוד דמקור הדין הוא מהר"ן בשם הראב"ד פ"ח דכתובות ומבואר להדיא בשם ראשלא ברשות קאי וכן משמע בספרו דרכי משה ולכן נ"ל דטעות נפל בספרים וזה שייך לסעיף ג' דמיירי ביורד שלא ברשות ועל זה אומר דכל שיש חילוק בין עשויה ליטע לאינה עשויה וכן בגילה דעתו דניחא ליה דאם הבעלים בעצמם עוסקים באריסות ועובדים בעצמם לא חשבינן תמיד רק כאינה עשויה ליטע ובחלק זה מעשויה ליטע חשבינן ליה דבר מועט מה שלא טרח בעצמו אבל שישלם כמו שמשלמים לאריסים אינו משלם כיון שהוא עצמו ארים ולא היה שוכר ארים אחר :

ט בעל בנכסי מלוג של אשתו קטנה דינו כיורד ברשות ושמין לו וידו על העליונה ודבר זה הוא מתקנת חכמים כדי שלא יפסיד שדותיה כמ"ש באה"ע סי' פ"ח וכן השותף בשדה דינו כיורד ברשות כיון שיש לו חלק בה כמ"ש בסי' קע"ח והעושה טובה לחבירו שלא ברשות נתבאר בסי' רס"ד וכן הלומר עם בן חבירו בלא דעת האב נתבאר בסי' של"ה מה דינו ע"ש ועמ"ש באה"ע שם סעיף כ"ב :

י כתב רבינו הב"י בסעיף ו' היורד לתוך חורבתו של חבירו ובנאה שלא ברשות שמין לו וידו עה"ת ואם אמר בעל הבנין עצי ואבני אני נוטל שומעין לו א"ל בעל הקרקע טול מה שבנית שומעין לו עכ"ל ובסעיף ז' כתב החצרות הרי הם ראוים לבנין ולהוסיף בהם בתים ועליות לפיכך הבונה בחצר חבירו ה"ז כנוטע שדה העשויה ליטע ושמין לו כמה אדם רוצה ליתן בנין זה לבנותו והוא שיבנה בנין המועיל הראוי לאותו חצר כמנהג אותו מקום עכ"ל וכתב רבינו הרמ"א דלא יוכל הבונה לומר בניני אני נוטל ועל חורבה שבסעיף ו' כתב דדוקא אם החורבה אינה עשויה לבנות אבל אם עשויה לבנות או במקום שסתם חורבה עומדת לבנות דינו כמו חצרות שיתבאר בסמוך עכ"ל מבואר להדיא דס"ל דזה שאמרו חז"ל דהבונה יכול לומר בניני אני נוטל ובעל החורבה והחצר יכול לומר טול עציך ואבניך זהו רק באינה עשויה להבנות אבל בעשויה להבנות אין ביכלתם לומר כן ותמיהני דדעת רוב הפוסקים אינו כן ומה נשתנה דין בנין מדין שדה העשויה ליטע דיכול בעל השדה לומר עקור אילנותיך וזיל ובעל האילנות אינו יכול לומר כן מפני שמכחיש הארץ אבל בבנין דאינו מכחיש יכול לומר כן ומדבריו עצמו בסעיף א' מוכח כן שכתב סתם כרם עשוי ליטע ולא הגיה בדברי המחבר בסעיף ב' שכתב שבעל השדה יכול לומר לו עקור אילנך שזהו דוקא באינה עשויה ליטע :

יא ונ"ל דרבינו הרמ"א ס"ל דבנטיעות אע"פ שהיא שדה העשויה ליטע מ"מ אין ביכלתנו לכוף לבעל השדה מפני שיכול לומר רצוני לזרוע תבואה ולא אילנות ולכן יכול לומר עקור נטיעותך ולך ומחוייב בעל האילנות לעקרם על הוצאותיו [טור] וכן בחורבה ובחצר שאין הבנין הכרח לפי ערך העיר ולפי ערך מצבו של בעל החורבה והחצר וכן כשיכול לעשות איזה תשמיש אחר בחורבה זו ובחצר זה ושלא לבנותו ודאי דיכול לומר לו טול עציך ואבניך על הוצאותיך ורבינו הרמ"א מיירי במקום שב"ד רואים שהכרח לבעה"ב לבנות במקום זה לפי מצבו ומצב העיר ובעצמו היה בונה כן וזה שבנה בנה כהוגן באופן אשר הבעלים בעצמם לא היו בונים טוב מזה בזה שפיר פסק דהבעלים אין יכולים לומר טול עציך ואבניך וגם הבונה אינו יכול לומר אטול עצי ואבני דחצירו קונה לו כיון שעשויה לבנות וכעין סברא זו כתב הרא"ש והביאו הטור בסעיף ז' [ובזה א"ש דברי הסמ"ע בסקי"ד שלא יסתור למ"ש בסק"ד וכמ"ש בסקי"ג ודוק] :

יב כתב הטור מעשה בראובן שהלך מהעיר והיה לו שם בתים ובא שמעון ודר בהם וראה שהיה הבית רעוע ונטוי לנפול ובנה והחזיקו והצילו מסכנת נפילה וסיידו וכיידו וכשבא ראובן הוציא את שמעון מביתו כי אמר שנכנס שלא ברשות ולא רצה לשלם לו הוצאות תקונו ופסק הרא"ש ז"ל דכיון שהיה רעוע וקרוב ליפול א"צ שמעון לצאת מהבית עד שישלם לו כל יציאותיו מה שהיה מוכרח לתקן להציל הבית מנפילה אבל מה שסיידה וכיידה שעשה כן להנאת עצמו א"צ לשלם לו ומזה ראיה למ"ש בסעיף י"א ע"ש וכלל הדברים כן הוא שבכל דבר שאדם עושה לחבירו שלא ברשותו של בעה"ב בין שהיה בעיר ולא מיחה בו ובין שלא היה בעיר רואין הב"ד אם דבר זה היה הבעה"ב מוכרח לעשות שמין לו וידו על העליונה דנהי דירד שלא ברשות מ"מ הרי עשה לו טובה ולמה יפסיד אבל דבר שאינו הכרח לעשותו או שהבעה"ב לפי מצבו אין ביכלתו להוציא הוצאות כאלו א"צ לשלם לו ויכול לומר לו טול מה שעשית ולך וכן נראה עיקר לדינא וכ"ז כשלא מיחה בו הבעה"ב מקודם אבל אם מיחה בו ואמר שאינו רוצה שיבננה או יתקננה הפסיד בכל ענין

זה

זה היורד דזה שאמרו חז"ל דיורד שלא ברשות שמין לו זהו בסתמא אבל לא כשמיחה בפירוש :

יג זה שירד שלא ברשות ובנה והשכירה לאחרים וקבל שכר דבר פשוט הוא שמנכין לו מהוצאותיו אע"ג דאין מדרכו של בעה"ב זה להשכיר בניניו ואע"פ שמתרצה הבעה"ב במה שעשה זה דאין הלה עושה סחורה בדבר שהוא של חבירו [לבוש] ואינו יכול לומר שנוטל בעד טרחתו דהא בתוך השומא שמין לו טרחתו וגם אינו יכול לומר שנוטל השכירות בעד מעותיו שהיה איזה זמן בהבנין דא"כ הוי רבית ואם דר בה הבונה בעצמו אם לא החסיר כלום שלא עשה שום קלקול בהבנין א"צ לנכות לו כלום בעד דירתו ואם החסיר או קלקל אפילו דבר מועט צריך לשלם בעד הדירה בכל מה שנהנה כמ"ש בסי' שס"ג וינכה זה מהוצאותיו :

יד בכל מקום שאמרנו שצריך בעל הקרקע ליתן מעות להיורד שנטע או בנה אם אין ידו של בעל הקרקע משגת ואמר להיורד שלא ברשות ישומו לי הקרקע מה שהיא שוה בפ"ע ותן לי דמיה שומעין לו שלא אמרו חז"ל שהוא יתן דמים להיורד אלא כשהוא רוצה בהקרקע ואין רצונו למוכרה אבל אם רוצה למוכרה צריך היורד ליתן לו דמיה ואם גם היורד אין ידו משגת שמין הכל יחד ומוכרין לאחרים ואח"כ שמין הקרקע מה שהיא שוה בפ"ע וזה יטול בעל הקרקע והמותר יטול היורד [לבוש] וזהו דבר פשוט שאין אנו כופין לבעל הקרקע למכור קרקעו אלא שאם רוצה יכול לומר להיורד טול מה שעשית [כ"ל] :

טו יראה לי דגם במטלטלין הדין כן שאם בא ראובן ותיקן בגד של שמעון או כליו אם לפי ראות עיני ב"ד צריך שמעון לתקון זה וביכלתו לתקן דינו כבית העשויה להבנות וחייב לשלם לו כפי השומא אף שעשה שלא ברשות ואם שמעון א"צ לתקון זה או שאין ביכלתו א"צ לשלם לו ואדרבא יכול לכופו שיקנהו ממנו וכמ"ש בקרקע ואף דמטלטלין נגזלין מ"מ אין כל השבח שלו שהרי לא כוון לגזול [ועמ"ש בחה"ע סי' ל"ה סעיף ט"ז] :

טז כתב רבינו הב"י כל מי ששמין לו בין שהיתה ידו על העליונה בין שהיתה ידו עה"ת אינו נוטל כלום עד שישבע בנק"ח כמה הוציא ואם אמר יבואו הדיינים ויעשו שומת ההוצאה והרי היא גלויה לעיניהם וישערו העצים והאבנים והסיד ושכר האומנים בפחות שבשיעורים שומעין לו ונוטל בלא שבועה עכ"ל וכשצריך ליטול הוצאותיו והם יתרים על השבח שא"א בשומא יכול לומר לא אטול הוצאותי וישומו לי השבח שהוא ניכר ואטול בלא שבועה וזה הכלל הוא בכל מקום שהנוטל צריך לישבע וליטול אם הוא דבר שאפשר לדעת ע"פ בקיאים יכול לומר שומו לי ואיני רוצה לישבע :

יז כל שהדין הוא ששמין לו ונוטל וטען בעל הקרקע ששילם לו והיורד אומר לא נטלתי היורד נאמן ונשבע שלא נטל כלום ואע"ג דבא להוציא ועליו הראיה מ"מ זהו כדבר ברור שלא נתן לו קודם השומא ואנו אומרים לבעל השדה איך אפשר שנתת לו והרי עדיין לא שמו לך ולא ידעת כמה אתה חייב ליתן לו ואף אם ירד ברשות וידע שצריך ליתן לו אינו דומה למ"ש בסי' קנ"ז בבנין של שותפות שנאמן לומר נתתי אף שלא היה שומא שאני התם שבעסק שותפות על שניהם לעשות משא"כ באיש זר היורד לשל חבירו אין מדרך העולם שישלם לו בלא שומא [עקל"ה] ויש מי שאומר דפועלים שיש להם מקח קצוב ליום אע"פ שירדו שלא ברשות מ"מ אם ידוע שחזר אחר פועלים נאמן לומר שנתן [נס"מ] אבל אחר השומא ואמרו ב"ד לבעל השדה כך וכך אתה צריך ליתן לו ותן לו ואמר נתתי נאמן וישבע היסת שנתן לו מפני שקרקע בחזקת בעליה עומדת ולכן אף במקום שהיורד היה חייב לישבע ועדיין לא נשבע נאמן לומר שנתן לו ונפטר בהיסת ככל תובע שהנתבע נשבע היסת ונפטר ואפשר שאין חילוק בין אמרו לו ב"ד צא תן לו ובין חייב אתה ליתן לו כיון דהחיוב ידוע ולא דמי למ"ש בסי' ע"ט [כ"ל] :

סימן שעו [המסיג גבול רעהו ובו סעיף אחד] :

א המסיג גבול רעהו והכניס מתחום חבירו לתוך תחומו אפילו מלא אצבע אם בע"כ עשה ובגלוי ה"ז גזלן ואם בסתר עשה ה"ז גנב ואין זה שייך למ"ש קרקע אינה נגזלת דזהו רק לענין שאינה נעקרת ממקומה כמטלטלין ואינו מתייאש אבל בלאו דגזילה עובר וכך שנינו בספרי לא תסיג גבול רעך והלא כבר נאמר לא תגזול מה ת"ל לא תסיג מלמד שכל העוקר תחומו של חבירו עובר בשני לאוין יכול אפילו בח"ל ת"ל בנחלתך אשר תנחל בא"י עובר בשני לאוין בח"ל אינו עובר אלא בלאו אחד בלבד עכ"ל הספרי בפ' שופטים וכ"כ הרמב"ם בפ"ז מגזילה וכ"כ בש"ע ולבד זה קם ליה בארור מסיג גבול רעהו וגם בח"ל קם בארור [כ"ל] וכבר נתבאר בסימן ש"ס דלא עשו תקנת השבים בקרקע ע"ש ואסור ליכנס לקפח פרנסת חבירו וגם זה בבלל הסגת גבול מלבד תקון קדמונים ועיין מ"ש בסימן קנ"ו :

סימן שעז [דין מצר שהחזיקו בו רבים ובו ה' סעיפים]:

א מצר שהחזיקו בו רבים אסור לקלקלו ודוקא שהחזיקו בו ברשות הבעלים או שידע ושתק דלרבים ודאי מחל [רשב"ם ב"ב נט:] אבל ליחיד לא הוה מחילה בשתיקה בעלמא אא"כ נתנה מפורש במתנה והרבים כשתקנו אותו מצר והשווהו שיהא ראוי להילוך והבעלים ראו ושתקו הוי מחילה [שם] וכ"ש אם כבר הלכו בה אבל יחיד שתקן מצר של אחרים דינו כיורד שלא ברשות שבסי' שע"ה :

ב ולכן אמרו חז"ל [ב"ק כח:] דמי שהיתה דרך הרבים עוברת בתוך שדהו ונטל בעל השדה מהם זו הדרך ונתן להם דרך אחר מן הצד והיא היתה דרך לרבים שכל מי שרצה גם ממקומות רחוקות היה הולך בה מה שנתן נתן כיון שמרצונו נתן להם וזכו בה וזו שנטלה מהם לא זכה בה דאין כח בידו לבטל זכות הרבים אבל אם הדרך מיוחדת רק לבני מבוי זה או רק לעיר זה יכול להחליף עמהם מרצונם ואין יכולים לחזור בהם אם החזיקו בשלו והוא החזיק בשלהם :

ג וכ"ז כשהרבים החזיקו ברצונו או ששתק אבל אם רבים התחילו לילך בדרך של היחיד והוא צועק רק שאין ביכלתו להתרות את הרבים לב"ד יטול מקל ויכה את ההולך שם דעביד איניש דינא לנפשיה גם לרבים כשאין לו ברירה אחרת מיהו כשרבים מוחזקים עתה בזו הדרך ואין ידוע אם החזיקו ברצון או שלא ברצון טוענין להם שבודאי החזיקו ברצון [סמ"ע] דכיון דטוענין ליתומים כ"ש לרבים ועליו מוטל להביא ראיה שהחזיקו שלא ברצון :

ד אין חילוק במצר שהחזיקו בו רבים בין שהוא דרך רחב בין קצר דלא כיש מי שרצה לומר דדוקא בדרך הרחב ט"ז אמות כן הדין וכן אסור לקצר דרך הרבים מהרוחב וכן כל שום קלקול אסור לעשות אא"כ הממשלה תצוה לעשות כן :

ה נ"ל דאע"ג דממה שנתבאר בסעיף ב' מוכח דאף אם נתן להם בטעות את הדרך אינו יכול לחזור בו זהו דוקא באופן שנתבאר דנגד הרבה מההולכים הוי חליפין טוב ונתרצו בכך וזכו בה והדרך הראשונה לא הגיעו מפני אחרים רחוקים שאפשר לא ניחא להם בדרך החדשה אבל אם עיקר הנתינה היתה בטעות נגד כולם יכול לחזור בו דנתינה בטעות לא הוי נתינה ויש מי שאומר דאפילו נתינה בטעות הוי נתינה ולא נהירא [וזהו תירוץ הגמ' שם משום דר"י ור"ל כלומר דנגד הרבה הוי חליפין טוב וכ"מ בב"ק ס: ע"ש ודוק] :

הלכות נזיקין

סימן שעח [אסור להזיק ממון חבירו וכן לגרום שום היזק ובו כ"א סעיפים]:

א כשם שאסור לגנוב ולגזול כמו כן אסור להזיק ממון חבירו אע"פ שלא בא לו שום הנאה מזה ואפילו מתרצה לשלם בעד הנזק להניזק [סמ"ע] אא"כ צריך זה להצלת עצמו כמ"ש בסי' ער"ד דאז עושה מה שצריך ומשלם הנזק לחבירו וכן אפילו להיות גרמא בנזקין אסור בין שגורם ע"י עצמו בין שגורם מגירי דיליה אלא דלענין חיוב תשלומין בב"ד יש חילוק בין גרמי לגרמא ויתבאר בסי' שפ"ו אבל בידי שמים חייב על כל מין גרמא [ב"ק נה:] וכן המזיק בלשונו חייב בד"ש ומלשין לפני אנס חייב גם בדיני אדם ויתבאר בסי' שפ"ח וכן אסור להזיק בראייתו וחייב בד"ש אם הזיק בעין מבטו לחבירו וכך אמרו חז"ל אסור לאדם לעמוד על שדה חבירו בשעה שעומדת בקמותיה [ב"מ קז.] וכן כל מיני היזק ראיה אסור כמו להסתכל במה שחבירו עושה בביתו ובחצירו כמ"ש בסי' קנ"ד וכך אמרו חז"ל [ב"ק ל.] האי מאן דבעי למיהוי חסידא לקיים מילי דנזיקין הן בנזקין והן בחשש גזל וריבית ואונאה וכיוצא בזה דכשם שאדם מתרחק עצמו מספק איסור כמו כן ירחיק עצמו מספק ממון שאינו שלו ואדרבא זה גרוע יותר דבאיסור תשובה ויוה"כ מכפר ואלו בדברים שבין אדם לחבירו אין יוה"כ מכפר וגם תשובה אינו מועיל עד שישיב את הגזילה וירצהו מה שציערו וכן בכל מין צער שאדם מצער לחבירו עונשו מרובה ומחוייב לפייסו עד שימחול לו ובמזיק יש גם איסור בל תשחית אף בממון שלו [לבוש] :

ב כל מזיק חייב לשלם נזק שלם מהיפה שבנכסיו כמ"ש בסי' תי"ט ואפילו הזיק בשוגג או באונס חייב ורז"ל דרשו זה מקרא דחייב על השוגג כמזיד ועל האונס כרצון [שם כו:] דאדם מועד לעולם בין שוגג בין מזיד בין ער בין ישן והסכימו רבותינו הראשונים דלאו בכל אונס חייב דבאונס גמור פטור ונתנו כלל בזה דכל אונס שהוא כעין גנבה פטור וכעין אבידה חייב [תוס' ורא"ש ר"פ המניח] וכן איתא שם בירושלמי דזה שישן חייב דוקא כשישן אצל הכלים או אצל האדם והזיקם בשישן

כשישן חייב אבל כשישן במקום פנוי ובא אחר ושכב אצלו או הניח כלים אצלו והזיק הראשון את השני או את הכלים פטור הראשון דהשני הוא המועד וכן ראיה ממה שיתבאר בסי' תי"ב במניח את הכד ברה"ר ובא אחר ונתקל בה ושברה פטור לפי שאין דרכן של ב"א להתבונן בדרכים ע"ש אלמא דבאונס גמור פטור :

ג אבל הרמב"ם ז"ל לא חילק בין אונס לאונס וכתב סתם בפ"ו מחובל בין שהיה שוגג בין שהיה אנוס ואע"ג דמדברי רבותינו בעלי הש"ע משמע דגם הרמב"ם מחלק בזה וכ"כ רבינו הב"י בכסף משנה שם מ"מ לא משמע כן מלשון הרמב"ם וכ"כ הרב המגיד והש"ך דלהרמב"ם אין חילוק ונ"ל דהרמב"ם ס"ל דכיון דבגמ' מחייב מזיק באונס אין סברא לחלק בין אונס לאונס אלא דס"ל דבמקום שיש אחר שגרם לנזק זה והוא פושע יותר מזה האנוס אין לנו לחייב את זה שנאנס אלא זה שפשע ולכן כשבא אחר וישן אצלו או הניח כלים אצלו פטור הראשון וכן משמע לשון הירושלמי שאומר מפני שהשני הוא מועד וכן במניח את הכד ברה"ר שפשע זה המניח במקום הילוך רבים אין לחייב זה שנתקל בה ושברה ולפיכך אם הניח את הכד במקום שיש לו רשות להניח ונתקל זה ושברה חייב וכן אם היתה סיבה ניכרת שמן השמים היה הנזק פטור כמו שיתבאר עוד כלל גדול נראה מדבריו דזה שהזיק באונס חייב זהו כשהזיק ממש בעת האונס כגון שנתקל בשעת הליכתו ונפל על כלי ושברו אע"ג דנתקל לאו פושע הוא מ"מ חייב דאדם מועד לעולם ואם היה הכלי מונחת במקום שהיה רשות לבעל הכלי להניחה חייב זה הנתקל אבל אם בעת שנתקל לא הזיק אלא שאחר ניזוק עי"ז כגון שנשא כד מים ונתקל ונפל ונשפכו המים ונשבר הכד והלך איש אחר והוחלק במים או בשברי הכד פטור הראשון דהוא לא הזיקו בידים אלא שהיה גורם שהאחר יהיה לו היזק על ידו וכיון דאינו פושע אינו חייב בגרמתו [ובזה מתורץ קושית התוס' ר"פ המניח ד"ס וסמוהל צ"ם ודוק] :

ד וראיה לזה דהנה הרמב"ם בפ"ו מחובל כתב המזיק ממון חבירו חייב לשלם נ"ש בין שהיה שוגג בין שהיה אנוס הרי הוא כמזיד כיצד נפל מן הגג ושבר את הכלים או שנתקל כשהוא מהלך ונפל על הכלי ושברו חייב נזק שלם שנאמר ומכה בהמה ישלמנה לא חילק הכתוב בין שוגג למזיד עכ"ל ובפי"ג מנזקי ממון דין ז' כתב נשברה כדו ברה"ר והוחלק אחד במים או שלקה בחרסיה פטור מפני שאנוס הוא עכ"ל ויש להבין והרי אפילו באונס חייב בנזקין ואין לומר דדוקא כשהזיק כלים חייב אבל אם הזיק אדם פטור דאדרבא נזקי אדם חמור מנזקי כלים ועוד דבגמ' דרשו מפצע תחת פצע לחייב על שוגג כמזיד ואונס כרצון והרמב"ם שדרש מקרא דמכה בהמה ישלמנה ברור הוא דלא תימא דוקא בנזקי אדם חייב ולא בנזקי בהמה ולזה הביא מקרא זה דאפילו בבהמה חייב וה"ה לכלים אלא ודאי דהחילוק הוא דאם בשעה שנתקל נפל על האדם ועל הכלים והזיקן חייב אבל זה שנשברה כדו לא הזיק בשעת מעשה אלא שאח"כ נתנזק בו אדם פטור מפני שהיה אנוס :

ה ולפ"ז יש להבין בדברי רבינו הב"י שבכאן בסעיף א' העתיק לשון הרמב"ם שבפ"ו מחובל ובסי' תי"ב סעיף ד' כתב מי שהיה טעון כד ונתקל ונשבר הכד והזיק לאחרים בשעת נפילה פטור דנתקל לאו פושע הוא עכ"ל וזהו לשון הטור שם ולא העתיק לשון הרמב"ם שבפי"ג מנ"מ שהבאנו ובודאי לדעת הטור כן הוא שמחלק בין אונס לאונס ולא לדעת הרמב"ם ואע"ג דרבינו הב"י ס"ל דגם הרמב"ם מחלק כן כמ"ש א"כ למה חייב בנתקל ונפל על הכלי ושברו הא אידי ואידי נתקל הוא והטור באמת לא כתב כאן הך דנתקל :

ו וצ"ל דרבינו הב"י ס"ל דנתקל לא הוי אנוס גמור ולפיכך חייב בנפל על כלי ושברו אבל בהזיק לאדם בשעת מעשה פטור ולא משום דאדם קיל מכלים אלא משום דהניזק ג"כ היה לו לשמור א"ע ונהי דגם הוא לא הוה פושע ואינו דומה למי שהניח כלים אצל הישן שבסעיף ב' מ"מ גם אין לנו לחייב את הראשון דהא גם הוא לא פשע וזה שכתב בסי' תי"ב והזיק לאחרים זהו כשהזיק לאדם ולא לבהמה וכלים דלבהמה וכלים חייב כמ"ש בכאן ואף שיישבנו דברי רבינו הב"י מ"מ נראה העיקר בדעת הרמב"ם כמ"ש ולכן לא כתב הטור בכאן הך דנתקל שכתב הרמב"ם ואפילו לפמ"ש בסי' ר"ש סעיף ג' דכל נתקל הוא ע"י איזה דבר כמו ע"י כלי או מדרון או גליד מ"מ עכ"פ דא ודא אחת היא :

ז כתב רבינו הב"י בסעיף ד' היה עולה בסולם ונשמטה שליבה מתחתיו ונפל והזיק אם לא היתה מהודקת וחזקה חייב ואם היתה חזקה ומהודקת ונשמטה או שהתליעה ה"ז פטור שזו מכה בידי שמים היא וכן כל כיוצא בזה עכ"ל וזהו לשון הרמב"ם ז"ל ורבינו הב"י הולך לשיטתו דגם הרמב"ם פוטר באונס גמור ולפ"ז א"ש דגם התליעה הוי אונס גמור אבל לפמ"ש לדעת המגיד והש"ך יש להבין למה פטור בהתליעה האמנם גם בל"ז קשה מה שייך בהתלעה מכה בידי שמים והרי היה לו לראות אם התליעה אם לאו וכבר השיג עליו הראב"ד ז"ל דנהי דאנוס הוא מ"מ לא גרע מכל האונסים שחייב אמנם באמת הוא טעות הדפוס וצ"ל אם לא התליעה [כ"ה] דבזה ודאי כיון שלא היה שום סיבה הוי מכה בידי שמים אבל בהתליעה חייב להרמב"ם [וכ"מ במכות ז:] :

ח כתב רבינו הב"י בסעיף ב' נפל מן הגג והזיק חייב לשלם נ"ש בין שנפל ברוח מצויה בין שנפל ברוח שאינה

שאינה מצויה וכתב רבינו הרמ"א הטעם משום דלא מקרי אונס גמור אבל הטור כתב דברוח שאינה מצויה פטור דאנוס הוא והנה לפמ"ש ברעת הרמב"ם חייב אפילו באונס גמור ורבינו הרמ"א שהוצרך לומר דלא הוי אונס גמור זהו לרוב הפוסקים דפטרי באונס גמור ואפשר דס"ל דגם הרמב"ם ס"ל כן כרעת רבינו הב"י אבל הטור סותר א"ע למ"ש בסי' תכ"א דבנזק חייב אף ברוח שאינה מצויה ויש מי שכתב דט"ס הוא בטור ויש שחילקו בין אדם לכלים ואינו עולה יפה לדינא [ב"ח וע"ז] ויש מי שאומר דכאן מיירי שנפל באונס גמור ובשם לא מיירי באונס גמור [ב"ה] ולפ"ז צריך לדעת באיזה אופן הוי אונס גמור ובאיזה אופן לא הוי אונס גמור והאמת הוא דבשם מיירי בגג שאין לו מעקה כמ"ש שם הטור מפורש ולכן אע"פ שבהנפילה היה אנוס מ"מ לא היה לו לעלות על גג שאין לו מעקה אבל בכאן מיירי בסתם גג שיש לו מעקה ולכן כשהרוח שאינה מצויה עקר המעקה או עקרו מע"ג המעקה והפילו הוי אונס גמור [ט"ז] ולדינא ודאי דבכה"ג גם רבותינו בעלי הש"ע יודו לזה ואפשר דגם הרמב"ם יסבור כן דהוה כמכה בידי שמים :

ט זה שנתבאר דלרוב הפוסקים באונס גמור פטור זהו דוקא כשהזיק בלא כוונה אבל כשהתכוין להזיק אף באונס גמור חייב לשלם כמו נרדף ששיבר את הכלים כדי שימלט מהריגה כמ"ש בסי' ער"ר ובסי' ש"פ [ס"ך] :

י ואין חילוק בכ"ז בין שהזיק בהמתו של חבירו או הרגה או שיבר כליו או קרע בגדיו או קצץ נטיעותיו וכן אם הזיק גופו של חבירו רק בהזיק את גופו במתכוין חייב בחמשה דברים כמ"ש בסי' ת"ך :

יא כל מה שנתבאר דחייב בין בשוגג בין במזיד ובין באונס זהו דוקא כשהזיק ברשותו של ניזק שנכנס אצלו שלא ברשיונו והזיקו אבל ברשותו של מזיק או ברשות שניהם או ברשות שאינו של שניהם יש בזה דינים אחרים וכך אמרו חז"ל [ב"ק מח:] שניהם ברשות או שניהם שלא ברשות הזיקו זא"ז חייבין הוזקו זה בזה פטורין אבל אחד ברשות ואחד שלא ברשות זה שברשות פטור וזה שלא ברשות חייב ולדעת הרמב"ם אינו חייב המזיק ברשותו אלא כשהיה מתכוין להזיקו אבל בשגגה וכ"ש באונס פטור וכן בשניהם ברשות או שניהם שלא ברשות וז"ל בפ"ו מחובל בד"א ברשות הניזק אבל ברשות המזיק אינו חייב לשלם אלא אם הזיק בזדון אבל בשגגה או באונס פטור וכן אם היו שניהם ברשות או שניהם שלא ברשות והזיק אחד מהם ממון חבירו שלא בכוונה פטור עכ"ל וכ"כ בפ"א מחובל דין ט"ז המזיק את חבירו בכוונה בכל מקום חייב בחמשה דברים ואפילו נכנס לרשות חבירו שלא ברשות והזיקו בעה"ב חייב שיש לו רשות להוציאו ואין לו רשות להזיקו אבל אם הוזק זה שנכנס בבעה"ב הרי הבעה"ב פטור ואם הבעה"ב הוזק בו חייב מפני שנכנס שלא ברשות היו שניהם ברשות או שניהם שלא ברשות והוזקו זה בזה שניהם פטורים עכ"ל הרי מפורש דלדעתו לבד רשות הניזק אינו חייב רק כשהזיקו בכוונה :

יב אבל דעת רש"י ז"ל ועוד גדולי רבותינו אינו כן דס"ל שזה שפטרו חז"ל בשניהם ברשות או שניהם שלא ברשות זהו דוקא בהיזק דממילא כגון שהמזיק עמד במקומו והניזק או בהמתו וכליו נתקלו בו אבל בהזיק בידים בין שהיה מתכוין להזיק ובין שלא היה מתכוין להזיק חייב ואפילו ברשות המזיק אם רק ידע בו הדין כן דזהו כשניהם ברשות וכשלא ידע כלל שברשותו הוא אינו חייב אא"כ מתכוין להזיק וברשות הניזק לעולם חייב אף כשלא ידע כלל ואפילו באונס כמ"ש דברשותו של ניזק צריך האדם לשמור ביותר ובזה אמרו אדם מועד לעולם :

יג ומה נקרא שניהם ברשות כגון חצר השותפים או שנתן הבעה"ב רשות לשניהם ליכנס לחצרו או שהניזק נתן רשות למזיק ליכנס לחצרו או המזיק לניזק וכן כששניהם הלכו ברה"ר או בסימטא מקרי שניהם ברשות דהלא לשניהם יש רשות להלוך אבל כשרצים ברה"ר ובסימטא מקרי שניהם שלא ברשות דאין רשות לאדם לרוץ במקום הילוך רבים ושלא במקום הילוך רבים כמו בשדה ובקעה מקרי ברשות גם כשרצים [נ"ל] וכן בחצר שאינו של שניהם ובעל החצר לא נתן להם רשות מקרי שלא ברשות אבל כשלאחד נתן רשות ולא להשני הוי לזה שנתן רשות כחצרו :

יד ורבינו הב"י כתב בסעיף ד' כל אלו הדברים ברשות הניזק אבל ברשות המזיק פטור עד שיתכוין להזיק כמו שיתבאר עכ"ל ובסעיף ו' כתב כל מקום שמזיק חייב לשלם בין ברה"ר בין ברשות הניזק ואפילו ברשות המזיק אם הכניס בו הניזק ממונו שלא ברשות והזיקו לא שנא בגופו ל"ש בממונו חייב לשלם דנהי שיש לו רשות להוציאו אין לו רשות להזיקו ודוקא במזיקו במזיד אבל אם הזיקו בשוגג פטור בעה"ב ואם בעה"ב הוזק בנכנס אפילו בשוגג חייב הנכנס כיון שנכנס שלא ברשות ויש מי שאומר דדוקא כשלא ידע בעה"ב שנכנס אבל אם ראוהו שנכנס אם הוזק בו פטור עכ"ל :

טו ובסעיף ז' כתב היו שניהם ברשות או שניהם שלא ברשות והוזקו זה בזה בין בגופם בין בממונם אם לא ידעו זה בזה פטורים אבל אם ראו זא"ז אע"פ שלא כוונו חייבים לפיכך שנים שהיו רצים ברה"ר או שהיו מהלכים והוזקו זה בזה פטורים הזיקו זה את זה חייבים עכ"ל :

טז ודבריו צריכים ביאור דבסעיף ד' העתיק לשון הרמב"ם דברשות המזיק אינו חייב עד שיתכוין להזיק וכבר נתבאר דלהרמב"ם בשניהם ברשות כמו ברה"ר

ברה"ר דינו כמו ברשות המזיק וא"כ איך כתב בסעיף ו' דבכל מקום שמזיק חייב לשלם בין ברה"ר בין ברשות הניזק עכ"ל והרי רה"ר דינו כרשות המזיק [הגר"א] וכן מ"ש בסעיף ז' הוא לשיטת רש"י ולא להרמב"ם ונ"ל דרבינו הב"י הכריע מסברת עצמו ואינו מסכים להרמב"ם רק לענין רשות המזיק דאז אינו חייב רק במתכוין להזיק אבל כששניהם ברשות לא בעי כוונה להזיק ואינו פטור רק אם לא ידעו זה בזה אבל בידעו חייב אף באין כוונתו להזיק וברשות הניזק חייב אף בלא ידע וזה שכתב בין ברה"ר בין ברשות הניזק לאו לדמותם לגמרי אלא דאין דומים לרשות המזיק ובהם חייב אף בלא כוונת נזק ומיהו לא דמי דברשות הניזק חייב אף בשוגג גמור משא"כ ברשות שניהם או שלא ברשות שניהם דבהם בשוגג גמור פטור והיש מי שאומר שבסעיף ו' הוא דעת רמ"ה שבטור וס"ל כשיטת רש"י דאפילו ברשות המזיק אם ראוהו שנכנס והזיקו להנכנס חייב אף בלא מתכוין להזיק ולא עוד אלא אפילו אם הוזק בו בעה"ב והנכנס היה שוגג פטור ולפ"ז מה שאמרו חז"ל אדם מועד לעולם אין זה רק כשנכנס לרשות אחר והבעלים לא ידעו בו שנכנס או הביא כליו לשם דבזה כשהבעה"ב הוזק בו חייב אף כשזה היה שוגג גמור או אנוס וכשהוזק בבעה"ב פטור כיון שלא ידע שנכנס אבל כשידע הבעה"ב שנכנס והוזק בו פטור וכ"כ רבינו הב"י בסי' תכ"א סעיף ז' [וכן נ"ל להטור ומיושב מה שהקשו עליו] :

יז מכל מה שבארנו נתבאר דזה שאמרו חז"ל שניהם ברשות או שניהם שלא ברשות הוזקו זה בזה פטורים לדעת רש"י הוא דוקא בהוזק מעצמו אבל כשהזיקו האחר חייב אפילו בלא כוונת נזק וזהו שאמרו הזיקו זא"ז חייבים ולהרמב"ם מקרי הזיקו דוקא כשהזיק בכוונת נזק והוזקו מקרי כשהזיק בלא כוונת נזק וכ"ש כשהוזק בעצמו בהמזיק וכן בשניהם רצים ברה"ר או שניהם מהלכים ויש מהגדולים שאמרו דאפילו לדעת רש"י דבהזיקו חייב אף בלא כוונת נזק זהו דוקא כשהמזיק עושה מעשה והניזק עמד על מקומו אבל כששניהם עושים מעשה כמו בשניהם רצים או שניהם מהלכים גם הזיקו כהוזק מעצמו דמי אם אינו מתכוין להזיק ופטור דכיון שנסתכבו זה בזה ושניהם הלכו או רצו אע"פ שהזיקו אין לומר על זה הזיקו ממש אלא כהוזק דמי [רמ"ה בטור ונמק"י פ' המניח ובזה א"ש המשנה ד' לב' הזיקו זא"ז פטורין וא"ל למ"ש רש"י בד' מח: ד"ה חייבין דלא דק בלישניה וכ"ל דגם כוונת התוס' בהמניח שם ד"ה שניהם כן הוא ע"ש ודוק] :

יח היה אחד רץ ברה"ר ואחד מהלך והוזק המהלך ברץ חייב מפני שרץ שלא ברשות שאין לרוץ ברה"ר ודינו כרשות הניזק ואם הוזק הרץ במהלך פטור אא"כ הזיקו בכוונה לרש"י ולהרמב"ם אינו חייב אא"כ הזיקו בכוונה להזיק וכן הוא לדעה שניה שבסעיף י"ז ואמרו חז"ל דאימתי מקרי רץ ברה"ר שלא ברשות בחול אבל בע"ש סמוך לשבת ורץ בעניני שבת מקרי ברשות ופטור ודוקא בסתם כשלא ידענו על מה רץ תלינן שלצורך שבת רץ אבל אם ידוע שריצתו אינו לצורך שבת חייב כמו בחול אמנם אם הריצה היתה אפילו לשאר עניניו אלא שמרוצתו היתה כדי שלא יחלל שבת מקרי ג"כ ברשות [והסמ"ע כתב דלא משמע כן מהרמ"א לא ידענא מנ"ל וכוונת הרמ"א שאינו נוגע לחלול שבת כלל] :

יט ממה שאמרו חז"ל דרץ בע"ש הוי ברשות אין ללמוד מזה דכל מי שרץ לדבר מצוה הוי כברשות דשאני ע"ש דזמנו בהול אבל בשארי מצות אף שמצוה לרוץ מ"מ אין לו לרוץ כל כך עד שיוזק בו המהלך [חו"י] מיהו ברץ לענין פקוח נפש או להציל מן הדליקה ומן המים וכיוצא בזה ודאי דמקרי ברשות דהא חובה עליו לרוץ בכל כחו ולא גרע מע"ש [נ"ל] :

כ כמו שאין רשות לאדם לרוץ ברגליו ברה"ר כמו כן אין לו רשות לרוץ יותר מראוי כשרוכב על סוס או יושב בעגלה ואם רץ כל כך עד שהזיק אדם או בהמה וכלים חייב לשלם כמו שהזיק כגופו ומעשה בשנים שהיו רוכבים על סוסים ובא אחד מהרוכבים אחורי הסוס של הרוכב השני ופגע בסוסו והכה את הסוס עד שנפחת מדמיו ע"י הכאה זו ופסק הרא"ש ז"ל דחייב לשלם כל מה שישומו הפחת שנפחת מחמת הכאה זו אבל יותר מזה א"צ לשלם אפילו היה הסוס הנזוק של כותי והרוכב עליו ישלם לו יותר משויו מפני אלמותו מ"מ המזיק א"צ לשלם יותר מהפחת דבמה שהכותי יוציא מהרוכב שלא כדין אינו רק כגרמא בעלמא וברוכב או יושב בעגלה שהזיק אדם וטוען שהוא לא רץ יותר מהמורגל אלא זה הניזק הלך נגד סוסו שלא כדרך שארי אנשים ועי"ז נתנזק ישבע שכן היה המעשה ופטור וכן אם הזיק כלי וטוען שבעל הכלי העמידה שלא במקום הראוי להעמידה ברחוב נשבע היסת ונפטר ואם יש עדים יתברר ע"י עדים אבל כשהזיק בהמה חייב בכל ענין דא"א לבעל הבהמה לילך אחר בהמתו והנוסע או הרוכב צריך לשמור לבלי להזיק הבהמה ההולכת אמנם יש מקומות שאין מניחים לבהמה בעצמה ללכת בשוק כל היום אלא מוסרים אותה לרועה בבוקר ולכן אם הלכה באמצע היום ונתנזקה פטור המזיק אם לא שהזיק בכוונה ולהרמב"ם בכוונת נזק דבזה המקום הוי הליכת בהמתו שלא ברשות ודינו כהוזק רץ במהלך שבסעי' י"ח :

כא במקום שנוהגים לשחוק בעת שמחה לרוץ ולרכוב על סוסים כמו שהיה המנהג בזמן קדמון שבחורים רכבו על סוסים לקראת החתן והיה דרכם לרוץ והזיקו זא"ז ממון של חבירו דרך שמחה ושחוק וכן בשארי דבר שמחה כגון שמחת תורה ופורים אם המנהג לעשות כן פטורים ומ"מ אם נראה לב"ד לעשות גדר וסייג ולחייב המזיק הרשות בידם כי כמה קלקולים יוצאים מזה :

שנים

סימן שעט [זה בא בחביתו וזה בקורתו ונשברה החבית ובו ט' סעיפים] :

א שנים שהיו מהלכים ברה"ר זה הולך בחביתו וזה נושא קורה והולכים בשוה לרוחב הרחוב ונפגעו זה בזה ונשברה החבית בהקורה פטור מפני שיש לזה רשות להלוך בחביתו ולזה בקורתו וכבר נתבאר דכל ששניהם ברשות להרמב"ם פטור כשלא היה מתכוין להזיק ואפילו לדעת רש"י דאינו פטור בהזיק הכא לא חשיב כמו שהזיקו אלא כמו שהחבית הוזקה בו דהא דרך הליכת שניהם הוטחה החבית בהקורה והיה בעל החבית מסייע בשבירתה [טור] ולכן אם בעל החבית עמד על מקומו וזה הלך בקורתו והוטחה החבית בהקורה ונשברה חייב בעל קורה דהוא עשה הנזק ואע"ג שיתבאר דעמידת בעל חבית יותר גורם ליפטר את בעל הקורה זהו בבאין זא"ז ואם היה מהלך לא הגיעו הבעל קורה אבל כשהולכים זה כנגד זה מרחקת העמידה את הנזק לבא ואין לפטור בעל הקורה בעמידת בעל החבית [ש"מ בשם ריב"א ב"ק לבי ולא כתבתי תירוץ התוס' שם ד"ה תרווייהו דלדינא נדחה מן ההלכה] :

ב ודוקא ברה"ר אבל ברשותו של בעל החבית וזה נשא קורתו שלא מדעת בעל החבית והוטחה החבית בהקורה ונשברה חייב בעל הקורה בכל ענין דכיון דאין לו רשות לבעל הקורה להלוך שם אין לבעל החבית ליזהר ממנו והשיב כמזיק בידים [שם בתוס'] ואם היה ברשות בעל הקורה ובעל החבית נשא את חביתו שלא ברשות לדעת הרמב"ם ודאי פטור בעל הקורה אא"כ שברה בכוונה ואפילו לדעת רש"י נ"ל דפטור אפילו עמד בעל חבית ואף שבארנו דכשהולכים זה כנגד זה ועמד בעל חבית חשוב בעל הקורה כמזיק ולרש"י חייב במזיק גם בלא כוונת נזק אפילו ברשות המזיק כמ"ש בסימן שע"ח מ"מ פטור בכאן דהא באמת כשהלך בקורתו והוטחה החבית בו אף כשעמד בעל חבית הרי לא הזיקו בעל הקורה בידים דהא הוטחו זה בזה אלא דברשות שניהם חשבינן ליה כמזיק משום דהיה לו ליזהר אבל לא ברשות עצמו :

ג בעל קורה ובעל חבית שהלכו ברה"ר ולא הלכו זה כנגד זה אלא זה אחר זה אם היה בעל קורה ראשון ובעל חבית הלך אחריו ונשברה החבית בהקורה פטור כיון שהלך ברשות ואם עמד בעל הקורה לנוח חייב דזה עשה שלא ברשות דאין לו לעמוד לנוח במקום שבני אדם הולכין תדיר שהרי עלול להזיק בקורתו ואם היה מוכרח לנוח בכאן היה לו להזהיר לכל הבא אחריו לשמור מקורתו ולכן אם באמת הזהיר לבעל החבית וא"ל עמוד פטור ואם עמד לתקן משאו אע"פ שלא הזהירו פטור מפני שטרוד היה ולא היה יכול להזהירו ואע"ג דבעל החבית צריך ליזהר לפ"ז מנזק שיארע לו מהקורה דשמא יעמוד לתקן משאו וא"כ למה חייב בעל הקורה בעמדו לנוח ומאין יודע בעל החבית אם עמידתו של בעל קורה הוא לנוח או לתקן משאו דודאי כן הוא אבל עכ"פ כשעמד לתקן משאו הרי עשה ברשות והוה כרשות שניהם ופטור אפילו לשיטת רש"י מפני דחשבינן שאינו מזיק אלא החבית הוזקה בו כמ"ש בסעיף א' אבל כשעמד לנוח הוה כשלא ברשות ודמי לרשות הניזק דחייב בכל ענין אף לשיטת הרמב"ם כמ"ש בסי' שע"ח [נ"ל] :

ד היה בעל החבית ראשון ובעל הקורה הלך אחריו ונשברה החבית בהקורה חייב דכיון שהלך אחריו הוי כשבירה בכוונה [רמב"ם] דכיון שראה החבית לפניו היה לו ליזהר שלא לפגוע בה ואם בעל החבית עמד לנוח פטור שפשע בעצמו ואם הזהיר לבעל הקורה שיעמוד ולא עמד חייב ואם בעל החבית עמד לתקן משאו חייב בעל הקורה אע"פ שלא הזהירו הבעל חבית ואין לומר מנין לו לבעל הקורה לידע אם עומד לתקן משאו או לנוח דודאי כן הוא שאין לו לידע אבל עכ"פ יש לו לחוש שעמד לתקן משאו ומחוייב לשמור שקורתו לא תזיק החבית אמנם מ"מ כשבעל חבית עמד לנוח ועשה שלא ברשות ומיחשב כרשות המזיק וברשות המזיק אינו חייב אלא בכוונתו להזיק להרמב"ם ואפילו לרש"י אינו אלא במזיק ממש משא"כ הטחת חבית בקורה חשבינן כהוזקו זה בזה ואפילו כשעמד בעל חבית אין בעל הקורה נחשב למזיק ממש שנחייבנו ברשותו ויש מי שפוטר לבעל הקורה בכל ענין אא"כ ידע שבעל החבית עמד לתקן משאו ואם כי סברתו נראית מ"מ כיון שרבותינו הראשונים לא ס"ל כן צ"ל כמ"ש [נ"ל] :

ה ואין להקשות בכל מקום שאנו מחייבים את בעל הקורה לשלם נזק החבית הא בסי' ת"י יתבאר דכל תקלה שאדם עושה ברה"ר יש לזה דין בור ועל בור הרי פטרה התורה בכלים כמ"ש שם ואיך יחייב על החבית דבאמת דזהו אינו אלא כשהשליך התקלה על הארץ והיא עצמה הזיקה יש לזה דין בור משא"כ כשהתקלה היא על גוף האדם אין בזה שם בור אלא אדם המזיק וחייב על הכל [נמק"י שם] ועמ"ש בסימן ת"ג סעיף ג' :

ו במקום שחייב בעל קורה לשלם אפילו קורתו לא מילא כל רוחב הדרך חייב לשלם ואין לו לומר היה לך לילך לעבר השני דאין לו רשות לומר כן דיש לכל אדם רשות לילך במקום שירצה וכשאנו מחשבין בעל קורה למזיק עליו להזהר שלא יזיק [ואע"ג דבגמרא מוקי כשלדא אינו להלכה כדמוכח מרי"ף ורמב"ם שהשמיטו

שהשמיטו זה כמ"ש הרא"ש והגר"א סק"א וכ"ה בירושלמי] :

ז יראה לי דבזה שאמרנו דכשעמד לתקן משאו לא היה לו להזהיר להשני לעמוד מפני שטרוד היה בתקון משאו זהו לכל הדעות אפילו לאותה דעה שיתבאר בסי' תי"ג בשנים שנתקלו ונפלו זה אחר זה דחייב הראשון בשלא הזהיר להשני אע"פ שפטור היה בנפילתו שאני התם דנפילה הוא דבר שאינו מצוי והיה לו להזהיר להשני שלא יפול ג"כ אבל בעומד לתקן משאו שהוא דבר הרגיל בכל נושאי משאות אין לו להזהיר להבא אחריו שיזהר מנזק כשהוא בעצמו טרוד בתקון משאו וכן משמע מסוגית הש"ס [ואפשר לזה רימז הרמ"א במ"ש בסעיף ב'] :

ח כל הדינים שנתבארו בחבית וקורה כמו כן בכל הדברים ששנים נשאו ברה"ר ופגעו זה בזה והוזק אחד מהם מהשני בלא כוונה להזיק הדין כמ"ש כגון זה הולך ונושא נר וזה הולך ונושא פשתן והופגעו זה בזה והודלק הפשתן בהנר וכן כל כיוצא במיני נזקין :

ט כתב הרמב"ם ז"ל בפ"ו מחובל הרי שמילא חצר חבירו כדי יין ושמן אפילו הכנים ברשות הואיל ולא קבל עליו בעל החצר לשמור ה"ז נכנס ויוצא כדרכו וכל שישתבר מהכדים בכניסתו וביציאתו הרי הוא פטור עליהם ואם שברם בכוונה אפילו הכניסם בעל הכדים שלא ברשות ה"ז חייב עכ"ל והולך לשיטתו שבארנו בסי' שע"ח דברשות המזיק כל שאינו מתכוין להזיק פטור אבל לשיטת רש"י שנתבאר שם חייב אם לא שלא נתן לו רשות למלאות כל החצר וכן פסק הראב"ד והטור ויש מי שאומר שאפילו בלא רשות אם רק ידע חייב אף באינו מתכוין להזיק כמ"ש שם סעיף ט"ז ולא משמע כן מלשון הטור וגם בגמ' [כח:] משמע להדיא דאף בידע כיון שלא נתן לו רשות יכול לילך בחצרו אע"פ שדרך הלוכו נשברו כדיו של המכניסם להחצר דאין לו לבעל החצר לטרוח ולסדר כדים שלזה [תוס'] ולא דמי לשם דבכאן כיון שמילא כל החצר והרי בעל החצר מוכרח לילך דרך שם וממילא נשברו וגם אין לו לטרוח ולילך לב"ד דהרי קיי"ל עביד אינש דינא לנפשיה כמ"ש בסי' ד' ע"ש וגם בדעת הרמב"ם ז"ל נ"ל דאין כוונתו שנתן לו רשות למלאות כל החצר דא"כ אין סברא כלל שילך דרך עליהם וישברם בדרך הלוכו דהרי אנן סהדי דברשות כזה לא היה בעל הכדים מתרצה לזה אלא כוונתו שנתן לו רשות להכנים כדיו בחצרו אבל לא נתן לו רשות שימלאנו עד שלא ישאר לו דרך ומ"מ אם קבל עליו לשמור אע"פ שבזה שמילא כל החצר לא נתן לו רשות מפורש מ"מ אין לו לבעל החצר לעשות לו היזק בהילוכו כיון שקבל לשמרם ולפ"ז לא פליגי רבותינו לדינא כלל :

סימן שפ [האומר לחבירו קרע כסותי ורודף או נרדף ששיברו כלים ובו ט' סעיפים] :

א האומר לחבירו קרע את כסותי שבור את כדי ע"מ שאתה פטור ה"ז פטור ולא אמרינן שדרך שחוק א"ל כן דאם היה דרך שחוק לא היה אומר לו ע"מ לפטור ולכן אם לא א"ל ע"מ לפטור ה"ז חייב דתלינן שדרך שחוק א"ל כן שיקרע וישלם בד"א כשבאו הכלים לידו של זה בתורת שמירה כגון שהיו שאולים או מופקדים אצלו אבל אם לא באו לידו בתורת שמירה וא"ל קח כלי זה ושברו בגד זה וקרעו ועשה כן ה"ז פטור אע"פ שלא א"ל ע"מ לפטור דלא תלינן שאמר בדרך שחוק אלא בבא לידו בתורת שמירה ודרך לומר כן אתה שומר החפץ ביכלתך לאבדו והכוונה הוא לשלם כדין שומר אבל כשאינו שומר למה נתלה שכוונתו היתה שישלם לו וכבר נתבאר זה בסי' ש"א סעיף י"ג ובסימן שפ"ב יתבאר עוד כיוצא בזה בס"ד ולא דמי למה שיתבאר בסי' תכ"א באומר לחבירו קטע את ידי ע"מ לפטור דחייב דזהו פשיטא דחבלה דגופה לא מחיל אינש אבל היזק ממון יכול להיות שמחל אא"כ יש הוכחה שאינו מוחל ומ"מ בין כך ובין כך שניהם עושים איסור שעוברים על בל תשחית :

ב וי"א שאפילו אם נתן לידו תחלה בתורת שמירה ולא א"ל ג"כ ע"מ לפטור מ"מ פטור אם א"ל דברים שיכולים לתלות שכוונתו היתה שיפטור כגון שא"ל שבור כדי וא"ל המזיק ע"מ לפטור והשיב לו הן פטור ולא עוד אלא אפילו א"ל לאו תלינן דבתמיה א"ל כלומר איך אפשר באופן אחר הרי אני מצוה לך לשבור ומ"מ אם היה נראה מתשובתו דבניחותא קא"ל ודאי דחייב אלא דדעה זו ס"ל דיותר תלינן לפטור מלחיוב כשיש יכולת לומר שכן היתה כוונתו וכשלא היו דברים ביניהם לפטור ודאי דחייב כשבא לידו בתורת שמירה דאין סברא כלל לומר בלא גילוי דעת שכוונתו היתה לפטור :

ג וכל זה בשל עצמו אבל האומר לחבירו שבור כליו של פלוני ע"מ שתפטור ושברן ה"ז השוברן חייב לשלם ולא זה שצוהו ואפילו אמר אני אשלם בעדך דלאו בדברים בלבד נחייבנו וזה הכסיל ששמע לו חייב לשלם ואדם מועד לעולם ולא היה לו לדמות שהוא יפטור ומ"מ גם זה שצוהו הוא רשע ועבר על לפני עור לא תתן מכשול שעל ידו הפסיד זה ממון וגם גרם לעבור על בל תשחית ולכן אין זה ששיבר כשלוחו דאין שליח לד"ע [ק"ז] :

האומר

ד האומר לחבירו זרוק מנה לים ואתחייב אני לך י"א דחייב מדין ערבות כמו בתן מנה לפלוני ואתחייב אני לך וי"א דפטור דדין ערבות אינו אלא כשהגיע לאיזה אדם הנאה ע"י ערבותו כמו שמצינו בערבות יהודה ליעקב בעד בנימין אבל בבה"נ אינו אלא כמשטה בו ופטור אא"כ נתן לו ממון וא"ל זרוק והפטר ובאה"ע סי' ל' משמע דדעת רבינו הרמ"א נוטה לפטור ורק משום חומרא דא"א החמיר שם ועמ"ש שם סעיף ל"ג [וכ"כ סרמ"ס בפ"ק דקדושין סי"ג ע"ס] :

ה כבר נתבאר בסי' שנ"א דהמתחייב ממון בשעה שיש עליו חיוב מיתה פטור מתשלומין דקים ליה בדרבה מיניה לפיכך רודף שהיה רודף אחר חבירו להרגו או אחר אחת מהעריות לאנסה בין מחייבי כריתות בין מחייבי מיתות ב"ד ושבר כלים בין של נרדף בין של כל אדם פטור שהרי הוא מתחייב בנפשו ואע"ג דאינו דומה לשם דחיוב מיתה אינה פוטרת רק כשבאו כאחד חיוב המיתה והתשלומין כמ"ש שם ובכאן בשעה ששבר עדיין לא הרג ולא בא על הערוה ועוד דחיוב כרת אינו פוטר מתשלומין מ"מ כיון שמדין תורה מצוה על כל אדם להרוג את הרודף והרי התיר עצמו למיתה ולפיכך פטור מתשלומין דהא ברגע זה ששיבר את הכלים היה ברשות כל אדם להרגו והוי כחיוב מיתה ותשלומין באין כאחד [זהו כוונת הסמ"ע והזק] :

ו אבל הנרדף ששיבר את הכלים דרך בריחתו אם היו של אחרים חייב בתשלומין ואף שהיה מוכרח לשברם להצלתו ויש בידו רשות לעשות כן מ"מ חייב לשלם דאין אדם מציל עצמו בממון חבירו אבל אם שיבר כליו של רודף פטור מלשלם דכיון שרשאי להרוג את הרודף ק"ו שרשאי להציל א"ע בהפסדת ממונו של הרודף שלא יהא ממונו חמיר מגופו אמנם אם עשה לו נזק במה שאינו נוגע להצלתו חייב לשלם לו דממונו אסור לאבד אף שגופו מותר כמ"ש בסי' שפ"ח ע"ש ורק בממון שנוגע להצלת הנרדף הוי ק"ו מגופו ולא מממון שאינו נוגע להצלתו :

ז והבא להציל את הנרדף מיד הרודף ושבר כלים בין של הרודף בין של כל אדם פטור ולא מן הדין דהוי כמו שאין אדם רשאי להציל עצמו בממון חבירו כמו כן אין לאדם להציל את חבירו בממון של אחרים אלא שתקנת חכמים הוא כדי שלא ימנעו מלהציל את הנרדף דאם נאמר שיתחייב לשלם ימנעו א"ע מהצלה כשיראה שמוכרח לעשות הפסד ממון ע"י ההצלה ולחייב את הנרדף לשלם אין סברא כיון שלא עשה הנזק וכ"ש אם המציל שיבר כלי הנרדף דפטור :

ח ספינה שחשבה להשבר מכובד המשוי ועמד אחד מהם והקל מהמשא והשליך בים פטור ואין בעלי הסחורות יכולים לומר לו מזיק אתה ותשלם לנו שהרי המשא הוי כרודף ומצוה רבה עשה שהציל את האנשים מיד הרודף אמנם מי זה יסבול הנזק יש בזה חילוקים אם כולם הטעינו משא בשוה ולא העדיף אחד יותר מחבירו או אפילו העדיף רק שבכך הושוו ביניהם וכשהטעינו היה לפי משא הספינה אלא שאח"כ נתהוה סיבה שאין ביכולת הספינה לסבול משא רבה כזו יסבלו כולם הנזק ומחשבין לפי המשא כמ"ש בסי' ער"ב ואם אחד מהם טען יותר מכפי מה שהושוו ביניהם וע"י זה הוכבדה הספינה כל הנזק שלו דדינו כרודף ואם הסיבה לא היתה מכובד המשא אלא שנתהוה רוח סערה ועמדו עליה הגלים לטבעה וע"י זה הוכרחו להקל ממשאה בכל ענין חייבים כולם לסבול הנזק ובכל מקום שכולם חייבים אפילו הטילו משא של אחד מהם צריכים הסוחרים האחרים לשלם לו כל אחד לפי ערך משאו ומחשבין לפי המשא ולא לפי הממון כיון דהסיבה היא מפני כובד המשא [עסמ"ע וס"ך וט"ז] :

ט אם הכניס אחד מהסוחרים חמור בהספינה וקופץ שם וע"י זה יש סכנה שתטבע הספינה ובא אחר והשליך את החמור לנהר או לים אם אין דרך להכנים המורים בספינות כאלו פשיטא שזה המשליכו פטור מלשלם דכרודף הוא אבל אם דרך להכנים חמורים בספינות כאלו וזה החמור לא היה משונה תמיד משארי חמורים אלא שכשהביאו אותו להספינה נטרפה דעת החמור והתחיל לקפוץ כתב רבינו הרמ"א דהמשליכו חייב לשלם כיון שבעל החמור לא פשע והנזק הוא לכולם כמו בגלי הים שנתבאר ודעת רבינו הב"י דפטור מלשלם דעכ"פ החמור נעשה רודף וכל רודף מצוה להרגו ומה לנו מה שהבעלים לא פשעו ולא דמי לגלי הים דבשם הרדיפה אינה מפני סחורתו של זה ובהכרח שכולם יסבלו אבל כשסחורתו של זה נעשה רודף מה לנו אם פשעו בעליו אם לאו ונ"ל דבכל מה שנתבאר דכשבסחורתו הוא רודף דמאבדין הסחורה אין חילוק בין שרודף נפשות ובין שרודף ממון כגון שלהאנשים שבהספינה אין סכנה שביכלתם להמלט בספינות קטנות אלא שהסחורות יטבעו ג"כ דינו כרודף לענין שמאבדין ממונו הרודפת ממון אחרים :

סימן שפא [דין חמשה שישבו על ספסל אחד ובו ה' סעיפים] :

א חמשה שעשאו נזק כולם חייבין כגון חמשה שישבו על ספסל אחד ושברוהו משלמין הנזק בין כולם ואפילו ישבו ד' אנשים על ספסל ובא החמישי וישב עליו ג"כ וע"י כובדו של החמישי נשברה מ"מ חייבים כולם לשלם דכשם שהוא הזיק בישיבתו כמו כן הזיקו הם במה שלא עמדו ואם גם בלעדו היה נשבר הם חייבים

חייבים והוא פטור דלאו מידי קעביד ואם בלעדו היה נשבר בשתי שעות לישיבתן ועל ידו נשבר בשעה אחת ג"כ חייבים כולם ואין יכולים לומר אנחנו רצינו לעמוד קודם כלות השתי שעות דמ"מ יכול לומר להם כיון דסוף סוף בלעדיכם לא היה נשבר חייבים אתם כמתני' והיה לכם לעמוד וכמ"ש ואם הוא אדם כבד ושמן שעל ידו לבד היה נשבר חייב הוא והם פטורים וכן אם סמך עצמו עליהם ולא הניחם לעמוד חייב בכל ענין מפני שהוא היה הגורם להשבירה ובחיוב השבירה אפילו לא ישב עליו אלא סמך עצמו על הספסל אפילו ע"י מקל וע"י כח זה נשבר חייב דכחו כגופו דמי [וזהו לשיטת רש"י ב"ק י: כמ"ש הגר"א] :

ב וי"א דאם ע"י הארבעה שישבו מקודם לא היה נשבר כלל והשבירה היה ע"י החמישי אע"פ שבישיבתו לבדו לא היה נשבר מ"מ נקרא הוא המזיק וחייב והם פטורים ואינו יכול לומר להם למה לא עמדתם דיכולים לומר למה היה לנו לעמוד דבישיבתנו לא עשינו כלום ואתה גרמת הנזק רק אם בישיבתם היה נשבר ג"כ במשך שתי שעות וע"י ישיבתו נשבר בשעה אחת דאז יכול לומר להם למה לא עמדתם ואין יכולין לומר אנחנו היינו עומדים לאחר שעה דסוף סוף כיון דגם אתם הייתם מוכרחים לעמוד קודם כלות השתי שעות גם אתם מזיקים כמתני' והיה לכם לעמוד מיד וכיון שלא עמדתם נשלם בין כולנו ואם לא הניחם לעמוד חייב בכולו וכן אם ע"י ישיבתו לבד היה נשבר הן פטורים ואם גם בלא ישיבתו היה נשבר לאחר שעה הוא פטור וכחו כגופו דמי [נמקי"י שם וכ"מ בסוגיא דמאי דפריך ולימא להו וכו' קאי על תירוצא דלא צריכא וכו' ולפירש"י קאי גם ארישא דמילתא ודוק] :

ג והרמב"ם ז"ל בפ"ו מחובל כתב וכן חמשה שישבו על הכסא ולא נשבר ובא אחרון וישב עליו ונשבר אע"פ שהיה ראוי להשבר בהן קודם שישב הואיל וקירב את שבירתו האחרון חייב שהרי אומרים לו אלו לא נסמכת עליו היינו עומדים קודם שישבר ואם ישבו כאחד ונשבר כולם חייבים וכן כל כיוצא בזה עכ"ל הרי שהקיל עוד יותר על הראשונים דאע"פ שגם בלעדי האחרון היה ג"כ נשבר לאחר זמן מ"מ אין החיוב רק על האחרון שקירב הנזק מפני שיכולין לומר אנחנו היינו עומדים קודם שישבר ואם הוא לא הוסיף בנזק כגון שנשבר אחר שעה ובלעדו ג"כ היה נשבר לאחר שעה הם חייבים והוא פטור [וכ"מ שם מדין הקודם ע"ש ול"ל דבגירסתו בגמ' שם לא היה כתוב ולימא להו וכמ"ש הגר"א] :

ד ורבינו הב"י כתב בסעיף א' חמשה שישבו על הכסא ולא נשבר ובא אחרון וישב עליו ונסמך עליהם ולא הניחם לעמוד ונשבר אע"פ שהיה ראוי לישבר בהם קודם שישב הואיל וקרב שבירתו האחרון חייב שהרי אומרים לו אלו לא נסמכת עלינו היינו עומדים קודם שישבר ואם ישבו כאחד ונשבר כולם חייבים וכן כל כיוצא בזה עכ"ל וזהו כדעה שהבאנו בסעיף ב' דדוקא כשלא הניחם לעמוד פטורים [עסמ"ע] :

ה ויש מרבותינו דס"ל דבישיבה על הכסא והספסל אין שום חיוב כשנשברו דסתם ספסל וכסא כשאולין לכל מי שבא לישב עליהם והוה כמתה מחמת מלאכה ופטורים מלשלם אא"כ היושבים הם אנשים משונים כבדים ושמנים משארי בני אדם ואז אם ישבו עליה ביחד ונשברה תחתיהם כולם חייבים לשלם ואם ישבו בזה אח"ז אם לא היתה נשברת בלא ישיבת האחרון הוא לבד חייב לשלם ואם היתה נשברת בלא האחרון הוא פטור ואם לא היתה נשברת רק תוך ב' שעות ועתו נשברה תוך שעה אז רואין אם סמך עליהם ומנען לעמוד הוא לבד חייב לשלם ואם לאו כולן חייבין וכדעה זו הכריע רבינו הרמ"א ולא פליגי רק בכסא או ספסל אבל בעיקר דיני נזקין ס"ל כדעה שבסעיף ב' וסעיף ד' דכל שע"י הראשונים לא היה נעשה הנזק כלל אלא ע"י תוספת האחרון אע"פ שבהאחרון לבד ג"כ לא היה נעשה הנזק חייב הוא לבדו אע"פ שהיה ביכולת הראשונים למנוע הנזק כשנתוסף הוא אבל אם גם בראשונים היה נעשה הנזק לאחר זמן וע"י האחרון נעשה הנזק מהר אם היה ביכלתם למנוע ולא מנעו כולם חייבין ואם לא היה ביכלתם למנוע חייב האחרון בלבד וכן עיקר לדינא כיון שרבותינו בעלי הש"ע פסקו כן וגם בהרמב"ם מפרש המגיד כן ע"ש :

סימן שפב [המבער מזיק של חבירו וכן חטף מצוה שעל חבירו לעשות ובו ט' סעיפים] :

א אסור לגדל דבר המזיק בביתו ובחצרו כמ"ש בסי' ת"ט ומצוה על הבעלים לבער את המזיק מן העולם כגון אם היה שור המזיק חייב לשחטו ואם היה אילן הנוטה ליפול חייב לקצצו וסולם רעוע חייב לתקנו כדי שלא יוזקו את הבריות ומתרין את הבעה"ב שיתקן את הדבר המיועד להנזק על ידו כמ"ש בסי' תכ"ז במעקה ואם אינו ציית דינא דינו כמ"ש ביו"ד סי' שלו"ד ע"ש ודבר זה מוטל על הבעלים מן התורה שנאמר ולא תשים דמים בביתך ואע"ג דבמעקה הוא דכתיב ז"ל בתר טעמא ואם הבעלים אינם עושים את המצוה על כל אדם המצוה

המצוה מוטלת לסלק את הנזק אבל אם רוצים הבעלים בעצמם לעשות הם קודמים לכל אדם ואסור לאחר לחטוף ממנו מצותו :

ב ואם אחר חטף המצוה מהבעלים כגון שור שהוא מזיק את הבריות ועומד להריגה או כלב רע או אילן העומד לקציצה מפני שמזיק את הרבים וקדם אחר ושחט השור וקצץ האילן שלא מדעת הבעלים והבעלים טוענים למה חטפת מצותי ואצלי המצוה שוה כסף חייב לשלם להבעלים כפי ראות עיני הדיינים באיש הזה אם הוא מדקדק במצות יקנסו להאחר הרבה ואם אינו מדקדק יקנסוהו דבר מועט וגם ישערו בטירחא של מצוה זו דיפעמים אדם מונע ממצוה כזו בשביל טירחא [סמ"ע] ודבר פשוט הוא שאם הרג את השור משלם דמי שווי הבשר מה שיש הפרש בין כשר לטרפה לבד קנס מהפסד המצוה דהרי מזיק גמור הוא דהיה לו לשחטו וכן נ"ל שאם הבעלים אינו שוחט בעצמו ובא אחר ושחטו או קרא לשוחט ושחטו דפטור אף אם עשה בלא ידיעת הבעלים דהרי אף אם ידעו מזה לא היו שוחטים בעצמם אך אם רואים שהבעלים מתעצלים בקיום המצוה ומיהרו אחרים ועשו תבא עליהם ברכה ואין הבעלים יכולים לתבוע אותם ואדרבה ראוי לקנוס את הבעלים על עצלותם וכן הדין בעשיית מעקה ותקון סולם וכיוצא בזה [כ"ל] :

ג כמו כן החוטף מצוה מחבירו כגון שרצה למול בנו ובא אחר ומלו או ששחט חיה ועוף ובא אחר וכיסה הדם והחיוב הוא על השוחט כמ"ש ביו"ד סי' כ"ח וכן מי שנתנו לאחד כוס של ברכה לברך ברהמ"ז ובא אחר וחטפו וכן מי שקראוהו לעלות לתורה ובא אחר ועלה במקומו ואין לפני הראשון עליה אחרת בכולם משלם כפי ראות עיני הדיינים ומצינו בגמ' [חולין פז׳] מעשה באחד ששחט וקדם חבירו וכיסה הדם וחייבו ר"ג עשרה זהובים וכן מעשה ברבינו הקדוש שכיבד לאחד לברך על הכוס ברהמ"ז וא"ל רצונך לברך או ליטול מ' זהובים הרי מפורש שרז"ל קנסו בעד זה ורבינו הקדוש רצה ליתן ממונו אע"פ שלא היה חיוב עליו כלל שהרי על שלחנו ישב ונהי דמרוב קדושתו עשה כן מ"מ חזינן עכ"פ שיש דין ממון בזה :

ד והנה יש מרבותינו שסוברים דאין בזה דבר קצוב וידונו בזה כפי ראות עיניהם כמ"ש ויש שסוברים דאע"פ שעיקר התשלומין הוא קנסא ולא טרינא מ"מ יש בזה דבר קצוב והוא עשרה זהובים לביטול מצוה או לנטילת הברכה כמו שמצינו בהמעשה של רבינו הקדוש שרצה ליתן מ' זהובים בעד ברהמ"ז והכ"ם ובברהמ"ז יש ג' ברכות דהטוב והמטיב לאו דאורייתא וברכת הגפן שעל הכוס הרי לכל ברכה עשרה זהובים ואין להקשות למה לא מחייבינן על הטוב והמטיב מפני שאינה מן התורה א"כ גם ברכת הכוס אינה מן התורה די"ל דודאי גם על דרבנן מחייבינן אלא דבמקום שיש דאורייתא לא מחייבינן על דרבנן ושלש ברכות דמזון הם מן התורה לכן לא מחייבינן על דרבנן משא"כ ברכת הגפן היא תמיד בפ"ע לפיכך מחייבינן עליה גם בברהמ"ז [וכזס ה"ס קוסית סקלס"ה על הס"ך] וי"א דבעד הטוב והמטיב משלם ואינו משלם בעד ברכת הגפן מפני שהיא ברכת הנהנין והקנס אינו רק על ברכת המצות [רי"ו] ודעה ראשונה סוברת דזה הסכום שאמרו רז"ל לא לפי הקצוב אלא שכך היה נראה בעיניהם באותן המעשיות [עס"ך סק"ה ודוק] :

ה ויש מרבותינו שאומרים דבחוטף ברכה אם בירך בקול רם יכול זה לענות אמן וגדול העונה אמן יותר מן המברך ואם לא ענה איהו דאפסיד אנפשיה וזה החוטף א"צ לשלם קנס רק אם בירך בלחש או שלא בפניו שלא היה יכול לענות אמן וכן אין מחייבין קנס רק במצוה חיובית כמו כיסוי הדם שחובה על השוחט לכסות אבל אם חטף השחיטה א"צ לקונסו דאין השחיטה חיובית אם אין רצונו לאכול בשר וממילא דעל ברכת הנהנין אין מחייבין קנס דאינה חיובית וכן אין מחייבין אלא החוטף מצוה שלו כגון שחטף כיסוי הדם של השוחט או המילה מאבי הבן אבל אם השוחט כיבד לראובן לכסות הדם או שכיבדו למול בנו ובא שמעון וכיסה ומל פטור מלשלם לראובן דבמה קנה ראובן את המצוה ואפילו הקנה לו השוחט או אבי הבן בקנין אינו כלום דקנין דברים הוא [לבוש וש"ך] ומ"מ לא טוב עשה וצריך לפייסו ועוד אפשר שיש לחייבו לשלם להשוחט או לאבי הבן דהם כשכיבדו את ראובן נעשה ראובן שלוחם ושלוחו של אדם כמותו והוי כאלו הם בעצמם עשו המצוה משא"כ זה החוטף לא בשליחותם עשה [כ"ל] וגם כלל גדול יש בזה שאע"פ שקנסינן על חטיפת מצוה ועל חטיפת ברכה כמ"ש מ"מ במצוה שיש בה גם ברכה כמילה וכיסוי הדם וכיוצא בזה לא קנסינן רק קנס אחד ולא קנסינן שתי קנסות על דבר אחד :

ו כללא דמילתא כתב הרמב"ם בפ"ז מחובל שהורו הגאונים שכל המונע הבעלים מלעשות מ"ע שהם ראוים לעשותה וקדם אחר ועשאה משלם עשרה זהובים או כפי ראות עיני הב"ד כמ"ש ומדברי הטור משמע דמצוה שעל האדם לעשות בחיוב כמילה וכיסוי הדם הקנס קצוב עשרה זהובים ומצוה שעל האדם לעשות להציל מנזק כמו הריגת מזיק וקציצת אילן וכיוצא בזה אין הקנס קצוב אלא כפי ראות עיני הדיינים והטעם נראה דאין זה חשובה כל כך דאם היה צדיק לא היה מניח לבא לידי כך וכן נראה שאין דומות זל"ז [ומתורץ קוסית סס"ך בסק"ה ומסרי"ף וסרמ"ס ס"פ סחובל אין רמ"ס דמעיקר סקנס קאי ודוק] :

ז עכשיו שאין לנו סמוכין כמ"ש בסי' א' אין דנין דיני קנסות ולכן אין מגבין בזמה"ז הקנסים מכל מ"ש בסי' זה ואי תפס לא מפקינן מיניה כמ"ש שם ומ"מ בין כך וכך

וכך לא טוב עשה וצריך לפייסו [ט"ז] ומכל מ"ש למדנו שאין לאדם לקבוע מזוזה בבית חבירו שלא מדעתו ולעשות לו ציצית או שאר מצוה שלא מדעתו דבודאי רוצים הבעלים לעשותה בעצמם ולכן לא יעשה בלא רשיונו אם לא במקום שיש קלקול בדבר דאז מצוה עליו לעשות כמ"ש בסעיף ב׳ :

ח ואף במקום שחייב לשלם אם טען ואמר אתה אמרת לי להרגו להמזיק ולקצוץ את האילן אם הדבר ידוע ששור זה היה מזיק והאילן מזקת את הרבים הואיל והוא עומד לכך נאמן ופטור וכן בחטף מצוה ממנו וא"ל אתה צויתני לעשות ופטור אני נאמן ונ"ל דגם משבועה פטור דאין זה הפסד ממון ממש אלא קנסא בעלמא ויותר יש בזה חיוב לצאת י"ש מידי אדם :

ט ודוקא כשידוע שהם מזיקים אבל אם אחד שחט שורו של חבירו או הרג סוסו או קצץ נטיעותיו וא"ל אתה נתת לי רשות לעשות כן אינו נאמן דא"כ לא שבקת חיי לכל בריה שכל שונא יפסיד של חבירו ויאמר שברשותו עשה ואפילו יאמר אתה נתת לי רשות מפני שזה הדבר מזיק לרבים אינו נאמן בלא ראיה ואף בשבועה אינו נאמן [וכ"מ בהחובל לח: דהל"כ ל"ל לותר תתרגם וכו׳ לימא הסכע] ואפילו יש לו מיגו לומר לא הזקתי כגון שאין עדים שעשה זה מ"מ אינו נאמן דהוה מיגו במקום חזקה אלימתא דודאי לא יצוה אדם לקלקל חפצו חנם אבל כשאומר מפני נזק לרבים צויתני לעשות נאמן ע"י מיגו זה דלפ"ז אין זה במקום חזקה [וכנ"ל כוונת סרמ"א] או כגון שאומר לא עשיתי לך נזק שבין כך וכך היה נפסד ונאמן כשיש לו מיגו [ס"ך] כגון שמחל חוב של ראובן שהחזיר השטר להלוה וכיוצא בזה ואם צריך לשלם מחמת החוב שהפסידו לא ישלם כל הסכום שנכתב בהשטר אלא כפי שהיה שוה השטר למכירה [מרדכי ס"פ החובל וגם כוונת הסמ"ע כהס"ך ותתורץ קושית הט"ז] :

סימן שפג [דין אדם המזיק לבהמת חבירו ובו ח׳ סעיפים] :

א כשם שאדם חייב על נזקי כליו וחפציו של חבירו כמו כן חייב על נזקי בהמתו ואם הרג או הזיק בהמת חבירו משלם כפי מה שהזיק ולא עוד אלא אפילו הניח גחלת על שורו של חבירו כנגד הלב ונשרף השור והבעלים היו שם ולא סילקו הגחלת חייב לשלם דמי השור להבעלים ואינו יכול לומר למה לא סלקת הגחלת מעל שורך דיכולים לומר לו מה לי לסלק הזיקך שאתה עושה בידים מה לי השור ומה לי דמי השור רק די"א דדוקא כשהשור היה כפות חייב אבל לא באינו כפות והטעם משום דדרך השור להתנענע כשמרגיש החמימות ולהפילו מלבו וא"כ לא היה ראוי שישרף השור מהנחתו הגחלת על לבו אלא שמזלו של בעל השור גרם וא"כ אפילו שלא בפני בעל השור פטור מדיני אדם וחייב בד"ש וי"א דגם באינו כפות חייב לשלם שהרי אין בו דעת להסירו וגם להתנועע ולהפיל לא כל השוורים עושים כן אבל בהניח גחלת על לב עבדו ונשרף אם הבעלים עמדו אצלו אפילו היה העבד כפות פטור מלשלם לפי שאינו מדרך בני אדם לסמוך בזה על תשלומין ובסימן ת"ח יתבאר בזה בס"ד ודעת הרמב"ם בשור כדעה אחרונה ואם דחף בהמת חבירו לנהר או לים יתבאר בסעיף ד׳ :

ב שנים שהמיתו את הבהמה כאחד או שברו את הכלי כאחד משלמים ביניהם ולא שכל אחד ישלם נזק שלם דמה להם לשלם יותר משהזיקו לו :

ג חמשה שהניחו חמש חבילות על הבהמה ולא מתה ובא זה האחרון והניח חבילתו עליה ומתה אם היתה מהלכת באותן החבילות ומשהוסיף זה חבילתו עמדה מלכת האחרון חייב דהרי מחמתו מתה ואע"ג דאם האחרים היו נוטלין חבילתן לא היתה מתה בחבילתו לבדו מ"מ פטורים מפני שבחבילתן לא היתה מתה כלל ולכן אם בחבילתן היתה מתה ג"כ כגון שגם קודם שהניח חבילתו התחילה לעמוד ולא היתה מהלכת כראוי הם חייבין והוא פטור ואם על ידם היתה מתה בשתי שעות וע"י הוספתו מתה בשעה אחת חייבים כולם דהיה להם להקל ממשאם אא"כ שזה האחרון לא הניחם להקל ודין זה הוא כדין ספסל שבארנו בסי׳ שפ"א לדעת רוב הפוסקים ואם אין ידוע ע"פ מי מתה כולם משלמים ג"כ בשוה דהא א"א לחייב אחד יותר מחבירו וכ"ז כשלא הושוו עם בעל הבהמה ליתן כל המשא שהניחו עליה אבל אם הושוו עמו כולם פטורים ואיהו דאפסיד אנפשיה ואף אם לא הושוו עמו דוקא כשלא הלך בעל הבהמה עמהם או שהלך ולא ידע שהניחו עליה משא כל כך והיה סבור שנחלשה מעצמה אבל אם הלך עמהם וידע שהוסיפו משא ושתק פטורים כולם דהיה לו למחות ומדלא מיחה אפסיד אנפשיה וכמ"ש בסימן ש"ח ע"ש ודע דלדעה ראשונה שבסימן שפ"א סעיף א׳ חייבים כולם אף אם לא היתה מתה על ידם וחייבם הוא מפני שלא סילקו משאן ואין יכולין להטיל כל החיוב על האחרון כמ"ש שם גבי ספסל אך לדינא העיקר כמ"ש [ורש"י מפרש הך דמרעה בחבילה בב"ק י׳ דלא קאי אמתה רק אהא וגורס גירסא אחרת כמ"ש בסי׳ ת"ח] :

ד הכובש בהמת חבירו במים ולא הניחה לצאת מהמים או שהניחה בחמה וצמצם עליה המקום שלא הכנס בצל ונהרגה מזה חייב אבל בלא צמצום והיה ביכלתה לצאת מן המים ומן החמה ולא יצאה מולא דניזק קא

גרים

גרים ופטור מדיני אדם וחייב בד"ש ולהיפך אפילו נפלה מעצמה לתוך המים או שעמדה מעצמה בחמה ובא זה ולא הניחה לעלות מן המים ומן החמה חייב מדיני דגרמי [טור] וכ"ז דוקא שאחזה בידו אבל אם רק סגר עליה הדלת שלא תצא י"א דפטור מדיני אדם משום דלא עשה מעשה בגופה וזהו כדין שיתבאר בסי' שצ"ו בפורץ גדר ע"ש ואינו פטור רק אם הוא לא הכניסה אבל אם הכניסה וסגר הדלת חייב כיון שעשה מעשה ותמיהני על רבינו הרמ"א שעל מה שכתב רבינו הב"י בסעיף ה' הכובש בהמת חבירו במים או שהניחה בחמה וצמצם עליה המקום כדי שלא תמצא צל עד שהרגתה החמה חייב עכ"ל והוא לשון הרמב"ם ז"ל כתב על זה ודוקא שאחזה בידו אבל סגר עליה הדלת שלא תצא י"א דפטור מדיני אדם עכ"ל ודרי בעשה מתחלה מעשה חייב אף כשסגר הדלת וצ"ל דה"פ דדוקא שאחזה בידו אח"כ בנכנסה מעצמה או שהכניסה בידו אבל סגר עליה הדלת כלומר שלא הכניסה ולא אחזה אח"כ פטור :

ה הבא להציל את שלו ממי שרוצה להזיקו וע"י הצלתו נעשה נזק להמזיק אם ההצלה היתה מוכרחת לעשותה ובלא זה היה מגיע לעצמו הנזק פטור ואע"פ שהיה יכול לתבוע בהמזיק את נזקו לא ניחא ליה לאינש למיקם בדינא עם מי שבא להזיקו וא"צ לחוש להנזק שיגיע עי"ז להמזיק אמנם זהו דוקא כשלא עשה מעשה רק בשלו ועי"ז נתנזק המזיק אבל אם עשה מעשה בהאחר והזיקו אע"פ שכוון להצלתו אם היה ביכלתו לעשות שלא במהירות כל כך ולא היה המזיק נתנזק חייב אבל כשעשה המעשה רק בשלו אף שאפשר שאם לא היה עושה כל כך במהירות לא היה המזיק נתנזק אין לו לדקדק בבה"ג וכ"ז כשהנזק מגיע להמזיק אבל אם ע"י הצלתו הגיע נזק אחר פשיטא שחייב לשלם בכל ענין דאין אדם רשאי להציל א"ע בממון חבירו :

ו לפיכך שור שעלה על שור אחר להרגו בין שהיה תם שאינו משלם אלא מגופו ובין שהיה מועד ובא בעל השור התחתון ושמט את שורו להצילו ונפל העליון ומת ה"ז פטור דשלו הציל שהיה מתיירא שלא ימות שורו ואף שאפשר שהיה יכול להשמיטו בנחת והשמיטו במהירות מ"מ פטור אבל דחפו לעליון ומת שעשה מעשה בהעליון אם היה יכול לדחפו שלא במהירות שלא יתנזק ולא עשה כן ה"ז חייב דאין לו להזיק בגוף המזיק כשביכלתו לעשות בענין אחר ודע דלדעת הרמב"ם שנתבאר בסי' שע"ח דברשות המזיק אינו חייב עד שיתכוין להזיק אין דין זה רק ברשות הניזק אבל ברשות המזיק חייב הניזק בכל ענין דכיון שהמזיק פטור בהיזקו נמצא שהניזק הזיקו שלא כדין וחייב לשלם לו הזיקו [סמ"ע] ולכן באמת הרמב"ם בדין זה בפ"ו מחובל כ' שעלה השור ברשות הניזק :

ז ודוקא בנזק כזה שמוכרח להציל מיד אבל ראובן שלקח כלי של שמעון וסמך בו חביתו של יין שלא תפול ובא שמעון ונטל כלי שלו ונשברה החבית חייב שמעון לשלם כל הנזק דאע"פ שראובן לקח הכלי שלא כדין מ"מ אין שמעון מוכרח להציל מיד דלהכלי לא היה מגיע נזק אף אם שהה זמן מה והיה לו לסמוך את החבית בדבר אחר ואף שלא היה לו לשעתו מזומן במה לסמכה מ"מ היה לו לחפש ולמצא ואף שהוצרך להכלי מ"מ אין זה מדרך בני אדם והוא דרך המזיקים וחייב לשלם [כ"ל] ואם סמכה בדבר אחר ונשברה אח"כ פטור דמה היה לו לעשות [סמ"ע] ואף שאין הסמיכה טובה כסמיכה של הכלי שלו מ"מ כיון שבשעת מעשה סמכה בטוב אין לו לחשוש עוד ויבא בעל החבית ויראה :

ח מתוך מה שנתבאר פסקו הגדולים בשני אנשים שהכו זא"ז ובא השלישי ודחף את האחד מן חבירו ונתנזק הנדחף דחייב לעשות עמו דין ולשלם לו דמי נזקו דהיה לו לשמוט את השני בנחת [ס"ך] דכיון שעשה מעשה בגוף הראשון חייב אף כשיש הכרח להציל מיד ואם השמיט הגוף השני ועי"ז נתנזק הראשון פטור וכן אם לא היה יכול להציל בענין אחר פטור בכל ענין ונ"ל דכל זה דוקא בהכו זה את זה אבל אדם גבור שמכה את החלש ממנו ובא השלישי להציל את החלש המוכה פטור בכל ענין דזהו זמנו בהול מאד וא"א לו להשלישי להתיישב באופן ההצלה ועוד נראה דבבא להציל מהמכה את חבירו או מהמכים זא"ז אין חילוק בין קרוב הבא להציל או איש זר דכולם דינם כקרובים לענינים כאלו :

סימן שפד [דין אדם המזיק שלא בגופו ובו ה' סעיפים] :

א האדם המזיק חייב בין שהזיק בידו או ברגלו או באיזה אבר שהוא ואפילו הזיק בכחו חייב דכחו כגופו דמי ואפילו בכח כחו חייב כגון שזרק אבן על עץ ומכח הזריקה נפלה העץ על האדם או על בהמה וכלים והזיקם חייב ואע"ג דלענין גלות פטור בכח כחו זהו מפני שדומה לאונס כמ"ש הרמב"ם בפ"ו מרוצח ויתבאר בס"ד בסי' תכ"ה אבל בנזקין הא גם באונס חייב [כ"ל] ודוקא אם הדבר שהלך מכחו הזיק בשעה שהלכה מכחו אבל אם הזיקה לאחר שנחה על הארץ אין לזה דין אדם המזיק אלא ממונו המזיק וג"מ לענין ד' דברים שהאדם משלם

משלם לבר נזק וממונו פטור כמ"ש בסי' ת"ך ועוד דכל תקלה שבא ע"י האדם דין בור יש לו ופטור על הכלים כמ"ש בסי' ת"י :

ב לפיכך מי שזרק אבן או ירה חץ והזיק בו או שפתח זרם מים על האדם או על הכלים והזיק או שרק ונע והזיק בכיחו וניעו בעת שהלכו מכחו או שהשתין והזיק בעת שהשתין או השליך רוק מחוטמו והזיק בעת השלכתו ה"ז כמזיק בידים והם תולדותיו של אדם אבל אם כל אלו הזיקו אחר שהונחו על הארץ כגון שנתקל בהם אדם ה"ז חייב משום בורו וכן אם היה מכה בפטיש ויצא שביב אש מתחת הפטיש והזיק ה"ז חייב וכן אם היה חוטב עצים ויצא חתיכת עץ מן כח הגרזן והזיק קודם שנפל על הארץ חייב ואפילו אם ע"י זה העץ התיז עץ אחר דהוה כח כחו חייב וכן כל כיוצא בזה :

ג דבר ידוע שגרמא בנזקין פטור לפיכך בכל נזקין אלו אם היה גורם ע"י מעשיו שנתהוה איזה נזק פטור כשלא היה ע"י כחו וכך אמרו חכמים הבנאי שקבל עליו את הכותל לסותרו ושבר את האבנים או הזיק חייב ואם היה סותר מצד זה ונפלה הכותל מצד אחר פטור [ב"ק לט:] דזהו גרמא אבל כשנפלה הכותל מחמת ההכאות חייב דזהו כזורק חץ והזיק ומזה יש ללמוד לכל הענינים דגרמא מקרי כשהיה ההיזק בצד האחר לא מפני חוזק ההכאה אלא שנתרפה הבנין וממילא נפל ומפני ההכאה מקרי כשנפלה מפני רעידת ההכאה דזהו כחו ממש וכגופו דמי :

ד שותפים שקבלו מלאכה ובמלאכה זו יש כמה מלאכות וזה עושה מלאכה ראשונה וזה השניה וזה השלישית וזה הרביעית מי שהזיק במלאכתו חייב והשאר פטורים אע"פ שהיה שוגג או אנוס ואע"פ שכולם שותפים בהמלאכה אבל כשהזיקה לאחר גמר מלאכת כולם כולם חייבין לשלם בר"א כשהם שותפים בהמלאכה שקבלוה בקבלנות אבל אם הם שכירי יום חייב האחרון אם פשע במלאכתו וכולם פטורים אבל כשהיו שותפים כולם חייבים דעל כולם להשגיח לראות שיהא נעשתה המלאכה יפה והוי אצל כולם כפשיעה משא"כ כשהזיק בעת עשייתו הוי כמזיק ואין לשותפים לסבול הזיקו :

ה וכך אמרו חכמים [סס קיח:] החוצב אבנים מן ההר שחצב האבן ונתנו להסתת לרבעה ולהחליקה והזיק בו חייב הסתת מסרה הסתת להחמר ולהוליכה למקום הבנין והזיק החמר חייב מסרה החמר לכתף הכתף חייב מסרה הכתף להבונה הבונה חייב מסרה הבונה למסדר המסדרם על שורת הבנין המסדר חייב ואם אחר שסדרו על שורת הבנין נפל והזיק אם הם קבלנים וכולם שותפים בהמלאכה כולם חייבים ואם הם שכירי יום האחרון חייב וכולם פטורים וכל אלו חיובם כשהזיקו בשעה שעשו או שהזיקו בכחם אבל כשהיה ההיזק ממילא פטורים וזה שנתבאר דאחר שסדר על הבנין והזיק חייב זהו ג"כ שפשע בהנחתו ומ"מ כולם חייבים מטעם שכתבנו דעל כולם להשגיח לראות שיהא נעשתה יפה [ערש"י ב"מ קיח: ד"ס כולן] :

סימן שפה [דין היזק שאינו ניכר ובו ז' סעיפים] :

א דבר תורה היזק שאינו ניכר לא שמיה היזק כגון מטמא טהרותיו של חבירו שמפסידו שלא יוכל לאכלם בימי טהרתו ונמכר בזול וכן המערב תרומה בחולין ונמכר בזול מפני שאינו ראוי אלא לכהנים ואפילו המערב יין נסך ביינו של חבירו ומפסידו הכל שאוסרו בהנאה מ"מ כיון שאין שום השתנות על גוף הדבר הוי כגרמא בנזקין ופטור בדיני אדם אבל חכמים חייבו לשלם בעד נזק כזה נזק שלם מהיפה שבנכסיו כדין כל המזיקים כדי שלא יהא כל אחד הולך ועושה נזקין כאלו לחבירו וכיון שקנס הוא אמרו חז"ל [גיטין מה:] דאם מת המזיק קודם שישלם אין קונסין יורשיו אחריו שישלמו דלדידיה קנסו רבנן וליורשיו לא קנסו וי"א דאפילו עמד אביו בדין וחייבוהו לשלם ומת קודם שישלם פטור הבן מלשלם [סמ"ע] ויש חולקין בזה [ש"ך] דכיון דעמד בדין נתחייבו נכסיו וכן עיקר לדינא :

ב כיון דהטעם הוא משום קנס לכן אם היה שוגג או אנוס פטור שלא קנסו אלא במזיד מפני הטעם שנתבאר ואם יש הכחשה ביניהם נשבע המזיק היסת ששוגג או אנוס היה ונפטר ואם יש עד אחד שהיה במזיד והוא מכחישו נראה שא"צ לישבע שד"א להכחישו כיון דמן התורה אין כאן חיוב כלל אלא נשבע היסת ואף דבשארי ממון דרבנן נשבע שד"א כמו בכתובה מ"מ הכא דכל זמן שלא נתברר חיובו אין על זה דין ממון כלל משא"כ בכתובה שהחיוב ברור עכ"פ אלא שיש הכחשה ביניהם [נ"ל] ואם הודה מפי עצמו שבמזיד עשה כן חייב אע"ג דבכל מודה בקנס פטור זהו בקנסות דאורייתא ולא בקנס דרבנן [יש"ש] :

ג דעת הרמב"ם בפ"ז מחובל דבכל היזק שאינו ניכר הדין כן ודעת הרמב"ן דאין החיוב רק בקנסות שנתבאר דמקנסות לא ילפינן לשארי דברים ובגמ' לא נתבאר רק מטמא ומדמע ומנסך [ש"ך] :

ד כשעשה בשוגג היזק שאינו ניכר דפטור ובא אחר והזיק את זה היזק גמור אינו חייב לשלם אלא כפי השווי שאחר ההיזק הקודם דהא אינה שוה יותר [נ"ל] :

ה מעשה בראובן שבקש משמעון שימכור לו חפץ אחד ולא רצה שמעון והניח ראובן המעות של דמי החפץ לפני שמעון וזרק שמעון המעות ונאבדו ופסקו דשמעון פטור [ע"ז] ודוקא שלא השליכו למקום האבוד כמו לאור או לים ולנהר וכיוצא בזה וגם דוקא שהיה ראובן כשורק מעותיו והיה לו לאספם דאל"כ הוי כמשליך לאיבוד וחייב [כ"ל]:

ו המנסך יין חבירו לאליל לא נאסר משום דאמרינן לצערו כוון ולא היתה כוונתו באמת לנסך דאין דרך ישראל שיתפקר כל כך הלכך אמרינן שלא היה בלבו לשם נסך ואמרו חז"ל אין אדם אוסר דבר שאינו שלו מטעם זה ואם היה ישראל הפוך אסור דהרי הוא ככותי וכן אם התרו בו וקבל ההתראה ה"ז אוסר היין שהרי הוא כנהפך וחייב לשלם אע"פ שמתחייב בנפשו מפני שחיוב מיתה והתשלומין אינן באין כאחר שמשעה שהגביהו חייב לשלם ומתחייב בנפשו לא הוה עד שעת ניסוך [עיין תוס' כתובות לא: ד"ה שעקירה]:

ז וכן אם היה לו חלק בהיין נאסר בכל ענין דהא על חלקו לא שייך לומר דלצעוריה קא מכוין אלא דנעשה רשע וכוון לנסך ואסור היין וחייב לשלם וי"א דגם בשותפות אמרינן לצעוריה קא מכוין וביו"ד סי' ד' לענין שחיטה הביאו הטור והש"ע שתי הדעות ובכאן לא הביאו דעה השניה ויש מי שאומר דדוקא בשחיטה אמרינן כן דרצה לצערו ולכן עשה כן על כל הבהמה דא"א לשחוט חצי בהמה אבל ביין אי ס"ד לצעוריה קא מכוין יחלוק היין ולמה היה לו לעשות כן גם בחלקו [סמ"ע וקושית הש"ך ביו"ד שם י"ל לפמ"ש רש"י בחולין מאי דס"ד דהוה מצי לתרץ בשותפות לא שייך לומר כל כך הקושיא שניה כבראשונה ועוד דתירוצא דמומר במנסך לא א"ש דאטו ולית דינא כמ"ש הב"י שם ובע"כ אין לו תירוץ אחר משא"כ הקושיא השניה אוחזין בסכין ותירוץ הש"ך שם ל"ע ובנה"כ נדחק בעצמו בזה ע"ש ודוק]:

סימן שפו [דיני דגרמי וגרמא ואינו ניכר וגורם לממון ומזיק שיעבודו ובו כ"ד סעיפים]:

א יש מיני נזקין שאינם מזיקין ממש אלא גורמין להזיק ממון אחרים וחמשה מינים יש בזה גרמא בנזקין וגרמי והיזק שאינו ניכר ודבר הגורם לממון ומזיק שיעבודו של חבירו כמו שיתבאר וגרמא בנזקין קיי"ל דפטור מדיני אדם וחייב בד"ש וגרמי חייב גם בדיני אדם דקיי"ל כר"מ דדאין דיני דגרמי והיזק שאינו ניכר קיי"ל דמן התורה פטור אבל חכמים חייבוהו אם עשה במזיד כמ"ש בסי' שפ"ד ודבר הגורם לממון קיי"ל דלאו כממון דמי ופטור בדיני אדם וחייב בד"ש [רמ"ס פ"ט דב"ק סי' י"ג] ומזיק שיעבודו של חבירו חייב כבדינא דגרמי דכן פסקו הרי"ף והרא"ש [פ"ד דגיטין] והרמב"ם פ"ז מחובל והראב"ד ז"ל חולק בזה ונבאר בס"ד כל הענינים הנמצא בגמ' ממה שנתבאר עם ביאור הטעמים:

ב גרמא בנזקין מקרי כגון הפורץ גדר לפני בהמת חבירו ויצאה והזיקה ויתבאר בסי' שצ"ו והנותן סם המות לפני בהמתו של חבירו ואכלה ומתה כמ"ש הרמב"ם בפ"ד מנזקי ממון והשוכר עדי שקר להעיד לאחר והוציאו ממון על פיהם כמ"ש בסי' ל"ב והיודע עדות לחבירו ואינו מעיד לו וע"י זה הפסיד ממון כמ"ש בסימן כ"ח והעושה מלאכה במי חטאת של פרה אדומה שפסלן כמ"ש הרמב"ם שם והשולח את הבערה ביד חרש שוטה וקטן ויתבאר בסי' תי"ח והמבעית את חבירו ונתבהל וחלה מהפחד אם לא נגע בו כמ"ש בסי' ת"ק וצעק באוזן חבירו וחרשו בשלא אחז בו כמ"ש שם ונשברה כדו ברה"ר ולא סילקה ואחר ניזוק עי"ז ויתבאר בסי' תי"א והכופף קומתו של חבירו בפני הדליקה והגיעתה הדליקה ע"י רוח שאינה מצויה כמ"ש בסימן תי"ח ושיסה כלב או נחש בחבירו ונשכו פטור המשסה בדיני אדם כמ"ש בסי' שצ"ה והבנאי שסתר את הבנין מצד זה ונפל מצד אחר שלא ע"י כחו שנתבאר בסי' שפ"ד ובור כרויה שאחר חפר בה להרחיבה או להעמיקה ושור של חבירו עמד על שפתו ומקול הכרייה נבעת השור ונפל לבור והוזק דפטור הכורה מפני שזהו גרמא ויתבאר בסי' ת"י וליבה האש ואין בליבויו כדי ללבות ולבתו הרוח שפטור משום גרמא כמ"ש בסי' תי"ח וכן כל מיני היזק ראיה ויש מיני הרחקת נזקין שנתבארו בסימן קנ"ה אם לא הרחיק וגרם הנזק פטור משום דהוי גרמא [ב"ב כב:] ויש שמחייבין שם וכלל גדול צריך לדעת דאע"פ שגרמא בנזקין פטור מדיני אדם מטעמים שיתבארו מ"מ אסור לעשות כן [שם] וחייב בדיני שמים וקודם שעשה יכולים למחות בו שלא יעשה כדמוכח מן כל הנזקין מהרחקתן שבסי' קנ"ה ומהיזק ראיה ועוד יש גרמא כמו שור של ראובן שנפל לבורו של שמעון והבאישו המים מריחו [ב"ק מח:]:

ג דיני דגרמי כיצד השורף שטרותיו של חבירו והפסיד חובותיו או שמחל ללוה כותי את החוב בשם המלוה והפסידו חובו והמוכר שט"ח לחבירו וחזר ומחל החוב להלוה שחייב לשלם להקונה מדיני דגרמי כמ"ש בסימן ס"ו ופוחת מטבע של חבירו והעביר צורתו אע"פ שלא חיסרו חייב לשלם כל מה שנפחתה משויה ודוחף מטבע של חבירו לים או לנהר אע"פ שלא הגביהה ואף שהמים צלולים ורואה אותה רק שצריך ליתן מעות למי שיכול

לשחות ולהגביהה מקרקע המים חייב לשלם מדיני דגרמי והמראה דינר לשולחני ונמצא רע דחייב השולחני לשלם כשסמך עליו כמ"ש בסי' ש"ו וכל דיני מלשין שיתבארו בסי' שפ"ח חיובו מדיני דגרמי והזורק כלים שלו מראש הגג והיו תחתיו כרים וכסתות שלא ישברו כשיפלו וקדם אחר וסילק את הכרים ונחבטו הכלים בארץ ונשברו חייב המסלק מדיני דגרמי והצורם אוזן פרתו של חבירו ועשה בו מום ופסלו מהמזבח חייב מדינא דגרמי להרי"ף והרמב"ם [ספסקו דלא כרבה בספ"ב דב"ק ובהגוזל קמא] ומסכך גפנו על תבואתו של חבירו ואסרה להתבואה משום כלאי הכרם וכן כשהיתה מחיצה בין הגפנים והתבואה ונפרצה המחיצה ונתייאש מלבנותה ונאסרה התבואה כמ"ש ביו"ד סי' רצ"ז וברמב"ם פ"ז מכלאים חייב לשלם כדיני דגרמי [ול"ע שהשמיטו חיוב תשלומין] ודיין שדן את הדין וטימא את הטהור וזיכה את החייב ונעשה מעשה על פיו ולא היה מומחה ולא קבלוהו בע"ד דחייב לשלם מדינא דגרמי אף כשלא נשא ונתן ביד כמ"ש בסימן כ"ה:

ד כל מה שבארנו בגרמי הוא לדעת הרי"ף והרמב"ם [כמ"ש] ויש מרבותינו שחולקים על כמה דברים כמו בדוחף מטבע של חבירו לים כשהמים צלולים ולא הגביה המטבע ופוחת צורת מטבע של חבירו וסילק כרים וכסתות ונשברו הכלים [דפוסקים כרבה שם לבד מפורק סער] וס"ל דזה אינו גרמי אלא גרמא ופטור בדיני אדם ולכן אפילו ראובן שזרק כלי שמעון מעל הגג ולא הגביהן והיה תחתיהן כרים וכסתות וקדם בעצמו לאחר הזריקה וסלקם פטור דעל הזריקה אינו חייב דלא היו ראוים אז להשבר ועל סילוק הכרים הוי גרמא וכן בצורם אוזן פרה ופסלה ממזבח ס"ל דאינו אלא גרמא דלאו כל הבהמות עומדות למזבח שנחשב זה כהיזק גלוי וכן בעושה מלאכה במי חטאת שחשבוה כגרמא י"א דהוה גרמי וחייב [רא"ש בהגוזל ס"ס י"ג ופ"ב דב"ב סי' י"ז] ודע דעיקר דין זה דמי חטאת נכללת בהיזק שאינו ניכר כמו שיתבאר בס"ד אלא שמפני שיש מדמים זה לגרמא ויש לגרמי כמ"ש לכן כללנוהו בהם:

ה היזק שאינו ניכר כיצד המטמא טהרות והמדמע תרומה בחולין ומערב יי"נ ביין כשר שנתבאר בסי' שפ"ה והכנים פרה אדומה לדיר שתדוש התבואה ונפסלה במלאכה כדכתיב אשר לא עלה עליה עול והעושה מלאכה במי חטאת וכהנים שפגלו בקרבנם שחשבו בעבודה ע"מ לאכול הקרבן אחר זמן אכילתו וגזל מטבע ונפסל או תרומה ונטמאת או חמץ ועבר עליו הפסח שנתבאר בסי' שס"ג ומדין תורה היזק שאינו ניכר לא שמיה היזק אלא דמדרבנן קנסו כשעשה במזיד ולמה לא קנסו בגזילה משום דעיקר טעמא דקנסא שלא יהא כל אחד רגיל להפסיד ממון חבירו בענין זה כמ"ש שם וגזילות לא שכיחא [גיטין פה:] ולכן אומר לו הרי שלך לפניך כמ"ש שם אבל בפיגול קנסו במזיד וכן העישה מלאכה במי חטאת ובפרת חטאת כמ"ש הרמב"ם בפ"ז מחובל [כ"ל]:

ו דבר הגורם לממון כיצד ראובן שהקדיש קרבן שחייב באחריותו כשיאבד או יגנב וגנבו שמעון מבית ראובן א"צ לשלם כפל שנאמר וגונב מבית האיש ולא מהקדש ואע"פ שבגניבה זו גורם לראובן שישלם מעות אחרים מ"מ פטור דגורם לממון לאו כממון דמי כמ"ש הרמב"ם בפ"ב מגנבה וכן מי שגזל חמץ ועבר עליו הפסח דיכול הגזלן לומר לו הרי שלך לפניך אם בא אחר וגנבו מהגזלן א"צ לשלם לו כלום כיון שאסור בהנאה ואע"פ שגורם לו לשלם ממון. אחר בשזה החמץ אינו בעין כמ"ש בסי' שס"ג מ"מ גורם לממון לאו כממון דמי וכן אם בא אחר ושרפו להחמץ מיהו בזה יש חולקין וס"ל דצריך לשלם להגזלן דאין זה גורם לממון דאצל הגזלן הוה זה ממון ממש כיון שיכול לפטור א"ע בכך [רמב"ן בקו' גרמי וכמ"ש הס"ך בסקי"א]:

ז מזיק שיעבודו של חבירו כיצד עשה עבדו אפותיקי לבע"ח וחזר ושחררו וקיי"ל דשיחרור מפקיע מידי שיעבוד והזיק שיעבודו של זה חייב לשלם וכן קרקע המשועבדת לבע"ח ובא אחד וחפר בה בורות והפסידה משלם לו דמי נזקו ושור תם שהזיק והקדישו בעל השור ונמצא שהפסיד עי"ז לניזק דתם אינו משתלם אלא מגופו חייב לשלם וזהו דעת הרמב"ם בפ"ז מחובל והראב"ד חולק עליו וס"ל דמזיק שיעבודו פטור [וצ"ל דילא לו מב"ק לג: מר"ס בריש דר"י זאת אומרת וכו' ומתורץ קושית הס"מ ע"ש ודוק]:

ח והנה ההפרש בין כל אלו הנזקין דבגרמא פטור ובגרמי חייב ובהיזק שאינו ניכר פטור מן התורה ורבנן קנסוהו כשעשה במזיד ובגורם לממון פטור לגמרי ובמזיק שיעבודו להרמב"ם הוה כגרמי ולהראב"ד הוה כגרמא יש מרבותינו שאומרים דכולהו לפי דין התורה חד דינא אית להו וגם גרמי פטור מן התורה ולפ"ז אין לתת טעמים בכ"ז אלא דרבנן ראו לקנוס בדבר שהיה נראה להם שהוא שכיח ואין לדמות גזירות חכמים זל"ז [זהו דעת ריצב"א בתוס' ב"ב כג: ור"י בתוס' ב"ק כד. וכ"כ דעת הר"מ מר"ב בתשו' מיימוני נזיקין סי' ד' וכ"מ מלשון רש"י בב"ב שם שכתב על גרמא מאן דלא דאין דינא דגרמי וכן מפורש בירושלמי שבועות פ"ו ה"ו דמקרע שטר חייב משום קנס ובכלאים פ"ז ה"ג על מראה דינר לשולחני ונמצא רע דהוא קנסא וספ"מ כתב דכן הוא דעת הרמב"ם וכן הכריע הש"ך ז"ל]:

ט לפי דעה זו דמשום קנס הוא אין חיובא דגרמי רק במזיד ולא בשוגג ואונס [ש"ך סק"ו] כמו בהיזק שאינו ניכר וכן לא קנסו בנו אחריו וזה שמצינו בגמ' במראה דינר לשולחני ונמצא רע דהדיוט חייב אף בחנם אף שלא כוון להזיק דזהו כמזיק במזיד דמי בקש אותו שיזדקק לזה וזהו הטעם ג"כ בדיינים שטעו וחייבים לשלם

לשלם אף כשלא נשא ונתן ביד אם אינם מומחים אף שלא כוונו להזיק דזה עצמו כמזיק דמי בקש מהם להזדקק לזה [ומ"ש הרילב"א בתוס' ב"ב שם דאפשר דגם בשוגג קנים ר"מ וכו' ר"ל ובזה לא ס"ל כר"מ דהרי גם בהיזק שא"כ ס"ל כן בגיטין נג: ולא קיי"ל כוותיה] :

י ויש מרבותינו דס"ל דגרמי דינא הוא ולא קנסא כדמשמע מלשון דינא דגרמי וזה שאמרו רז"ל ר"מ דאין דינא דגרמי כלומר ר"מ ס"ל כן דדין גמור הוא והלכה כמותו וכיון דדין גמור הוא חייב בין בשוגג בין במזיד בין באונס בין ברצון וגם כשמת חייב בנו לשלם אחריו כדין כל המזיקים [וזהו דעת התוס' והרא"ש בב"ב שם ובהגוזל סי' י"ג ורמב"ן ורשב"א ויש"ש שם סי' כ"ו ומרש"י שם אין ראיה די"ל דהם הוא גרמי דהא מיירי בגירי דיליה אלא דס"ל להרא"ש שם דלא קיי"ל כר"מ וא"כ אין חילוק אבל למאן דדאין יש חילוק] :

יא ולפי דעה זו צריך לבאר ההפרש בהם דגרמי לא מקרי אלא כשע"י מעשיו או דיבורו ההיזק ברי וכאלו נעשה כבר ועשה דרך נזק ואז חייב בין בשוגג בין במזיד בין באונס בין ברצון לבד במראה דינר לשולחני באונס ורן את הדין באונס ומלשין באונס דפטור מהטעם שיתבאר דכיון שעשה דרך נזק והנזק ברי שפיר דמי לנזקין בידים ודין גמור הוא ולכן בשורף שטר ומוכר שט"ח ומחלו ופוחת מטבע ודוחפה לנהר כולם יש בהם התנאים האלו ואע"ג דכשמוחל החוב אין זה דרך נזק אלא עושה טובה להלוה ודמי לנזקין שבסי' קנ"ה שעושה בשלו ומגיע רעה לחבירו לא דמי דבשלו יש רשות לאדם לעשות ולא בשל אחרים ומזיק גמור הוא הא למה זה דומה למי שיגזול מראובן ויתנה במתנה לשמעון ומראה דינר לשולחני ודן את הדין דחייב לשלם אף בלא נשא ונתן ביד וודאי דזהו ג"כ כמו כוונתו להזיק כיון שאינו מומחה לדין ולשומת הדינרין ובודאי יטעה וכיון שטימא את הטהור או זיכה את החייב וא"א להחזיר הדבר וכן במראה דינר כשסמך עליו ההפסד ברור וזהו כעושה דרך נזק ואף שלא כוונו להזיק מ"מ מזיקים הם הא למה זה דומה לראובן שבא אצל שמעון וא"ל חייט אני תן לי בגד לתפור וקלקלו מפני שאינו יודע האומנות ואם באמת הוא מומחה לדין פטור מלשלם אא"כ נשא ונתן ביד כמ"ש בסי' כ"ה וכן בשולחני כשהוא מומחה פטור כמ"ש בסי' ש"ו ומה שחייב בנוטל שכר זהו לא מפני הנזק אלא מפני שנדון כשומר שכר ולא גרע מגניבה ואע"ג דכבר את הדין מחייבינן גם בטימא את הטהור והרי עכ"פ הוא היזק שאינו ניכר ולא ~~עשיה~~ היזק ואף מדרבנן הא בשוגג פטור והרי הם שוגגים בטעותם וכן מראה דינר הוא היזק שאינו ניכר דבהדינר לא נשתנה כלום אמנם זהו היזק ניכר דאין אנו מחייבים אותם על טעותם אלא על שהזדקקו לזה דניכר לכל בעת שהזדקקו שיפסידו לזה כיון שאינם בקיאים ולכן אם נאנסו שיזדקקו ודאי פטורים ואע"ג דכל מזיק חייב באונס לא דמי דכל מזיק שמזיק באונס מ"מ ההיזק נעשה אבל באלו אם עשו באונס לא היה להבעלים לסמוך עליהם ולא היה מגיע להם היזק וא"כ הבעלים הזיקו לעצמם ואף אם לא ידעו מהאונס מ"מ היה להם לחקור וכן מלשין הזיקו ברי ודרך נזק הוא ואם האנס כפאו פטור ואינו דומה לכל נזקין שחייב באונס דבכל הנזקין עכ"פ הוא העושה הנזק אבל אנס זה כשאנסו להראות לו ממון חבירו הממון הוא כבר כנזוק כיון שהאנס נתן עיניו בו וזה האנוס אינו אלא כמראה מקום ובכ"ז י"א דאונס ממון לא מקרי אונס כמ"ש בסי' שפ"ח ואפשר דגם בשוגג מלשין פטור דכשעשה בשוגג אין זה דרך נזק ואינו דומה לכל הנזקין דחייב בשוגג דבמעשה אין לחלק דמ"מ המעשה נעשה אבל בדיבור בשוגג אין זה כלום וגרע גם מגרמא ונוטל כרים וכסתות וצורם אוזן ג"כ ההיזק ברי ועושה דרך נזק וכן מסכך גפנו על תבואת חבירו או נפרצה המחיצה ונתייאש ולא גדרה ההיזק ניכר לכל שרואין גפנים בתבואה והנזק ברי ועושה דרך נזק דמה לי אם שורף תבואתו של חבירו או שאוסרם ע"פ דין התורה :

יב אבל בגרמות אין בהם גדרים אלו פורץ גדר מי יימר שתצא ותזיק ואין הנזק ברי ונותן סם המות לפני בהמת חבירו מי יימר דתאכל והרי כמה פעמים שהבהמה שבעה ואין רצונה לאכול ושוכר עדי שקר מי יימר שיעידו והרי דברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין והיודע עדות ואינו מעיד העדר המעשה והדיבור פשיטא שאינו בגדר מזיק כלל אלא גורם לנזק ועושה מלאכה במי חטאת ובפרת חטאת הוי היזק שאינו ניכר ועוד דלא עשה דרך נזק ושולח את הבערה ביד חש"ו אינו ברי הזיקא כמו שיתבאר בסי' תי"ח ע"ש והמבעית חבירו או צעק באזנו וחרשו אינו ברי הזיקו דכמה פעמים עושין כן דרך שחוק ואינו מגיע נזק ע"ז וגם אינו מקרי דרך נזק מטעם זה ונשברה כדו ולא סילקו אינו דרך נזק דהא נשברה באונס וחיובו הוא על שלא סילקה והעדר מעשה אינה כמעשה וכופף קמת חבירו בפני הדליקה ונדלקה ע"י רוח שאינה מצויה אינו ברי הזיקא דמי יימר שיבא רוח כזה ושיסה כלב ונחש אינו ברי הזיקא דמי יימר שישכנו ובנאי שסתר את הבנין מצד זה ונפל מצד אחר הרי לא עשה דרך נזק וזהו כהרחקת נזקין דסי' קנ"ה ובור כרויה שהרחיבה ועמד שור על שפתה ונבעת מקול הכרייה ונפל אין זה דרך נזק שהרי במלאכתו עסוק וליבה וליבתה הרוח משום דאין בעשייתו מעשה כדי להזיק כמ"ש בסי' תי"ח ושור שנפל לבור אחר והבאיש מימיו מריחו שפטור משום דרק באדם מחייבינן מדינא דגרמי אבל בבהמה לכ"ע פטור וכן פסק רבינו הרמ"א והיזק ראיה אינו ברי הזיקא דהרבה פעמים רואים בשל אחר ואינו ניזוק והרחקת נזקים שבסי' קנ"ה אינו עושה דרך נזק אלא עושה בשלו

הגדרש

הנדרש לו וממילא מגיע נזק לחבירו ואינו דומה לכלאי הכרם דהוי כשורף ממש ואין לו הכרח לזה דיכול לעשות מחיצה א"כ הוא מזיק ממש ומ"מ יש מרבותינו שמחייבים גם שם בגירי דיליה וחשבינן ליה למזיק כמ"ש שם הטור בסעי' מ"ח וכמ"ש שם דאע"פ שאין כוונתו להזיק מ"מ מעשה מזיק הוא וחייב לשלם וזהו ודאי דלהפוטרים ברודף מטבע לנהר או פוחתה כמ"ש בסעי' ד' א"א לחלק אלו החילוקים שבארנו ולפי מה שבארנו בס"ד א"צ לחלק בין דיבור למעשה [וא"ש כל מה שכתבו בזה] :

יג ובכולם מצרכינן שיהיה ההיזק ניכר דבאינו ניכר לא שמיה היזק ורק חכמים קנסוהו במזיד כמ"ש בסעי' ה' וגורם לממון לאו כממון דמי דכל מה שחשבנו בגרמי הוי ממון ממש ומזיק שיעבודו של חבירו חייב להרמב"ם כיון שהיה לו לגבות מזה הוי ממון ממש והראב"ד שפוטר ס"ל דאינו כממון ממש כיון שאינו אלא שיעבוד ולא תקשה לך והרי חייבנו בשורף שטר והשטר אינו ממון ממש אלא גורם לממון שע"י השטר משלמין כמו בחמץ שעבר עליו הפסח שיכול לפטור א"ע בו אמנם לא דמי דממון מקרי כל דבר שביכולת למכור בשוק והשטר יכולים למכרו והוי כממון ממש משא"כ חמץ שעבר עה"פ אינו שוה כלום למכירה רק שהגזלן יכול לפטור א"ע בו [ועט"ג דב"ק לח: מעדיף דבר הגורם לממון מספר תורה לדחויי לדרב דימי הא דאמת וי"ל גם להיפך וכיון דפסקינן חיוב גרמי ורבנן ס"ל בגורם לממון דלאו כממון דמי צריך לחלק כמ"ש] :

יד וגם מהרמב"ם בפ"ז מחובל נראה דס"ל דגרמי הוי דין גמור ולא משום קנסא מדכתב מקודם דין היזק שאינו ניכר וכתב דמדינא פטור אלא מקנסא דרבנן חייב במזיד ואח"כ כתב דינא דגרמי ולא הזכיר לשון קנס ולא הפרש בין שוגג למזיד ש"מ דס"ל דדינו כמזיק ממש ולא משום קנסא ועוד ראיה ממ"ש בפ"ח דין מלשין וכתב שאם מת גובין מיורשיו ואי ס"ד דקנסא הוא ליהוי דינו כהיזק שאינו ניכר שלא קנסו ליורשיו כמ"ש שם בפ"ז ומה שכתב הרמב"ם זה במלשין ולא בשארי גרמי משום דבכל דיני גרמי אין זה רבותא כלל אבל במלשין הייתי אומר כיון דדיבורא בעלמא הוא אין זה אלא קנס ולא קנסו יורשיו אחריו קמ"ל דמזיק גמור הוא דאין הפרש בין מזיק בידו למזיק בלשונו ומהש"ס עצמו ראיה מדלא הזכירו בשום מקום דגרמי פטור בשוגג ש"מ דחד דינא אית להו עם מזיק גמור והירושלמי ס"ל דלא דיינינן דינא דגרמי כרבה בש"ס דילן ולכן לא מחייב במראה דינר רק משום קנס אבל הש"ס דילן דדאין דינא דגרמי הוה כמזיק גמור :

טו כתב רבינו הרמ"א בסעי' א' דדוקא באדם חייב דינא דגרמי אבל בבהמה לכ"ע פטור עכ"ל ונ"ל הטעם דהנה מה שהאדם חייב בנזקי בהמתו הוא משום ששמירתה עליו וצריך שישמרנה שלא תזיק ורוב מיני גרמי הוא ההיזק לא מהפעולה עצמה אלא מפעולת השכל שהיה לו להבין שזה יביא לידי נזק ברור כמו שריפת שטר ונטילת כרים וכסתות וכיוצא בזה ובבהמה לא שייך שכל ובעצם הדבר אין זה מזיק ולכן בנפלה לבור ונבאשו המים מחמת הריח אין לה דעת להבין נזק הריח [וא"ל לפ"ז מה שכתב הש"ך לשיטתו] :

טז השורף שטר של חבירו חייב לשלם כל החוב שהיה בהשטר לפי מה שהיה שוה למכירה [ש"ך] ובלבד שיודה לו המזיק שהיה השטר מקויים וכך וכך היה כתוב בו ומחמת ששרפו אינו יכול לגבות החוב אבל אם אינו מודה אינו משלם אלא דמי הנייר בלבד ואם המזיק אינו יודע י"א שבעל השטר נשבע ונוטל כמו בכל המזיקין שבסי' צ' ויתבאר עוד בסי' שפ"ח וי"א שלא עשו תקנת נגזל בשורף שטר כיון דניירא בעלמא הוא והעיקר כדעה ראשונה [ש"ך] ואם יש ביניהם הכחשה נשבע המזיק היסת ונפטר וכן ביכולת בעל השטר להשביעו כשטוען אינו יודע שישבע שאינו יודע אם הוא אינו רוצה לישבע שכך וכך היה כתוב בו ואע"פ שבעל השטר אינו מכחישו בבירור לומר שיודע מ"מ בכה"ג במזיק משבעינן אף על טענת ספק [ג"ה] :

יז וכ"ז כשאין עדים שיודעים כמה היה כתוב בו דאם יש עדים הרי אינו חייב לו כלום מפני שהם יעידו לפני ב"ד והב"ד יכתבו לו שטר אחר כמ"ש בסי' מ"א ואם יש עד אחד שמעיד כמה היה כתוב בו אם המזיק מכחישו נשבע להכחיש את העד ואם אינו יודע דנין בזה מתוך שאינו יכול לישבע משלם ויתבאר בסי' שפ"ח גם יתבאר שם אם יש בגרמי שבועת התורה וכ"ז מיירי שהלוה מכחיש או טוען פרעתי אבל כשמודה אין כאן דין כלל דיכתוב לו שטר אחר ואם הלוה אומר פחות והמלוה אומר יותר והשורף אינו יודע אין דנין בזה דין נשבע ונוטל אף לדעה ראשונה שבסעיף ט"ז אלא הלוה נשבע היסת וכן כשהלוה כופר בכל יכול המלוה להשביע היסת מיהו אם המלוה אינו רוצה להשביעו אלא רצונו לישבע וליטול או ליתן שבועה להשורף יש להסתפק אם השורף יכול להשביע להלוה או שהלוה יכול לומר לו לאו בע"ד דידי את :

יח סופר שכתב שטר וכתב סנה במקום מאתים או המזיק לחבירו בעצתו שיעץ לו או שליש שהחזיר שטר שלא היה לו להחזיר כגון שהחזיר שטר פרוע להמלוה והמלוה היה כותי והוציא מהלוה פעם שנית או אפילו היה ישראל אלא שהיה רשע והוציא מהלוה פעם שנית כולם פטורים דלא הוי אלא גרמא דכל אלו אינו ברי הזיקו דבשטר שכתב יתר וכן כשמסר שטר פרוע למלוה אינו ברי שיוציא בו ממון דשמא יביא הלוה ראיה שלא לוה כל כך ושפרעו כבר ואינו דומה להחזיר שטר שאינו פרוע ללוה או ששרפו דודאי אין ביכולת המלוה להוציא בלא שטר משא"כ להוציא מהלוה אינו

ברי

ברי כל כך וכן בעצה שאינה הוגנת מי יימר שילך בעצתו והיה לו להתיישב עם אחרים ג"כ ואיהו דאפסיד אנפשיה ועמ"ש בסי' רפ"ח סעי' כ' [ככ"ל כוונת הס"ך סקכ"ג] :

יט ומ"מ מה שביכולת הגורם היזק להצילו מכאן ולהבא מחוייב לעשות ולתקן את אשר עוות ומכריחין אותו לזה בכל מיני הכרח עד דמסלק הזיקא וכן הדין בכל גרמא בנזקין :

כ כתב רבינו הרמ"א בסעי' ג' די"א דבכל גרמא בנזקין אם הוא דבר שכיח ורגיל חייב לשלם משום קנס עכ"ל והקשו עליו דלא מצינו מי שיאמר כן דוראי כוונתו לאותה דעה שבסעיף ח' דאין חילוק בין גרמי לגרמא אלא דבגרמי קנסו רבנן משום דשכיח ע"ש וא"כ זהו הכל בגרמי ולא בגרמא אמנם כוונתו באמת כן הוא דכיון דראו חז"ל לקנוס במילי דשכיחי ולסימן זה קראו גרמי ולכן בכל גרמא ג"כ אם לפי ראות עיני ב"ד נעשה שכיח ורגיל חייב לשלם משום קנס ואפשר גם לדעה שניה שבסעי' י' דגרמי דינא הוא ולא קנסא מ"מ הרי אנו רואים בהיזק שאינו ניכר דקנסו רבנן כדי שלא יהא רגיל לעשות כן להזיק לחבירו א"כ אם לפי ראות רגילין אנשי רשע להזיק בגרמא למה לא יקנסו אותם ·וכבר נתבאר בסי' ב' דאם רואים ב"ד איזה פריצות ביכלתם להעניש ע"ש :

כא ולכן יש מי שכתב דראובן שמכר מקח לכותי ואחר שנגמר המקח בא שמעון וא"ל להקונה שאינו שוה כל כך וע"י כך פיחת לו ראובן שחייב לסלק לו כל מה שהפסידו אע"פ שאין זה אלא גרמא וי"א דדוקא שהמקח שוה כמו שמכר לו והכותי מכריחו לקבלו בפחות ממה שקנה וביון שזה גרם לו חייב לשלם ודינו כמלשין אבל אם באמת אינו שוה כל כך או שהקונה החזיר לו המקח אע"פ שע"י זה מוכרח למכרו בזול א"צ לשלם לו [ס"ך] וחייב בד"ש :

כב ראובן שהלוה מעות לכותי על משכונות ובא שמעון להלוה וא"ל שילונו בריוח פחות ממה שראובן נוטל ממנו והחזיר הלוה לראובן מעותיו פטור שמעון דהוי גרמא מיהו מקרי רשע ולא גרע מעני המהפך בחררה אבל מדינא פטור אפילו א"ל להלוה שיחזיר לראובן מעותיו :

כג מעשה שבא סוחר ועשה מקח עם ישראל ליקח ממנו כך וכך מדות יי"ש כל מדה בכך וכך ונגמר המקח ביניהם כדרך התגרים בהכאת כף אל כף אח"כ הלך הסוחר אל ישראל אחר הדר בשכונת ישראל זה ורוצה לקנות ממנו ג"כ יי"ש ולא גילה שכבר גמר עם הראשון וכוונתו היתה שאם זה יוזיל לו המקח לא יטול מהראשון והראשון הרגיש בדבר ושלח לשכנו שלא ימכור לו כי כבר גמר עמו והשני לא השגיח בזה ועשה מקח עם הסוחר ומפני זה חזר הסוחר ממקחו עם הראשון ופסקו דאם אין ערמה בדבר לפי ראות עיני ב"ד כגון שבאמת לא ידע השני שגמר עם הראשון אין עונשין אותו וגם דין מערופיא אין כאן דזה אינו אלא בסיחר שרגיל תמיד לקנות מהראשון אסור להשני להסיג גבולו אבל סוחר דאקראי כל זמן שלא גמר עם הראשון אם בא הסוחר מעצמו אל השני יכול למכור לו אבל אם ידע שגמר עם הראשון מענישין אותו ומוציאין ממנו הריוח [עסמ"ע] וכל ספק גרמא אין מענישין אותו אך עונשו בידי שמים אם היה כוונתו לגרום היזק לחבירו והמבטל כיסו של חבירו פטור בדיני אדם וחייב בד"ש כמ"ש בסי' רצ"ב :

כד הזורק כלים מראש הגג ואין תחתיהם כרים וכסתות וכשיפלו ישברו ובעודם באויר בא אחר ושברן במקל הזורק חייב והמשבר פטור דחשבינן אותם כשבורים משעה שזרקן הראשון ונמצא דהשני שבר כלים שבורים משום דהולכין אחר סוף הדבר וסופן להשבר וי"א דהוה ספיקא דדינא אם הולכין אחר הסוף וחייב הראשון או שאין הולכין אחר הסוף והשני חייב ולכן שניהם פטורים דהממע"ה [ס"ך] וכ"ז כשזרק הכלי אבל אם זרק חץ או אבן על הכלי וקודם שהשיגה החץ או האבן בא אחר ושברה לכ"ע חייב האחר ששברה והזורק את החץ והאבן פטור דדוקא כשזרק הכלי בעצמה והיא עמדה להשבר חשבינן לה כשיברה משא"כ כשלא נגע בהרבר הנזוק כל זמן שלא נשברה חשבינן לה כשלמה [סס] :

סימן שפז [שמין השברים לניזק ומשלם עליהם ובו סעיף אחד] :

א בסי' ת"ג יתבאר דממונו שהזיק כגון שורו שנגח שור של חבירו והמיתו או שבר כלי של חבירו שמין הנבילה והשברים ונותנין לניזק והמזיק משלים עליהם והפחת משעת מיתה עד שעת העמדה בדין ג"כ על הניזק וכשבח חולקים ובסי' שנ"ה נתבאר דבגנב וגזלן אין שמין אלא צריך לשלם שלמים וכשהזיק לאחר בגופו כגון ששבר בידיו כלי חבירו או הרג בהמתו אע"פ שמצד הסברא היה לנו לדמותו לגנב וגזלן מ"מ כיון שלא הגיע הנאה לידו דינו כממונו שהזיק ושמין להניזק השברים ולפיכך אם הרג בהמת חבירו או שבר כליו

כליו אפילו במזיד שמין כמה היתה הבהמה שוה בחייה וכמה היתה הנבילה שוה בשעת מיתתה ונותנין הנבילה להניזק והמזיק משלים עליהם מכיסו כדי שוויים בחייה וכן בכלים והפחת משעת מיתה ושבירה עד העמדה בדין כגון שנתייקרו עורות וכיוצא בזה חולקין בהשבח כדרך שיתבאר בשורו שהזיק בסי' ת"ג ודבר פשוט הוא שאם אפשר למזיק לתקן הכלי דחייב לתקנה [ס"ך] :

סימן שפח [דין ניזק נשבע ונוטל ודין מלשין ובו ל"ב סעיפים] :

א המזיק ממון חבירו ואינו יודע מה הזיק תקנו חכמים שהניזק נשבע ונוטל כמו שתקנו בנגזל כמ"ש בסי' צ' כיצד לקח כיס של חבירו והשליכו למים או לאש או שמסרו ליד אנס ואבד בעל הכיס אומר זהובים היה מלא והמזיק אומר איני יודע מה היה בו שמא עפר או תבן היה מלא הרי הניזק נשבע בנק"ח ונוטל ובמלשין יתבאר עוד בזה הסי' ובאיש יתבאר עוד בסי' תי"ח ודוקא כשהמזיק אומר איני יודע אבל כשמכחישו נשבע המזיק היסת שכך וכך היה ומשלם כפי מה שאומר [ס"ך] ועמ"ש בסעי' כ"ד :

ב לא תקנו רק במזיק במזיד ואפילו אינו מזיק ממש אלא שבפשיעתו נעשה הנזק כגון שזרקו לארץ ומכח זריקתו נתגלגל ונפל למים או שהיה ביד חבירו ודחפו מידו וממילא נפל למים וכן כל כיוצא בזה אם עשה הפשיעה במזיד ואינו יודע כמה הזיק נשבע הניזק בנק"ח ונוטל אבל אם הזיק בשוגג או באונס אע"פ שחייב לשלם הנזק כמ"ש בסי' שע"ח מ"מ לא תקנו שישבע ויטול [סס] :

ג לא תקנו אלא כשהניזק טוען דברים שהוא אמוד בהן או הוא אמוד שהפקידו אצלו דבר כזה וצריך לברר מי הפקיד אצלו [סס] ואם טוען דברים שאינו אמוד בעצמו ושיפקידו אצלו אינו נאמן ליטול בשבועה ואפילו תפיסה לא מהני אף להרמב"ם ז"ל דס"ל שמועיל תפיסה בספיקא דדינא הכא לא מהני שזה אינו ספק בגמ' [עס"פ הכונס] ואינו מועיל שבועתו רק לפי אמידתו אא"כ יש עדים ואז לא שייך שבועה ומשלם כפי מה שאומרים העדים אף שאומרים הרבה יותר מכפי האומד ואין המזיק יכול לומר לא אמדתיך בכך שאהיה צריך לשלם סכום כזה כמו שיכול לטעון בפקדון כמ"ש בסי' רצ"א דזה אינו טענה רק בשמירה כשפשע בשמירתו אבל במזיק בידים מי הכריחו להזיק בידים [גמ' סס] ולפ"ז נ"ל דבמזיק בשוגג א"צ לשלם אלא כפי אמידתו אף כשיש עדים [כ"מ סס] ואם יש תקנה זו בדינא דגרמי יתבאר לפנינו בס"ד :

ד וכן אינו יכול לישבע וליטול אלא בדברים שדרך בני אדם להניח בכלי כזה כמו מעות בכיס וכיוצא בזה אבל אם אין דרך להניח בכלי זה את הדבר שהוא טוען ה"ז ספיקא דדינא לדעת הרמב"ם בפ"ז מחובל כיצד הרי שחטף חמת או סל מלאים ומחופים והשליכן לים או שרפן וטען הניזק שמרגליות היו בתוכן אינו נאמן בשבועתו לישבע וליטול דספיקא דדינא הוא והממע"ה ואם תפס אין מוציאין מידו להרמב"ם ז"ל דמהני תפיסה בספיקא דדינא ולהרא"ש ז"ל דלא מהני מוציאין מידו ולכן לדעת הרמב"ם כשתפס ישבע שמרגליות היו בתוכן ונוטל ממה שתפס :

ה לדעה שנתבאר אין הספק רק אם נאמן ליטול בשבועה בדבר שאין דרך להניח בכלי כזה אם לאו ולפ"ז אם יש עדים שהיה מונח בו כך וכך חייב לשלם אפילו בדברים שאין דרכן להניח בכלי זה כמו מרגליות בסל וכיוצא בזה אבל יש מרבותינו דס"ל דאין הספק לענין נאמנותו ליטול בשבועה אלא הספק הוא לענין עצם החיוב אף אם נודע בבירור שהיו מרגליות בסל אם חייב לשלם אם לאו מפני שהמזיק יכול לומר לו אתה פשעת בעצמך שהנחת מרגליות בסל ולא היה לי להעלות על הדעת וכיון דהוי ספיקא דדינא הממע"ה ואם תפס תלוי במחלוקת הרמב"ם והרא"ש אם מהני תפיסה ואע"ג דבמזיק בידים אינו יכול לטעון לא אמדתיך בכך כמ"ש בסעי' ג' מ"מ בדבר שאין דרך כלל להניח בכלי כזה יכול לטעון אף במזיק בידים [תוס' סס] ונראה דבמזיק בשוגג גם לדעה הקודמת פטור אף אם יש עדים כמ"ש בסעיף ג' :

ו לא תקנו תקנת נגזל רק במזיק בגופו אבל בנזקי בהמתו לא תקנו תקנה זו [ס"מ סס] ולכן שור שנגח את הפרה ונמצא עוברה בצדה ואין ידוע אם מחמת נגיחה הפילה או שהפילה קודם פטור מלשלם בעד הולד אפילו כשניזק אומר ברי ומזיק שמא כמ"ש בסי' שצ"ט וכן נ"ל דבדבר שאינו אמוד ודבר שאין דרך להניח בכלי זה פטור בנזקי ממונו אף כשיש עדים כמו בפקדון :

ז כתב הרמב"ם [סס] ידע המזיק שהכיס היה בו זהובים אבל אינו יודע כמה היה ואמר הניזק אלף היו נוטל אלף בלא שבועה ואינו יכול להשבע כמו שיתבאר בענין הפקדון עכ"ל והולך לשיטתו בפ"ה משאלה דגם במקום דלא הו"ל למידע אמרינן מחוייב שבועה ואינו יכול לישבע משלם ולכן י"א דנשבע הניזק ונוטל ואין דנין בזה דין מתוך שאיל"מ כיון דלא הו"ל למידע כמ"ש בסי' ע"ב

ע"ב ובסי' ע"ה ורבינו הרמ"א כתב שכן עיקר מיהו יש מי שאומר דבמזיק דנין דין זה אף במקום דלא הו"ל למידע דלא היה לו להזיק בידים [ורה"ס מסמ"ג עסין ע' פכתב כהרמב"ם הע"ג דכדין מחוייב סבועס לה ס"ל כוותיס כמ"ס סס"ך] :

הערה ידוע לכל קוראי הדורות שבזמן הקדמון במדינות הרחוקות לא היה לאיש בטחון בגופו וממונו מפני השודדים והאנסים אף שנשאו עליהם שם משרה כידוע גם היום מאיזה מדינות מאפריקא השוד והחמס שפחות הממשלה עושים ועל טוב יזכרו מלכי איירופא וביחוד אדונינו הקיר"ה מרוסיא ואבותיו הקיסרים ומלכי בריטניא שפרשו כנפי ממשלתם בארצות הרחוקות למען יהי לכל איש ואיש בטחון על גופו וממונו באופן שהעשירים לא יצטרכו להסתיר עצמם שלא ישללו ממונם ויהרגו אותם ועל זה סובב הולך כל דיני מסיר ומלשין שבש"ס ופוסקים כאשר נבארם בס"ד כי המוסר ומלשין את חבירו לפני שודדים כאלה הלא רודפו בגופו וממונו ולכן ניתן להצילו בנפשו :

ח המוסר ממון בידי אנס בין אנס כותי בין אנס ישראל חייב לשלם מהיפה שבנכסיו כדין מזיק כל מה שלקח ממנו האנס אע"פ שהמוסר לא נשא ונתן בידו אלא הראה להאנס ממונו של זה דזהו מדיני דגרמי שנתבאר בסי' שפ"ו ואפילו לא הראה לו המקום אלא א"ל להאנס המקום שמונח ממונו של זה והאנס לקחם חייב כמו בדן את הדין דחייב בדיבור בעלמא וה"ה אם הראה לו קרקע של חבירו ואנסה חייב לשלם [ס"ך] ומשלם ממיטב כשמשלם בקרקע אבל כשמשלם במטלטלין כל מילי מיטב הוא כמ"ש בסי' ת"ט :

ט בד"א כשהראה המוסר מעצמו אבל אם אנסוהו להראות והראה ה"ז פטור מתשלומין ואפילו לדעה שנתבאר בסי' שפ"ו דגרמי דינא הוא ולא קנסא ומזיק חייב גם באונס מ"מ בזה פטור באונס מטעם שכתבנו שם בסעיף י"א ולכן אם לא אנסוהו על של חבירו אלא אנסוהו להראות שלו והראה של חבירו חייב ואף שהראה שלו ושל חבירו מפני דבזה לא שייך הטעם שבארנו שם ולפיכך אם האנס גזר עליו להביא לו יין או תבן וכיוצא בדברים אלו ואמר הרי יש לפלוני אוצר של יין או של תבן במקום פלוני והלך האנס ולקחם חייב לשלם שהמציל עצמו בממון חבירו חייב אבל אם אנסוהו להראות ממון של פלוני בין שא"ל שיש לו איזה טענה על הפלוני ובין שלא א"ל שום טענה עליו [סמ"ע] והוכרח להראות מפני האונס ה"ז פטור דאנוס הוא :

י וכתב רבינו הרמ"א דאונס לא מקרי אלא הכאות ויסורים אבל לא אונס ממון עכ"ל וכן משמע מלשון הרמב"ם והכי מסתברא דכיון דאסור להראות ממון חבירו כשאונסים אותו על שלו א"כ כיון דעיקר האונס הוא על ממונו אין לו להציל עצמו בממון אחרים ויש חולקים בזה דודאי כשאונסים אותו בשלו אסור להציל עצמו בשל אחרים אבל כשאונסים אותו בשלו כדי שיגיד על של אחרים למה יפסיד את שלו הרי עיקר האונס הוא על של אחרים וזהו דעת הרמב"ן והרשב"א והרא"ה ז"ל ויכול לומר קים לי כדעה זו ופטור מלשלם [ס"ך] :

יא י"א דזה שנתבאר דבאנסוהו על שלו והראה על של חבירו חייב לשלם זהו כשהיה לו הדבר שאנסוהו עליו כגון שאנסוהו להראות להם ממון והיה לו ממון והראה על ממון חבירו או שאנסוהו להראות להם יין ושמן והיה לו והראה על של חבירו אבל אם לא היה לו הדבר שאנסוהו עליו פטור אף שהיה יכול לפייסם בדבר אחר שיש לו כגון שאנסוהו על ממון ולא היה לו ממון והיה לו יין ושמן והיה יכול לפייסן בהיין או בהשמן פטור [רס"ל וט"ז] ואף גם באנסוהו להראות ממון חבירו שפטור אם הראה זהו דוקא כשאנסוהו להראותם ממונו של פלוני אבל באנסוהו להראותם גוף חבירו כדי שיכוהו אסור להראותם בכל ענין ואע"פ שיהיה ביכלתו להציל גופו ע"י נתינת ממון מ"מ אסור להראותם ואם יכוהו לזה יציל א"ע בממון של עצמו [סס] וכ"ש אם אין ממון לאותו פלוני ורוצים לתפסו עד שיפרוהו קרוביו שאסור להראותו להם ואסור לגרום היזק לקרוביו [סמ"ע] :

יב כתב רבינו הרמ"א דאפילו יסרוהו ולא א"ל על מה והראה ממון חבירו חייב עכ"ל ויש מי שאומר דדוקא כשניכרים הדברים שלא הכוהו בשביל ממון מתחלה וא"כ הציל א"ע בממון חבירו וחייב לשלם אבל אם אינו ניכר כיון דאנוס הוא יכול לומר סבור הייתי שמיסרין אותי להראות להם ממון [ס"ך] ומה הייתי יכול לעשות כיון שאין לי ממון לפייסם והוה כמו שאנסוהו להראות ממון אחרים :

יג כל נזק שבא על האדם אסור לסלק ממנו הנזק באופן שבזה יגיע נזק לחבירו דאסור להציל עצמו בשל חבירו ואם מציל עצמו בשל חבירו חייב לשלם לחבירו כמ"ש בסי' עד"ר אבל קודם שבא הנזק רק שרואה שהנזק מוכן לבא עליו מותר להציל עצמו שלא יבא הנזק עליו אע"פ שע"י זה בא הנזק לאחר וכך איתא בירושלמי בהמניח ראה אמת המים שוטפת ובא לתוך שדהו עד שלא נכנסו המים לתוך שדהו רשאי לפנותן למקום אחר משנכנסו אין רשאי לפנותן והטעם דכל זמן שלא בא הנזק אינו מביא הנזק לשל חבירו אלא מציל א"ע שאינו מניח את הנזק לבא אצלו כגון שסותם פתחי שדהו וממילא יבא הנזק למקום אחר אבל כשכבר בא הנזק ומפנהו למקום אחר הלא עושה בידים נזק לאחר ואנסים שהטילו מס על עשרה אנשים פלוני ופלוני וכו' אסור להם לברוח אם ע"י בריחתם יטילו על אחרים דזהו הצלת עצמו בממון חבירו אבל אם

יודעים

יודעים שע"י בריחתם יתבטל הענין רשאים לברוח [כמק"י פ"ק דב"ב]:

יד זה שנתבאר בסעי' ט' דבאנסוהו להראות והראה פטור זהו דוקא בהראה אבל אם נשא בעצמו הממון של פלוני ונתנם להאנס חייב ולא מיבעיא באנסוהו להראות והוא הוסיף מעצמו ונשא ונתן ביד שחייב אלא אפילו אנסוהו להביא להם ממון של פלוני והלך והביא בידו חייב דדוקא בגרמי פטור באונס אבל בעושה מעשה בידים חייב לשלם אף כשהיה אנוס [רי"ף בסגוזל בתרא] ולא דמי למ"ש בסי' רצ"ב במפקיד ממון אצל חבירו ובאו עליו ליסטים וקדם ונתן להם הפקדון להציל עצמו פטור אם אינו אמוד בעצמו משום דמסתמא באו בשביל הפקדון וכ"ש כשמצווים לו בפירוש להביא ממון של פלוני דהתם שאני דכיון שהפקדון אצלו והוא אינו אמוד מסתמא באו בשביל הפקדון אבל כאן שהממון של פלוני אינו אצלו ולמה באמת הטילו האנסים עליו אלא דמזליה דקא גרים ונסתחפה שדהו ואסור לו להביא אף כשאנסוהו ואע"פ שאין לו להניח עצמו לקבל יסורים וטוכרח להביא מ"מ חייב לשלם דזהו כמציל עצמו בממון חבירו:

טו והרבה מרבותינו חולקים בזה דכשם שכשאנסוהו להראות והראה פטור כמו כן כשאנסוהו להביא והביא פטור ואפילו לדעה זו דוקא כשאנסוהו להביא ממון של פלוני אבל באנסוהו להביא ממון סתם והביא ממון של פלוני חייב [ס"ך] ואפילו לא היה לו במה להציל א"ע בשלו מ"מ בנשא ונתן ביד כשלא אנסוהו על אותו ממון חייב לשלם:

טז ואפילו לדעה ראשונה דבנשא ונתן ביד חייב בכל ענין בד"א כשלא הגיע עדיין הממון לרשות האנס אבל אם אנסו עד שהראהו ועמד האנס על הממון ונעשה כברשותו דהיינו שיכול לשלוט עליו וליטלם ואנס אותו שיוליך הממון למקום פלוני ועשה כן פטור דעל מה שהראהו פטור כשהוא אנוס כמ"ש ועל מה שנטלן בידים פטור דכיון דהאנס עמד בצד הממון ויכול ליטלם הוי כנאבד [כ"מ מלשון הרמב"ם וסמ"ע]:

יז מעשה בראובן שלקח חפץ משמעון כדי למכרו לשר אחד ואח"כ נתחרט ראובן והחזירו לשמעון בפני עבדו של השר וסיפר העבד להשר שיש לשמעון חפץ כזה ולקחו השר בחזקה בלא דמים ופסקו דחייב ראובן לשלם דהיה לו להחזירו בינו לבינו דכשהחזירו בפני העבד הוה כנזק ברי וחייב מדיני דגרמי ואינו מועיל מה שלא כוון להזיקו דזהו כנזק ממש [סמ"ע] ומעשה בשני שותפין שהיה להם חוב ביחד אצל שר אחד ואנס השר לאחד מהם שיפטור אותו מכל החוב ופטרו ופסקו דפטור מלשלם לשותפו חלקו אפילו לדעה שבסעיף י"ד דזה אינו כנשא ונתן ביד והוי כאנסוהו להראות ולכן אם היה להם משכון ואנסו להחזיר לו המשכון והחזיר הוי כנשא ונתן ביד [ס"ך] ותלוי בשתי הדעות שנתבאר:

יח בעלי דינים שהיתה ביניהם מריבה על קרקע או מטלטלין זה אומר שלי וזה אומר שלי ועמד אחד מהם ומסרה לאנס כופין אותו עד שיחזיר הדבר לכמו שהיה ויסלק יד האנס מביניהם ויקוב הדין ביניהם ומ"מ אין לו דין מלשין אע"פ שהפסיד חבירו ע"י זה הרבה משום דמלשין לא מקרי אלא במתכוין להזיק ולא כשמתכוין להוציא את שלו וי"א דנקרא מלשין וחייב לשלם לו כל הזיקו אם חבירו לא היה סרבן לעמוד בדין וכ"ש אם התרו בו תחלה לדין ושלא ילך להאנס ועבר והלך שיש לו דין מלשין אפילו לדעה ראשונה והעיקר לדינא כהי"א [ס"ך]:

יט מכל מה שנתבאר מבואר דאסור למסור את חבירו ביד אנסים בין בגופו ובין בממונו ואפילו היה רשע ובעל עבירות לתיאבון ואפילו היה מיצר לו ומצערו בדברים וכל המוסר אין לו חלק לעוה"ב ויורדין לגיהנם ואינם עולים ומי שהוחזק למלשין מבקשין עליו עצה ותחבולה ומתרין בו כשאומר אלשין ואם העיז פניו ואומר אלשין ואלשין מבקשין עליו עצה ותחבולה ומוסרין אותו לידי ערכאותיהם ואם אין פנאי להתרותו א"צ התראה וכן מי שרגיל לצער את הציבור מוסרין אותו לערכאות לאסרו בבית האסורים ולקונסו ולהכותו אבל מפני צער יחיד אין מוסרין אותו אא"כ הוא מלשין דבזה אין חילוק בין יחיד לציבור דהוה כרודף וממונו של מלשין אסור לאבד אע"פ שגופו מותר מפני שממונו ראוי ליורשיו וי"א דלעצמו מותר ליטלן ואינו אסור אלא לאבדן ומקבלים עדות שלא בפניו וא"צ לכוין העדות כל כך רק אם נודע בבירור שהוא מלשין עושין כמ"ש והוצאות שמוציאים עליו חייבים כל אנשי העיר לפרוע אפילו אותם שפורעים מס במקום אחר ומי שעשה שליח להלשין אם השליח הוחזק לעשות חייב המשלחו ואין שייך בזה אין שליח לד"ע כיון דעכ"פ הוא מלשין ושניהם דנם כמלשינים:

כ אין נותנין שום שבועה למלשין שהלשין מרצונו לא שבועה חמורה ולא שבועה קלה מפני שהוא רשע ואין לך פסול יותר ממנו ואפילו כשאומר אלך ואמסור נפסל לעדות ולשבועה ויוכל הנרדף להציל א"ע בכל אופן שיכול אפילו אם ע"י הצלתו יגיע היזק להרודף וכ"ז במלשין מרצונו אבל אם אנסוהו להראות ונשא ונתן ביד אע"פ שחייב לשלם כמ"ש מ"מ לא מקרי רשע כיון שבעיקר הדבר הוא אנוס רק שחייב לשלם ולכן הוא כשר לעדות ולשבועה וכן כשאין עדים שהלשין אינו נפסל אף כשמודה מעצמו דאין אדם משים עצמו רשע וחייב בתשלומין ע"י הודאתו לא מיבעיא למאן דס"ל דגרמי דינא הוא ולא קנסא אלא אפילו למאן דס"ל דהוי קנסא לא שייך לומר בזה מודה בקנס פטור אלא בקנסות דאורייתא ולא במה שקנסו חז"ל [ס"ך]

ומי

ומי שדבר לפני העדה דברים שביכולת לגרום היזק לאחרים מענישים אותו ואם החזיר שטר פרוע לאנס ויגבה האנס בו שנית י"א דאם האנס גבה פעם שנית חייב לשלם ויש חולקין ועמ"ש בסי' שפ"ו סעיף י"ח :

כא מי שרוצה לברוח ולא לשלם חובות ואחר גילה הדבר אין לזה דין שנתבאר שהרי לא הפסידו והרי צריך לשלם מה שחייב אמנם אם גרם לו היזק עי"ז יותר מחובותיו חייב לשלם מה שגרם לו יותר וכתב הבאר הגולה שביטיו פשט המנהג והתקון שמנהיגי הקהלה עומדים על המשמר שלא לעשות שקר ועולה להאומות ומכריזים לגלות ולפרסם על האנשים שלוקחים בהקפה או לוים מעות ואין רוצים לשלם ומנהג טוב ויפה הוא וגודל קידוש שם שמים יש בזה וראוי לתקן כן בכל מקום ואז יאמרו בגוים ישראל אשר בהם יתפאר אלהי עולם וכן אנשים שעוסקים בזיופי מטבעות ובשארי מיני זיופים בדברים שיש לחוש להיזק רבים יכולין למסרו למלכות ולהודיע להממשלה שאחרים אינם חייבים בזה רק זה העושה לבדו :

כב בגמ' [ס"פ הכונס] איבעיא להו אם עשו תקנת נגזל במלשין או לא ונשאר בתיקו ויש מרבותינו שפירשו דדוקא כשהמלשין יכחישו שלא הפסידו כל כך דבזה הוי ספיקא דדינא אם ישבע הנלשן ונוטל כמו בנגזל בסי' צ' אם לאו אבל אם המלשין בעצמו אינו יודע כמה הפסידו ודאי דנשבע ונוטל כבכל מזיק שנתבאר בריש הסי' ויש מרבותינו שחולקים בזה וס"ל דאפילו אם אינו יודע כמה הפסידו הוה ספיקא דדינא [שתי הדעות בתוס' ורא"ש שם] ואין להקשות והרי הוא מחוייב שבועה ואינו יכול לישבע ומשלם בלא שבועת השכנגדו דבכאן לא שייך דין זה דהא לא הו"ל למידע וכמ"ש בסעיף ז' ופשיטא למאן דס"ל דגרמי הוה קנסא דרבנן ובדרבנן לא פסקינן דין דמתוך שאינו יכול לישבע משלם כמ"ש בסי' ע"ה :

כג וז"ל הרמב"ם בפ"ח מחובל מי שיש עליו עדים שהלשין ממון חבירו כגון שהראה מעצמו או שנאנס ונשא ונתן ולא ידעו העדים כמה הפסידו והנלשן אומר כך וכך הפסידני והמלשין כופר במה שטענו אם תפס הנלשן אין מוציאין מידו אלא נשבע בנק"ח וזוכה במה שתפס ואם לא תפס אין מוציאין מהמלשין אלא בראיה ברורה עכ"ל וס"ל כדעה ראשונה שנתבאר ואפשר דס"ל דבאינו יודע כמה הפסידו דמשלם בלא שבועת הנלשן כדין מחוייב שבועה ואינו יכול לישבע לשיטתו דגם במקום דלא ה"ל למידע משלם כמ"ש בסעיף ז' [ס"ך] ולפמ"ש בסי' שפ"ו דגרמי הוה דינא ולא קנסא כמ"ש [ול"ע ע"ל הס"ך שסותר שיטתו שבסי' שפ"ו דלדבריו דכאן בסקל"א בע"כ ס"ל להרמב"ם דגרמי הוי דינא ודו"ק] :

כד ובמה שכתב הרמב"ם ז"ל דספק זה הוא גם בנאנס ונשא ונתן ביד יש מי שתמה עליו דכיון שנאנס אין לו דין מלשין שיפסל לשבועה כמ"ש בסעיף כ' וא"כ כשמכחישו פשיטא שישבע המלשין ויפטר ועוד דבגמ' לא איבעיא אלא במלשין דהוי גרמי אבל בנשא ונתן ביד מזיק גמור הוא [ס"ך] וצ"ל דס"ל להרמב"ם בכל המזיקים אע"פ שכשטוענים ברי לא תקנו תקנת נגזל כמ"ש בסעיף א' מ"מ אם תפס הניזק לא מפקינן מיניה כמו שבנגזל התקנה אף כשהגזלן טוען ברי כמ"ש בסי' צ' א"כ נהי דתקנה זו ממש לא נתקנה דהא אינו נפסל לשבועה מ"מ הרי עכ"פ מזיק הוא ויכול התופס לומר איני מאמין לך בשבועתך עוד נ"ל דהרמב"ם ס"ל דעיקר הבעיא במלשין לא משום דפסול לשבועה והרי גם באש עשו תקנה זו כמבואר שם בגמ' ואע"ג דבשם אין הניזק טוען ברי כמ"ש בסי' ת"ח מ"מ במלשין הבעיא הוא אף במקום שאינו נפסל לשבועה ואף כשטוען ברי ודע שזה שכתב ונאנס ונשא ונתן ביד אין זה לפי הדעה שבסעיף ט"ו דלאותה דעה פטור לגמרי אא"כ לא היה אנוס רק להראות כמ"ש שם וזה שפסק הרמב"ם דאי תפס לא מפקינן מיניה הולך לשיטתו דמהני תפיסה בספיקא דדינא אבל לדעת הרא"ש ז"ל לא מהני תפיסה וכ"כ רבינו הרמ"א :

כה אם העדים יודעים כמה נתן הניזק להאנס אלא שהמלשין טוען שלא בשביל המלשינות לבד נתן לו או שיש איזה הערמה בדבר או שהיה יכול להתפשר בפחות נשבע הניזק שהוכרח להתפשר עם האנס בכך וכך בעד המלשינות ושאין ערמה בדבר ונוטל :

כו דוקא במלשינות ממון הוי ספיקא דדינא אם תקנו תקנת נגזל אבל במלשין גופו של חבירו לאנס אין ספק בזה אלא נשבע הנלשן מה שהפסיד ע"ז ונוטל דגופו אין זה גרמי אלא מזיק ממש ויש מי שאומר שאין חילוק אלא אם מסרו בידים להאנס נשבע ונוטל אבל אם ע"י דיבורו נתפס הוי גרמי כבממון [ס"ך] וגם בממון אם נשא ונתן בידיו שלא באונס נשבע ונוטל ורוב הפוסקים הסכימו לדעה ראשונה וכ"פ רבינו הרמ"א וכן עיקר לדינא [קצה"ח] :

כז יראה לי דבכל דיני דגרמי כמו בשורף שטר וכיוצא בזה דינו כמלשין דאם העדים אינם יודעים כמה הזיק וביניהם יש הכחשה לדעה ראשונה שבסעיף כ"ב הוי ספיקא דדינא אם נשבע ונוטל וכשהמזיק אינו יודע כמה הפסידו נשבע הניזק ונוטל ולדעה אחרונה גם באינו יודע הוה ספיקא דדינא [ומ"ש הס"ך בסק"ו ובסי' שפ"ו סק"י דלהרמב"ם ליכא סד"א בגרמי ל"ע ובסקל"א כתב בעצמו הסיפוך וכ"כ הרמב"ן בקונ' גרמי ודו"ק] :

כח כל דיני מלשינות וכן כל דיני גרמי אינו אלא כשהתובע מברר דבריו ע"פ עדים או שבעל דינו

מורה

מודה לו אבל האומר לחבירו הלשנתני או עשית לי נזק גרמי וזה כופר ישבע לו היסת ויפטר כבכל הטענות ואם הודה במקצת כתב הרשב"א ז"ל דמשלם מה שהודה [סמ"ע] ואינו משלם השאר ואפילו אמר חמשין ידענא וחמשין לא ידענא לא אמרינן מתוך שאיל"מ מאחר דלא ה"ל למידע כמה הזיקו עכ"ל וכוונתו שנשבע היסת על השאר או ישבע שאינו יודע אם זה טוען שיודע ומה שאינו נשבע שד"א במודה מקצת משום דס"ל כהרמב"ן ז"ל דעל דיני דגרמי ליכא שד"א דאין עיקרו ממון אבל יש מראשונים דס"ל דמשבעינן שד"א במודה מקצת גם בגרמי [בתס"ת הובא בב"י בסי' שפ"ו ובס"ך שם סק"י ולא אבין דא"כ ל"ל לסרשב"א לומר טעם דלא הו"ל למידע] :

כט בזה שכתבנו שצריך לישבע היסת י"א שצריך לישבע לו בפני האנס שלא הלשינו והטעם דאולי יתבייש בפניו ויודה האמת ואם הנלשן עצמו אינו יודע מי הלשינו ויש עד אחד שיודע שזה הלשינו צריך ג"כ לישבע כמ"ש אבל הכותים אינם נאמנים בכך אם לא שניכר שאומרים אמת ואז נהי דא"א לחייבו ממון על פיהם מ"מ שבועה צריך ואם אינו רוצה לישבע ישלם [כ"ל] :

ל שנים שהלשינו ביחד כל אחד משלם החצי ואם בזה אח"ז ובענין אחד האחרון פטור מתשלומי ממון דכל זמן שלא נפטר מנזק הראשון לא הוסיף השני נזק ואם באמת הוסיף נזק חייב לשלם מה שהוסיף ואם יש ספק בדבר לא מפקינן ממונא מספיקא [ס"ך] ובכל ענין צריך השני לקבל עליו תעניות ומלקיות ולבקש מחילה מהניזק דמ"מ רשע הוא וכן הדין במלשין לאנס והאנס ידע זאת מעצמו או כותים יגידו להאנס באופן שהוא לא הוסיף נזק פטור מתשלומין וצריך תשובה וכפרה ואדם שרגיל להכות אחרים עונשין אותו ואם אין יד ישראל תקיפה מענישים אותו ע"י ערכאות אף שיוגרם לו היזק כיון שאינו ציית דינא :

לא מלשין שמת גובין מיורשיו כשארי מזיקים וכן בכל דיני דגרמי דינא הוא ולא קנסא שנאמר שלא קנסו ליורשיו וי"א דדוקא כשעמד בחייו בדין דאל"כ אין היורשין חייבין לשלם דס"ל לדעה זו דגרמי קנסא הוא והוה כהיזק שאינו ניכר שלא קנסו ליורשיו כמ"ש בסי' שפ"ה וכן בכל גרמי בשוגג ואונס תלוי בפלוגתא זו כמ"ש בסי' שפ"ו ע"ש :

לב אשה שעשתה היזקות מגרמי אם יש לה נכסים שאין להבעל רשות אף לאכול הפירות גובין מהם ואם לאו ממתינן עד שימות הבעל ותקח כתובתה ואף אם תמות מקודם ואין לה כתובה מ"מ אם נשאר ממנה נכסי מלוג אף שהבעל יורשה מ"מ משלם להניזק מה שהפסידה ואע"ג דהבעל נחשב כלוקח ולמה ישלם מ"מ לענין נזקין חשבינן להבעל כיורש והטעם דכיון שהניזק אינו חייב בזה עשאוהו רבנן כיורש שישלם משא"כ לגבי לקוחות דאפסידו אנפשייהו שקנה ממנה נכסים דינו כלוקח כמ"ש באה"ע סי' צ' [עתוס' ס"פ י"כ] ולכן בכל נזק גרמי אם רצון הניזק לקבל כל נזקו יאכל הבעל פירות נכסי מלוג שלה וכשתמות יגבה מהם וכשימות הבעל יגבה מנכסיה וכ"ש אם רצון הניזק להכריחה שתמכור כתובתה עתה בטובת הנאה ולשלם לו כפי מה שיתנו בעד זה שיש ביכלתו לעשות כמ"ש בסי' תכ"ד גבי חבלות בס"ד ע"ש ומ"מ בין כך ובין כך מיסרינן אותה וכן קטנים וחרשים ושוטים שעשו היזק גרמי מיסרין אותם כפי יכלתם עד שימנעו מלעשות היזקות וכן כל כיוצא בזה :

ופטור מספק ולהרמב"ם דמהני תפיסה בספיקא דדינא אם הניזק תפס את גוף המזיק גובה רביע נזק ולא יותר דהא אפילו אם היא תולדה דקרן וחייב ברה"ר ג"כ א"צ לשלם אלא מחצה ממה שהיתה משלמת אם הזיקה בגוף הבעיטה בלא צרורות וממילא דאין חיובו אלא רביע נזק דכשם דהלכתא גמירי לה בצרורות דרגל דמשלם רק החצי מאשר בלא צרורות כמו כן בצרורות דקרן אבל אם תפס דבר אחר לא מהני תפיסה כלל אפילו להרמב"ם דכיון דהספק שלחיוב הוא מצד ספיקא דקרן אינו משתלם אלא מגופו ולהרא"ש לא מהני תפיסה כלל בספיקא דדינא והאידנא גם להרמב"ם לא שייך זה. דהא אין דנין דיני קרן בזמה"ז כמ"ש בסי' שפ"ט וסי' א׳ :

ח בעטה בארץ ברשות הניזק והתיזה צרורות מחמת הבעיטה והזיקה שם אינו משלם אלא רביע נזק דשמא היא תולדה דקרן וצרורות דקרן אינו משלם אלא רביע נזק כמ"ש ואם תפס הניזק ח"נ אין מוציאין מידו להרמב"ם דמהני תפיסה בספיקא דדינא ואפילו לא תפס גוף המזיק דברשות הניזק יכול לתפוס משום ספיקא דרגל ולהרא"ש לא מהני הפיסה להרביע השני ואינו משתלם רק רביע נזק מגוף המזיק ובזמה"ז דאין דנין דיני קרן אינו משהלם כלל :

ט זה שאמרנו דצרורות ע"י ביעוט הוי ספיקא דדינא אם היא תולדה דרגל או דקרן ספק זה הוא אפילו כשהיתה מהלכת בחצר הניזק במקום שא"א לה שלא תתיז כגון שהחצר מלא צרורות וביעטה והתיזה דיש סברא לומר דהוי כצרורות בלא ביעוט דהא אף אם לא בעטה היתה מנתזת בע"כ מ"מ כיון דע"י ביעוט התיזה הוי ספק וכן מיבעי ליה בירושלמי [ריש ב"ק] כשהיתה הולכת ועקרה עשבים בגופה ובקרנה איזו תולדה היא דקרן או דרגל דאם היתה עוקרת בגופה בלבד כמו ברגל וודאי אורחה היא ואם היתה עוקרת בקרנה בלבד וודאי דלאו אורחה והוי תולדה דקרן אבל כשעקרה בשניהם יש ספק אחר איזו נזק נלך ודינו כמ"ש :

י בהמה שהטילה גללים לעיסה או לשאר מאכל הוי תולדה דקרן דאין דרכה בכך אבל אם המקום שעומדת הוא מקום דחוק שאין לה לנטות אנה ואנה דרכה בכך והיא תולדה דרגל והוי צרורות דהא בכחה הזיקה שהגלל הלך מהגוף באויר וירד להעיסה ולכן אע"ג דהטלת גללים הוא להנאתה וצריך להיות תולדה דשן מ"מ כיון דבכחה הזיקה ולא בגופה והוי צרורות בע"כ היא תולדה דרגל [רש"י י"ח:] ולכן יראה לי דאם דיבקה אחוריה להכלי והלכו הגללים להדיא להכלי ולא דרך אויר הוי תולדה דשן ואפשר דבכה"ג הוי משונה והוי תולדה דקרן ואם השתינה או הטילה גללים לחים חייבת נ"ש כיון שמחוברים בניצוק עד למטה [ס"מ פס י"ס. נפס ר"י מגא"ס] וכן משמע מדין מי לידה שיתבאר בסי׳

שצ"ד סעי׳ ב׳ אמנם בשם אפשר לומר טעם אחר משום דאין בזה כח הדוחה דמעצמו שותת משא"כ במי רגלים וגללים שהולך ע"י כח הדוחה אפשר לומר דהוי כצרורות גם בכה"ג ומ"מ העיקר לדינא כמ"ש :

יא וכשם שחייבין בנזק צרורות על כח שיש בו ממש כמו התזת צרורות והטלת גללים כמו כן חייבין על כח שאין בו ממש כגון סוס שצנף שצעק ונחר בקולו וחמור שניער בקולו וע"י הקול נשברו כלים כגון שהקול היה חזק כל כך עד שהמקום שעמדו עליו הכלים התחיל לרעוד ונפלו הכלים ונשברו וכן תרנגול ששיבר כלים ברוח שבכנפיו הוי נזק צרורות וחייב ברשות הניזק ח"נ וכן תרנגול שהושיט ראשו לאויר כלי ותקע בו בקולו ושברו הוי נזק צרורות בד"א כשיש בו זרעונים או שאר מאכל שדרכו לאכול דדרכו בכך והוי תולדה דרגל דאל"כ הוי משונה והיא תולדה דקרן והוי צרורות דקרן כמ"ש בסעי׳ ז׳ ואין דנין בזמה"ז :

יב וכן תרנגול שהיה מחטט בחבל דלי ונפסק החבל ונשבר הדלי אם עיסה דבוקה לחבל דהשתא אורחיה הוא לעשות כן דאז אפילו כשהחבל אינה בלויה דרכו לחטוט עד שתפסק החבל או אפילו אין בו עיסה רק שהיא לחה מהמים ודרכו לחטוט ולמצוץ מימיו רק כשהחבל אינה בלויה אין מדרכו לחטט כל כך עד שתפסק וכשהיא בלויה דבחטיטה קלה נפסקת דרכו בכך ואם היה ברשות הניזק חייב נ"ש על החבל ועל הדלי ואע"ג דהדלי נפל להבור ושמה נשבר והוי כצרורות מ"מ כיון שתחלת הנזק עשה בגופו אזלינן בתר תחלתו כמ"ש בסעי׳ ו׳ ואם החבל אינה בלויה וגם אין עיסה דבוקה בו והחטט עד שנפסק החבל ונשבר הדלי הוי משונה והיא תולדה דקרן ואינו חייב אלא ח"נ בין על החבל בין על הדלי בין ברה"ר ובין ברשות הניזק ואין דנים בזמה"ז כדין קרן ואם התרנגול הלך אחר הדלי ומגלגלו בגופו עד המקום שנשבר שם משלם נ"ש דכן דרך התרנגולים וההיזק הוא מגופו ולא מכחו כיון שמגלגלו עד מקום שבירתו ואפילו לא נגף באבן אלא גלגלו עד הבור ונפל להבור ונשבר הוי נזק גופו ולא כחו לפמ"ש בסעי׳ ו׳ ע"ש אמנם לדיעה זו לא משמע כן ופטור בכה"ג ויהבאר לפנינו בס"ד :

יג זה שכתבנו הוא לפי לשון הטור והש"ע אבל מלשון הרא"ש מתבאר לנו דדווקא כשרצה לשתות מהדלי אורחיה הוא לגלגל הדלי ומדברי הרמב"ם ז"ל [פ"ג] שכתב היו מחטטין בחבל ונפסק החבל ונשבר הדלי משלמין נ"ש והוא שנתגלגל הדלי מחטטן עד שנפל ונשבר עכ"ל משמע להדיא דאפילו לא גלגלו עד מקום שבירתו חייב נ"ש ולא דיינינן ליה כצרורות כיון שתחלת הנזק היה בגופו כמ"ש בהיה עליו עיסה [וכ"כ הרסב"א דל"נ מיניס מיניס] ודיעה ראשונה ס"ל דאין לחייב משום זה אלא כשהיה עיסה על החבל דאורחיה הוא אבל בלא עיסה אין לחייבו על הדלי נ"ש משום שהתחיל בגופו בהחבל

בהחבל כיון דחבל גופה משונה הוא [רא"ש] ונגיעתו ברלי היה באמצע הנזק ולא בתחלתו והרמב"ם ז"ל אף שאינו מחלק בין חבל בלוי לאינו בלוי מ"מ יכול להיות שמודה לדינא בזה ומפני שאין זה מפורש בגמ' לא הביאו [וכ"כ הב"י להרמב"ם ס"ל כהטור אמנם מ"ש במגיה מיגיס ל"ע ולהדיא מבמע כמ"ש ודו"ק] :

יד היה חוט או משיחה קשור ברגל התרנגול אם גררו ושבר בו כלי דרך הלוכו ברשות הניזק משלם נ"ש דדבר הקשור בגופו כגופו דמי כמ"ש בריש סי' זה לענין סוס המושך בקרון ואם זרקו ושבר בו את הכלים משלם ח"נ דכחו הוא ודווקא כשהחוט הוא של הפקר או אפילו יש לו בעלים אלא דהבעלים הצניעוהו ולא פשעו בו בהחוט ומאליו נקשר בהתרנגול דאין לחייב לבעל החוט אלא בעל התרנגול חייב ואצל התרנגול הוי כחו ולא גופו אבל כשיש להחוט בעלים ולא הצניעוהו לא שייך לזה שם כחו אפילו כשהזיק התרנגול בזריקתו דכיון דגופו של מזיק שהוא החוט נגע בגוף הנזק וכלל גדול הוא דנזק דצרורות שאינו חייב רק ח"נ אינו אלא בהתיזה דבר של הפקר אבל בהתיזה דבר שיש לזה בעלים והבעלים פשעו בשמירתו שלא שמרו כראוי ה"ז נזק הגוף ולא נזק כחו ומשלם נ"ש אך בזה יש נ"מ של מי הוא החוט דאם הוא של בעל התרנגול ולא הצניעו משלם הוא לבדו נ"ש ברשות הניזק אפילו נקשר מאליו ושבר ע"י אריקה ואם החוט הוא של אחרים והבעלים לא הצניעוהו כראוי ונקשר בו התרנגול והזיק בו אם הזיק דרך גרירה שניהם משלמים ביחד נ"ש זה ח"נ וזה ח"נ זה מפני שלא שמר תרנגולו לילך לרשות הניזק וזה מפני שלא שמר חוטו ואם הזיק דרך זריקה משלם בעל התרנגול רביע נזק דלגביה חשבינן לנזקו כי כחו דתרנגול וחייב ח"נ וכיון שיש לו שותף משלם רק רביע נזק ובעל החוט משלם ג' חלקים דלגביה הוה זה נזק גופו ומן הדין לא היה צריך לשלם רק מחצה כיון שיש לו שותף רק דקיי"ל דכל היכי דליכא לאישתלומי מהאי משתלם מהאי כמ"ש בסי' ת"י בדיני בור ואם אין להתרנגול בעלים משלם בעל החוט כולו :

טו וכ"ז כשהתרנגול הזיק בהחוט או בעת גרירתו או בעת זריקתו אבל אם הזיק החוט לאחר שנח במקומו אפילו היה קשור ברגל התרנגול רק התרנגול לא עשה כלום אלא החוט הוא שהזיק החיוב הוא רק על בעל החוט ומשלם כל הנזק ואיזה שם נזק יש על בעל החוט נזק בור דכל דבר לבד מבעלי חיים כשהבעלים אינם שומרים אותם כראוי ובאו על ידם לאיזה נזק חייבין הבעלים משום בור דמה לי חופר בור ואחר נזוק על ידו או ע"י חפצו כשאחר ניזוק על ידי החפץ דהוי כבור המתגלגל שיתבאר בסי' ת"א דמקרי בור וחייב גם ברה"ר ופטור על הכלים כמ"ש שם ובהזיק דרך גרירת התרנגול וזריקתו חיובו דבעל החוט משום אש דהוי כאבנו וסכינו ומשאו שנפלו ברוח מצויה והזיקו דרך נפילתם דהחיוב הוא משום אש [תוס' י"ט:] ויש בזה כל דיני אש שיתבאר בסי' ת"ח ולפ"ז בהזיק החוט אחר הנחתו במקומו ואין להחוט בע"ם מפסיד הניזק ואין לחייב את בעל התרנגול ואף שיש לחייבו על שתרנגולו עשה בור אמנם בסי' ת"י יתבאר דבהמה שחפרה בור פטורים הבעלים מגזירת התורה דכתיב כי יכרה איש בור ודרשינן איש בור ולא שור בור :

טז לפי מ"ש דחיובו דבעל החוט כשהזיק בו התרנגול דרך גרירה או זריקה הוא משום אש נ"ל דאם עשה התרנגול את הנזק ברה"ר דליכא לחיוביה לבעל התרנגול דרגל פטור ברה"ר משלם בעל החוט כל הנזק כיון דליכא לאישתלומי מהאי משתלם מהאי כמ"ש :

יז כל מה שנתבאר בחיובו של בעל החוט אינו אלא כשלא הצניעו כראוי ונקשר מאליו בהתרנגול אבל אם הצניעו כראוי פטור ואפילו לא הצניעו אלא שאדם קשר את החוט בהתרנגול שוב אין חיוב על בעל החוט אלא על הקושר והוא חפר הבור הזה ואיך נחייב את בעל החוט כשאדם קשרו בתרנגול ולכן גם אם היה חוט של הפקר חייב הקושר ואפילו לא נתכוין לזכות בו דכל תקלה שאדם עושה ברה"ר וכ"ש ברשות הניזק חייב משום בור אע"ג שאין הבור שלו [תוס' שם] ולכן כשהחוט הזיק אחר הנחתו חייב הקושר בכל הנזק ואם הזיק בו התרנגול דרך גרירה או זריקה חייבים שניהם הקושר ובעל התרנגול כשהיה הנזק ברשות הניזק ואופן התשלום הוא כמ"ש בסעי' ט"ו בחיובם של בעל החוט ובעל התרנגול ואין להקשות למה נחייב בעל התרנגול כשקשרו אדם ולמה גרע מבעל החוט לא דמי דכיון שהזיק התרנגול בעת הגרירה והזריקה עיקר המזיק היא התרנגול [ומ"ש הסמ"ע בסקכ"ט תמוה כמ"ש הגר"א בסקכ"ס וכ"כ התוס' שם] ולאו דווקא שקשרו אדם בפועל ממש על רגל התרנגול אלא אפילו כשהיה החוט מונח במקום המוצנע ובא אדם והניחו במקום שאינו מוצנע ועי"ז נקשר בהתרנגול והזיק הוי כקשרו בידים ודע דכל מ"ש מן סעי' י"ד הוא להרא"ש והטור והש"ע :

יח אבל הרמב"ם ז"ל בפ"ב מנ"מ יש לו שיטה אחרת בכל זה וז"ל היה חוט או רצועה קשור ברגליהן ונסתבך כלי באותו החוט ונתגלגל ונשבר משלם ח"נ בד"א כשקשרו אדם אבל אם נקשר על רגליהם מאליו בעל התרנגולין פטור ואם היה לחוט בעלים ולא היה החוט הפקר בעל החוט חייב ח"נ שהרי הוא כבור המתגלגל הצניע בעל החוט את החוט והתרנגולים דרסו עליו והוציאוהו ונקשר ברגליהן ושברו בו את הכלים אף בעל החוט פטור שהרי אנוס הוא עכ"ל וכל המפרשים תמהו עליו דהיכן מצינו בבור ח"נ וגם דבריו נגד סוגית הש"ס שם [י"ט:] בשמעתא דדליל דבקשרו אדם חייב נ"ש ע"ש :

יט ונ"ל בדעתו ז"ל מדאמרינן [ב"ק י"ז] רבא אמר לאתויי בור המתגלגל ברגלי אדם וברגלי בהמה ופריך אי דבהדי דאזלי קא מזקי כחו הוא [ורש"י מחקו וע"ש בתוס'] ומפרש הרמב"ם דכל בור המתגלגל כשרגלי אדם או בהמה הזיקו בו להכלי שנתגלגלה הכלי ונשברה אין לזה דין בור כלל אלא נזק אדם או בהמה בכחה דהיינו צרורות והסברא נותנת כן דכי אגמריה רחמנא למשה נזק צרורות דמשלם רק ח"נ לא חילק במה הזיקה אם בכח גופה אם בכח דבר הקשור בגופה דכשם שאם הזיקה בדבר הקשור בגופה ממש משלם נ"ש כמו בסוס המושך בקרון כמו כן כשהזיקה בכחה ע"י דבר הקשור בגופה הוי צרורות ולכן לא מצינו בדברי הרמב"ם ז"ל בדיני בור [פ"ב י"ג] דיני בור המתגלגל דכשהזיקה בשעת גילגולה אין זה תולדות בור אלא תולדות רגל ואם הזיקה ממש משלם נ"ש ואם הזיקה בכחה דהיינו שהכלי נתגלגלה ונשברה היינו צרורות וכשהזיקה אחר הנחתו נכלל במ"ש שם דכל המניח תקלה ה"ז תולדות בור ע"ש בפי"ג ולכן דקדק בכאן הרמב"ם וכתב שנסתבך כלי ונתגלגל ונשבר דזהו ממש נזק צרורה ולכן חייב גם על כלים לאפוקי אם היינו דנין בזה דין בור היה פטור על כלים והחיוב היא על בעל החוט לא על בעל התרנגול כיון דהנזק הוא ע"י החוט שלא שמרו כראוי ואע"פ שאין התרנגול שלו מ"מ הנזק הרי נעשה ע"י כחו של התרנגול דהיינו צרורות ומשמעתתא דדליל עצמה מוכח כן בש"ס שם דהרי אמשנה דכיצד הרגל קאי דתנן שם חיוב כלים [ולשיטה הקודמת יש דוחק בזה ע' בטור ודו"ק] ובשמעתא דדליל עצמה לפי המסקנא פירושו כן הוא [וזהו שאמר הש"ס אלא מתניתין באדייה אדויי כלומר דא"כ אין חילוק בין שברו אדם לנשבר מאליו ואף בשברו אינו חייב רק ח"נ דלא כס"ד ולכן לא הזכיר ר"ה כ"ש דלמסקנא אינו חייב רק ח"נ ור"ה איירי ג"כ גם באדייה אדויי ובנשבר מאליו בדליל הפקר פטור לגמרי דבעל התרנגול אין לחייבו כהדליל לא היה שלו וזה שהניחו במשנה דחייב ח"נ היינו כשהדליל שלו וזהו כוונת הרמב"ם בריש דבריו וראיה ברורה לזה מדפריך על נשבר מאליו מאן חייב וכו' אלא בעל תרנגול מ"מ כולי נזק וכו' ח"נ נמי וכו' ואמשנה קאי דחייב ח"נ ומשמע להדיא שאין שום חיוב על בעל התרנגול וז"ש אלא מתניתין באדייה אדויי אין הכוונה דר"ה לא איירי באדייה אלא ה"ק דבמשנה אין חילוק בין שברו אדם לנשבר מאליו דאם הדליל הוא של בעל התרנגול חייב ח"נ והרמב"ם העתיק הגמ' כדרכו דלא איירי רק בצרורות אבל בהזיק בו ממש בעת פריחתו והליכתו חייב נ"ש כדין רגל ואם הזיק הדליל לאחר הנחתו יש לזה דין בור ופטור על הכלים רק הגמ' והרמב"ם לא איירי בזה ודו"ק] :

כ הכלב והגדי שקפצו מראש הגג מלמעלה למטה לרשות הניזק ושברו את הכלים משלמים נ"ש מפני שמועדים הם לזה ודרכן בכך והיה להם להבעלים לשמור אותם שלא יקפצו ויזיקו ברשותו של ניזק והוה תולדה דרגל ואף כשלא קפצו מהגג אלא נפלו ממנו והזיקו הכלים שאנוסים הם בנפילתן מ"מ משלמין נ"ש מפני שעלייתן לראש הגג הוי פשיעה ולכן אע"פ שנפילתן אונס חייב דתחלתו בפשיעה וסופו באונס והאונס היה מצד הפשיעה שאלו לא עלו לא היו נופלים חייב ודווקא שהכלים היו לא מקורבות להכותל ולא מרוחקות באופן שראוים לישבר בין בקפיצה בין בנפילה דאלו היו מקורבות ממש הלא אין ראוים לישבר בקפיצה דהקופץ נופל רחוק מעט מהכותל ולא הוי תחלתו בפשיעה לגבי קפיצה ואם הם מרוחקות אין ראוים לישבר בנפילה וכן אם הכלי ארוך וראשו אחד קרוב לכותל וראש השני רחוק בענין שראוי לשבר בראש הרחוק ע"י קפיצה ונפלו על ראש הקרוב ושברו חייב ג"כ נ"ש ואם מקום הגג צר ודחוק חייב בכל ענין נ"ש מפני שאז דרכן ליפול ג"כ והן מועדין בין לנפילה בין לקפיצה :

כא י"א דאינו משלם נ"ש אלא כשקפצו כדרכם והיינו שהגדי קפצה בקפיצה אחת והכלב נסרך בכותל ונעץ צפרניו בהכותל וסמוך לקרקע קפץ אבל הכלב כשקפץ בקפיצה אחת והגדי שנסרכה בכותל ונפלו הוי משונה ואינו חייב רק ח"נ דהוי תולדה דקרן ואע"ג דבכלב תחלתו בפשיעה לגבי סריכה וסופו באונס לגבי קפיצה ובגדי להיפך לא אמרינן שיתחייב משום תחלתו בפשיעה וסופו באונס דלא אמרינן כן מקרן לרגל דמה שתחלתו בפשיעה לגבי רגל לא יתחייב בסופו באונס לגבי קרן [תוס' כ"ב.] והרי בקרן אף בפשיעה גמורה פטור מנזק שלם ועוד דכל קרן ברשות הניזק תחלתו בפשיעה לגבי רגל ומלמטה למעלה אינו חייב אא"כ הלכו בהלוך כדרכן ע"י מדרגות וביוצא בזה אבל אם קפצו על הגג באיזה קפיצה שהוא בין בסריכה על הכותל בין בקפיצה מהארץ על הגג פטור לגמרי דזהו אונס גמור :

כב זה שכתבנו הוא כפי שנראה מדברי התוס' והרא"ש והטור אבל דעת הרי"ף והרמב"ם אינו כן דמלמעלה למטה חייב נ"ש בכל ענין אפילו נסרך הגדי וקפץ הכלב ומלמטה למעלה אם נסרך הגדי וקפץ הכלב אינו חייב רק ח"נ משום דמשונה הוא והוי תולדה דקרן ואם נסרך הכלב וקפץ הגדי אורחה הוא וחייב נ"ש דהוי תולדה דרגל ומלמעלה למטה אורחה הוא בכל ענין אבל בתרנגול הכל מודים דבין שדלג מלמעלה למטה או ממטה למעלה חייב נ"ש דאורחה הוא וכן אדם שדלג חייב בכל ענין דאדם מועד לעולם ואפילו הוא חרש שוטה וקטן ולכן אם ראובן מסר לשמעון שישמור לו ביתו והיה שם חש"ו צריך שמעון לשומרם שלא ידלגו מלמעלה למטה וממטה למעלה ואם דלגו והזיקו חייב שמעון לשלם [ומחלוקתם תלויה בהגירסא דד' כ"ב. דהרי"ף גורס חייבים והתוס' להיפך ולפני הטור היה נוסחא משובשת בהרמב"ם ולהתוס' הפטורים שבברייתא אין דומין זל"ז ודו"ק] :

דיני

סימן שצא [דיני שן באיזה מקום משלם נ"ש ובו כ"א סעיפים] :

א כבר נתבאר בסי' שפ"ט דקרא דכי יבער איש שדה או כרם ושילח את בעירה ובער בשדה אחר מיירי בשן ורגל ובער זה השן דובער משמע דבר המכלה לגמרי כדכתיב כאשר יבער הגלל עד תומו דרגל אינו מבער לגמרי אלא משחית ומקלקל ושן הוא מאבות נזיקין ודינו לגמרי כרגל דרגל הזיקו מצוי ואין הנאה להזיקה ושן יש הנאה להזיקה ואין הזיקו מצוי דאין הבהמה אוכלת כל היום בלא הפסק והרגל הולכת כל היום ולכן כתבה התורה שניהן דחד מחבריה לא ילפינן דלא ראי שן שיש הנאה להזיקה כהרי רגל שאין הנאה להזיקה ולא ראי רגל שהזיקו מצוי כהרי השן שאין הזיקו מצוי ומיהו מדכתיבא בחד קרא והיינו דחייבה תורה על הרגל אע"פ שאינה מכלה לגמרי כמו כן גדר השן דהיינו יש הנאה להזיקה חייב ג"כ אע"פ שאינו מכלה לגמרי לפיכך כל הדומה לזה האב שהזיקה בדבר שיש הנאה להזיקה הוי תולדה דשן כגון שנתחככה בכותל להנאתה והפילה הכותל או שנתגלגלה על פירות והפיצים רכים להנאתה כדרך הסוסים שמתגלגלים בארץ להתחכך עצמן ונטנפו הפירות או החפיצים משלם נ"ש דהם תולדות השן וכן כל כיוצא בזה ואם יש ספק בחיכוכה אם כוונה להנאתה או להזיק כגון שנתחככה בבהמה אחרת והזיקה אין מוציאין ממון אם לא שיש הוכחה שנתכוונה להנאתה כגון שאחר החיכוך הלכה ונתחככה בכותל או בארץ דאז יש הוכחה שלהנאתה נתכוונה [סמ"ע] ויש מי שחולק בזה דגם סתמא להנאתה נתכוונה [ט"ז] והוי תולדה דשן :

ב אין השן משלם נ"ש אלא כשאכלה דבר הראוי לה אבל אכלה דבר שאין ראוי לה כגון כסות וכלים ה"ז משונה והיא תולדה דקרן דאינה להנאתה ואינו משלם אלא ח"נ ברשות הניזק ונגד זה יש חומרא שגם ברה"ר משלם כמו קרן ואין אומרים דזה שהניח בגדו ברה"ר הלא שינה מדרך העולם וכל המשנה ובא אחר ושינה בו פטור דאין זה שינוי דדרך להניח בגד ברה"ר על שעה קלה כשרוצה לנוח ועוד דכבר נתבאר בס"ס שפ"ט דבעשיית מעשה לא אמרינן דפטור ע"ש :

ג אם אפילו אכלה דבר שאין דרכה לאכול אלא ע"י הדחק כגון פרה שאכלה שעורים וחמור שאכל כרשינין וכלב שלקק את השמן וחזיר שאכל חתיכת בשר וחתול שאכל תמרים וכה"ג שארי דברים שבהמה זו אינה אוכלת רק ע"י הדחק מ"מ חשיבא שפיר אכילה ומשלם נ"ש דעכ"פ כיון דנאכלין ע"י הדחק מקרי להנאתה אבל בהמה שאכלה בשר או תבשיל מבשר לאו אורחא היא לאכול אפילו ע"י הדחק ומשונה הוי. ככסות וכלים ואינו משלם רק ח"נ ובין ברה"ר ובין ברשות הניזק ופת דרכה לאכול וחיות יש מהן שדרכן לאכול פת ויש מהן שאין דרכן לאכול פת ולא בשר ותבשיל של בשר אפילו ע"י הדחק כמו צבי שאינו אוכל לא לחם ולא בשר אף מרוחק ודינן כקרן :

ד וכן כלב שהמית כבש וחתול שהמית התרנגולים גדולים ואכלן משונה היא והוי תולדה דקרן ואף שדרכן לאכול בשר מ"מ אין דרכן להמית בריות גדולות כאלו ולכן שמין מה שפחתה המיתה כגון שהכבש בחייה שוה עשרה דינרין והנבילה יפה שני דינרין ופחתתה המיתה שמנה דינרין ומשלם ד' דינרין גם ברה"ר וכשאכל הנבילה ברשות הניזק משלם כל השני דינרין דהאכילה דרכו בכך שכן דרכו לאכול נבילות אפילו של בהמות גדולות אבל אם אכל אותה ברה"ר אינו משלם נזק כלל אלא מה שנדנה כמו שיתבאר ואע"ג דהכא גם ברה"ר היה לו לשלם נ"ש על האכילה כיון שהרגה מ"מ לא קרינן בזה ובער בשדה אחר כמ"ש בסי' שפ"ט :

ה כתבו הטור והש"ע בסעי' ד' בהמה שראתה לחם בסל ושברה הסל ואכלה הלחם משלם נ"ש גם על הסל שכן דרכה לשבר הסל כדי לאכול הלחם אבל אם אכלה הלחם החלה ואח"כ שברה הסל אינו משלם על הסל אלא ח"נ וגם ברה"ר משום דהוי קרן ואינו משהלם אלא מגופו עכ"ל ומשמע מלשון זה דאינו חייב על הסל נ"ש אלא דווקא כשהלחם הונח בסל באופן שקשה היה לה להגיע אל הלחם בלתי שבירת הסל ולכן דרכה לשבור את הסל וגם זה הוי להנאתה אבל כשהלחם היה מונח בריוח וקלקלה את הסל אינו משלם רק ח"נ וגם לשון הרמב"ם ז"ל בפ"ג נוטה לזה אבל יש מרבותינו שמפרשים דאירחא דבהמה ללעוס הסל בעת שלועסת את הלחם ולפ"ז אפילו הונח בריוח ולעסה הסל עם הלחם משלם נ"ש גם על הסל [רש"י ונמק"י וכ"ל דתלוי בשני פירושי רש"י דפלכים לסלא בד' י"ט : והרמב"ם והטוש"ע מפרשים כפי' השני ע"ש ודו"ק] :

ו וכן אם ראתה אוכלים ע"פ החבית ונסתבכה בחבית לעלות כדי לאכול האוכלים ושברתה משלם גם על החבית נ"ש שכן דרכה לעלות על החבית כדי לאכול האוכלים וכן כל מיני נזק שעשה הבע"ח ברשות הניזק והנזק נראה שכדי להגיע להאוכל עשה זה כדרך העיזים שמחפשין בבתים לאכול מה ובחיפושן משברים כלים חייב גם על הכלים נ"ש וכה"ג בכל נזקי שן שהוא להנאתה אם הביאה הנאתה גם לנזקים אחרים נכללים כולם בנזקי שן ומשלם נ"ש ברשות הניזק וברה"ר פטור לגמרי :

ז אע"פ שנזקי שן פטורים ברה"ר דגזירת הכתוב הוא ובער בשדה אחר מ"מ אם אכלה ברה"ר משלמים הבעלים כל מה שנהנית דהיינו כל מה שאכלה אינו משלם אותו אלא כאלו היתה תבן דיכול לומר אני לא הייתי

הייתי מאכילה רק תבן וי"א דמשלם דמי שעורים בזול דזהו שליש פחות משויו כמ"ש בסי' שמ"א דאנן סהדי דאף מי שאינו מאכיל שעורים לבהמתו אם היה מוצא בזול היה מאכילה ונ"ל דאם ידוע שהמזיק מאכיל תמיד לבהמתו שעורים משלם דמי שעורים כפי שויים ואם אכלה אוכלין הרעים לגופה כגון שאכלה חטים וע"י זה מתרזת הואיל ואין הנאה מזה לבעל הבהמה אע"פ שהיתה נהנית בעת אכילתה פטור ברה"ר מכלום [והרמב"ם ז"ל נראה דמספקא ליה אי הלכה כרבה או כרבא בב"ק ך'. ואינו מפרש עמיר כפירש"י וקרובים דבריהם להיות שוים וזהו כוונת הה"מ שם בפ"ג ודו"ק]:

ח ממה שנתבאר למדנו דכל מה שממונו של אדם נהנה משל אחרים ובעל הממון מרויח בזה אף שבעד הנזק א"צ לשלם כמו שן ברה"ר מ"מ מה שהגיע לו הנאה מזה חייב לשלם מיהו יש מי שאומר דדוקא כשממונו נהנה משל אחר שלא באמצעית אדם אחר אבל אם איש אחר נטל תבואה של אחרים והאכיל לבהמת ראובן פטור ראובן מלשלם לבעל התבואה ויתבע מהמאכיל [יש"ש פ"ט בב"ק סי' כ"ח] ויש מי שחולק בזה ועכ"פ הוה ספיקא דדינא [ש"ך] מיהו זה פשוט דאם ראובן האכיל תבואתו לבהמתו של שמעון דשמעון צריך לשלם לו כפי מה שנהנה דלא גרע מיורד שלא ברשות [שם] ומ"מ אם נראה שלא ירד ראובן מתחלה לשם תשלומין אינו יכול לתובעו אח"כ [עתוס' ב"ק ק"א. ד"ה או וברא"ש שם וכש"ס סס"ג]:

ט כבר בארנו בסי' שפ"ט סעי' י' דטעמא דשן ורגל פטרה התורה ברה"ר משום דהשכל מחייב כן דא"א לו לאדם לילך אחר בהמתו כשהולכת במקום שיש לה רשות שלא תעשה דבר שדרך הבהמות לעשות ויש מרבותינו דס"ל דאזלינן לדינא בכל הענינים רק בטעם זה [רי"ף] ולפ"ז כשהולכת ברה"ר וע"י דריסתה שם עשתה נזק ברשותו של ניזק כגון שהיה מונח עץ ארוך מקצתו ברה"ר ומקצתו ברשות הניזק ודרסה על מקצתו שברה"ר והזיקה ברשות הניזק פטור כיון שהלכה ברה"ר וזהו דעת הי"א שבארנו שם סעי' ל"ה ורוב רבותינו חולקים בזה דהן אמת דהתורה פטרה ברה"ר אבל עכ"פ גזרה התורה שאם היה הנזק ברשות הניזק חייב ולפ"ז בשן נמי אינו חייב לשלם נ"ש אא"כ אכלה ברשות הניזק אבל אם לקחה המאכל מרשות הניזק והוציאו לרה"ר ואכלתו שם או אכלתו ברשות אחר א"צ לשלם אלא מה שנהנית ואע"פ שמצד הסברא כיון שפשעה בלקיחה מה לנו באיזה מקום אכלה מ"מ גזירת התורה היא שתאכל דווקא ברשות הניזק וגם דעת הרמב"ם כן הוא כמו שיתבאר בסעי' י"ז אבל להי"א חייב בבה"ג [ככ"ל להרי"ף וה"ה בד' כ"ג. דאכלה היכא אלימא דאכלה בגדים דעלמא הא בעינן ובער בשדה אחר יפרש כמ"ש הרשב"א שם שהנחלת איכה של בעל החררה והכלב לא נטל את החררה מרשות בעל החררה ע"ש]:

י ולהיפך אם לקחה ברה"ר והלכה ואכלה ברשות הניזק יש מחייבים לשלם נ"ש דקרינן בה ובער בשדה אחר ואין לנו להקפיד באיזה מקום שנטלה ועוד דכשבאה לרשות הניזק והמאכל בפיה חשבינן פיה כחצר הניזק דכן קיי"ל דפי פרה כשעומדת ברשותו של ניזק כחצר הניזק דמי ונמצא דגם הלקיחה הוי כבחצר הניזק דכל זמן שמונח בפיה ולא התחילה לאכול עדיין נחשב כלקיחה והרמב"ם ז"ל בפ"ג פסק דהוי ספיקא דדינא ואינה משלמת אלא מה שנהנית ואין להקשות למה פסק בפ"ב בבהמה שהיתה מהלכת ברה"ר ונתזו צרורות מתחת רגליה ושברו את הכלים דמשלם כדין צרורות ברשות הניזק וכמ"ש בסי' ש"ץ סעי' ו' ולא אזלינן בתר תחלת הנזק וה"נ היה לנו לחייבו נ"ש והרי נתבאר בעץ ארוך כשדרסה על מקצתו שברה"ר והזיקה ברשות הניזק דחייב לרוב הפוסקים אמנם לא דמי דהתם הדבר הנזוק לא יצאה מרשות הניזק כלל לפיכך לא חיישינן במה שהלכה ברה"ר אבל הכא היו הפירות ברה"ר ואם לא חשבינן פי הפרה כחצר הניזק הרי עיקר התחלת הנזק בגופו של הדבר הנזוק לא היה ברשותו של ניזק וכמו שכשלקחה מחצר הניזק ואכלה ברה"ר שפטור מפני שגמר הנזק לא היה ברשות הניזק כמו כן יש לפוטרו בכה"ג כשתחלת הנזק בגוף הדבר הנזוק לא היה ברשות הניזק וכן נ"ל להיפך דאפילו לדעת הי"א שכתבנו דבמהלכת ברה"ר פטור ובלקיחה מחצר הניזק חייב משום שהולכים לגמרי אחר הסברא. מ"מ יכול להיות דבזה חייב אם נאמר דפי פרה ברשות הניזק דמי ונמצא דהלקיחה והאכילה היה ברשות הניזק [ויותר נראה מדהשמיט הרי"ף בעיא דפי פרה ס"ל דוודאי פטור והנמק"י כתב על הרי"ף בהך דאכלה בגדים דבע"ח דבלקיחה בלבד לא מחייב ולע"נ כדמוכח מהרא"ש ריש מכילתא וצ"ל דהרי"ף ס"ל כהרשב"א כמ"ש בסעי' ט' ודו"ק]:

יא לדיעה ראשונה שנתבאר דבלקחה מרשות הרבים ואכלה ברשות הניזק חייב נ"ש דפי פרה כחצר הניזק דמי לפ"ז אפילו במקום שאין לחייב על הנטילה כגון שהיו הפירות מונחים במקום שא"א ליטלם משם ובא ראובן והושיט פירותיו של שמעון שבחצר שמעון לפי הפרה של לוי חייב לוי אם המושיט הוא חרש ושוטה או שאין לו במה לשלם דכיון דכשהושיט לפיה היה עדיין בעין והפרה אכלתם והוי האי דינא כגוזל ומאכיל דרצה מזה גובה רצה מזה גובה כמ"ש בסי' שס"א אמנם אם המושיט הוא בר דעת ויש לו במה לשלם ובעל הפרה לא הזיק בידים וודאי דיש לגבות ממנו [ס"ך] אבל אין לחייבו מטעם דכל היכא דליכא לאישתלומי מהאי משתלם מהאי דזה הטעם לא שייך אלא כשלא חייבו התורה לזה כלל אבל היכא דחייבתו התורה אלא שאין לו במה לשלם א"א לחייב השני מטעם זה כמ"ש הטור בסי' ת"י [שם]:

יב כדיעה ראשונה שבסעי' י' וגם הדין הקודם שבסעי' נ"א

י"א כן כתבו רבותינו בעלי הש"ע בסעי' ז' וס"ל דזה שחייבה התורה שן ברשות הניזק העיקר הוא על האכילה שברשות הניזק אע"פ שעל הלקיחה אינו חייב כגון שלקחה מרה"ר או אחר הושיט לה וכן להיפך כשהאכילה היתה ברה"ר אע"פ שלקחה מרשות הניזק פטור ואע"ג שמצד הסברא אינו כן מ"מ גזירת התורה היא ובער בשדה אחר דהקפידה הוא רק על האכילה ולא על הלקיחה ודעת הרמב"ם כבר בארנו דבלקיחה מחצירו של ניזק ואכלה ברה"ר ס"ל כריב הפוסקים שפטור שכן כתב בפ"ג כלב שנכנס לחצר ונטל פת או בשר והוציאן לרה"ר או לחצר אחרת ואכל שם מה שנהנה משלם עכ"ל ואינו משלם מה שהזיק ובלקיחה מרה"ר והאכילה היתה ברשות הניזק הוי ספיקא דדינא כמ"ש שם בהמה שהיתה עומדת ברשות הניזק ותלשה פירות מרה"ר ואכלתן ברשות הניזק הרי הדבר ספק וכו' עכ"ל:

יג ולפי"ז דברי רבותינו בעלי הש"ע צריכים ביאור דבסעי' ז' כתבו כמ"ש דבהאכילה תלוי ובסעי' י"ב כתב רבינו הב"י דברי הרמב"ם ז"ל שהבאנו בבהמה שהיתה עומדת ברשות הניזק ותלשה פירות מרה"ר ואכלתן ברשות הניזק ה"ז ספק עכ"ל והוסיף רבינו הרמ"א דה"ה אם הבהמה עומדת ברה"ר ונטלה האוכל מרשות הניזק ואכלה ברה"ר דהוי הדבר ספק עכ"ל וזהו נגד דבריהם שבסעי' ז' ובאמת בעל הלבוש כתב דיעה זו בשם י"א ויש מי שתירץ דזה שחייב בנוטלת מרה"ר ואוכלת ברשות הניזק זהו דווקא בנוטלת בפיה דחשבינן פיה כרשות הניזק והוי כנטילה מרשות הניזק אבל הכא מיירי שגלגלה מרה"ר לרשות הניזק דכן מוכח ממקור הדין [כבעיא דמתגלגל ד' כ'. לגי' הרמב"ם] ולא היה בפי הפרה ולכן הוי ספיקא דדינא כיון דהנטילה לא היה כלל ברשות הניזק [ט"ז] אבל דברי רבינו הרמ"א אינו מתורץ בזה דא"כ איך יש ספק באכלה ברה"ר כה"ג דהא אפילו בפיה פטור כמ"ש בסעי' ז' ונ"ל דכוונתי הוא דהוי הדבר ספק אם זהו שן ופטור ברה"ר או דילמא כיון שעמדה ברה"ר ונטלה מרשות הניזק הוי משונה והיא תולדה דקרן וחייב גם ברה"ר ח"נ [וכ"מ בגמ' שם דזהו מתגלגל לפירש"י וקאמר מקודם בקופלת ופירש"י והוי תולדה דקרן וע"ז בעי מתגלגל מהו ומ"ם הסמ"ע בסקכ"א על דברי המחבר לע"נ דא"כ ח"נ ממ"כ דמשלם והמחבר הייס דרק מה שנהנית משלם וגם מה שנשאר בסקכ"ב בל"ע על דברי הרמ"א לע"נ ואע"ג דמרש"י עצמו לא משמע כן ע"ש מ"מ דברי הרמ"א י"ל כן ועמ"ש בסעי' י"ח]:

יד בזה שעמדה ברשות הניזק ותלשה פירות מרה"ר ואכלה ברשות הניזק דהוי ספיקא דדינא כתב רבינו הב"י דלפיכך אינו משלם אלא מה שנהנית ואם תפס הניזק כמה שהזיקה אין מוציאין מידו עכ"ל וזהו כהרמב"ם דמהני תפיסה בספיקא דדינא ובספיקו של רבינו הרמ"א כפמ"ש לא שייך תפיסה רק על ח"נ וכתב רבינו הרמ"א דכבר נתבאר בסי' ש"ץ דיש חולקין וס"ל דלא מהני תפיסה בספיקא דדינא עכ"ל וי"א דבזה מהני תפיסה לכ"ע דכיון דנגד מה שנהנית מהני ההפיסה מועיל נמי גם לשאר [סמ"ע] ויש מפקפקים בזה [ש"ך]:

טו אם מתגלגלים פירות מרשות הניזק לרה"ר ובא בהמת חבירו ועכבן ואכלן ברשות הניזק ואם לא היתה אוכלתן היו מתגלגלים לרה"ר י"א דהוי ספיקא דדינא אי חשיבא כמונחים ברה"ר ופטור או לא [לפי' תוס' במתגלגל ע"ש] ולפ"ז יש ספק גם להיפך במתגלגלין מרה"ר לרשות הניזק והבהמה עכבתן ברה"ר ואכלתן יש ספק אם הוי כמונחים ברשות הניזק וחייב או לא:

טז בזה שכתב רבינו הרמ"א דאם הבהמה עומדת ברה"ר ונטלה האוכל מרשות הניזק ואכלה ברה"ר דהוי ספיקא דדינא כמ"ש בסעי' י"ג מסיים בזה דדווקא בכה"ג שהמאכל ברשות אחד והבהמה גלגלה המאכל לרשות שני אבל אם המאכל דבר ארוך מקצתו מונח בפנים ומקצתו מונח בחוץ ובשמושכת ראש האחד נגרר אחריה ראש השני בכ"מ שהיא מתחלה למושכו חשבינן ליה כאלו אכלה שם בין ברה"י בין ברה"ר עכ"ל:

יז כתב הרמב"ם ז"ל בפ"ג הלכה ה' כלב שנכנס לחצר ונטל פת או בשר והוציאן לרה"ר או לחצר אחרת ואכלה שם מה שנהנה משלם אכלה בשדה של בעל החצר משלם נ"ש כאלו אכלן בתוך החצר שהרי ברשות הניזק אכל עכ"ל ויש להבין מאי קמ"ל פשיטא דכשהנטילה והאכילה היה בחצר הניזק דמשלם נ"ש ונ"ל דהנה בבעיא דהש"ס [ב"ק כ"ג.] אם פי פרה דמי לחצר הניזק או לחצר המזיק הרבה נתקשו בה רבותינו הראשונים ונראה דהרמב"ם ז"ל מפרשה באופן אחר וה"פ דכבר בארנו בסעי' ט' וסעי' י' דס"ל להרמב"ם דכשנטלה ברשות הניזק ואכלה ברה"ר פטור ולהיפך אם נטלה ברה"ר ואכלה ברשות הניזק הוי ספק אלמא דיש ספק אולי הצריכה התורה ששניהם יהיה דווקא ברשות הניזק הנטילה והאכילה ולפ"ז יש ספק ג"כ אפילו אם היו שניהם ברשות הניזק אך שלקחה מרשות זה של הניזק ועברה דרך רה"ר בהמאכל שבפיה ונכנסה לרשות אחר של הניזק ואכלה שם אם פי פרה הוי כרשות הניזק נמצא שלא יצא מעולם מרשות הניזק ואם פי פרה כרשות המזיק דמי הרי יצא מרשות הניזק באמצע והתורה הקפידה שמתחלה ועד סוף יהיה ברשות הניזק ומסיק הש"ס דכחצר הניזק דמי כשהלקיחה והאכילה היה בחצר הניזק וזהו שכתב הרמב"ם ז"ל אכלה בשדה של בעל החצר משלם נ"ש כאלו אכלן בתוך החצר כלומר כאלו אכלה בתוך החצר שנטלה שהרי ברשות הניזק אכלה ופיה שבאמצע כחצר הניזק דמי [ומקורו מהא דאמר שם דאכלה בגדים דבע"ח הפסוט דפי פרה וכו' בשלקח החררה בחצר הניזק ואכלו בגדים ולפ"ז א"ם מאי דפריך פשיטא

פשיטא וכו׳ היכי משכחת לה שנתקשו בזה הראשונים ולפמ״ש הוא פשוט דאל״כ בכל שן נפטור אם נחשבנה כחצר המזיק דהרי אוכלת כבחצירו של מזיק ומשני שנתחככה ע״ש ודו״ק]:

יח כל מקום שיש רשות לאדם להניח פירותיו אע״פ שאין המקום שלו כגון צידי הרחוב שדרך להניח שם חפיצים ופירות מקרי רשות הניזק ובהמה האוכלת שם משלם בעל הבהמה נ״ש דעל הבעלים לשומרה שלא תכנס לשם וכן איתא בירושלמי [פ״א דב״ק] דכרמלית כחצר הניזק דמי וצידי הרחוב מקרי המקום שלפני הבתים שאינו מעצם הרחוב ותלוק ממנו בגובה או בחריץ או בגדר נמוך ואם היו הפירות מונחים בצידי רחבה והבהמה הולכת בהרחוב כדרכה ועיקמה ראשה לצידי הרחבה ואכלה מהן אינו משלם אלא מה שנהנית דכיון דגופה ברה״ר הוה לה שן ברה״ר ואין לו להניח פירות שתוכל הבהמה לאכלם כשתעמוד בהרחוב ותעקם ראשה ואינו משלם נ״ש על צידי הרחוב אא״כ יצאה כולה מהרחבה לצידי רחבה ונראה דגם בחצר הניזק ממש אם עמדה ברה״ר והחזירה ראשה לחצר הניזק ואכלה דפטור דלא היה לו להניח פירות בקירוב מקום כל כך לרה״ר או היה לו לנעול חצירו אמנם במקום שיש צידי רחוב בע״כ שעמדה בצידי הרחבה והוי ממש ברשות הניזק [ככ״ל מדלא חילקה הש״ס בזה ומהגר״א סקכ״ד לא משמע כן וכ״מ מסמ״ע סקט״ז אך לפמ״ש התוס׳ בדי כ׳. ד״ה מפתח החנות שיש תריסין לפני החניות א״ש לזה ודו״ק]:

יט וכן כשאכלה מפתח החנות כמו שיש בכמה מקומות שמניחין תריסין לפני החנויות ומניחין שם פירות ועמדה ברחוב והחזירה ראשה להתריסין ואכלה אינו משלם אלא מה שנהנית ואם אכלה מתוך החנות משלם נ״ש ויש מי שאומר דמתוך החנות חייב נ״ש אף כשעמדה בצד פתח החנות ואכלה מהחנות ולא נראה כן דהרי הזינן שלא חייבה התורה אלא בעומדת ברשות הניזק אבל לא בעומדת ברה״ר דבזה פשע הניזק דאין לו להניח פירות במקום כשהבהמה תלך כדרכה תוכל לאכול משם או ישמור פירותיו דמה יש לבעל הבהמה לעשות ולפ״ז הנשים שיושבות בשולחנות בשוק בלחם ופירות והבהמה ההולכת כדרכה חטפה לחם או פירות מהשולחן פטור בעל הבהמה דכיון שהלכה הבהמה כדרכה היה לו לבעל הפירות לשמור ממונו וראיה לזה ממה שיתבאר באכלה מקופתו של חבירו ומגב הבהמה שפטורה וה״נ דכוותיה וכן משמע מלשון הפוסקים:

כ המקצה מקום מרשותו לרה״ר שכנס לתוך שלו והניח מקרקעו לרה״ר ושטח שם פירותיו ונכנסה בהמה שם דרך הלוכה ואכלתן חשוב כרה״ר ואינו משלם רק מה שנהנית ואפילו לא הפקיר רשות זה אלא הניחו לשטוח שם פירותיו וכל זמן שאין שם פירות יכולין בני רה״ר להליך שם מ״מ פטור ולא דמי לצידי רחבה דגבוהים ומובדלים מרה״ר אבל זה המקום שוה לרה״ר ודרך הבהמה להלך שם [תוס׳ כ״א. ד״ה כי] ומיירי כשבמקום זה ליכא צידי רה״ר דאל״כ אין נ״מ בדין זה:

כא היתה מהלכת ברה״ר ופשטה צוארה ואכלה מע״ג חבירתה או מהקרן אפילו עמדה ואכלה אינו משלם אלא מה שנהנית שכן דרך הבהמות לאכול זו מעל גב זו או מהקרון והוה שן ברה״ר ופטור ואפילו היתה ראשה בשעת אכילתה על גבי הבהמה או הקרון מ״מ כיון שגופה ורגליה עומדות ברה״ר בתר גופה אזלינן [סמ״ע] דהא אורחה בכך דמטעם זה פטרה התורה שן ברה״ר אבל אם קפצה ברגליה ואכלה מעל הבהמה או מעל הקרון בשעה שהגביהה רגליה למעלה משלם מה שהזיקה דכיון דעמדה ברגליה על הבהמה או על הקרון חשוב כבחצר הניזק דהגב והקרון ממש כחצר הניזק הם ואפילו היתה יכולה לאכול בלא קפיצה מ״מ מדקפצה ועמדה שם ברגליה מקרי חצר הניזק וי״א דדווקא שהיה בענין שא״א לה לאכול כי אם בקפיצה אבל אם היתה יכולה לאכול בלי קפיצה אפילו אכלה בקפיצה חשוב כרה״ר דטעמא מאי פטרה התורה משום דדרך הבהמה לילך ברחוב ולאכול וכיון שיכולה לאכול כדרכה אין לחייב את הבעלים מפני שאכלה בקפיצה וכן פסק רבינו הרמ״א ויש לעיין בזה דדיעה זו כתב הרא״ש להרי״ף ז״ל דס״ל דאזלינן בתר הטעם וזהו דעת הי״א שבסעי׳ ט׳ ובסי׳ שפ״ט סעי׳ ל״ה אבל לפי מה שפסקו רבותינו בעלי הש״ע דלא אזלינן אחר הטעם בלבד אלא גזירת הכתוב הוא כמ״ש שם היה לנו לחייבו בכה״ג כמו בדרסה ברה״ר והזיקה ברה״י שנתבאר שם ואפשר לומר כיון דכאן אינו רה״י גמור א״א לחייבו אלא במקום דלאו אורחה וכן הדין כשהיתה קופה מופשלת לאחוריו של אדם והיה פירות בהקופה ואכלה הבהמה ממנה אם אכלה בלא קפיצה פטורה ובקפיצה חייבת ולרבינו הרמ״א דווקא כשלא יכלה לאכול בלא קפיצה ועופות שאכלו בקרונות ובסלים שברה״ר תמיד פטורים הבעלים דדרכן בכך ויש לבעלי הפירות לשמור מהם ויש מרבותינו שמפרשים דקפיצה לאו אורחא דאין דרך הבהמה לקפוץ ולפ״ז היה לנו לפטור בגדי דדרכה לקפוץ כמ״ש בס״ס ש״ץ אבל מלשון הטור וש״ע לא משמע כן מדלא חילקו בזה ודע דכל מ״ש באוכלת מגבי הבהמה ה״ה באוכלת מהאיצטבאות שברה״ר ומהסלים העומדים שם [רבינו ב״י]:

סימן שצב [דין כלב שנטל חררה ואכלה והדליק הגדיש ובו ד׳ סעיפים]:

א כלב שנטל חררה מתנור וגחלת דבוקה בה כדרך פת שבתנור והלך לגדיש של בעל החררה ואכל את החררה

החררה והדליק את הגדיש ע"י הגחלת משלם על החררה נ"ש דזהו שן ממש דנטלו ברשות הניזק ואכלו ברשותו ועל הגדיש משלם ח"נ כדין צרורות שהשלהבת שורף מכחו והוי כצרורות שבאים מכחו ואם הניח החררה עם הגחלת על הגדיש משלם גם על מקום הגחלת נ"ש מפני שבזה המקום עשה הנזק בגופו ולא בכחו ואף שאין זה בגופו ממש אמנם כבר נתבאר דמחובר לגופו כגופו דמי כמו סוס המושך בקרון וה"נ כיון שתופס החררה עם הגחלת בפיו והניחה על הגדיש הוי רגל ממש ואין זה משונה דאורחיה לעשות כן ליטול הגחלת עם החררה כמו שדרכו של תרנגול לחטט החבל בשביל העיסה והבהמה לשבור הסל בשביל הלחם ולכן על החררה ועל מקום הגחלת משלם נ"ש כדין רגל ועל שאר הגדיש שהאש הולך מאליו מכחו הוי צרורות ומשלם ח"נ אבל אם זרק הגחלת על הגדיש משלם ח"נ גם על מקום הגחלת דגם במקום זה אינו אלא צרורות דהא זרקה ומכחו נפלה :

ב בד"א כששמר בעל הגחלת את גחלתו שסגר הדלת בפניה אלא שבא הכלב וחתר את הדלת ונטל את החררה מעל האש עם הגחלת אבל אם פשע בעל הגחלת ולא שמר את אשו כגון שהגחלת היה מונח במקום שאינו משומר מהכלבים אז על מקום הגחלת משלם כל אחד החצי בעל הכלב החצי ובעל הגחלת החצי דשניהם עשו ההיזק זה בכלבו וזה באשו ואע"ג דכיון דבעל הגחלת פשע בגחלתו למה לנו לחייב גם בעל הכלב אמנם כמו שחייבנו בסי' ק"ץ ברליל את בעל התרנגול אע"פ שבעל הדליל פשע בחוטו כמ"ש שם סעי' י"ד כמו כן נחייב את בעל הכלב ועל שאר הגדיש שהכלב הזיק בכחו נותן בעל הכלב רביע דהא גם אם לא היה לו שותף לא היה משלם רק החצי ועכשיו שיש לו שותף ישלם מזה החצי מחצה דהיינו רביע דאל"כ מאי מועיל לו השותפות ובעל הגחלת משלם ג' חלקים דקיי"ל כל היכא דליכא לאישתלומי מהאי משתלם מהאי כמ"ש שם בדליל ויתבאר בסי' ת"י ואם זרקה על הגדיש אינו משלם בעל הכלב אלא רביע אפילו על מקום הגחלת ובעל הגחלת משלם כל המותר מטעם שכתבנו וזהו דעת הטור ורוב הפוסקים :

ג והרמב"ם ז"ל יש לו שיטה אחרת בזה וז"ל בספ"ב מנזקי ממון כלב שנטל את החררה והלך לו לגדיש אם הניחה בגדיש ואכל את החלה והדליק את הגדיש על החלה ועל מקום החררה משלם נזק שלם ועל הגדיש ח"נ ואם היה מגרר את החלה על הגדיש והולך ושורף משלם על החררה נ"ש ועל מקום הגחלת ח"נ ועל שאר הגדיש פטור בד"א כששמר בעל הגחלת את אשו וסתם הדלת ובא הכלב וחתר ונטל את החררה מעל האש אבל אם לא שמר אשו בעל האש חייב על שריפת הגדיש ובעל הכלב חייבי על אכילת החררה ועל מקומה עכ"ל והנה בזה שפוטר את בעל הכלב על הגדיש כשבעל הגחלת לא שמר גחלתו הולך לשיטתו בדליל שבארנו בסי' ש"ץ סעי' י"ט והוכחנו כן מסוגיית הש"ס ע"ש אבל במה שפוטר את בעל הכלב על כל הגדיש כשגירר את החלה על הגדיש ובעל הגחלת שמר גחלתו הקשו עליו כל הפוסקים מאיזה טעם פטרו דבגמ' [כ"ג.] לא אמרו זה רק למאן דס"ל אשו משום ממונו אבל אנן דקיי"ל דאשו משום חיציו כמ"ש הרמב"ם עצמו בספי"ד מנזקי ממון וודאי דחייב ויש מי שאומר דפטרו משום דזהו ככח כחו אבל א"א לומר כן דקיי"ל דכח כחו ככחו דמי כמ"ש בסי' ש"ץ סעי' ה' ובעל הלבוש לא הביא דעתו כלל [והראב"ד והס"מ וסיס"ם וסב"ח לחו לדבריו ודברי הסמ"ע מחוסר הבנס ע"ש] :

ד ולענ"ד דברי הרמב"ם נכונים בטעמן ומסוגיית הש"ס מוכח כן דהנה נזק אש אינו דומה לכל הנזקים שהאדם או הבהמה עושים בפועל ממש כל הנזק אבל האש שלא במקום הנחתו שורף מעצמו וע"י הרוח ולכן חקרו חז"ל בטעם חיובו דחד אמר דזהו כממונו המזיק וחד אמר דזהו כזורק חץ למרחוק דג"כ החץ הולך מעצמו ואע"ג דהחץ הולך מכחו והאש אינו הולך מכחו מ"מ כיון דטבע האש לילך ולשרוף כשמדליקין אותו הו"ל ככחו וכ"ז הוא באדם הדולק את האש אבל כשלא שימר גחלתו ודלקה ועשתה היזק אע"ג דחייב לשלם מ"מ אמרינן בגמ' בסוגיא שם [כ"ג.] דאפילו למ"ד אשו משום חיציו בזה אין החיוב רק משום ממונו דהכי אמרינן שם אלא למאן דאית ליה משום חיציו אית ליה נמי משום ממונו וכגון שהיה לו לגודרה ולא גדרה דהתם שורו הוא ולא טפח באפיה ע"ש ולפ"ז מובן ממילא דכששורו הזיק באשו א"א לחייבו יותר מממונו דנהי דחיציו דבהמתו הוא מ"מ הרי גם בהמתו ממונו הוא וס"ל להרמב"ם דבנזק ממונו שהזיק בעינן דווקא שיהא הממון שלו וכ"כ רש"י שם ואע"ג דמוכח בכמה מקומות דחיובא דאש הוא אף כשאין האש שלו זהו כשהאדם עצמו הזיק [ס"מ סס לתרן קושית תוס'] ורק זהו דווקא במקום שהאש הולך מעצמו דאף דחשבינן לה לחיצי בהמתו מ"מ כשאין האש שלו פטור אבל במקום שבהמתו עשתה בגופה ממש חייב אע"פ שאין האש שלו וכה"ג בארנו בסי' ק"ץ בדליל לשיטתו ואין האש מקרי כשלו אלא כשהבהמה הגביהה את החררה והגחלת אבל כשלא הגביהה אלא גררה לא הוי האש בשלו דלא זכה בה [ס"מ בסס ר"ח על אלייה אדויי'] ואע"ג דהגבהת הבהמה אינו קניין להבעלים מ"מ כשהגביהה החררה עם הגחלת והחררה הוי כשלו כיון שאוכלת ממנו ומחוייב לשלם בעדה הוי גם כגחלת שלו ועוד ס"ל להרמב"ם דנזק האש ע"י בהמתו הוי משונה ודינו כקרן וכ"כ בפי' המשנה ע"ש וגם זהו רק שלא במקום הנחתו עם החררה אבל במקום הנחתו עם החררה אורחא הוא כיון שצריך לאכילת החררה כמו שדרכה לשבור

לשבור הסל בשביל הלחם ולחטט החבל בשביל העיסה ולפ"ז א"ש הכל דאם הניחה בגדיש שהגביה החררה עם הגחלת והניחה חייב על מקום הנחתה נ"ש דאורחא הוא ועל שאר הגדיש ח"נ דמשונה הוא והוי קרן כיון דעיקר נזק האש אין דרך הבהמה לעשות אבל אם גררה שלא הגביהה כלל ובע"כ שאכלה החררה אח"כ ולא שייך הגחלת להחררה חייב על מקום הגחלת חצי נזק דמשונה הוא ואע"ג שאין הגחלת שלו מ"מ כיון שבגופה עשתה חייב כמ"ש בדליל שם ועל שאר הגדיש פטור לגמרי כיון שאין הגחלת שלו כמו שפטור בדליל על כחו דתרנגול כשאין הדליל שלו כמ"ש שם [ומפרש הרמב"ם מ"ש בגמ' דאדייה ר"ל שגררה וכפירש"י ומשום דלא קנה ובאדיי' לא פליג ר"י וע"ש בתוס']:

סימן שצג [הכנים פירותיו לחצר חבירו שלא ברשות והוזק בהן בעל החצר ובו ה' סעיפים]:

א כבר נתבאר דשן ורגל פטורים ברה"ר וכ"ש ברשות המזיק לפיכך הכנים כליו לחצר חבירו שלא ברשות ושברתן בהמתו של בעל החצר פטור ואם הוזקה בהן חייב בעל הכלים וכן מי שהכנים פירותיו לחצר חבירו שלא ברשות ואכלהן בהמתו של בעל החצר פטור ולא ישלם רק מה שנהנית כמ"ש בסי' שצ"א ואם הוחלקה הבהמה בהפירות והוזקה בהן חייב בעל הפירות לשלם הזיקו ואפילו היתה ההכנסה לטובת בעל החצר כגון שהיה טוחן והביא זה תבואתו לטחון אצלו ושישתכר בהן בעל החצר אפ"ה כיון שלא צוהו להכנים פירותיו הוי כשלא ברשות דאם היה נותן לו רשות היה משגיח בבהמתו שלא תגע בהן וזה שחייב כשהוזקה בהמת בעל החצר דווקא אם הוזקה בהן שלא בכוונת נזק אבל אם כונה להזיק וע"י זה נתנזקה אין מחייבין בעל הפירות לשלם דאין סברא לחייבו על מה שעשתה בכוונת נזק ואפילו אכלה את הפירות יותר מדאי והוזקה באכילתן או שהפירות היו רעים לה ג"כ אינו חייב לשלם דמי הבריחה שתאכל והרי אפילו נותן סם המות לפני בהמת חבירו פטור מדיני אדם בכה"ג [נמק"י ר"פ הפרה] דהא זה המכנים שלא ברשות נהי דעשה שלא כדין מ"מ אינו שומר שלו שישמור בהמתו ואינו חייב אלא על מה שנתנזקה דרך הילוכה כדרכה:

ב אם נתן לו רשות להכנים כליו ופירותיו פטור המכנים אם הוזקה בהמת בעל החצר בהם וגם בעל החצר פטור בנזקי הכלים והפירות כשבהמתו הזיקן דנהי דנתן לו רשות מ"מ לא קיבל עליו שמירתן והיה לו להבעל הכלים והפירות לשמרן ונתינת רשות אינו מועיל רק לפטור את המכנים אבל לא לחייב את בעל החצר בשמירתן אא"כ קבל עליו בפירוש שישמור הכלים והפירות ויש מרבותינו דס"ל דסתם נתינת רשות הוי כקבלת שמירה מנזקין שלו ולא מעלמא כמ"ש בסי' שצ"ח ומ"מ אפילו לדיעה זו אינו חייב כשהזיקה בהמת אחרים אא"כ קבל עליו שמירתן בפירוש:

ג יש לפעמים שנתינת רשות תחייב להמכנים בנזקי בהמתו דבעל החצר ואפילו בדבר שלא היה חייב אף בלא נתינת רשות כמו באכלה הפירות ונתנזקה בהן כמ"ש בסעי' א' ובנתינת רשות חייב כגון שניכר לפי הענין שכשנתנו לו רשות להכנים חפיציו ופירותיו נסתלקו הבעלים מהחצר ממילא חייב המכנים בשמירת החצר וכיון שראה בהמתו של בעל החצר אוכלת דברים המזיקים לה והניחה לאכול חייב שהרי אין בעל החצר מצוי שם להעביר הבהמה מהם ומוטל עליו לשומרה וכ"ש אם בעת הכנסת פירותיו הלכו הבעלים מיד והניחו אותו לשמור את החצר דחייב ואפילו לא קבל עליו בפירוש שמירת החצר ומעשה באשה שנכנסה לבית שכינתה ללוש ולאפות והניחוה אנשי הבית ונתעלמו מהבית כדי שלא יביטו בה בעת הלישה והאפיה מפני שאז ידיה מגולות ואין מדרך ארץ להביט בה ובאה העז של הבעה"ב ואכלה הבצק ומתה מזה וחייבוה חכמים לשלם דמי העז וכן כל כיוצא בזה אמנם אם ידוע שבני הבית אין מוחזקים בצניעות כל כך שיסורו מאשה בעת גילוי ידיה אין מחייבין אותה לשלם והכל לפי ראות עיני הדיין [ט"ז] ונ"ל דאפילו במקום שהמכנים חייב בשמירה אינו חייב אלא בנזקין שיארע לבעה"ב ממה שהכנים אבל מנזקין דאתא מעלמא לא מחייב דהא לא קבל עליו שמירה בפירוש אא"כ א"ל בעל החצר מפורש הנני מניח עליך שמירת החצר וזה שתק וקבל עליו דאז חייב בכל מיני שמירה:

ד בזה שנתבאר דבשלא ברשות חייב המכנים בנזקי בהמתו דבעל חצר וברשות פטור אין חילוק בין חצר לשדה דאפילו בבקעה שיש הרבה שדות וכל שדה מיוחדת לבעלים שלה והכנים אחד פירותיו לשדה אחר שלא ברשות בעל השדה והוזקה בהן בהמת בעל השדה חייב המכנים ואם הכנים ברשות פטור ולא אמרינן כיון שהמקום פרוץ ופתוחים כולם זל"ז לא יחייב האחד בשל חבירו אלא דינו כחצר סגור וכך שנו חכמים [נ"ק נ"ט:] המגדיש בתוך שדה חבירו שלא ברשות ואכלתן בהמתו של בעל השדה פטור ואם הוזקה בהן בעל הגדיש חייב ואם הגדיש ברשות בעל השדה חייב ע"ש ואם הוזקה באכילתן פטור דלא היה לה לאכול כמ"ש בסעי' א' ואם יש מבעלי השדות שומר ממונה לכל יום שישמור

שישמור התבואות של השדות חייב זה ששמירתו עליו ביום זה כשנתן רשות לאחר להכנים פירותיו לשדהו אפילו לדיעה ראשונה שבסעי׳ ב׳ דנתינת רשות אינו מועיל רק לפטור את המכנים ולא לחייב את בעל החצר מ״מ בכאן חייב דכיון דעליו מוטל לשמור התבואות א״כ כשנתן לו רשות להכנים פירותיו הוה כמו שא״ל אשמור לך דמסתמא ארעתא דהכי הרשהו להכנים פירותיו לשדהו וכן אוקמוה בגמ׳ שם את זה ששנו חכמים דאם הגדיש ברשות בעל השדה חייב אבל כשהכנים שלא ברשות חייב המכנים בנזקי בהמתו דבעל שדה גם בכה״ג ואפילו לדיעה אחרונה שבסעי׳ ב׳ דנתינת רשות הוי כקבלת שמירה לא אמרינן דכשהוא שומר השדות יש לאחר להכנים פירותיו אפילו בלא נטילת רשות דאין סברא לומר כן ואע״פ שיש מרבותינו שמסתפקים בזה מ״מ העיקר לדינא כמ״ש ולכן גם הטור דס״ל כריעה זו השמיט זה [ס״ז]:

ה ודע דכל מה שכתבנו דאין חילוק בין חצר לשדה זהו ע״פ דעת רבותינו הרי״ף והרמב״ם והרא״ש והטור והש״ע שכתבו דין שדה כדין חצר ולפ״ז נראה דגם בבית הדין כן מדלא הזכירו שום חילוק בזה וכן משמע בש״ס אבל בירושלמי [ספרק ה״ד] אמרו דבבית הכל מודים שכשנתן לו רשות להכנים לתוכה ה״י כקבל עליו שמירה ובשדה הכל מודים דנתינת רשות לא הוי כקבלת שמירה ובחצר יש מחלוקת ע״ש וזה ששנינו במשנה דגדיש שהבאנו מוקי לה ביש לה גדר ומפתחות דהוה כחצר וטעם הירושלמי נראה דכיון דבבית אין רשות לכל אדם ליכנס תדיר מסתמא כשנתן לו בעה״ב רשות להכנים פירותיו היה דעתו שישמרם ג״כ מפני שהמכנים אין ביכולתו להשגיח עליהם תדיר ולהיפך בשדה פרוצה שרשות לכל אדם להלוך אין כוונתו בנתינת רשות לקבל גם השמירה ורק בחצר או שדה גדורה דאין קפידא מהבעלים כל כך למי שנכנס לשם דאין תשמישן קבוע כבבית בזה יש מחלוקת ותלוי בשני הדיעות שנתבאר אמנם כיון שכל רבותינו השמיטו זה הירושלמי ש״מ דלא ס״ל כן ואף שלא מצינו מפורש בגמ׳ שחולקת על הירושלמי בבית מ״מ כיון דבשדה חולקת ודין בית לא הזכירה לחלקה מחצר ש״מ דלא ס״ל לש״ס דילן לחלק בין בית לחצר ולשדה ויש לכולם דין אחד [נ״ל] ודע דדיני שמירות שבסי׳ זה אינו שייך לסתם שמירות שבארנו בסי׳ רצ״א סעי׳ כ״ה וכו׳ באומר הנח לפני כמ״ש שם מילתא בטעמא ע״ש:

סימן שצד [בהמה שנפלה לגינה והזיקה וכיצד משערין הנזק ובו ח׳ סעיפים]:

א בהמה שהלכה במקום שיש לה רשות להלוך והוחלקה באבן או במימי רגליה ונפלה לגינת חבירו ונחבטה על גבי פירות וירקות או שאכלתן א״צ לשלם מה שהזיקה שהרי נפלה באונס ואינו משלם אלא מה שנהנית ואפילו בנחבטה משלם מה שנהנית וא״זה הנאה יש לה זה שלא נחבטה על הקרקע ונפלה על מקום רך כפירות וירקות ולא נהרסקו איבריה ושמין כמה שוה הנאה זו ומשלם ואין זה דומה למבריח ארי מנכסי חבירו דפטור לגמרי כמ״ש בסי׳ קצ״ב דגם לגבי קנין סילוק היזק אינו כלום דזהו דווקא כשהמבריח עשה מדעתו לסלק נזק מנכסי חבירו או אפילו שלא מדעתו אך שאין בזה היזק להמבריח אבל הברחה כזו שיש נזק להבעלים ושלא מדעת הבעלים חייב לשלם [סכוגם נ״ח.]:

ב ודווקא כשהנפילה היתה באונס אבל אם ירדה מרצונה לגינת חבירו ואכלה או דרסה פירות או ירקות משלם מה שהזיקה דזהו נזקי שן ורגל ולא עוד אלא אפילו לא אכלן ולא דרסן אלא שילדה שם ולד ונטנפו הפירות במי הלידה ואנוסה היא בזה מ״מ חייב לשלם כל הנזק דתחלת ירידתה הוי בפשיעה וכל שתחלתו בפשיעה וסופו באונס חייב ואין דנין בזה דין צרורות כמ״ש בסי׳ ש״ץ סעי׳ י׳ ע״ש ויש מי שאומר עוד דאפילו אם עיקר נפילתה לגינה היתה באונס אם הבעלים העבירוה סמוך לגינה באופן שהיה אפשר לה לירד וליכנס להגינה חייב אפילו נפלה באונס משום דתחלתה בפשיעה היתה במה שהיתה יכולה ליכנס להגינה ולא היה לו להוליכה סמוך להגינה כל כך ויש חולקין בזה וס״ל דזה לא מקרי תחלתו בפשיעה דהרי יש לו רשות להוליך בהמתו ברה״ר או בבקעה וכן אם הבעלים הוליכו בהמות הרבה לא רחוק מהגינה ודחפה בהמה לחבירתה אל הגינה והזיקה י״א דמשלם מה שהזיקה דזהו פשיעה מהבעלים מפני שהיה לו להעבירן אחת אחת שלא ידחפו זא״ז דהיה לו להעלות על הדעת שיארע כן וכמ״ש בסי׳ ש״נ לענין ש״ש דחייב בכה״ג ע״ש וי״א דזה לא מקרי פושע והוי כאונס ואינו משלם אלא מה שנהנית ואע״ג דבשומר שכר חייב בכה״ג זהו מפני שחייב בגניבה אף שקרובה לאונס אבל לחשבו כפושע גמור ולדון אותו כמזיק אין סברא כלל:

ג כשנפלה באונס דפטורים הבעלים מההיזק אפילו נשארה שם הבהמה כל היום והלכה מערוגה לערוגה ואכלה אינו משלם אלא מה שנהנית ואפילו ידעו הבעלים מזה אין מחייבין אותם על מה שלא מיהרו להוציאה משם דלא מצינו שתחייב התורה להבעלים שיוציאו בהמתם מיד כשאירע האונס ומן השמים נגזרה על בעל הגינה כיון דהבעלים לא פשעו בזה שהרי באונס נפלה אבל אם יצאה מהגינה וידעו הבעלים מיציאתה ואח״כ חזרה לגינה אפילו שלא מדעת הבעלים חייבים הבעלים לשלם מה שהזיקה ואפילו אם שמרוה שמירה פחותה דבכל נזקי שן ורגל היה פטור בשמירה זו כמ״ש בסי׳

שצ"ו מ"מ בבה"נ חייב דהיה לו לשומרה שמירה מעולה שלא תחזור להגינה שהדבר ידוע שאחרי שידעה דרך הגינה מתאמצת היא לילך לשם ולא סגי לה כשארי שמירות של בהמות מיהו אם שמרה שמירה מעולה ויצאה והזיקה פטור דמה לו לעשות עוד ואינו מחוייב יותר ומה נק"א שמירה פחותה ומעולה יתבאר שם בס"ד וכן כשיצאה משם היא מיועדת ליכנס לשם אף ממקום צר ודחוק וממקום גבוה כיון שהורגלה לשם ולכן אם לא שמרה מכל אלה נחשב לפשיעה אע"ג דבלא כניסתה בפעם הראשון לגינה היה נחשב לאונס וכן כל כיוצא בזה :

ד אע"נ דשן ורגל פטורים ברה"ר זהו בהבהמה עצמה שהלכה ואכלה אבל המעמיד בהמתו או בהמת חבירו על קמת חבירו חייב המעמיד לשלם מה שהזיקה וכן אם הכה אותה עד שהלכה לקמת חבירו והזיקה חייב זה שהכה אותה שתלך לשם ואפילו היו הפירות ברה"ר דזהו כמזיק בידים ונ"ל דאפילו הכנים ראובן פירותיו לחצירו של שמעון שלא ברשות ונתן שמעון הפירות לבהמתו חייב לשלם כל הנזק וכן אם הכה בהמתו עד שדרסה את הפירות חייב לשלם דבמזיק בידים לא מצינו חילוק בין רשות לרשות וכל זה דווקא כשנתן בידים או הכה אותה שתאכל הפירות או תדרסם אבל אם הבהמה הלכה כדרכה והעמיד א"ע בפניה וסתם לה הדרך עד שמפני זה הלכה לפירות ואכלן או דרסן פטור מדיני אדם וחייב בד"ש ככל גרמא בנזקין כיון שלא עשה מעשה בגוף הבהמה או הפירות :

ה קבלו חז"ל דכל בהמה שהזיקה פירות המחוברים לקרקע וצריך בעל הבהמה לשלם הנזק אין שמין את הפירות שאכלה בפ"ע אלא משערין מה שהזיקה בששים פעמים כמו זה כיצד הרי שאכלה בית סאה שמין ששים בית סאין באותה השדה כמה היו שוין מקודם וכמה הן שוין עתה אחר שנפסד בו הבית סאה ומשלם השאר וזה הוא קולא להמזיק מפני שאין פוחתין כל כך במקח ששים סאין בשביל חסרון הבית סאה וכן אם אכלה קב או רובע ואפילו קלח אחד שמין אותו בששים ודבר זה מפי הקבלה ואסמכוה אקרא וי"א עוד דמנכין להניזק מה שלא הוכחשה שדהו אם היתה הבית סאה קיימת עד גמר גידולה ויש חולקין בזה [טור] ואין שמין רק כפי שויו עתה למכירה ולא כפי שויין כשתגמר גידולו [נ"ס.] ולכן אף אם אח"כ נלקתה כל השדה בשדפון אין מנכין להניזק כיון שלא שמוה על שויה לעתיד [יס"ש] :

ו ודווקא כשאכלה פירות שלא נגמרו גידולם שצריכין עדיין להקרקע אבל אם אכלה פירות גמורין משלם דמי פירות גמורין כפי שוייהן אם סאה סאה ואם סאתים סאתים וכ"ש אם אכלה פירות תלושין ולא שיימינן בס' :

ז בשומת הפירות שלא נגמר גידולן ששמין בששים אין חילוק בין שהזיקה בהמתו בין שהאדם עצמו הזיקן או אכלן וכן אין חילוק בין אכלו תבואה או קצצו אילני פירות אם לא נגמרה גידול האילן שמין אותה בששים וכשנגמרה שמין אותה בפ"ע וכ"כ הטור וז"ל הפסידה האילן וכן הקוצץ אילן חבירו אם לא נגמר גידולו ולא הגיע לכך שיהא ראוי לעקור ולשתול במקום אחר אז דינו כפירות שלא נגמרו ושמין אותו בששים ואם נגמר גידולו וראוי לשותלו במקום אחר אז דינו כפירות גמורין ושמין אותו בפ"ע עכ"ל ומבואר מדבריו דאין חילוק בין דקל תמרים לשארי אילנות וזה שמצינו בגמ' [שם נ"ח:] דגוזרי גזירות גזרו דקוטם נטיעה בת שנתה ישלם שתי כסף ובת שתי שנים ד' כסף ס"ל דלא היתה גזירה רק לשעתם אבל לדינא משערים בששים [יס"ש שם סי' כ"א] וגם הרי"ף והרמב"ם השמיטו גזירה זו [ע' בהגר"א] :

ח והרמב"ם ז"ל כתב בספ"ד הרי שאכלה פירות דקל אחד וכן הקוצץ פירות דקל חבירו ואכל אם היה דקל רומי וכיוצא בו שאין התמרים שלו יפות משערים אותו בששים על גבי הקרקע ואם דקל פרסי וכיוצא בו הוא שהתמרים שלו יפית ביותר משערים הדקל בפ"ע כמה היה שוה וכמה הוא שוה עתה עכ"ל ומבואר מדבריו דבקציצת האילן עצמו אין משערין לעולם בששים אלא ישלם כפי שויו בפ"ע ובאכילת פירות יש חילוק בין תבואה לפירות אילנות דבתבואה כשנגמרה אין משערים בששים כמ"ש אבל בפירות האילן אף כשנגמרו אם אין הפירות יפות הרבה משערים כמה שוים למכירה ששים פעמים כמו זה בעמדם על הקרקע מהוברים לאילן ואם יפות הרבה משערין בפ"ע ואם אכלן קודם גמר בישולן אפילו ביפות משערין בששים כמו בתבואה [כנ"ל בכוונתו וע"ש בלח"מ] :

סימן שצה [דין המשסה כלב בחבירו או בעצמו ובו ב' סעיפים] :

א כבר נתבאר דהמעמיד בהמת חבירו על קמת חבירו והזיקה חייב המעמיד לשלם ואמנם זהו דווקא בנזקי שן ורגל אבל ראובן שגירה בשור של שמעון עד שנגח בקרנו בהמתו של לוי חייב שמעון לשלם ח"נ וראובן פטור והטעם דבשן ורגל ברי הזיקא שוודאי תאכלם או תדרסם ברגליה כדרך הבהמות אבל בנגיחה דסתם שוורים אינם נגחנים ולא הוי ברי הזיקא פטור ראובן מדיני אדם וחייב בד"ש דהוא גרמא בנזקין ובעל השור חייב דלא חילקה התורה בנגיחה בין שנגחה מעצמה לנגחה ע"י גירוי וכך אמרו הז"ל המשסה כלבו של חבירו בחבירו המשסה פטור ובעל הכלב חייב [ב"ק כ"ד:] דכיון שהוא מכיר בכלבו שבשישוהו ינשוך לא היה לו להניחו

וי"א

וי"א שאם עשה כן ג' פעמים משלם ברביעית נזק שלם [רא"ש פ"ב מג"מ] ויש חולקין בזה דכיון דנעשה ע"י שיסוי אינו נעשה מועד לעולם [סמ"ע] ולא דמי למ"ש בסי' שפ"ט סעי' כ"ו דנעשה מועד ע"י קול שופר וכיוצא בזה דהתם אין מגרין אותו אלא הוא מעצמו מתגרה ע"י קול שופר או ע"י איזה סיבה אבל הכא האדם מתגרה בהשור ונ"ל דדוקא בגירוי בלבד אף שאינו נעשה מועד מ"מ חייבים הבעלים ח"נ אבל אם עשה מעשה בגופו של השור והכלב כגון שהכה אותן עד שנגחו או נשכו לאדם או לבהמה פטורים הבעלים דהשור אנוס הוא והמכה חייב וראיה לזה דהא קיי"ל בשור שהמית את האדם אם הוא שור האיצטדין דהיינו שמלמדין אותו לכך פטור השור ממיתה שנאמר כי יגח ולא שיגיחוהו [ב"ק ל"ט.] וא"כ למה חייב בעל הכלב כשמגרין את כלבו ולמה לא נדרוש ג"כ כי יגוף ולא שיגיפוהו אלא וודאי דבעושה מעשה בגופו אין החיוב על בעל השור והכלב [וכ"נ כוונת התוס' שם כ"ד: ד"ה סמכוס] ועוד אפשר לומר דרק לענין חיוב מיתה ושיעשה מועד אינו ע"י נגיחת אחרים ולא לענין תשלומי ממון וכמדומני שזהו דעת הרמב"ם ז"ל בפ"ו מנ"מ דין ה' ע"ש [ומתורץ קושית הראב"ד] :

ב בעל הכלב אינו חייב רק כשהמשסה שיסהו באחר אבל אם שיסהו ונשך את המשסה בעצמו פטור דאין סברא לחייבו כשזה שיסהו בעצמו וכלל גדול הוא דכל המשנה לעשות מדרך העולם ובא אחר ושינה בו פטור וגם זה הדין אינו אלא כשגירה להזיק אבל בשינוי בלבד בלא גירוי אם האחר הזיק בו בכוונה חייב כמ"ש בס"ס שפ"ט ע"ש דדווקא כשהזיק בלא כוונת נזק פטור אבל בכוונת נזק אין לו רשות כשלא גירה בו :

סימן שצו [דיני שמירת תם ומועד ושן ורגל ומסירה לשומר ובו י"ח סעיפים] :

א דבר ידוע הוא שזה שחייבה התורה בנזקי בהמתו היינו כשלא שמרוה הבעלים כראוי אבל אם שמרוה כראוי שנעלו הדלת וחתרה ויצאה ועשתה נזק פטורים הבעלים דמאי הו"ל למיעבד ודבר זה פירשה התורה במועד דכתיב ואם שור נגח הוא מתמול שלשום ולא ישמרנו בעליו שלם ישלם אבל אם שמרוהו פטור ובשן ורגל כתיב ושלח את בעירה ובער בשדה אחר ופשטא דלישנא משמע שהבעלים ישלחוה אמנם החיוב הוא אף אם מעצמה הלכה ואכלה או דרסה אלא דכל שלא שמרה הוי כמו שבעצמם שילחוה דדרך הבהמה לילך ולאכול ולדרוס וכיון שלא שמרוה נופל בזה לשון ושלח וכן דרשו חז"ל עד דעביד בעין ושלח [ר"פ הכונס] :

ב ויש שני מיני שמירות שמירה פחותה ושמירה מעולה הפחותה היא כשקשרוה הבעלים בחבל ואם תתאמץ בכח ביכולתה לנתקה רק אין דרך בהמות בכך וכן כשנעלה בדלת שיכולה לעמוד ברוח מצויה ואם יהיה רוח שאינה מצויה תפול הדלת ורובא דרובא שמירה טובה היא דרוח שאינה מצויה הלא אינו מצוי וכן הניתוק אינו מצוי ושמירה מעולה היא כשנעלוה בדלת חזקה שיכולה לעמוד אף ברוח שאינו מצויה ואף שביכולתה לחתור הדלת ולצאת זה אינו מצוי כלל וע"פ רוב אין ביכולת הבעלים לעשות יותר :

ג וקבלו רז"ל דמועד מקרן ונזקי שן ורגל די להם בשמירה פחותה וכשעשו זו השמירה ונפלה הדלת ע"פ רוח שאינה מצויה או נתקה החבל ויצאה והזיקה פטורים הבעלים וחיובא דהם הוא עד שישמור שמירה מעולה דווקא ואע"פ שהיא גזירת התורה מ"מ יש ליתן טעם גם כן דהנה זהו וודאי דדי בשמירה פחותה לבהמות דאין דרכן לנתק החבל ורוח שאינה מצויה הרי אינו מצוי ולמה נחייב את הבעלים כשאירע מקרה רחוקה אמנם בתם כבר נתבאר בסי' שפ"ט דמדינא לא היה לנו לחייב כלל בנזק התם דסתם שוורים אינם נגחנים אלא דקנס קנסה התורה כדי שישמור שורו וכל דבר של קנס מאלמינן למילתא ואם לא נחייבו בשמירה פחותה אין זה קנס דבל"ז סתם שוורים בחזקת שהבעלים שומרים אותם אבל מועד ושן ורגל דחיובן מדינא וודאי דאין לחייבם כששמרו שמירה כרוב שמירות בהמות [עתוס' מ"ה: ד"ה סתם] ואף שיש מי שאומר דמועד דקרן אין די לו בשמירה פחותה [נמק"י ס"פ ספרק] מ"מ רוב הפוסקים לא ס"ל כן ומ"מ כייפינן ליה לבעל שור המועד שישחטנו ויסלק הזיקותיו כמו בכלב שיתבאר בסי' ת"ט [יש"ש שם סי' ל"ג] ואיסורא קעביד אם משהה אותו ואפילו בזמה"ז שאין מועד [שם] :

ד יש מרבותינו שסוברים שזה דמועד די לו בשמירה פחותה אינו אלא על צד ההעדאה שבו אבל צד תמות במקומה עומדת והיינו דמועד ששמרו שמירה פחותה והזיק פטור מנ"ש אבל ח"נ שנתחייב בהיותו תם בכה"ג אין סברא לפוטרו [רא"ש שם] ומשלם מגופו כדין התם אבל מדברי הרמב"ם ז"ל בפ"ז מתבאר שאינו כן וזה לשונו היה מועד לקרן ימין ואינו מועד לקרן שמאל ויצא אחר ששמרו כראוי ונגח בין בקרן ימין בין בקרן שמאל משלם ח"נ עכ"ל ביאור דבריו דכבר נתבאר בסי' שפ"ט סעי' ל' דכשנגח ג' פעמים רק בקרן הימין נעשה מועד לקרן ימינו ולא לקרנו השמאלי דכשנוגח בשמאלו דינו כתם ולקרן השמאלי חייב כששמרו שמירה פחותה ולכן כיון דצריך שמירה מעולה לקרנו השמאלי חייב בשמירה פחותה גם אם נגח בקרנו הימיני ח"נ ומשלם מגופו כדין תם [סמ"ע] דאין סברא לחלק בשמירתו בין קרן לקרן אבל אם הועד לשני הקרניים ושמרו שמירה

פחותה

פחותה והזיק פטור לגמרי ויש מרביתינו שסוברים דגם אם הועד רק לקרן ימין דאינו חייב בשמירה פחותה לימינו אע"ג דעל שמאלו חייב ח"נ [רמ"י סס לרנ]:

ה כפי שנתבאר בסי' א' דאין דנין דיני קרן בזמה"ז רק דיני שן ורגל די לבהמה בשמירה פחותה שיקשרנה בחבל או לסיגרה בדלת שיכולה לעמוד ברוח מצויה ויסגור הדלת אבל אם אינה יכולה לעמוד גם ברוח מצויה אינה שמירה כלל וחייב בשן ורגל וכ"ש אם לא סגר הדלת כלל ואפילו לא נפלה הדלת ע"י הרוח אלא ליסטים הוציאוה או חפרה או התרה הדלת והפילתו חייב משום דתחלתו בפשיעה לגבי נפילת הדלת ע"י רוח מצויה או פתיחתה וסופו באונס וחייב ואף שנתבאר בסי' רצ"א דכל שהאונס לא בא מחמת הפשיעה פטור אמנם בכאן נמי נוכל לתלות האונס מצד הפשיעה דאולי אם היתה דלת בריאה לא היו הליסטים מוציאים אותה וכן לא היתה הדלת נופלת ע"י חתירתה וכ"ש אם אינה סגורה כלל דבקל להוציאה או לחתור מעט תחת הדלת ושתפול ולכן אם חתרה מתחת הדלת ויצאה ממקום החתירה פטור דאין האונס בא מצד הפשיעה וכ"ש בהיתה קשורה כראוי וליסטים נתקיה או נתקה א"ע דפטור:

ו וזה שאמרנו שכששמרה כראוי וחתרה א"ע ויצאה והזיקה פטור זהו דווקא כשעדיין לא היה לו שהות לידע שיצאה אבל כשהיה לו שהות לידע חייב להחזירה מיד להרפת ואם לא החזירה חייב בהזיקה ואינו נאמן לומר שלא ידע דכשהבמה בורחת קלא אית לה ומסתמא ידע אא"כ מברר שלא ידע ודווקא כשברחה ביום אבל בלילה אפילו ידע שנפרצה אינו מחוייב לחפש אחריה בלילה ולהחזירה ויכול להמתין עד אור היום כשקמים ממטתם וכל מה שתזיק בלילה בשן ורגל פטור כיון ששמרה כראוי ונ"ל דאפילו ביום אם נשבע שלא ידע פטור דהא לא ידעינן בבירור שידע אלא אומדנא בעלמא היא ונאמן בשבועת היסת לפטור א"ע ואין להקשות למה כתבנו בסי' שצ"ד סעי' ג' בנפלה לגינת חבירו אפילו שהתה כל היום אינו חייב במה שלא הוציאה והכא למה מחייבינן ליה על מה שלא החזירה לא דמי דכשנפלה למקום ידוע אין מדרך הבעלים למהר להוציאה משם כי מה יפסידו אם תשהה שם ואי משום הזיקו דבעל הגינה מן השמים הוא דאנוסה היא כמ"ש שם אבל בהמה הבורחת מדרך הבעלים לרדוף אחריה ולהחזירה ולכן הוא שלא עשה כן הוי כהוציאה בידים [נ"ל]:

ז גנבים או ליסטים שהוציאו הבהמה והזיקה חייבים בהזיקה משעה שמשכוה ואפילו לא משכיה בידים אלא שהכוה במקל שתצא או אפילו הוציאוה בקול ואע"פ שהגנב לא קנה במשיכתו מ"מ כיון דבמקח וממכר הוה קנייה בכה"ג חייב הגנב כשגנבה ליקח אותה והנהגה אפילו בקול הוי קניין בבהמה כמ"ש בסי' קצ"ז אבל אם הוציאוה שלא לגנבה אלא כדי לאבדה מהבעלים פטורים ממה שהזיקה כיון דלא כיונו לקחתה ולא דמי למעמיד בהמה על תבואתה דחייב אף כשאין הבהמה שלו כמ"ש בסי' שצ"ד דהתם הנזק ברי אבל הכא אינו ברי שתזיק ולא הוי רק גרמא בעלמא ואין החיוב רק משום בהמתו שהזיקה וכשלא כיון לקחתה אינה בהמתו וכשהזיקה מפסיד הניזק דאין לו על מי להטיל הנזק ומיהו הבהמה עצמה כשנאבדה חייב הגנב לשלם דעליה מזיק גמיר הוא כיון שהוציאה בידו או בקולו:

ח וכ"ש דראובן שפרץ גדר של שמעון שעמדה שם בהמתו של שמעון ויצאה והזיקה דפטור ראובן על מה שהזיקה וי"א דאפילו על הבהמה עצמה פטור כשנאבדה ולא דמי להוציאה דחייב עליה אף כשלא כיון לעכבה לעצמו זהו מפני שעשה מעשה בגוף הבהמה שהוציאה בידיו או ע"פ קולו אבל בפריצת גדר לא עשה שום מעשה בגוף הבהמה ומה שאמרו חז"ל [ר"פ הכונס] הפורץ גדר לפני בהמת חבירו אם היה כותל בריא חייב גם בדיני אדם ואם הכותל רעוע פטור מדיני אדם וחייב בד"ש לדיעה ראשונה אבהמה עצמה קאי ולא על מה שהזיקה ולהי"א דגם על הבהמה פטור קאי אכותל ומה שחייב בדיני שמים על כותל רעוע מפני שהיתה ראויה לעמוד מעט זמן עד שימצא פועלים לתקנה ולדיעה ראשונה פטור גם בד"ש על הכותל כשהיתה רעוע כיון שעומדת לנפול [תוס'] ובמה שהזיקה הבהמה פטור אפילו בכותל בריא וזהו דעת רוב הראשונים:

ט אבל הרמב"ם ז"ל בפ"ד מנ"מ פסק דבפריצת כותל חייב אף על מה שהזיקה הבהמה ואע"ג דבהוציאוה אינו חייב בהזיקה עד שיוציאנה לגנוב וכמ"ש וכ"ש בפריצת גדר זהו בגנבים שאין כוונתם שהבהמה הזיק אבל אדם בעלמא שפורץ הגדר כדי שתצא הבהמה ותזיק הוי כוונתו להזיק וחייב בנזקיה ולפ"ז אפשר כשלא היתה כוונתו שתזיק הבהמה אלא לאבדה מהבעלים או לקלקל הגדר פטור מנזקיה גם להרמב"ם ולדינא הכריע רבינו הרמ"א בסעי' ד' שלא כדעת הרמב"ם ועמ"ש בסי' ת"ך סעי' י"ג:

י ונ"ל דלדינא לא פליגי הפוסקים עם הרמב"ם ז"ל ונחלקו רק בפירושא דגמרא דהנה זהו וודאי כשאדם פורץ גדר הבהמה וכוונתו כדי שתצא ותאכל התבואה או תדרסם לא גרע מכל דיני דגרמי שהנזק קרוב וברי כמו שורף שטרו של חבירו וכיוצא בזה שנתבאר בסי' שפ"ו ובלא היה כוונתו שתזיק הוי כגרמא ופטור בדיני אדם וכן כשפרץ הגדר כדי שתצא הבהמה חייב על הבהמה גם להי"א שבסעי' ח' דאין לך גרמי גדול מזה ואם לא היה כוונתו על הבהמה פטור דהוי כגרמא ודיעה ראשונה סיברת דלענין הבהמה עצמה ברי הזיקא

וחייב

והייב בכל ענין [והגר"א סק"ח כתב דדווקא להרמב"ם תלוי בכוונת נזק ול"ע וסייג מצאתי לדברי' בס"מ בשם המאירי שם] :

יא הניחה בחמה אפילו קשרה בקשר הזק חייב כשהזיקה דמפני שאין ביכולתה לסבול החום דרכה לנתק א"ע מהקשר בכל כחה והוי פשיעה וכן אפילו סגר עליה הדלת אם הבנין הוא בלא קירוי שהחמה נכנסת בה דרכה לשבור הדלת וחייב כשהזיקה ואפי' חתרה להקרקע ויצאה והזיקה חייב דתחלתו בפשיעה לגבי שבירת הדלת גם לענין החתירה עצמה הוה פשיעה דכיון דמצטערת בעמדה שם הרי מיועדת לעשות כל שאפשר לה לעשות ולברוח [עלח"מ שם] :

יב וכן כשמסר שורו לחרש שוטה וקטן אע"פ שהיה קשור כראוי חייב מפני שדרכם לשחוק בהקשר ולהתירו ולכן אפילו השור בעצמו נתק הקשר חייב דתחלתו בפשיעה לגביהם ועוד דדרך החרש והשוטה והקטן למשמש ולשחוק בהשור וינתק השור בעצמו את הקשר והוי כהניחה בחמה ואפילו הכניסה ברפת ולא סגר עליה חייב אף כשקשרה שם ואפילו החרש נעלה כראוי והשור חתר א"ע מתחת הקרקע ויצא והזיק חייב מפני שתחלתו בפשיעה במה שלא נעלו בעצמם [סמ"ע] ואפילו נעלו בעצמם אלא שהניחו את החרש בפנים חייב דדרך החרש והשוטה והקטן לשבור המנעול ויש מי שאומר דזה שחייבו חז"ל במסרו לחש"ו אינו אלא בשלא קשרו כראוי או לא נעל כראוי וסמך על שמירתן ולכן חייב משום דאינם בני שמירה אבל אם קשר ונעל כראוי פטור כשיצא והזיק דהם אין דרכן לקלקל השמירה ודי שאינם מוסיפים בשמירה [ראב"ד פ"ד וכן דעת רש"י בב"ק ט':] ועמ"ש בסי' ת"י סעי' ל"ט :

יג מסר שורו לחמשה בני אדם שישמרוהו ופשע בו אחד מהם וסילק א"ע מהשמירה ויצא השור והזיק אם השור אינו יכול להשתמר אלא בחמשתן זה שפשע חייב והשאר פטורים ואפילו נסתלקו אח"כ ג"כ משמירתן דהרי כיון שזה נסתלק אין תועלת בשמירתן ואם הוא משתמר בהשאר והניחוהו והזיק כולם חייבים ואין הראשון יכול לומר כיון שגם בלעדי היה נשמר לא פשעתי דהרי לא היה לו להסתלק בלא רשותם וכשם שהוא נסתלק בלא רשותם כמו כן נסתלקו הם בלא רשותו ונמצא שכולם פשעו ואינו דומה לספסל שבסי' שפ"א דהכא כיון שכולם שומרים חל החיוב על כולם ויש חולקים גם בכאן וס"ל דיכול הראשון לומר סמכתי עליכם אא"כ התרו בו ואמרו לו כיון שאינך רוצה לשמרו גם אנו מסולקים משמירתו דהרי כלנו קבלנו השמירה אבל כשלא אמרו לו כן סבור היה שלא יקפידו ופשעו הם ולא הוא ולכן אם כל הארבעה נסתלקו כולם כאחד חייבים הארבעה לשלם ואם מתחלה נסתלק אחד מהארבעה והשלשה לא התרו בו והיה יכול להשמר בשלשה החיוב חל על השלשה וכן משלשה לשנים ומשנים להאחרון :

יד מסר שורו לאחד מן הארבעה שומרים לש"ח או לש"ש לשואל או לשוכר מסתמא קבל עליו השומר שהשור לא יזיק אחרים ושאחרים לא יזיקוהו וחייב בין שהשור הזיק ובין שהוזק אא"כ התנו בפירוש אופן שמירתו בד"א בשור סתם אבל שור המוחזק לנגחן ונתנוהו הבעלים לשומר שישמרנו מסתמא אינו מקבל עליו שמירתו אלא שלא יזיק לאחרים אבל שאחרים לא יזיקוהו אינו מקבל בסתם אא"כ פירש דבזה וודאי לא אסיק אדעתיה שהרי אין שור מתייצב לנגדו [רש"י מ"ס] ונראה דזה אינו אלא בשומר דכיון שירד רק לשמירה אמרינן דמסתמא לא קבל עליו רק השמירה שלא יזיק מפני שמוחזק בכך אבל בשואל ושוכר שעיקרו למלאכה וממילא חייבים בשמירתו וודאי דחייבים גם אם הוזק ובגמ' שם לא הוזכר בדין זה רק ש"ח ויש גורסים גם ש"ש [רא"ש] אבל עכ"פ לא שואל ושוכר ואף שמלשון הטור והש"ע בסעי' ח' משמע לכאורה דאכל ד' שומרים קאי מ"מ נראה כמ"ש ומ"מ מצאתי לאחד מהראשונים שאומר מפורש דבכל הד' שומרים הדין כן ולא גרס בגמ' שם [ס"מ שם] וגם ראיתי לאחד מגדולי אחרונים שסובר כן [מעיו"ט שם] וצ"ע לדינא :

טו השומר שחל עליו חיוב שמירה אם לא שמרוהו ויצא והזיק נכנסו תחת הבעלים וחייבים לשלם בתם ח"נ ובמועד ושן ורגל נ"ש והבעלים פטורים ואם אחר שהזיק התם ברשותו של שומר אומר להבעלים הרי שלך לפניך לא אמר כלום שהרי הב"ד לוקחין את השור להשתלם מגופו ח"נ ולכן משלם להבעלים שור שלם אם מוכרח ליתן להניזק חצי השור או למוכרו ואם שמר השומר שמירה פחותה אם הוא ש"ח והזיק בקרן אם הם הוא פטור השומר דכלתה שמירתו דש"ח אינו חייב רק בפשיעה וכיון ששמרו שמירה פחותה דהיינו דלת שיכולה לעמוד ברוח מצויה שוב אין כאן פשיעה והבעלים חייבים דהם צריך שמירה מעולה כמ"ש ואם הוא מועד או שהזיק בשן ורגל גם הבעלים פטורים דלאלו די בשמירה פחותה אבל כשהשומר הוא ש"ש או שוכר ושואל חייבים בשמירה פחותה אפילו בהשלומי מועד ושן ורגל וגריעי בזה מהבעלים וטעמא דמילתא דכמו שחיובם לגבי הבעלים פשיטא דאינו די בשמירה פחותה מידי דהוה אגניבה ואבידה כמו כן הוה חיובם נמי לגבי אחריני דאין סברא שלזה נחשבו כפושע ולזה נחשבו כאנוס והבעלים פטורים אפילו כשאין להשומר במה לשלם ואם שמרו שמירה מעולה גם השומרים פטורים ואפילו השואל פטור ואע"ג דהשואל חייב באונסין ה"מ לגבי הבעלים דע"מ כן נשתעבד אבל לענין כשהזיקה לאחרים אין שום סברא לחייבו כששמר שמירה מעולה ולא דמי לשמירה פחותה שחייבנום גם לגבי אחרים כשחייב נגד הבעלים [וברמב"ם נפל טה"ד כמ"ש הסמ"ע] :

טז מסרו השומר לשומר אחר ויצא והזיק חייב הראשון בשהשני

כשהשני לא שמר כראוי דכבר נתבאר בסי' רצ"א דשומר שמסר לשומר חייב אפילו ש"ח שמסר לש"ש והניזק יכול לגבות ממי שירצה רצה עושה דין עם השני שישלם ואם רצה משלם לו הראשון והראשון ילך לעשות דין עם השני ולא דמי לשומר שהבעלים מסרו לו דאין החיוב על הבעלים דזהו מפני שברשות נתנו לו משא"כ השומר אין לו למסור לשומר אחר לפיכך אם השומר הראשון מסר לבנו או לבן ביתו נכנסו תחת השומר וחייבים לשלם דכל המפקיד על דעת בני ביתו הוא מפקיד כמ"ש שם ואם אין להם לשלם נתבאר שם ג"כ :

יז אם הזיק שורו של שואל לשורו של משאיל או שורו של משאיל לשורו של שואל נתבאר בסי' שמ"ז וכשם שהשומר נכנס תחת הבעלים בהזיקה ממון כמו כן בנגיחת אדם לענין תשלומי כופר והריגת הבהמה והשומר מחוייב לשלם להבעלים בהמה אחרת וכתב הרמב"ם ז"ל דכל שומר שנתחייב לשלם ואין לו והיה המזיק תם שהוא משלם ח"נ מגופו הרי הניזק משתלם מן הבהמה שהזיקה ומה שגבה הניזק חוב על השומר לבעל הבהמה עכ"ל אבל במועד כשאין לו לשומר נשאר חוב מהשומר על הניזק עוד כתב הרמב"ם שאלו בחזקת תם ונמצא מועד אם ידע השואל שהוא נגחן הבעלים משלמים ח"נ שכל מקום שהוא הולך הרי שם בעליו עליו והשואל משלם ח"נ שאפילו היה תם כמו שעלה ברעתו ח"נ היה משלם שהרי ידע שהוא נגחן ואם לא ידע שהיא נגחן אין השואל חייב כלום והבעלים משלמים נ"ש עכ"ל וי"א דאין השואל חייב כלום אא"כ תפסוהו ב"ד להשור אבל בל"ז יכול לומר כיון דפלגא נזקא קנסא הוה מודינא ומיפטרא דמודה בקנס פטור ובמועד אינו מועיל זה [ראב"ד] [עתוס' ב"ק מ': ד"ה אי וסה ע"ש. אמר רב המגוגא] :

יח אם יש הכחשה בין ניזק למזיק שהמזיק אומר שמרתי כראוי והניזק אומר לא שמרת כראוי ואין עדים בדבר ישבע המזיק היסת ששמרו כראוי ופטור דתביעה זו היא ככל תביעות ממון וכן בכל הטענות הנופלות בין ניזק למזיק נשבע המזיק ונפטר וכן בשומר כשיש הכחשה בין השומר להניזק ישבע השומר ונפטר ואפילו בשומר שמסר לשומר אין הניזק יכול לומר דהשני אינו נאמן לי בשבועה כמו שהבעלים יכולים לומר כן כמ"ש בסי' רצ"א דלא דמי דהבעלים הלא מסרוהו לו לכן יכולים לומר כן לך האמנתי ולא לזה אבל איש אחר כמו הניזק במה כחו יפה לומר כן ורק לענין תשלומין יכול לגבות ממי שירצה כמ"ש ובכל הטענות אם אין הניזק טוען ברי אין על המזיק שבועה רק קבלה כבכל טענות שמא [נ"ל וע' בהלא"ד פ"ד הל' י"א] :

סימן שצז [בהמה שרגילה ליכנס לשדות של אחרים ובו ו' סעיפים] :

א כתבו רבותינו בעלי הש"ע מי שבהמתו רגילה ליכנס לשדה חבירו ומזיקתו יכול בעל השדה להתרות בבעל הבהמה שישמור בהמתו וצריך לשמרה ואם לא שמרה והזיקה חייב לשלם הזיקו ואינו יכול לומר לו גדור שרך כדי שלא תכנס בו עכ"ל והנה אין בדין זה שום רבותא כלל דהלא זהו שן בחצר הניזק שכבר נתבאר אלא משום דהטור הביא דיעה אחת דדווקא בחצירו של ניזק חייב כשנכנסה הבהמה מפני שאין אדם יכול לנעול ביתו וחצירו ומוטל על הבהמה לשמרה מזה אבל בשדה שמתפשטין לרעות ואין הרועה יכול לשומרן שלא יכנסו בשדות יכול בעל הבהמה לומר לבעל השדה גדור שרך ע"ש וצ"ל לפי דיעה זו מה שכתבה התורה ובער בשדה אחר כשהיתה שדה גדורה והבהמה חתרה או הפילה הגדר לזה קבעו רבותינו בש"ע דאין הלכה כן והסברא נותנת כן דא"א לגדור שדות כמו שהוא בכל העולם ועל הרועים לשמור הבהמות שלא יכנסו בשדה אחר ובאמת אין דרך הבהמות להרחיק ממקום מרעיתן ואם יש בהמה שאינה ככל הבהמות ודרכה ליכנס לשדות מחוייבים הבעלים שלא להניחה לרעות וזהו שכתבו מי שבהמתו רגילה ליכנס לשדה חבירו משום דרוב בהמות אין עושין כן [ובב"ק כ"ג: שאביי שאל לר"י אי אזילנא אמרי וכו' כלומר להם אומרים כן אבל גם אביי לא ס"ל כן וזהו כוונת התוס' שם וגם כוונת הרי"ף ז"ל שכתב דשינויא בעלמא הוא ר"ל שם מתרצים א"ע כן ולא דאביי ס"ל כן ואותן העיזים יצאו מכלל כל העיזים וז"ש שן וכו' היכי משכחת לה ר"ל יאמר להם כן וא"כ מה שהקשו בזה עש"ך ודו"ק] :

ב וז"ל הרמב"ם בפ"ה בהמה שהיתה רועה ופירשה ונכנסה בשדות ובכרמים אע"פ שעדיין לא הזיקה מתרין בבעליה ג' פעמים אם לא שמר בהמתו ולא מנעה מלרעות יש רשות לבעל השדה לשחטה שחיטה כשירה ואומר לבעליה בואו ומכרו בשר שלכם מפני שאסור לאדם להזיק ולשלם מה שהזיק אפילו לגרום הנזק אסור עכ"ל וביאור דבריו ג"כ כמ"ש דסתם בהמות אין פורשין ממרעיתן ולכן אף כשאירע שבהמה נכנסה לשדה אחר אין שייך בזה התראות ומשלם הנזק אבל בהמה שדרכה בכך להרחיק מהמרעה וליכנס בשדות ובכרמים והנזק קרוב לוודאי מתרין בהבעלים או שישמיר אותה ביחוד במרעיתה או שלא יניחה לרעות בשדה וישהנה בחצירו וכן אם אין להן רועה והולכים בשווקים ובשדות וודאי מוכנים להזיק וכופין הבעלים שישמרם [כ"כ הל"ריסה בכוונתו ואמת הוא לדינא אבל לשונו משמע כמ"ש ויאל לו ממ"ש שם הכי עיזי דשוקי ומפרש שאין ביכולת לעכבן שלא ילכו בשדה אחר והב"י השמיטו דנתקשה בדבריו והב"ח והדרישה יישבו דבריו ומתורץ השגת הראב"ד] :

ולדינא

ג ולדינא נראה דהכל מודים בזה דבהמה או עז היוצאת מכלל בהמות וקשה לשמור אותה ועלולה להזיק בשדות אחרים ולא ניחא ליה לאינש לתבוע בכל עת בב"ד ולפעמים אין עדים בדבר ולכן כופין את בעל הבהמה לשמרה ביחוד ואי לא ציית שוחטין אותה ולא גרע משור המועד וגם הדיעה החולקת בטור זהו מפני שאין מפרשין בגמ' דמיירי בכה"ג אבל כשאירע כן מודים לדינא ואמנם אף בסתם בהמות העיקר כדעת הרי"ף והרמב"ם והש"ע דכשנכנסה לשדה אף שאינה גדורה חייב לשלם [וכ"כ בים"ש פ"ב סי' כ"ה וכן מוכח מרש"י שם מדפירש בעיזי דבוקא אפילו ברה"ר ומנ"ל הא אלא דאל"כ אפילו דלאו לטבחי נמי והתוס' מפורש סוברים שם כרי"ף ודעת הרא"ש לא ברירא וכן עיקר לדינא ודברי הסמ"ך לע"ג] :

ד הקצבים שיש להם בהמות לשחוט ביום השוק אם הם מזיקים אפילו ברה"ר מתרים בהבעלים ג' פעמים שישמרם ואם לא שמרום רשאי הניזק לשחטן שחיטה כשירה ואומרים לבעלים בואו ומכרו הבשר שלכם ואע"ג דשן ברה"ר פטור מ"מ בבהמות שעומדים לטביחה למה לנו להשהותם ולכן ע"י התראות מקדימין שחיטתן ואפילו בסתם בהמית הדין כן כיון שעומדים לטביחה ואפשר דגם הרמב"ם לא יחלוק בזה לדינא אע"ג שלפי פירושו בגמ' כפמ"ש לא מוכח דין זה מ"מ לדינא מודה וכן סתמו רבותינו בעלי הש"ע ונראה דזהו דווקא כשיום השוק קרוב ולא יפסידו בזה :

ה נ"ל דגינות ופירי אילנות שבעיר ובכפר ואינן בתוך החצר ואינן גדורות אע"פ שעומדות מצד הרחוב דינם כרה"ר ובהמה שהזיקה שם פטורים הבעלים ואפילו גדר אם רק הניח מקום פרוץ אין מחייבין בעל הבהמה לשלם דאל"כ לא שבקת חיי לכל הבהמות שהולכות ברה"ר ודווקא בחצר שאנשים מצוים שם תדיר וא"א לנועלו חייב המזיק וגם ע"פ רוב כשתכנס הבהמה לשם יגרשוה ולא תעשה נזק אבל גינות ופרדסים שאינם גדורים בשלימות ועומדים בתוך העיר מה תעשה הבהמה ההולכת ברחוב ודווקא בשדות וגינות שאחורי העיר אין דרכן להיות גדורות דבהמות אין הולכין שם תדיר ואותן שרועות הרועה שומרן אבל בתוך העיר כשאינם בתוך החצר וודאי דצריכים להיות גדורים בשלימות ואם לאו ה"ל שן ברה"ר ופטור :

ו התרנגולים והתרנגולות שיש מהן כמו פראים שפורחין ומפסידין גנות ופרדסים ושארי הזיקות מתרים בהבעלים שיצניעום ואם אין משגיחין שוחטים אותם ומוסרין להם הבשר אפילו בעומדות לגדל ביצים דכיון דא"א לעכבן שלא יפסידו לאחרים לאו כל כמינייהו דהבעלים להשהותן ולדין עמהם בכל עת אבל תרנגולים שאין מפסידין תדיר רק לפרקים נארע נזק על ידם לא שייך בזה התראה ומשלם כשהזיקו :

סימן שצח [הכנים שורו לחצר חבירו ברשות או שלא ברשות ובו ה' סעיפים] :

א כמו שבשן ורגל פטור המזיק כשהיה הנזק ברשות המזיק ולא נתן לו רשות להניזק כמ"ש בסי' שצ"ג כמו כן בקרן ולא אמרינן דקרן שכוונתו להזיק יתחייב אפילו ברשות המזיק דהן אמת דהשור כוונתו להזיק אבל למה יתחייבו הבעלים בשביל כוונת השור כשהניזק נכנס לרשותו בלי רשיונו אבל אם הבעלים בעצמם הזיקוהו בכוונה וודאי דחייב דנהי שיש לו רשות להוציאו מ"מ אין לו רשות להזיקו ואם יכול להיות שלא ידע בו והזיקו פטור וגם בנזקי אדם באדם כן הדין כמ"ש בסי' שע"ח ואפילו שבועה א"צ אא"כ שזה טוען ברי שבכוונה הזיק לשורו ובנזק קרן גם בכה"ג א"צ שבועה כיון דאלו מודה מיפטר כמ"ש הטור בסי' שצ"ט ע"ש :

ב לפיכך הכנים שורו לחצר חבירו שלא ברשות ונגחו שורו של בעל החצר פטור בעל החצר וכן אם הזיקו בעל החצר פטור מפני שיכול לומר כיון שהכניסו שלא לדעתי לא ידעתי בו עד ששגיתי בו ומיהו אם הזיקו לדעת חייב נ"ש שאע"פ שיש לו רשות להוציאו מחצירו אין לו רשות להזיקו ואין חילוק בזה בין שהשור נכנס מעצמו שלא ברשות ובין שהבעלים הכניסוהו שלא ברשות [והפוסקים נקטו לשון המשנה ב"ק מ"ז. ובמשנה שנה כן משום דבקדירות ופירות שייכא לומר כן ע"ש] :

ג ואם השור הנכנס הזיק לבעל החצר או לשורו או לשארי בעלי חיים דינו כאלו הזיקו ברה"ר ומשלם תם ח"נ ומועד נ"ש דחצי נזק דקרן אין חילוק בין רה"ר לרשות הניזק ואין למידין ק"ו משן ורגל דפטורין ברה"ר וברשות הניזק חייבין נ"ש וא"כ קרן דברה"ר משלם ח"נ אינו דין שישלם ברשות הניזק נ"ש דמדה היא בתורה דכשאנו לומדים דבר מדבר א"א להחמיר על דבר הלמוד מהנלמד ודיו לבא מן הדין להיות כנדון וכיון דמרה"ר ילפינן לה דיו בח"נ כמו ברה"ר אבל כשהזיק בשן ורגל משלם נ"ש ואם השור קילקל את החצר כגון שחפר בו בורות שיחין ומערות חייב בעל השור בנזקי החצר ומשלם כל מה שהזיק דזהו כשן ורגל דאורחיה הוא להפור ברגליו ואח"כ אם אחד הוזק בהבור הזה חייב בעל החצר אם יש בזה חיובא דבור כגון שהוא סמוך לרה"ר או שהפקיר רשותו כפי מה שיתבאר בסי' ת"י ואין לפטור אותו ע"פ מ"ש שם דשור שחפר בור פטרתו התורה דכתיב כי יכרה איש בור ודרשינן איש בור ולא שור בור דבכאן אין אנו מחייבים אותו על כריית הבור שעשה השור אלא חיובו כיון דנעשה קילקול בחצירו ועליו מוטל לתקן חצירו לסתום הבור ולא סתמו הוה כנזק בידים כמ"ש שם :

ד נפל השור לבורו שבחצירו והבאיש את מימיו אם הבאישו בשעת נפילה חייב בנזקי המים ואם הבאישו

אחר

אחר נפילה פטור וטעמא דמילתא דכל נזק שעושה בשעת המעשה הוה נזקי שור כשן ורגל ומשלם נ"ש דהזיקו מצוי [ע"ז] אבל כשלא היה הנזק בשעת מעשה אלא אח"כ והיה תקלה ע"י נפילתו שיבאשו המים זהו מתולדות בור כשארי תקלות ובנזקי בור אין חיוב רק על בעלי חיים כמו שיתבאר בסי' ת"י ולכן בנזקי בור פטור על המים וי"א דאפילו הבאישו בשעת נפילה אין חיובו אלא כשהבאישו המים מגופו של שור אבל כשהבאיש מריחו פטור ואף שזהו ודאי גרמי אמנם כבר נתבאר בסי' שפ"ו דגרמי שע"י שורו אינו חייב לשלם אבל אין לפטור מטעם ולא שור בור דהשור לא עשה הבור בפועל אלא גרם לזה :

ה ואם בעל החצר נתן לו רשות להכניס שורו והזיק השור לבעל החצר פטור בעל השור אפילו לא קבל עליו בעל החצר שמירתו מפורש דכיון דנתן לו רשות הוי כחצירו ואם הזיק שור של בעל החצר לזה השור שנכנס ברשות פטור בעל החצר אא"כ קיבל עליו בעל החצר שמירתו דדי שנתינת רשות תועיל לפטור את הנכנס ולא לחייבו לבעל החצר אבל כשבעל החצר בעצמו הזיק להשור חייב אף כשהזיק בשוגג דאדם מועד לעולם וכיון שנתן לו רשות היה לו להזהר כמ"ש בסי' שע"ח ויש מרבותינו דס"ל דנתינת רשות מועיל גם לחייב בעל החצר דכיון דנתן לו רשות הוי כמו שקיבל עליו שמירתו מבהמותיו שלא יזיקוהו ולכן מנזקין דאתי ליה מבהמות בעל החצר חייב בעל החצר אבל בנזקין דאתי ליה מעלמא כגון שנכנס שור של אחר והזיקוהו פטור בעל החצר עד שיקבל עליו שמירה בפירוש אבל אם חנק א"ע זה הנכנס או מצא לחוץ והוזק או הזיק י"א דחייב בעל החצר לדעה זו דלענין זה קיבל עליו שמירתו שישמור את השור הנכנס שלא יצא וישמרנו מנזקי עצמו ומנזקי בהמותיו [ים"ש] ולשון רבינו הרמ"א לא משמע כן אלא דנתינת רשות אינו מועיל אפילו לדעה זו אלא שבהמותיו לא יזיקוהו [והש"ך הסכים להיש"ש וכ"ת מלשון הש"ס בב"ק מ"ז: ברשות שמירת שורו קביל וכו' ולפירוש ראשון של התוס' שם ד"ה לו אין ראיה ע"ש] :

סימן שצט [פרה מעוברת שהזיקה ותרנגולת אם גובין מולד ומביצים ודין נגח מעוברת ובו ז' סעיפים]:

א אע"ג דתם אינו משתלם אלא מגופו מ"מ פרה מעוברת שהזיקה גובה הניזק ח"נ ממנה ומולדה אם אינה מספקת בעצמה לחצי הנזק או שנאבדה משתלם מהולד מפני שהיא כגופה דקיי"ל עובר ירך אמו הוא והוי כאחד מאיבריה וכן פסק הרמב"ם בפ"ג מאיסורי מזבח לבד לענין טריפה שהשוחט את הטריפה ומצא בה בן ט' חי דניתר העובר בשחיטת עצמו כמ"ש ביו"ד סי' י"ג מפני שיש לו חיות בפ"ע אבל לכל התורה כולה הוי ירך אמו [תוס' ספרס מ"ז.] אבל תרנגולת שמזיקה אינו גובה מביצתה מפני שהביצה אינה מגופה אלא מובדלת ומופרשת ואיננה בשר באמה מיהו אם הביצה עדיין אגודה בגופה י"א דגובין ממנה דהוי כבשרה וזה השיעור הוא כל זמן שמעורות בגידין והן אדומות עדיין [תוס' סס] ואפשר דזהו כל זמן שהחלמון עדיין לבדו דגם למליחה הוי כבשר ממש כמבואר ביו"ד סי' ע"ה :

ב יראה לי כיון דקיי"ל דירך אמו הוא והוא כאחד מאיבריה לכן אפילו נתעברה לאחר נגיחתה משתלם מהעובר כל נזקו דהוה כשבח שהשביח המזיק מעצמו כמ"ש בסי' ת"ד ובגמ' [מ"ז.] באמת לא אמרה מעוברת אלא פרה שנגחה והפוסקים שנקטו מעוברת לאו דוקא הוא :

ג כבר נתבאר בסי' ע"ה דאין מוציאין ממון בטענת ברי נגד טענת שמא כגון התובע לחבירו מנה לי בידך והלה אומר איני יודע נשבע היסת שאינו יודע ונפטר לפיכך פרה מעוברת שנגחה ונמצא עוברה בצדה ואין ידוע אם קודם נגיחה ילדה ואז אין להשתלם מהולד או לאחר נגיחה ילדה ויש להשתלם מהולד ואין הפרה לפנינו להשתלם ממנה או שהיא לפנינו ואינה מספקת על הח"נ אפילו הניזק טוען ברי שאחר נגיחה ילדה והמזיק טוען שמא המע"ה ולא יטול מהולד אלא ע"פ עדים וכן שור שנגח את הפרה ונמצא עוברה מת בצדה ואינו ידוע אם מחמת נגיחה הפילה או הפילה קודם וא"צ לשלם בעד נזקה המע"ה אפילו ניזק טוען ברי והמזיק שמא ואפילו כשאין המזיק מוחזק עתה בידו כגון שעומדת באגם מ"מ מוחזק הוא מפני חזקתו הקודמת שהמזיק שלו היה ואין השכנגדו יכול להוציאו מחזקתו אלא בעדים ואפילו ראו עדים עיקר הנגיחה ונתחייב במקצתו ע"פ עדים לא אמרינן דהוא מחוייב לישבע ואינו יכול ומשלם דלא אמרינן כן אלא במקום דה"ל למידע כמ"ש בסי' ע"ה והכא לא ה"ל למידע ועוד דבנזק קרן תמה דהוי קנס לא אמרינן סברא זו דבקנס אין חיוב שבועה דהשבועה הוא כדי שיודה ובקנס כשיודה יפטור ולכן בטענת שמא שבכאן פטור אפילו משבועה מהאי טעמא ואפילו טוען הניזק ברי לי שאתה יודע ובשן ורגל או במועד הוה מתחייב כה"ג אבל בתם דקנס הוא פטור [סמ"ע וש"ך] :

ד יש מי שאומר דאע"ג דבכל ספק טענות מהני תפיסה

שאם

שאם תפס המוציא באופן שיש לו מיגו דלא תפסתי כגון שאין עדים שתפס אין מוציאין מידו אבל בטענות דתם דהוי קנסא לא מהני תפיסה דתפיסה לא מהני רק בממון דאי הוה מודה מתחייב וכשאינו מודה אינו יכול להוציא מידו וכשתפס ויש לו מיגו אין מוציאין ממנו אבל בקנסא דאי הוה מודה מיפטר לא מהני תפיסתו ולא תועיל תפיסת המוציא יותר מהודאת המוחזק [נמק"י ס"פ המניח ורמ"ה] ויש חולקים בזה וס"ל דתפיסה מהני כמו בממון אם רק יש לו מיגו דלהר"ם וכן פסק רבינו הרמ"א והטעם דתפיסה הוי כאלו הביא עדים שכדבריו כן הוא ואפילו יודה אח"כ הוי כהודאה אחר עדים [ס"ך] ולפ"ז לא מהני רק אם תפס קודם שהודה בב"ד אבל אח"כ לא מהני התפיסה דכבר נפטר בהודאתו אמנם בזמה"ז דליכא מומחין ואין הודאתו מועלת לפטור א"ע כמ"ש בסי' א' מועלת תפיסה תמיד [שם ומ"מ בסה"ת בשם הה"מ"ר ל"ק דמהני כוס עדים ממש שמחייבו ודו"ק]:

ה כשנגח השור פרה מעוברת והפילה וגם הפרה נפחתה שמין כמה היתה שוה הפרה כשהיתה מעוברת ובריאה וכמה היא שוה עכשיו עם הנפל ומשלם כל הפחת במועד או חציו בתם ואין הניזק יכול לומר כיון דשני גופים הן והולד היה נולד עד עתה ישומו פחת הפרה בפ"ע והיזק הולד בפ"ע ויעלה יותר מכפי שומת פרה מעוברת מפני שהמזיק יכול לומר לו הרי שורי לא נגח רק גוף אחת וכמו שהזיק כן ישומו לך [גמ' מ"ז]:

ו וכיצד יעשו כשהפרה היתה של ראובן והולד שתלד היה שייך לשמעון וכיון ששמין שומא אחת כיצד חולקין שמין באופן זה דהיזק של מעוברת מאינה מעוברת הוה בג' דברים האחת שהקונה מחשב שווי העובר ואף שאין דמיון להנולד מ"מ משלם קצת בעד זה והשני' מפני שהבהמה כשהיא מעוברת נראית שמינה יותר מכשאינה מעוברת והשלישית מפני הנפח שנראית יותר גדולה בכמותה לפיכך שווי העובר נוטל שמעון ופחת השומן שפיחת גוף הפרה לבעל הפרה ואע"ג דהיתה נראית יותר שמינה מפני העובר מ"מ כיון דהעובר בעצמו אין לו שומן כלל אין לו חלק בזה ופחת הנפח דהיינו מה שהיתה נראית יותר גדולה חולקין בעל הפרה עם בעל הולד וכל אלו ביחד הוא פחות ממה שישומו כל אחד לבדו דגם הקונה יודע שבסיבת העובר נראית יותר גדולה ושמינה אלא דמ"מ מעלין המקח קצת בשביל זה:

ז ודע דכפי מה שבארנו כן נראה לבאר דין זה שאמרו חז"ל [שם] דבפרה דחד וולד דחד הנפחא חולקין והשומנא לבעל הפרה ושומת הולד בעצמו מה שהקונה נותן יותר בעד העובר מילתא דפשיטא היא ולא הוצרכו להזכיר ואע"ג דברמב"ם וטור וש"ע מבואר דהשומנא לבעל הפרה והנפחא חולקין והנפל של בעל הולד אין כוונתם דבעל הולד לא יטול רק מחצית נפחא עם הנפל המת ולא יותר דאין סברא לומר כן דהרי כל קונה מעוברת משלם ביוקר בעד העובר ובודאי כוונתם נמי כמ"ש דשמין העובר כמו שהיה שוה בבטן אמו ושוין כמה שוה עתה הנפל המת אלא דקאמרי דבעל הולד נוטל את הנפל בדמים דהשברים שייך לניזק וכמ"ש בסי' ת"ג [נ"ל]:

סימן ת [שור שהיה רודף אחר חבירו או שנים רודפים או נרדפים ובו י"א סעיפים]:

א שור שהיה רודף אחר שור אחר ואח"כ נמצא שהנרדף הוזק זה אומר שורך הזיקו וזה אומר לא כי אלא בסלע לקה הממע"ה ואפילו ראו עדים שזה רדפו מ"מ י"ל שע"י רדיפתו אחריו נלקה בסלע ובזה לא מחייב דגרמא הוא [סמ"ע] ואין הולכין אחר אומדנא לומר דכיון שרדפו מסתמא השיגו ונגחו דאין זה אומדנא ברורה דרגילות הוא ג"כ שע"י רדיפתו נלקה בסלע [ס"מ] ועוד דלא אזלינן בתר אומדנא כמ"ש בסי' ת"ח ואפילו ניזק טוען ברי ומזיק שמא ואפילו אין המזיק מוחזק בשורו עתה כמ"ש בסי' שצ"ט סעיף ג' ואין חילוק בין תם למועד [ס"ך] ואם טען הניזק אתה יודע ששורך הזיק נשבע היסת שאינו יודע בר"א במועד או בשן ורגל אבל בתם פטור אף משבועה דהשבועה הוא כדי שיודה ובתם הרי יפטור בהודאתו דמודה בקנס פטור ואין לפוטרו גם במועד משבועה מטעם מיגו דאי בעי הוה טעין להד"ם דהא אם היה טוען כן היה חייב שבועה ג"כ [שם] ועוד דמיגו לאפטורי משבועה לא אמרינן כמ"ש בסי' פ"ב:

ב היו שני שוורים רודפים אחר שור אחד ויש עדים שראו שאחד מהם הזיקו ואינם יודעים איזה משניהם זה אומר שורך הזיק וזה אומר שורך הזיק שניהם פטורים ואם הניזק טוען לאחד מהם אתה יודע ששורך הזיק אם היה מועד נשבע שאינו יודע ובתם פטור כמ"ש ופשיטא שבעלי השוורים המזיקים אין אחד מהם דינו כעד על חבירו לחייבו שר"א או להצטרף אף עד אחר לחייבו ממון דכיון שיש עדים שראו שגם שורו רדף אין לך נוגע בעדות גדול מזה [נ"ל]:

ג ואם שני השוורים המזיקים של איש אחד אם היו

שניהם

שניהם מועדים אין נ"מ בזה ומשלם נ"ש מנכסיו אפילו מתו השוורים וכן בשן ורגל ואם היו תמין דאין משלמין רק מגופן אם הפחות שבשניהם ג"כ שוה ח"נ אין נ"מ בזה וישלם ח"נ מאיזה שור שירצה אבל אם הפחות שבשניהם אינו שוה ח"נ אינו משלם יותר מהפחות שבשניהם ועל המותר יביא הניזק ראיה שהשור היפה נגחו ויטול ואם לאו מפסיד את המותר עד חצי נזקו וכן הדין אפילו היה אחד מהם מועד והאחד תם והתם הוא הפחות שבשניהם אינו גובה אלא אותו דהממע"ה אבל אם התם הוא היפה גובה ממ"נ דאומר לו הניזק אם התם נגח הרי שוה חצי נזקי ואם המועד נגח תשלם לי מכיסך כדין מועד וכן הדין כשמת אחד מן השוורים אם שניהם תמין פטור דהמזיק אומר לו הבא ראיה שהחי הוא שהזיק ואשלם לך ואם היה אחד מועד ואחד תם אם התם מת פטור מהאי טעמא שיכול לומר לו התם הזיקך ומשתלם רק מגופו וקח את הנבילה אבל אם המועד מת גובה ח"נ מהתם החי ממ"נ דאם הוא נגח גובה ממנו ואם המועד נגח ישלמו מכיסם וכשאינו ידוע מי הוא התם ומי הוא המועד פטור בכל גווני כשמת אחד מהם [סמ"ע] :

ד ויש מי שאומר דבנאבד אחד מהם או מת גובה הניזק רביע נזקו וזהו דעת הגאון שהביא הטור והטעם דכיון דקיי"ל דשור תם המזיק נעשה הניזק שותף בהשור כמו שיתבאר וכיון דכן דינו כשני שוורים של שני שותפים שנאבד אחד מהם דההפסד על שניהם אבל אין כן דעת הרמב"ם והרא"ש ז"ל דבכל כמה דלא אתברר באיזה מהם היה לו חלק אין דינו כשותף ברור ויכול לומר הבא ראיה שהחי הזיקך וכך סתמו רבותינו בעלי הש"ע :

ה היו שני השוורים הרודפים אחד גדול ואחד קטן הניזק אומר הגדול הזיק ויש לי חצי נזקי והמזיק אומר קטן הזיק וכן אם היה אחד תם ואחד מועד והניזק אומר המועד הזיק ומגיע לי נ"ש והמזיק אומר תם הזיק ומגיע לך רק ח"נ הממע"ה ואם לא היה שם ראיה ברורה שזה הזיק אלא עדים מעידים שאחד משנים אלו הזיק ואינם יודעים מי הזיק משלם המזיק כמו שאומר וכמ"ש וזהו דעת הרמב"ם ז"ל והטור כתב דזהו דוקא כשאין הניזק טוען ברי שזה הזיקו אבל כשטוען ברי אינו נוטל כלום דמוה שאומר ברי המזיק מכחישו ומהשני שהמזיק מודה אין לו ליטול שהרי בזה הודה בעצמו שלא הזיקו והוה כטענו חיטין והודה לו בשעורין שפטור גם מדמי שעורין כמ"ש בסי' פ"ח וי"א דלא דמי דכיון שיש עדים שאחד מהם הזיק הרי יש לו לניזק ממון מאחד מהם אבל בטענו חיטין אין עדים כלל [סס"מ פ"ע] :

ו וכתב הרמב"ם ז"ל [בפ"ט] ואם טען הניזק אתה יודע ודאי שזה הזיק בפניך הרי המזיק משלם מה שהודה ונשבע שבועת התורה על השאר עכ"ל ואע"ג דמודה מקצת אינו חייב שד"א אא"כ הוי הודאה ממין הטענה כמ"ש שם י"א דהרמב"ם לא קאי רק על אחד תם ואחד מועד דכשא"ל אתה יודע ודאי שהם עד הזיק ותביעתו על נכסי המזיק ממילא דגם התם הוי בכלל נכסיו והוי הודאה ממין הטענה אבל באחד גדול ואחד קטן ושניהם תמין כשתובעו הגדול אין הקטן ממין הטענה [טור וסס"מ] וי"א דאין הטעם מפני זה דהתובע מחבירו מנה ומודה לו בכלי שוה חמשים הוי הודאה ממין הטענה כתבעו דינר זהב שנתבאר שם דהוה ממין הטענה והכא כשתובעו בגדול שהזיק הרי תובעו ממון אלא בשני תמין הטעם פשוט שפטור משבועה דבתם לא שייך שבועה דמודה בקנס פטור [ס"ך וסגר"א] ודוקא לענין שבועה הוה הודאה ממין הטענה כשטוענו אתה יודע ודאי אבל כשאינו טוענו כך ואין עדים בדבר אע"פ שא"ל המזיק לא כי אלא זה הזיק יכול לומר משטה הייתי כיון שאין לו לידע שהרי לא עמד בשעת נגיחה דחויי קא מרחי ליה ודומה בזה לטוענו חטים והודה לו בשעורים [סס] :

ז עוד כתב הרמב"ם שם היו הנזקים שנים אחד גדול ואחד קטן והמזיקין שנים אחד גדול ואחד קטן הניזק אומר הגדול הזיק את הגדול והקטן את הקטן והמזיק אומר לא כי אלא הקטן הזיק את הגדול והגדול הזיק את הקטן או שהיה אחד תם ואחד מועד הניזק אומר מועד הזיק את הגדול והם את הקטן והמזיק אומר תם הזיק את הגדול ומועד את הקטן הממע"ה ואם לא הביא ראיה ברורה פטור המזיק שהרי זה כטענו לו חטים והודה לו בשעורים שהוא נשבע היסת ופטור אף מדמי שעורים עכ"ל ולדברי הי"א שבסעיף ה' מיירי כאן דליכא עדים ולכן דינו כטענו חטים והודה לו בשעורים וזהו החילוק שבין דין זה להדין שבסעיף ה' [סס"מ] דשם מיירי בעדים וכאן הוא בלא עדים ובתמין בלא"ה פטור משום מודה בקנס וזה שהוצרך לומר הטעם דטענו חטים והודה בשעורים הוא משום בבא דמועד [ס"ך] ולדעה השניה שבסעיף ו' דזהו הודאה ממין הטענה דהוי כתובעו מנה והודה לו בכלי זהו בטוענו אתה יודע ודאי ולחייבו שד"א אבל במה שהודה ואמר לא כי אלא הקטן הזיק את הגדול או תם הזיק את הגדול הוי דינו כהודאה שלא ממין הטענה דהא לא היה המזיק בעת הנגיחה ודחויי קא מרחי ליה ודמי לטענו חטים והודה בשעורים כשאין עדים [כ"מ מס"ך סק"ס ובס"ס ס"פ סמיה לכן מקסה מכולהי בבא דמתניתין על רבה ב"ג בטענו חטים מהאי טעמא דיכול לומר משטה הייתי בך ואפילו מבבא דסעיף ג' פריך למ"ד פ"כ ממונא דמיירי כשאין עדים דלדידיה הוי תיובתא דרב"כ כמ"ש סס"מ וסס"ך בסי' פ"ח סקט"ז ומיירי בסעיף זה כשאינו עומד בדיבורו ואומר משטה הייתי אבל בלא"ז חייב] :

ח אמנם זהו דוחק לומר דהרמב"ם יסתום דבריו בחד ענינא

ענינא בעיקר הדבר שבבבא הקודמת מיירי בעדים ובדין שאחריו מיירי בלא עדים ועוד דלפי מה שפרשנו דמיירי בלא עדים לא הוצרך לטעם דטענו חטים בתם ומלשונו משמע דאכולהו בבי קאי טעם זה ולכן יש מי שאומר דגם בכאן מיירי בעדים ולכן אינו מפטר בתם משום מודה בקנס ומ"מ דמי לטענו חטים והודה לו בשעורים ואינו דומה לסעיף ה' דהכא מיירי שעדים ראו ששני השוורים רדפו אחר שני השוורים וראו בהנזק אבל לא ראו ששנים הזיקו את השנים ויכול להיות שהקטן הזיק את שני השוורים וזה השור הוא ודאי של הניזק אבל במה שהמזיק מודה שהקטן הזיק את הגדול והגדול את הקטן בהודאתו מהגדול את הקטן הוי הודאת עצמו וליכא עדים ובזה יכול לומר משטה אני בך כמו בחטים ושעורים ומ"ש הרמב"ם פטור המזיק כוונתו על הודאת הגדול [הגר"א בהשמטות]:

ט ודעת הטור בכל אלו הדינים כשהמזיק טוען כך והניזק טוען כך אם הניזק טוען שמא משלם המזיק כמו שהוא טוען ואם הניזק טוען ברי אינו משלם כלום דהוי"ל טענו חטים והודה בשעורים ומשמע מדבריו דאפילו כשיש עדים פטור והולך לשיטתו בסי' פ"ח דאף כשיש עדים על השעורים פטור משום הודאת עצמו שהודה לו שאינו מגיע לו שעורין מדלא תבעו שעורין ואדם נאמן על עצמו יותר ממאה עדים ואין כאן חיוב שבועה כלל אפילו הניזק א"ל אתה יודע ודאי שזה הזיק מטעם זה דאין הודאה ממין הטענה ועוד מבואר מדבריו דכשהניזק טוען שמא משלם המזיק כמו שהוא טוען אפילו בתמין ואע"ג דהוה מודה בקנס ופטור ואין לומר דכוונתו כשיש עדים דוקא דמדלא ביאר כן משמע דבכל גווני מיירי אמנם נראה דס"ל דכיון דהרדיפה שרדף השור אחר שור חבירו ידוע לכל דכן משמע לשון חז"ל שור שהיה רודף משמע דעדים ראו כשרץ א"כ נהי דכשמכחישו ואומר בסלע לקה פטור מ"מ כשמודה ואומר שנגחו אין זה מודה בקנס דליפטר דיותר יש לתלות בנגיחת השור ואע"ג דלא אזלינן בתר אומדנא מ"מ לא מקרי מודה בקנס [וכ"כ המהרש"א ז"ל בר"פ הפרה בד"ה דאפילו]:

י במקום שהמזיק פטור אם תפס הניזק כתב הטור דבסעיף ה' שאחר הזיק ואינו ידוע איזהו לא מהני תפיסה ובסעיף ז' דהמזיקין היו שנים והנזקין שנים אם תפס הניזק ה"ז משלם לקטן מן הגדול ולגדול מהקטן כמו שהודה המזיק ואפילו תפס בעדים ואע"ג דלית ליה מיגו דלא תפסתי ואף שמודה בקנס פטור בכאן חייב כמ"ש הטעם וי"א הטעם משום דפלגא נזקא שאני משארי קנסות ומהני בהו תפיסה [סמ"ע בשם הראב"ד] וכשתפס שלא בעדים מהני תפיסתו לגבות לגמרי לגדול מן הגדול ולקטן מן הקטן וכן לתם מן הקטן ולמועד מן הגדול [סמ"ע וש"ך] והרמב"ם ז"ל כתב ג"כ דאם תפס הניזק ה"ז משלם לקטן מהגדול ולגדול מהקטן כמו שהודה המזיק עכ"ל וי"א דתפיסה לא מהני בהודאת עצמו רק כשיש עדים [נמק"י ס"פ המניח] ואפשר גם דעת הרמב"ם כן הוא לפמ"ש בסעיף ח' דגם בבא זו מיירי כשיש עדים ע"ש:

יא אין התפיסה מועלת רק קודם שבא לב"ד אבל לאחר שבא לב"ד לא מהני ליה תפיסה אפילו ליטול כדברי המזיק והטעם נתבאר בסי' פ"ח סעיף ד' בטענו חטים והודה בשעורים ובארנו שם דלטעם השלישי שנתבאר בשם בטעמא דפטור גם משעורים משום דלא הוה הודאה גמורה על השעורים ולא מטעם מחילה או הודאה מהני תפיסה גם אחר שבא לב"ד ע"ש:

סימן תא [דין שור שנגח וחזר ונגח כיצד גובין ממנו ובו ז' סעיפים]:

א כיון שגזרה התורה דתם אינו משתלם אלא מגופו נעשים המזיק והניזק שותפים בהשור המזיק ולכן שור שנגח וחזר ונגח שור אחר סובלים הנזק המזיק והניזק הראשון דגם הוא נחשב כבעל השור והיה לו ג"כ לשמרו כיצד שור שוה מאתים שנגח שור שוה מאתים ואין הנבילה יפה כלום נוטל הניזק חצי השור והמזיק חצי חזר ונגח שור אחר שוה מאתים ואין הנבילה יפה כלום נוטל הניזק השני מאה מהשור והניזק הראשון נוטל חמשים והמזיק חמשים ואם חזר ונגח שור אחר שוה מאתים ואין הנבילה יפה כלום נוטל האחרון מאה והשני חמשים דכיון דהיה לו מאה סובל ח"נ מחלקו והניזק הראשון נוטל כ"ה וכן המזיק וכן על דרך זה חולקים והולכים כשנגח רביעי וחמישי ולא נעשה מועד כגון שהיה בלא התראה וכיוצא בזה ואם השוורים הנזוקים לא היו שוים כהמזיק או שהנבילות היו שוים חלק מההזיקות נוטלים כפי המגיע להם לפי חלקם וכשהזיק אח"כ לשור אחר סובל ח"נ מחלקו כל אחד לפי חלקו:

ב לפי מה שנתבאר בנגיחת תם כל מי שהוא אחרון לנגיחה מרויח וכ"ז אינו אלא כשהיה ביד הניזק להביא עדים ולזכות בחציו דאז נעשה כשותף וחייב בנזקו אבל כשלא היה בידו להביא עדים עדיין ובתוך כך נגח אינו מפסיד כלום דאיך נחשבנו כבעלים ולהטיל עליו שמירה כיון שאם יתפסנו נוציאו מידו [ש"ך] וכל מי

מי שהוא ראשון בנזקו מרויח והאחרון מפסיד דהראשון כיון שיש לו שיעבוד על השור והוא אצלו כאפותיקי ושמירתו אינו עליו למה יפסיד ולכן כששור שוה מאתים נגח שור שוה מאתים ואין הנבילה יפה כלום יש להניזק מנה ולהמזיק מנה חזר ונגח שור אחר כמוהו נוטל הניזק הראשון מנה והשני מנה חזר ונגח שור אחר אין להאחרון ממה לגבות ומפסיד דמבעלי הנזקין אין לו לגבות דאין שמירת השור עליהם ומהמזיק אין לו לגבות דהרי אין לו כלום בהשור ותם אינו משתלם אלא מגופו [וכן סוס לסר"י דאמר בע"ח ניכסו כדמוכח ר"פ ד' וס' ע"ס] :

ג בזה שנתבאר כשהניזק והמזיק שותפים בהנזק בד"א כשלא תפסו הניזק לידו אבל ניזק שתפס בהמה שהזיקה לגבות חצי נזקו מגופה נעשה עליה ש"ש לנזקין ואם יצאת והזיקה חייב הניזק בנזקיה והבעלים פטורים וכן אם תפסו ניזק שני נעשה הוא ש"ש להניזק הראשון ולהבעלים וכן לעולם כיצד שור שוה מאתים שנגח שור שוה מאתים ואין הנבילה יפה כלום ותפסו הניזק לגבות ממנו המאה שלו וחזר ונגח שור של מאתים ואין הנבילה יפה כלום נוטל הניזק האחרון מאה והבעלים מאה והניזק הראשון מפסיד ואם נזקו של השני פחות מהראשון כגון ששורו היה שוה ק"מ נוטל הוא ע' והראשון ל' והבעלים מאה וכן כל כיוצא בזה ולכן לפעמים הניזק הרביעי אין לו כלום והשלישי יש לו אע"פ שכל ניזק תפס להמזיק כגון שאחר תפיסתו נגח לחמישי ונזקי הרביעי והחמישי שוין ונזקו של השלישי יותר מהרביעי דהחמישי כשנוטל של הרביעי לא נשתייר להרביעי כלום והרביעי כשנטל של השלישי נשתייר להשלישי כשנזקו היה יותר כמ"ש ולא עוד אלא אפילו לפעמים החמישי האחרון אינו נוטל כל נזקו כגון שנזקו יותר משל הרביעי דאין לו ממי לגבות המותר דאין להרביעי יותר בגופו של המזיק ומהקודמים עם הבעלים אין לו לגבות דכיון שהרביעי תפסו בע"כ לא הוטלה שמירתו עליהם [תוס'] :

ד ויש מרבותינו שחולקים בזה וס"ל דאפילו תפסו ניזק והזיק מ"מ אינו מפסיד אלא החצי והחצי השני מפסיד המזיק דאין חילוק בין תפסו ללא תפסו דכיון דדינו כשותף לא נעשה שומר אלא מחלקו ואע"ג דשותף חייב באחריות כשנגנב ממנו כמ"ש בסי' קע"ו זהו מפני שמחוייב לשמור אבל בניזק דלא הוטלה שמירתו עליו אינו נעשה שומר רק על חלקו אבל על חלק המזיק אפילו ש"ח לא הוי [ס"ך] דיאמר שהיה מוכרח לשמור חלקו כדי שהמזיק לא יבריחנו :

ה והנה מצד הסברא נראה דלא פליגי לדינא דבע"כ דעה ראשונה שמחייבת את הניזק בבוליה נזקו של השני צ"ל דהיינו כשתפסו הניזק ולא הניח להבעלים לשומרו דאל"כ כמו כשהיה ת"י המזיק חייבנו את הניזק בתשלומין כמ"ש בסעיף א' מפני שעל הניזק לשמור חלקו א"כ כמו כן כשתפסו ניזק היה גם להמזיק לשמור חלקו ומאי גריעותא דניזק ממזיק אלא דצ"ל דתפסו ולא הניח לו לשמור ובודאי בכה"ג אם הבעלים לא הניחו להניזק לשמור לא נחייב את הניזק ג"כ ובאופן זה ודאי דלא תחלוק הדעה השנית דאיך נחייב הבעלים אחרי שהניזק לא הניחו לשמור אמנם הרא"ש והטור כתבו שיש מחלוקת בזה ולכן צ"ל דדעה ראשונה מחייבת את הניזק בסתם תפיסה וזה שחייבנו בסעיף א' את הניזק כשהיה ת"י הבעלים לא שתפסוהו הבעלים והיה ת"י דבכה"ג היה הניזק פטור אלא שהלך בשדה והיה לו לניזק לשמור ג"כ או אפשר אף כשהיה ת"י הבעלים לא שייך לשון תפיסה והיה לו להניזק לשומרו ג"כ דהא גם מקודם היה ת"י הבעלים אבל בתפסו ניזק עליו לבד לשמור אותו ובזה חולקת הדעה השניה דאינו מתחייב רק בחלקו אבל עכ"פ זהו ודאי דכשלא הניח הניזק את הבעלים שיהיה השגחתו עליו גם דעה שניה מודה דהבעלים פטורים [נ"ל] :

ו וכל זה בתם אבל במועד אם תפסו ניזק הכל מודים דנעשה שומר עליו וחייב בכל שמירתו דבשלמא בתם נוכל לומר שתפסו כדי שהבעלים לא יבריחוהו ולא יהיה לו ממה לגבות אבל במועד דמשלם מנכסיו מה היה לו לתופסו ועוד יש מי שאומר דבמועד שתפסו חייב אפילו באונסין דהא לא תפסו אלא למשכון והוי כתופס משכון שלא ברשות ב"ד דנתבאר בסי' ע"ב דחייב באונסין אמנם זהו דוקא כשאין לו לישלם ממקום אחר דאז שיעבודא עליה רמיא ונקנה לו גוף המשכון [ס"ך] ועמ"ש בסי' ע"ב בזה :

ז כיון דהניזק הוי שותף בשור תם שהזיק ואין המזיק יכול לסלקו במעות לכן יכול למכור חלקו כמ"ש בסי' ת"ז וכן אם הקדישו ניזק אפילו קודם שעמד בדין הוי מוקדש ואם שור המזיק עולה לחצי נזקו הוי כולה קדוש ואם חציו קדוש חציו ומזיק כשהקדישו אם לאחר שעמד בדין אין הקדישו כלום שאין אדם מקדיש דבר שאינו שלו אבל הקדישו קודם העמדה בדין אע"ג דמדינא לא היה לחול הקדשו, דאינו שלו מ"מ מדלא עמד הניזק עדיין בדין ואין ניכר לכל שהוא של הניזק אם נוציאו מיד ההקדש יאמרו דהקדש יוצא בלא פדיון תקנו חכמים שיפדנו בדבר מועט מיד ההקדש וכבר נתבאר בסי' צ"ה דבזמה"ז ליכא הקדש ובל"ז ליכא דין זה בזמנינו דאין דנין דיני תם ובמועד אין שום שייכות להניזק לא בהקדשו ולא במכירתו ובזמה"ז א"א להיות מועד כמ"ש בסי' שפ"ט :

סימן תב [שני שוורים שחבלו זה בזה כיצד משלמים זל"ז ובו ז' סעיפים] :

א שני שוורין תמין שחבלו זה בזה משלמים במותר ח"נ כיצד שור של ראובן שהזיק לשורו של שמעון במנה ושל שמעון הזיק לשל ראובן בחמשים יצאו חמשים בחמשים והחמשים הנותרים ישלם לו חציים ומיד כשנגחו זב"ז מנכין זל"ז אף קודם העמדה בדין ולכן אף אם נאבד שורו של שמעון אין אומרים דראובן הפסיד כל נזקו דתם משתלם מגופו ונאבד וישלם הוא לשמעון חמשים אלא דמיד שנגח שורו של שמעון לשורו נתנכה לו חמשים ואינו משלם אלא כ"ה ואם היו שניהם מועדים משלמים זל"ז בהמותר שלאחד על השני נ"ש :

ב ואם היה אחד תם ואחד מועד שנו חכמים במשנה [ב"ק ל"ג] דמועד בתם משלם במותר נ"ש ותם במועד משלם במותר ח"נ ויש מרבותינו שפרשו דשמין את הנזק ולא את החיוב דאם המועד הזיק בתם מנה ותם במועד חמשים משלם בעל המועד רק חמשים ואע"ג דחיובו דתם אינו אלא כ"ה והיה לו לבעל המועד לשלם ע"ה מ"מ כיון שבפעם אחת נגחו זל"ז שמין רק המותר מהנזק [לרש"י כמ"ש הרח"ש וע' בתוס'] אבל הטור כתב אם הזיק מועד בתם במאה והתם לא הזיקו אלא בחמשים משלם לו ע"ה ואם נזק התם יותר כגון שהמועד הזיק לתם בכ"ה והתם הזיקו במאה משלם בעל התם כ"ה וכ"כ הרמב"ם והתוס' והרא"ש וכך סתמו רבותינו בעלי הש"ע :

ג היו שניהם מועדין משלמין זל"ז בהמותר נ"ש כמ"ש ואם היה הנזק שוה בשוה אין גובין זה מזה כלום וכל אחד עומד בשלו ואע"פ ששורו של אחד יפה למכירה משורו של השני וכן אם כל נכסיו של האחד הם עידית ושל השני זיבורית אין דינם כשני בעלי חובות שחייבין זל"ז גובה זה מזה כפי נכסיהם ומגיע טובה להשני שמקבל בינונית במקום זיבורית כמ"ש בסי' פ"ה והכא כיון דנזקין גובין מעידית כמ"ש בסי' תי"ט והיה לו להשני לגבות עידית ולהגבותו זיבורית שהם עידית שלו מ"מ אין אומרים כן והטעם דמיד שהזיקו זל"ז נתנכה ההיזק מזה לזה [נמק"י] ואפשר דאם בעל העידית הזיקו מקודם הדין כמו בבע"ח [ע' לבוש וסמ"ע ודו"ק] אמנם מדלא כתבו הפוסקים דין זה משמע דהכל שוה והטעם דכיון דכל אחד עומד בשלו זהו בעידית [וכ"מ לשון הנמק"י] :

ד זה שתם בתם משלם במותר ח"נ אין זה רק במה שביכלתם להשתלם זמ"ז מגופן אבל אם האחד אינו שוה ח"נ של השני כפי מה שיש בגופו של מזיק אינו משתלם ממנו ואינו מנכה לו ולכן יש לפעמים שבעל הנזק המועט גובה יותר משל המרובה כיצד שור שוה מאתים שנגח לשור שוה מנה והכחישו בשמונים זוז ובעל המנה נגח אותו והכחישו במנה אין אומרים נוציא ארבעים כנגד ארבעים ומשלם לו עשרה דכיון דבשור של בעל המנה לא נשאר בגופו רק עשרים אינו מנכה לו רק עשרים ונשאר המותר של בעל המאתים שמונים ומשלם לו ארבעים [סמ"ע] :

ה כל מה שנתבאר אינו אלא דוקא שהשני השוורים התחילו לנגוח זא"ז כאחד או לאחר שנגח הראשון להשני ונתפרדו זה מזה חזר השני ונגח להראשון דהוי כנגיחה חדשה אבל כששורו של ראובן התחיל להזיק שורו של שמעון ובאותו מעמד נגחו שורו של שמעון לשל ראובן ראובן חייב ושמעון פטור דכל המשנה ובא אחר ושינה בו פטור כמ"ש בסי' שצ"ה וכיון דשורו של ראובן שינה ויצא מגדרו לכן כששינה בו שור האחר האחר פטור והוא חייב אבל כשלא היה באותו מעמד הוי נזק חדש והשני התחיל לשנות בו :

ו כמו שהדין בשני שוורים כמו כן הדין באדם בשור ואדם באדם וכמו שהדין בקרן כמו כן בנזקי שן ורגל דאם שורו של ראובן אכל פירות בחצירו של שמעון ושל שמעון אכל בחצירו של ראובן משלמין זל"ז במותר נ"ש וכשראובן הזיק לשמעון בקרן ושמעון לראובן בשן ורגל דינם כתם ומועד ונ"ל דאפילו היה שור אחד של חרש שוטה וקטן או שהלכו בעליו למדה"י דפטורים כשנגחו כמ"ש בסי' ת"ו מ"מ כשנגחו זה את זה מנכין מזה לזה דבשם הוי הטעם מפני שאין ממי לגבות והכא אינו בא לגבות אלא לנכות מהזיקו :

ז כל אלו הדברים שנתבארו בשוורים תמים אינו אלא כשנעשה הנזק השני קודם שהיה ביד הניזק הראשון להביא עדים ואז עדיין לא נעשה שותף כמ"ש בסי' ת"א אבל אם היה בידו להביא עדים נעשה שותף ומה שהוזק אח"כ צריך הוא לסבול בפ"ע לפי החלק שיש לו בו לבד מה שיש עליו לשלם למזיק מה ששורו הזיק לחלקו של מזיק ואז יש חשבון אחר לפי החלקים [דגמ"ר] :

סימן ת"ג [שמין הנבילה והשברים לניזק ופחת נבילה ובו ז' סעיפים]:

א כסי' שנ"ד נתבאר דגנב שגנב כלי ושברה צריך לשלם כלי שלימה והוא יקח השברים לעצמו וכן הדין בגזלן ואע"ג דבכסף היה יכול לשלם לו וקיי"ל דשוה כסף ככסף ולמה לא יהיה ביכלתו ליתן לו השברים בשומא אמנם גזירת התורה הוא דכתיב והשיב את הגזלה אשר גזל והאי אשר גזל מיותר הוא ודרשינן שישיב כעין שגזל כשמחזיר לו שוה כסף והיינו כלי שלימה דאין על הנגזל להטריח עצמו שני פעמים למכור השוה כסף ולקנות בתמורתם הכלי שנגזלה ממנו וזהו בגנב וגזלן אבל בנזקין אמרו חז"ל דאדם או שור שהזיקו בהמה או כלים שמין השברים או הנבילה במעות להניזק ומשלים עליהם עד כדי דמי הנזק וזה שכתוב בתורה בשור שהזיק שלם ישלם שור תחת השור והמת יהיה לו אין הפירוש שהמזיק ישלם להניזק שור שלם ויקח לו הנבילה דא"כ מאי איצטריך להשמיענו שיהיה לו הנבילה פשיטא דכשמשלם לו שור שלם נוטל הנבילה לעצמו [ב"ק י'] ועוד דא"כ למה הוצרכה התורה לכתוב בנזקן דאינו משלם לו השברים והרי ק"ו הוא מבהמתו שהזיקה ועוד דבכלל גדול הוא דכל מקום שנא' תחת אינו ממש וראיה מעין תחת עין וכתיב ומכה נפש בהמה ישלמנה נפש תחת נפש דהכוונה ממון ולא תחת ממש אלא דה"פ שלם ישלם ממון כשווי השור שהוזק תחת שורו שהזיק והמת יהיה לו להניזק שהמזיק יחשוב לו בחשבון דמי המת או השברים כמה נפחתו דמיו בשביל השבירה ויקח הניזק את השברים בשומא והמזיק ישלים עליהם:

ב ועיקר הכתוב לא לכך הוצרכנו דגם זה מילתא דפשיטא דשוה כסף ככסף אלא דאתי לפחת נבילה שאם נתקלקלה הנבילה משעת מיתה עד שעת העמדה בדין ונפחתה מדמיה שייך הפחת על הניזק וכן בשברים דכיון דהן שלו לא היה לו להשהותן עד שיתקלקלו ואם מונחים במקום שיש טורח להביאן על המזיק להטריח א"ע להביאן להניזק כיצד כגון שנפל השור לבור ומת מעלה המזיק את הנבילה מהבור ונותנה להניזק ואח"כ שמין לו פחת הנבילה ואי קשיא כיון דהטורח הוא על המזיק למה הפחת על הניזק כשלא טרח המזיק די"ל דהיה לו להניזק להעלותו מהבור כשנודע שנפל שם וליטול דמי הוצאותיו מהמזיק או שהיה לו לתבוע את המזיק שיעלהו ומדשתק מסתמא לא קפר בזה וה"ה בכל כיוצא בזה ודוקא כשהשווי מהנבילה והשברים לא יעלה יותר אחר הוצאת ההעלאה מכפי שהיה בבור דאל"כ אין שייך לומר שהמזיק יתן דמי טרחתו דממ"נ אם לא יתן הלא ישומו אותם להניזק בפחות [סס י"ח] ודבר זה יכול להיות כדאמרי אינשי כשורא בדברא בזוזא ובמתא בזוזא [סס]:

ג ומנין דהטורח על המזיק מדכתיב בנזקי בור בעל הבור ישלם כסף ישיב לבעליו והמת יהיה לו והוא מיותר לגמרי דהרי כבר כתיב בנזקי שור בשור אלא דאישיב קאי וה"פ דבאמת גם ישיב מיותר דה"ל למכתב בעל הבור ישלם כסף לבעליו אלא דישיב אתי לשוה כסף כלומר בעל הבור ישלם כסף או ישיב לבעליו בשוה כסף ויכול ליתן לו אפילו סובין בשויים כפי המקח וממילא ידעינן מזה דיכול ליתן לו הנבילה במעות ההיזק וקאמר קרא ישיב לבעליו והמת כלומר דגם המת ששייך להניזק ישיב לו המזיק והיינו להעלותו מבורו ולהשיבו להניזק ומזה למדנו על כל טורח נבילה ושברים מכל מיני נזקין שמחוייב להעמידן ליד הניזק וכשעושה כן שמין הפחת שפיחתה משעת מיתה עד שעת העמדה בדין והפחת שייך על חשבון הניזק ואם היה הנזק מאה דינרין והנבילה שוה בשעת מיתה עשרים דינר ונפחתה בי' אינו משלים לו על הנבילה רק פ' במועד ול' בתם:

ד זה שאמרנו שהפחת הוא על הניזק דוקא כשנודע לו בשעת הנזק דאז אמרינן כיון שהנבילה שלו היה לו ליטלה מיד ולמוכרה ע"פ שומת ב"ד ולא להשהותה עד שתתקלקל אבל אם לא נודע לו הנזק הפחת על המזיק עד שעה שנודע לו וכן אם המזיק אינו רוצה ליתן דמי טורח ההעלאה הפחת עליו דמה היה לו להניזק לעשות [סמ"ע] ויש חולקין וס"ל דאפילו לא נודע לו להניזק עליו הפחת דאין הטעם שהפחת על הניזק מפני שפשע אלא כיון דהנבילה הוי שלו ממילא הוא ככל חפצים של אדם שנפחתו דהפחת על הבעלים [יש"ש והגר"א] ובש"ע סתמו כדעה ראשונה:

ה אם השביחה הנבילה משעת מיתה עד העמדה בדין גזרה התורה דחצי שבח שייך להמזיק דחס רחמנא עליה כיצד שור שוה מאתים שנגח לשור שוה מאתים והנבילה היתה שוה בשעת מיתה מנה ובשעת העמדה בדין נשתבחה על ק"ך הרי המזיק משלם במועד תשעים ואם היה תם אינו נוטל אלא רבע בהשבח דהא א"צ לשלם אלא ח"נ ובאותו חצי משותף בשבח עם הניזק ומשלם מ"ה מגופו של מזיק ומרויח חמשה בעד השבח וז"ש תורה ומכרו את השור החי וחצו את כספו וגם את המת יחצון ובאה הקבלה דאין הכוונה לחצות המת כהחי דא"כ היה לו לכתוב ומכרו את השור החי והמת וחצו את כספם ועוד מאי לישנא דוגם אלא דה"פ ומכרו את השור החי וחצו את כספו וגם את המת שהוא שייך כולו להניזק בפחת מ"מ לפעמים יחצון והיינו בשבח מפני שהתורה

חסה עליו שהרי לא בעצמו הזיק אלא שורו [סמ"ע] אבל כשהזיק בעצמו אינו נוטל חלק בשבח [ע' בסי' קפ"ע סעיף ח' דמהאי קרא דרשינן ג"כ לענין פחת ספיחתו מיתס]:

ו אם השבח גדול כל כך עד שחצי שבח הוא יותר מדמי הח"נ כגון שור ששוה חמש סלעים שנגח שור שוה ג"כ חמש סלעים ובשעת מיתה שוה ג' סלעים ואח"כ נתהוה סיבה שנתייקרו נבילות ושוה ששה סלעים דחצי נזק הוי סלע אחד וחצי שבחו של המזיק הוא סלע וחצי לא אמרינן דהמזיק יטול חצי השבח וירויח שהניזק ישלם לו חצי סלע מכיסו ודיו שאינו משלם כלום דאין סברא כלל שיטול עוד מהניזק ודרשינן זה מקרא דשלם ישלם בעלים משלמים ואין בעלים נוטלין אמנם זהו דוקא כשנגחו ומת אבל לא מת אלא נתקלקל ואח"כ השביח הרבה יותר כל השבח לניזק ואין המזיק נוטל כלל בהשבח ומשלם כפי החשבון שאחר נגיחה והטעם יתבאר בסי' ת"ד וכן משמע פשטא דקרא דדוקא את המת יחצון בשבח אבל לא בחי [ט"ז] וכעין זה בכל מיני נזקין ואין חילוק בין מועד לתם:

ז דבר פשוט הוא דכשהוזלה הנבילה הוי בכלל פחת וכשהוקרה הוי בכלל שבח אלא די"א דאפילו לדעה ראשונה שבסעיף ד' דהפחת הוא על הניזק רק משעה שנודע אבל בזולא אע"ג דלא נודע הוי של ניזק דדוקא בנפחתה מחמת סרחון אמרינן אלו ידע לא היה משהה אותה אבל בזולא לא ידע שתיזול והיה משההו אפילו אם היה יודע וי"א דאין חילוק וגם בזולא עד הזמן שנודע אין הפחת עליו דודאי לא היה משהה מפני הסירחון וממילא שלא היה מפסיד בהזול ולפ"ז בדבר שאין סירחון כמו כלים גם דעה זו מודה וצ"ע לדינא [עסמ"ע וסגר"ח]:

סימן תד [עוד דינים בפגם ושבח ודין שבח של מזיק ובו ד' סעיפים]:

א שור שוה מאתים שנגח שור שוה מאתים וחבל בו ולא הרגו אלא הפחיתו מדמיו חמשים זוז ובשעת העמדה בדין השביח הניזק הרבה עד ששוה ארבע מאות אין המזיק נוטל כלום בהשבח ולא דמי למת שנוטל חלק בהשבח כמ"ש בסי' ת"ג דבכאן יכול הניזק לומר לו אלמלא לא חבל בו שורך היה נשבח עוד יותר ולמה אתן לך חלק שכן דרך בעלי חיים כל מה שהוא בריא יותר נשתבח יותר אבל במת לא שייך לומר כן ומ"מ גם הניזק אינו יכול לתבוע יותר אף שאמדוהו דבלא נגיחה היה משתבח על שמונה מאות דזהו כגרמא בנזקין אלא נותן לו כשעת הנזק ואם היה מועד משלם לו חמשים ובתם כ"ה ואין חילוק בין שפיטמו בידים וע"י זה נשתבח או ששבח מאליו דבכל גווני נותן לו כשעת הנזק ולא יותר:

ב וגם בפחת אינו דומה שור חי למת דבמת נתבאר דהפחת הוא על הניזק אבל בחי הפחת על המזיק והטעם דכל זמן שהוא חי הולך ומתקלקל מחמת הנגיחה ואף אם היה מוכרו לא היו נותנין לו כפי שויו עתה אלא כפי הקלקול שיתקלקל מחמת הנגיחה ולכן אם כחש מחמת המכה בשעת העמדה בדין והפחת שוה מאה נותן לו כשעת העמדה בדין דאומר לו קרן שורך קבור בשורי ומקלקלו דהכאב מקלקלו ולכן דוקא כשכיחש מחמת המחלה אבל אם עשה בו הניזק מלאכה וכיחש א"צ לשלם לו רק כשעת הנזק:

ג נ"ל דדין זה אינו אלא כשאינו ראוי לשחיטה והיינו דאלמלא שחטו היה מפסיד בהבשר עוד יותר אבל אם בשעת הנגיחה כשהיה מוכרו לשחיטה היו נותנין לו כפי שוויו עתה א"צ המזיק ליתן לו יותר דאומר להניזק למה השהית אותו היה לך למוכרו לשחיטה:

ד שור המזיק והוא תם אם השביח משעת נגיחתו עד העמדה בדין נוטל הניזק חלק בהשבח דכיון דהוא שותף בו הוי כשור של שותפים שהשביח דחולקין ודוקא כשהשביח מחמת עצמו אבל אם המזיק השביחו ע"י פיטום אינו משתלם ממנו אלא מה שהיה שוה בשעה שהזיק וי"א דאם השבח יתר על ההוצאה נוטל המזיק דמי ההוצאה ושכר טרחו ועמלו ובשאר השבח נוטל הניזק חלקו כיון דהוא שותף בו ואם ההוצאה יתירה על השבח אין לו לניזק בשבחו כלום [טור] וגם א"צ ליתן לו על הוצאתו כלום [סמ"ע] ואע"ג דשותף הוא מ"מ כיון דהמזיק פיטמו ולא נמלך עם הניזק הוי כיורד שלא ברשות דידו על התחתונה כמ"ש בסי' שע"ה וטעם דעה ראשונה דאין הניזק נוטל חלק בשבח ששבחו המזיק דנהי דהוי כשותף מ"מ עד העמדה בדין לא זכה עדיין ע"פ ב"ד בשור המזיק ומה שעושה המזיק לעצמו הוא עושה [נ"ל]:

שור

סימן תח [שור שהמות אדם או חבלו ובו כ"ח סעיפים]:

א שור שהמית את האדם בין ברה"ר בין ברשות המזיק בין שהמית גדול או קטן איש או אשה עבד או בן חורין בין שהוא תם ובין שהוא מועד ה"ז נסקל בזמן הבית כמפורש בתורה וכי יגח שור את איש או את אשה ומת סקול יסקל השור וגו' ואחד שור ואחד שאר בהמה חיה ועוף שהמיתו הרי אלו נסקלין ואין חילוק בין המיתו בנשיכה או בדחיפה ובעיטה [רס"י בחומש] ואין חילוק בין תם למועד רק לענין כופר שבתם פטורין הבעלים מלשלם כופר ובמועד חייבים כדכתיב ואם שור נגח הוא מתמול שלשום ולא ישמרנו בעליו והמית איש או אשה השור יסקל וגם בעליו יומת אם כפר יושת עליו ונתן פדיון נפשו וגו' וכתב הרמב"ם ז"ל בפ"י מנ"מ זה שכתוב בתורה וגם בעליו יומת מפי השמועה למדו שחיוב מיתה זו בידי שמים ואם נתן כופר הנהרג מתכפר לו ואע"פ שהכופר כפרה ממשכנין מי שנתחייב בכופר בעל כרחו עכ"ל ביאור דבריו דאע"ג דבדבר כפרה אין ממשכנים את הבעלים מפני שבעצמו יתעורר להביא כפרתו ולכן חייבי חטאות ואשמות אין ממשכנין אותם כמ"ש בפ"י ממעשה הקרבנות מ"מ כופר כיון דלאו להקדש הוא לא חמירא עליה דאינשי ולכן ממשכנין אותו ובין הב"ד ובין יורשי הניזק יכולין למשכנו [ע"ש בסס"מ ובלח"מ] ואף שבגמ' היא בעיא דלא איפשטא [ב"ק מ':] וספק ממונא לקולא מ"מ כיון דבזה אין ספק בעצם הממון אלא דהספק הוא על המשכון הוה כספק איסורא ולחומרא וכן אם המית ברשותו של מזיק פטור מכופר ושור של שני שותפים שהרג פסק דכל אחד משלם כופר שלם שהרי כל אחד מהם צריך כפרה גמורה וגם זה בעיא דלא איפשטא רק כיון דלכפרה הוה ס"ל להרמב"ם דהוי כספק איסורא:

ב כמה הוא הכופר כמו שיראו הדיינים בשווי דמי הנהרג שנאמר ונתן פדיון נפשו ככל אשר יושת עליו כלומר דהמזיק יתן פדיון נפשו שמתחייב מיתה בידי שמים וכמה פדיונו ככל אשר ישיתו עליו לפי שווי דמי הנהרג וכופר של עבד בין גדול בין קטן בין זכר בין נקבה הוא שלשים סלעים כדכתיב אם עבד יגח השור או אמה כסף שלשים שקלים יתן לאדוניו ובין שהיה העבד שוה מאה מנה ובין שאינו שוה אלא דינר ודבר זה הוא מגזירת התורה ואין חילוק בכל זה בין זכר ונקבה וודאים לטומטום ואנדרוגינוס [מכילתא] ואע"ג דבבן חורין כתיב איש ואשה מ"מ גם הם בכלל ורק מלשון זכר ונקבה נתמעטו ולא מאיש ואשה וכשהחיוב על שניהם בשוה ודאי נכללין בהם:

ג למי נותנים הכופר ליורשי הנהרג ואם המית אשה נשואה לבעל הכופר ליורשיה מאביה ולא לבעל ואע"ג דבעל יורש את אשתו מ"מ כיון דכופר חיובו לאחר מיתה הו"ל ראוי ואין הבעל יורש בראוי כבמוחזק [סס מ"ב:] ובעבד ואמה הקנס להבעלים ואם היה חציו עבד וחציו בן חורין נותן חצי קנס לרבו והחצי האחר נשאר אצלו כי אין מי שיקחנו ועבד שהוציאו רבו לחירות אלא שעדיין לא נתן לו גט שיחרור אין לו קנס שהרי אין לו אדון כיון שהוציאו לחירות ולפ"ז י"א כיון דמעוכב גט שיחרור אין לו קנס א"כ בחציו עבד וחציו בן חורין דקיי"ל שכופין את רבו לעשותו בן חורין גמור מפני שאינו יכול לקיים פריה ורביה שהרי אסור גם בשפחה גם בבת חורין כמ"ש ביו"ד סי' רס"ז דינו כמעוכב גט שיחרור ואין לו קנס כלל ואין דין זה רק בשפחה חציה שפחה וחציה בת חורין שהאשה אינה מצווה על פריה ורביה דאין כופין את רבה להוציאה לחירות אם אינה מופקרת דאז נותן חצי קנס לרבה [סס"מ] ובמעוכב גט שיחרור הוה בעיא בגמ' ולא איפשטא לפיכך אם תפס אין מוציאין ממנו לדעת הרמב"ם דמהני תפיסה בספיקא דדינא אמנם י"א דכיון דלא נחסר ממון דהא הוציאו לחירות לא מהני תפיסה [לח"מ] ודבר פשוט הוא שאם המית גר [בזמן סבית] ואין לו יורשים דזכה בעצמו בהקנס שהרי אין למי ליתן:

ד ושאלו בגמ' [מ"א.] כיון דתם חייב סקילה איך משכחת לה שיגח ג' פעמים ויעשה א"ע מועד ותרצו כגון שנגח וברח נגח וברח ובפעם רביעי נתפס או שהכירו עדים את בעל השור ולא הכירו את השור בהג' פעמים וברביעית הוכר ששור זה הוא שנגח כל הנגיחות וחייבין הבעלים בכופר דכיון שידעו שיש להם שור נגחן בעדרו היה לו לשמור כל העדר ולהרמב"ם אפילו לא הוכר ברביעית שזהו שנגח כל הנגיחות ג"כ חייבין בכופר מאחר שהתרו בהם שיש לו שור נגחן בעדרו דמשוי כוליה עדר כשור אחד וכן משכחת לה בנגח ג' בני אדם ועשאם מסוכנים ואח"כ כשנגח הרביעי מתו כולם ואין השור נסקל עד מיתתו של המנוגח ויכול להיות שהבעלים ישלמו כופר ברביעי:

ה אבל אם הרג השור ג' בני אדם טריפות שמוכנים למות אינו נעשה מועד בכך דמועד לטריפה אינו נעשה מועד לשלם וכ"ש שאם המית ג' בהמות שאינו נעשה מועד לאדם וכן מועד למצרים אינו מועד לישראל וכן אם רץ אחר ג' אנשים אע"פ שלפי האומדנא אם לא היו בורחים ממנו היה הורגן מ"מ אינו נעשה מועד בכך דאומדנא לאו כלום וכל זה מבואר שם בגמרא והרמב"ם שם פסק דמועד לטריפה ולמצרים הוי מועד וצ"ל דגירסא אחרת היה לו [סס"מ] ועוד אוקימתא יש בגמ' דמשכחת לה דהוי מועד כגון שכל העדים שהעידו בנגיחות.

בנגיחות הקודמים הוזמו העדים ואח"כ בנגיחה הרביעית הוזמו הזוממין ונתקיימו כל העדות שהעידו כל הראשונים:

ו כשם שכשדנים את האדם למיתה אין גומרין דינו אלא בפניו כדכתיב ולא ימות הרוצח עד עמדו לפני העדה למשפט כמו כן אין גומרין דינו של שור הנסקל אלא בפני הבעלים דלכן כתיב כופר בלשון מיתה השור יסקל וגם בעליו יומת להורות דכמיתת הבעלים כך מיתת השור לפיכך שור שהוא טריפה שהרג את הנפש פטור ממיתה כמו שאדם טריפה כשהרג אין ממיתין אותו ואם הרג בפני ב"ד הורגים אותו לקיים מה שנאמר ובערת הרע מקרבך [ראב"ד שם] דגם באדם הדין כן כמ"ש ברמב"ם פ"ד מרוצח:

ז וכ"ז דוקא בשור שיש לו בעלים אבל שור שאין לו בעלים כגון שור המדבר או של הקדש או של גר שמת ואין לו יורשים אם המית ה"ז נסקל וגומרין דינו אע"פ שאין לו בעלים ושור של אשה דינו כשור של איש ושור של חרש שוטה וקטן נסקלין דכמו שאין לו בעלים דמי ואין משלמים את הכופר אפילו יש להם אפוטרופוס שהכופר כפרה הוא ואינם בני חיוב שיצרכו כפרה ואע"ג שיש לחייב את האפוטרופוס שהוא הבעלים ופשע בו ולא שמרו משום דאם נחייבו לא ימצא מי שירצה להיות אפוטרופוס ואע"ג דבנזקין מחייב בכה"ג זהו מפני שאחר זמן יגבה מהיתומים אבל בכופר אין חייבים כלל [ס"מ ב"ק מ':] ולכן אפילו מינהו אבי יתומים או ב"ד פטור מכופר:

ח אין השור חייב מיתה אלא כשהורג מעצמו אבל אם אדם גרם לו ה"ז פטור דכתיב כי יגח ולא שיגרמו לו שיגח לפיכך אם ראובן גירה בשמעון בהמה או חיה והרגוהו או המשסה כלב בחבירו והרגו אינם נסקלים וגם האדם פטור בדיני אדם וחייב בד"ש דהוי גרמא וגם בעל הכלב פטור מכופר אף כשהוא מועד לכך ואע"ג דבנזקין חייב בכה"ג כמ"ש בסי' שצ"ה מ"מ מכופר פטור שהרי אינו נעשה לעולם מועד בענין זה כמ"ש שם ונ"ל דאם לקח הכלב ופתח פיו ותקע שיניו בחבירו והרגו חייב האדם מיתה דאין זה גרמא אלא מעשה בידים וכן כשדחף השור בקרניו והכה חבירו ומת [וכ"מ בב"ק כ"ג:]:

ט ובנחש אינו כן דאם שיסה נחש בחבירו והרגו חייב הנחש סקילה דהוא הורג בארסו והארס אינו בין שיניו אלא מוציאו מגופו והוי כמו שהנחש הרגו מעצמו ולא דמי לכלב דהכלב ממית בנשיכתו וזה גרם לו האדם בגירויו אבל ארס הנחש אע"ג שהאדם היה סיבה לזה בשיסויו מ"מ עיקר המיתה הוא לא מחמת שיסויו הא למה זה דומה לשור ששמע קול שופר ונגח את האדם ומת דודאי חייב כמו בנזקין והטעם מפני שעיקר הנגיחה עשה בעצמו כמו כן בארסו של נחש ולכן אפילו נטל את הנחש והשיך בפיו את האדם והרגו הנחש נסקל מפני שאינו ממית בנשיכתו אלא בארסו ומעצמו מקיאו וזה האדם שהשיך בו את הנחש פטור ממיתת ב"ד לפי שזהו רק גרמא בנחש בעיקר המיתה:

י ואפילו בהמה שנגחה או נשכה בעצמה אינה נסקלת עד שתתכוין להזיק להאדם אבל שור שהיה מתכוין להרוג את הבהמה ויקר מקרהו שהרג את האדם או שנתכוין לנפלים והרג בן קיימא פטור ממיתה אבל נתכוין להרוג את ראובן והרג את שמעון משמע מדברי הרמב"ם ז"ל שם דחייב סקילה [וכ"כ הס"מ] ואע"ג דבאדם פטור בכה"ג כמ"ש בפ"ד מרוצח מ"מ לא מקשינן בזה בהמה לאדם דסוף סוף הרי נתכוין להרוג אדם והרג אדם וצריכים לבער הרע מקרבנו ובאדם גזירת התורה היא שאין להרגו בכה"ג ואפשר לתת טעם בזה דאע"ג דמצד מעשה זו אין בהשור חיוב מיתה מדינא מ"מ איך נקיים שור הממית אנשים ועלול הוא לכך אבל אדם שהוא בעל דעת אפשר שישוב בתשובה [ומס סבב"ק מ"ד: דימה זל"ז ע' לח"מ פ"א מחובל]:

יא וכתב הרמב"ם ז"ל דאע"ג דבנתכוין להרוג את הבהמה והרג את האדם פטור ממיתה מ"מ לענין כופר ושלשים של עבד אם הוא מועד לזה חייבין לשלם ולא אמרינן כיון שאין השור בסקילה אין הבעלים משלמים כופר ובגמ' דרשו זה מקרא דאם כופר לרבות כופר שלא בכוונה ויש להסביר הטעם דהרי הבעלים היו מיועדים לתשלומין גם אם היה הורג הבהמה ובנתכוין לנפלים כיון שמיועד להרוג נפלים כ"ש שמיועד להרוג בהמות ומיועדים הבעלים לתשלומין:

יב כשם שיש חיוב רגל בנזקין כמו כן במיתה לענין כופר כגון בהמה שנכנסה לחצר הניזק ודרך הלוכה דרסה על תינוק והרגתו אע"ג דהיא פטורה ממיתה שהרי לא נתכוונה להזיק אבל הבעלים משלמים כופר שהרגל מועדת להזיק בדרך הליכה וברשות הניזק חייב על השן ועל הרגל' אבל ברה"ר פטור מכופר דרגל ברה"ר פטורה ובשן לא שייך כופר דגדר השן הוי להנאתה ואכילת אדם משונה הוא והוה תולדה דקרן וחיות הטורפות שדרכן לאכול כל מיני בשר ונכנסו לחצר הניזק ואכלו תינוק להנאתן פטורין ממיתה והבעלים חייבים בכופר וברה"ר פטורים [וכ"מ מתוס' כ"ו. ד"ס רגל] ובמתחכך בכותל להנאתו והפילו על אדם ומת יתבאר בסעיף ט"ז:

יג ורשות המזיק הוי היפך מרשות הניזק דברשות הניזק נתבאר דיש שהשור פטור ממיתה והבעלים חייבים בכופר ורשות המזיק הוי להיפך דאף כשהשור בסקילה כמ"ש בסעיף א' אבל אין הבעלים משלמין את הכופר עד שתמית חוץ מרשותם וברשות המזיק אף שהוא מועד פטורים כמו בנזקין ולכן הנכנס לחצר בעה"ב שלא ברשות ונגחו שורו של בעה"ב או כלבו הרגו השור והכלב

חייבין

חייבין מיתה והבעלים פטורים מכופר שהרי נכנס לרשותו שלא מדעתו ומה שהשור חייב מיתה הוא דכמו שאם הבעלים היו הורגים להנכנס היו חייבין מיתה דבהריגת נפש אין חילוק בין רשות לרשות ואף בנזקין חייב במתכוין להזיק אף ברשות המזיק וכ"ש דלא עדיף שורו ממנו אבל לחייבו ממון במה שאין הבעה"ב מזיד בזה פשיטא שא"א לחייבו כשנכנס בלא רשותו :

יד פועלים שנכנסו לתבוע שכרן מבעה"ב אם הבעה"ב דרכו תמיד לילך בעיר ולא לישב בבית הוי כשלא ברשות דהיו יכולים לתבוע אותו בשוק ואם דרכו תמיד לישב בבית הוי ברשות ואם לפרקים הוא בבית ולפרקים בעיר הוי שלא ברשות ואפילו עמדו על הפתח ושאלו אם הבעה"ב בביתו וענה להם אני בביתי מ"מ אפשר לפרש כוונתו שיעמדו במקומם והוא יצא אליהם וישלם להם והוי כשלא ברשות ופטור מכופר כן מוכח דין זה בגמ' [סמ"ע ל"ג.] וכן הדין במי שבא לתבוע חוב מהבעה"ב והרמב"ם ז"ל לא הזכיר שום חילוק בין דרכו לילך בעיר ובין דרכו לשבת בבית ומשמע דס"ל דבכל גווני פטור והקשו עליו ונ"ל דס"ל כיון דמהלכות דרך ארץ שלא ליכנס לבית חבירו פתאום [פסחים קי"ב.] ולמדו מהקב"ה שקרא לאדם וא"ל איכה [מס' ד"א פ"ס] א"כ אפילו ישב תמיד בביתו אין להם רשות ליכנס בלתי רשיונו ומה שמבואר בגמ' דביושב תדיר בביתו א"צ נטילת רשות זהו בבני אדם הנכנסים והיוצאים אצלו תדיר בלי נטילת רשות ונחשבים קצת כאנשי ביתו וזהו מילתא דפשיטא וא"צ לבאר [ע' לח"מ סס ומתורץ קושיתו על סמ"ע והדבריו לע"ג] :

טו והרא"ש ז"ל כתב [סמ"ע סי' י"ב] דעכשיו בזמה"ז מנהג פשוט הוא שנכנסים הפועלים לביתו של בעה"ב לתבוע שכרן וגם אין מצוי לאדם מעות בכיסו לפרוע בשוק ובימיהם היו רגילים להמחותו אצל שולחני או חנוני לכך היו תובעים להם בשוק הלכך ע"פ המנהג שבינינו חייב בעה"ב אפילו אם שכיח בשוק וכן הדעת נוטה עכ"ל והנה בדין כופר לא שייך בזמה"ז [ולכן השמיטו הרי"ף והרא"ש] אלא דנ"מ לענין שור שהזיק אדם ואע"ג דגם זה אין דנין כמ"ש בסי' א' מ"מ נ"מ אם תפס כמ"ש שם ובסי' שפ"ט [וזה שכתבנו סס בסעיף י' סוף ע"פ דעס זו] :

טז כתב הרמב"ם ז"ל היה מועד ליפול על בני אדם בבורות וראה ירק בבור ונפל לבור בשביל הירק והיה שם אדם ומת או שהיה מועד להתחכך בכתלים ולהפיל על בני אדם ונתחכך בכותל להנאתו ונפל על אדם ומת מחמת חיכוכו השור פטור ממיתה לפי שלא נתכוין להמית והבעלים חייבים בכופר שהרי זה מועד ליפול בבורות על בני אדם או להפיל עליהם הכותלים והאיך יתודע שנתחכך להנאתו כשנתחכך לאחר שהפיל והמית עכ"ל ונראה כוונתו דבכל הפעמים עשה כן ליפול לבור בשביל הירק ולהתחכך בכתלים להנאתו ע"ז [סמ"ע] וזהו כמ"ש בסעי' י"א בנתכוין להרוג את הבהמה והרג את האדם דחייב בכופר כשהיה מועד לכך אע"פ שפטור ממיתה ויש מרבותינו דס"ל דבכה"ג הוי מועד גם בפעם ראשון וחייב בכופר דהא שן ורגל נינהו והוי כמו רגל שדרסה על תינוק בחצר הניזק שנתבאר בסעיף י"ב [תוס' מ"ד. ד"ס והא] ויש מרבותינו דס"ל גם ברגל שאינו חייב בכופר עד שיעשה ג' פעמים [רשב"א סס בשם ראב"ד] והרמב"ם ז"ל דברגל מחייב אפילו בפעם ראשון ובזה מצריך העדאה צ"ל דס"ל דבכאן משונה הוא והוי תולדה דקרן [וכ"כ רש"י מ"מ:] ואם נגח בני אדם בכוונה ג' פעמים ולא הרגוהו לפי שברח ואח"כ נפל לבור לאכול ירק והמית את האדם י"א דחייב כופר אפילו אם נחשבנה משונה מפני דנעשה מועד ע"י נגיחות ראשונות אף שאין דומים לנגיחה אחרונה [רש"י לפמ"ש סתוס' סס] וי"א דאין נעשה מועד בנגיחה אחרונה שלא בכוונה ע"י הראשונות שהיו בכוונה [תוס'] וכן נראה דעת הרמב"ם ודע דחיוב כופר ברגל אינו אלא כשהרג בגופו ולא ע"י כחו דהיינו צרורות דאין חיוב כופר בצרורות וזה שנתבאר דבהפיל הכותל חייב כופר היינו כשהפילה בגופו על האדם אבל אם הפילה ומכחו נפלה על האדם פטור מכופר כן מבואר בגמ' שם והרמב"ם השמיט דין זה ולא ידעתי למה :

יז לפי מה שנתבאר יש שהשור חייב מיתה והבעלים חייבים בכופר כגון מועד שהמית בכוונה ויש שהשור חייב מיתה והבעלים פטורים מכופר כגון תם שהמית בכוונה ויש שהשור פטור ממיתה והבעלים חייבים בכופר כגון מועד שהמית שלא בכוונה או רגל שדרסה על הינוק בחצר הניזק או במועד ליפול על בני אדם בבורות או להתחכך בכתלים ולהפיל על האדם והחיכוך היה להנאתו ויש שהשור פטור והבעלים פטורים כגון תם שלא בכוונה וקנס של עבד יש לו כל דיני כופר כמ"ש :

יח י"א דאע"ג דבתם שלא בכוונה פטור מכופר מ"מ דמים חייב לשלם דלא גרע מיתה מנזקין והרי אם הזיקו היה משלם לו דמי נזקו א"כ כשהרגו משלם דמים ליורשיו [ראב"ד ספ"י כרבה סס אף דבכופר לית סילכתא כוותיס] ומה בין דמים לכופר דכופר הוה כפרה דאפילו אין לו במה לשלם מחוייב להשתדל להמציא הכופר כי היכי דתיהוי ליה כפרה וחיוב דמים אינו אלא כשיש לו נכסים [רש"י] וחיוב זה הוא בין בעבד בין בבן חורין אבל רוב הפוסקים לא ס"ל כן [כמ"ש בס"מ] וגם הרמב"ם ז"ל אינו סובר כן שכתב שם נ"ל שאע"פ שהתם שהמית בכוונה עבד או שפחה פטור מן הקנס שהוא ל' סלע הכתוב בתורה אם המית שלא בכוונה משלם חצי דמי העבד או חצי דמי השפחה מגופו כאלו המית שור חבירו או חמורו עכ"ל הרי דלא מחייב רק ח"נ בעבד כבהמה

דבעבד

דבעבד שייך דמים שעומד למכירה אבל בבן חורין לא שייך דמים [סס"מ]:

יט וראיה לזה מדמי ולדות שחייבה התורה למי שנגף אשה הרה ויצאו ילדיה דמשלם דמי ולדות לבעל ובשור פטרה התורה דדרשינן כי ינצו אנשים אנשים ולא שוורים [סס מ"ג.] ובשפחה משלם דמי ולדות [סס מ"ט.] וכ"כ הרמב"ם בפי"א שור שנגח אשה ויצאו ילדיה אע"פ שהוא מועד ליגח הבעלים פטורין מדמי ולדות שלא חייבה תורה בדמי ולדות אלא לאדם נגח שפחה ויצאו ילדיה משלם דמי ולדות שזה כמי שנגח חמור מעוברת ואם היה תם משלם חצי דמי ולדות מגופו כיצד שמין אותה אומדין כמה היתה שפחה צ שוה בשהיתה מעוברת וכמה היא שוה עתה ונותן לבעלים הפחת או חציו עכ"ל:

כ שור שחבל באדם אפילו נתכוין לבהמה ונגח את האדם וחבלו אע"פ שאם המיתו פטור כמ"ש אם חבל בו חייב בנזק ואם תם הוא משלם ח"נ מגופו ואם מועד נ"ש ואינו חייב אלא בנזק לבד אע"פ דאדם שחבל באדם חייב בד' דברים אבל בבהמתו פטור דהתורה מיהטתה דאיש בעמיתו ולא שור בעמיתו ודי לאדם לשלם בעד חבלת שורו נזק לבד:

כא שורו שחבל באביו ואמו אף שעשה בהם חבורה ואלו חבלם הבן בעצמו היה פטור מלשלם דמי נזק אבל שורו שחבלם חייב דמה שפטור כשחבלם בעצמו לאו משום דלא רמי חיובא עליה אלא משום דחייב מיתה ואין אדם מת ומשלם אבל בשורו שאינו חייב מיתה משלם נזק וכן שורו שהדליק את הגדיש בשבת חייב בתשלומין אע"פ שהוא בעצמו היה פטור אם עשה כן מטעם שנתבאר:

כב שור שהמית והזיק שהשור חייב מיתה והבעלים חייבים בתשלומין אם השור הוא תם שאינו משתלם אלא מגופו דנין אותו דיני נפשות ואין דנין דיני ממונות דאין ממה לגבות כיון שסוקלין אותו ואם תאמר נדייניה מקודם לדיני ממונות ולהשכיר את השור לחרישה עד תשלום הנזק ואח"כ נדייניה לסקילה אמנם זה אינו גופו ודמי החרישה הוא לבעלים כשארי מעותיהם [ב"ק ל"ח.] ואם נמסור להניזק כל השור עד שיחרוש בו כמו בכל השוורים שחייבים מיתה אם יאמרו הבעלים המתינו לי חרש ימים עד שאחרוש בו ודאי דלא ישמעו לו [תוס'] ודוקא הב"ד אם היה ביכלתם למסור השור לחרישה היה ביכלתם לעשות כן אם דמי החרישה הוי כגופו משום דעליהם לדון שני הדינים אבל אם היו מגבים אותו לגמרי להניזק הרי שורו של זה חייב מיתה ואין משהין אותו ואם היה השור מועד דנין אותו מקודם ד"מ ואח"כ דנין אותו ד"נ והבעלים משלמין מכיסם ואפילו דנוהו מקודם ד"נ מ"מ דנין גם את הדיני ממונות לידע כמה ישלמו בנזקו ואע"ג דבין אדם בין בהמה אסור להשהותם אחר גמר הדין וזהו עינוי הדין מ"מ בשעה מועטת שידינוהו אין זה עינוי הדין בד"א כשהבעלים כאן אם לאחר שדנוהו ד"נ ברחו הבעלים ואין לדונו שלא בפניהם אין משהין אותו עד שיבואו הבעלים מפני עינוי הדין וה"ה אם ברח קודם שדנוהו ד"נ א"א לדונו שלא בפני הבעלים אלא שהיו ממתינים עליו עד שיבא ואם ברח אחר שקבלו עדות על הנגיחות משלמין מנכסיו את הנזק ואף כשאין לו נכסים משכירין את השור לחרישה עד שישתלם הנזק ולא שייך עינוי הדין כיון שעדיין לא נגמר דינו אבל כשנגמר דינו למיתה וברחו הבעלים הוי עינוי הדין וממיתין אותו אע"פ שאח"כ לא ידונו את נזקו כלל כיון שאין הבעלים בכאן מ"מ א"א להשהות אותו מפני עינוי הדין ומ"מ אם יבואו הבעלים ידונו נזקו ואם יהיה להם נכסים ישלמו אע"פ שאין השור חי בעת דינו וכל זה מתבאר מהש"ס שם לפי פרש"י ותוס' ע"ש:

כג אבל הרמב"ם ז"ל יש לו שיטה אחרת בזה שכתב בפי"א שור תם שהמית והזיק דנין אותו ד"נ ואין דנין אותו ד"מ ומועד שהמית והזיק דנין אותו ד"מ וחוזרין ודנין אותו ד"נ קדמו ודנוהו ד"נ תחלה חוזרין ודנין אותו ד"מ ומהיכן משתלם מן השבח שהשביח ברדייתו אחר שנגמר דינו שכיון שנגמר דינו לסקילה אין לו בעלים שיתחייבו בנזקיו דנוהו ד"נ וברח אין דנין אותו ד"מ עכ"ל:

כד וס"ל דבבהמה לא שייך עינוי הדין כמבואר ממ"ש בפי"א מסנהדרין ע"ש וטעמו נראה דהא טעם עינוי הדין הוא משום צער הנדון שלא יצטער אחר גמר דינו [רש"י סנה' ל"ה.] ובהמה אין לה דעת ורק לאחר שדנוהו ד"נ נסתלק ממנו רשות הבעלים וא"א לדונו ד"מ שהבעלים ישלמו מכיסם ואינו משתלם רק ממלאכתו ולכן כשברח השור אין ממי להשתלם ואי קשיא א"כ בתם נדיינו מקודם ד"נ ויסתלקו ממנו רשות הבעלים ואח"כ נדונו ד"מ וימסרוהו לחרישה [כקושית הרא"ב"ד] די"ל דכיון דאין להשתלם מהתם אלא מגופו וזהו לאו גופו למה נזדקק לזה שיקבל נזקו במה שאין מגיע לו מדינא [וגיר' בגמ' כגיר' ס"י שסובא בס"מ אי ברח היכי דייניהו ד"כ ותפני דקביל סהדי וברח ור"ל סברא לאחר שדנוהו וברח אסור קאי דלרש"י ל"ל כשאין לו נכסים ולפמ"ש א"ש בפשיטות]:

כה ויש ללמוד מדבריו דמועד שהזיק ומת השור קודם שעמד בדין מפסיד הניזק דכמו דלפירושו כשדנוהו ד"נ ונסתלקו רשות הבעלים ממנו שוב אין דנין אותו ד"מ כמו כן כשמת לגמרי אך אפשר לחלק דכשדנוהו ד"נ נאסר גם העור בהנאה ובמת נשאר לפניו העור וכיון שיש ממנו שירים להבעלים נחשב בעל השור וצ"ע לדינא:

כו שור שלא נגמר דינו שנתערב בשוורים אחרים כולן פטורין לפי שאין גומרין דינו של שור אלא בפני השור כדין האדם ואם נגמר דינו ואח"כ נתערב

באחרים אפילו באלף כולן נסקלין ונקברין ואסורין בהנאה כדין בהמה נסקלת דבעלי חיים חשיבי ולא בטלי כמ"ש ביו"ד סי' ק"י :

כז פרה מעוברת שהמיתה את האדם וכן כל בהמה שנעברה בה עבירה הרי עוברה כמוה דהיא ועוברה נגחו היא ועוברה נרבעו ולכן אפילו ילדה קודם גמר דין הולד אסור [סנה' פ'.] ואם נגחה והמיתה ואח"כ נתעברה אם ילדה עד שלא נגמר דינה ולדה מותר ואם ילדה אחר גמר דין ולדה אסור שעובר ירך אמו הוא והוא כאחד מאבריה ונאסר בעת הגמר דין אע"פ שלא היה בשעת הנגיחה ואם נתערב ולד זה באחרים כונסין את כולן לכיפה עד שימותו שם ולמה אין סוקלין כולם כבדין הקודם מפני שבשם האחד חייב סקילה לכך מטריחין לסקל כולם כדי לקיים המצוה בהשור המתחייב אבל בהעובר דאין בו מצות סקילה אלא שאסור בהנאה אין מטריחין ב"ד לסוקלן אלא מכניסין אותם לחדר צר ומונעין מהן מאכל ומשתה ומתים מאליהן [רש"י] ולפ"ז אפשר דבנגחה כשהיא מעוברת סוקלין כל התערובות דכיון דהיא וולדה נגחו חייב הולד סקילה מדינא או אפשר דעיקר החיוב הוא על הבהמה ולא על העובר וצ"ע לדינא :

כח שור שחייב סקילה ע"פ עדים שהעידו שנגח או נרבע ונגמר דינו למיתה ואח"כ קודם שהמיתוהו באו עדים אחרים והזימום והותר השור כל הקודם בו זכה [כריתות כ"ד.] שהרי משנגמר דינו הפקירוהו בעליו ואין זה הפקר בטעות כיון דע"פ דין התורה היה חייב מיתה ע"פ עדים הוה יאושו הפקר גמור ודוקא כשהעידו בדבר שגם הבעלים בעצמם לא ידעו אם עדותם שקר אם לאו אבל אם הבעלים ידעו ששקר מעידים כגון שהעידו שהוא רבע שורו ובאו עדים והזימום חוזר השור לבעליו והקודם ומשכו לא זכה בו שהרי לא הפקירו כלל כיון שיודע בעצמו ששקר הדבר הוא מחזר אחר עדים להזימן וכן אם צווח על עדותם ששקר מעידים [נ"ל ועתוס' שם] :

סימן תו [שור של מצרי או של הקדש והפקר או של חש"ו או הפקיר ובו ח' סעיפים] :

א כתב הרמב"ם ז"ל בפ"ח שור של ישראל שנגח שור של מצרי בין תם בין מועד פטור לפי שאין המצרים מחייבים את האדם על בהמתו שהזיקה והרי אנו דנים להם כדיניהם ושור ש"ו שנגח שור של ישראל בין תם בין מועד משלם נ"ש קנס זה הוא להם לפי שאינם זהירין במצות ואינם מסלקים הנזק ואם לא תחייב אותם על נזקי בהמתן אין משמרין אותה ומפסידין ממון הבריות עכ"ל :

ב כתיב כי יגוף שור איש את שור רעהו ודרשינן למעוטי הקדש ובכל הנזקין הדין כן גם בנזקי שן ורגל ובור ואש [ירושלמי] דאפילו בנזקי אדם פטורין על ההקדש [תוס' ב"ק ז'.] לפיכך שור של הדיוט שנגח לשור של הקדש או שור של הקדש שנגח לשור של הדיוט פטורים ואין חילוק בין קדשי מזבח לקדשי בדק הבית ובדבר אחד חמור בדק הבית ממזבח דבקדשי מזבח אין הפטור אלא בנכסים שיש בהם מעילה כמו קדשי קדשים ואימורי ק"ק ומנחות ועופות אבל קדשים קלים שאין בהם מעילה כמו שלמים ותודה ובכור ומעשר ופסח יש להן דין הדיוט דרעהו קרינא בהו ובקדשי בדק הבית אפילו אין בהם מעילה כמו קרקעות מ"מ פטורין מפני שאין לבעלים שום שייכות בהן [תוס' שם י"ב:] וגם שור משכחת לה שיהא מקדשי בדק הבית כגון שיש בו מום דאל"כ קיי"ל המקדיש תמימים לבדה"ב מקריבין אותן למזבח וחרמי כהנים כל זמן שהם בבית בעלים דינם כהקדש וכשנמסרו ליד כהן דינם כהדיוט [בכורות ל"ב.] וי"א דבכור תם ומעשר בהמה כיון דאסור למוכרם כמ"ש הרמב"ם בפ"ו מבכורות אינן בכלל הנזקין ולאו רעהו קרינן בהו [ש"מ בשם מהרי"ו] ואע"ג דא"כ ליפטור גם אשלמים דאמרינן בגמ' [פסחים פ"ט]: המוכר עולתו ושלמיו לא עשה ולא כלום אמנם באמת לפי מה דקיי"ל דקדשים קלים אקרי רעהו תועיל גם המכירה והש"מ דשם הוא למאן דס"ל דלא איקרי רעהו [דבב"ק שם מוקי לה כריה"ג דק"ק הוי ממון בעלים ובפסחים שם מוקי לה דלא כריה"ג] :

ג וז"ל הרמב"ם ז"ל שור של ישראל שנגח שור של הקדש או שור של הקדש שנגח שור של ישראל פטור שנאמר שור רעהו וכל הקדשים שחייבין בהם מעילה אין בהם דין נזקין ופסולי המוקדשין עליהם דין נזקין בין שהזיקו בין שהוזקו שהרי יצאו לפדיון ולהיותם חולין שלמים שהזיקו גובה מבשרן ואינו גובה מן הבשר כנגד אימוריהן שהאימורים של ק"ק מועלין בהן וכן תודה שהזיקה גובה מבשרה ואינו גובה מן הלחם הבא עמה שאין הלחם מכלל בשר וכיצד גובה שיאכל הניזק וחבורתו מן הבשר בקדושה כנגד ח"נ שלו וכיצד אינו גובה כנגד האימורין שאם היה לו לגבות בחצי נזקו שוה דינר והיה כל הבשר עם האימורין שוה ב' דינרין והבשר בלא אימורין שוה דינר וחצי אינו גובה שני שלישי הבשר אלא חצי הבשר בלבד עכ"ל בפ"ח מנזקי ממון :

ד והנה מדבריו אלו נראה להדיא דס"ל דקדשים קלים

ממון

ממון בעלים הם דאל"כ למה גובה מבשר שלמים ובכמה מקומות בחיבורו נראה להדיא דס"ל דלאו ממון בעלים הם דבפ"ב מגניבה כתב דכל הקדשים לאו בכלל רעהו הוא ובפ"ב משכירות פסק ג"כ דאינן בכלל רעהו לענין שמירה וכ"כ בפ"ה מטוען לענין שבועה ופסק בפ"ד ממעילה כש"ס דפסחים שם דאינו יכול למכור שלמים ועוד ראיה מדלא פסק בה' שבועות לענין שבועת הפקדון דאם כפר ונשבע והודה דמשלם קרן וחומש ואשם [דזהו עיקרא דדינא דריה"ג] ופסק בפ"ד מאיסורי מזבח דבהקצה לעבו"ם אחר שהקדיש אינו מוקצה ובש"ס [זבחים קי"ד.] מפורש דלמאן דס"ל דממון בעלים הם הוי מוקצה וכבר תמהו הגדולים על דבריו [עקלס"ח ותוי"ט בסזסב ולח"מ פ"ו מבכורות ומל"מ פ"ד דמעילה] :

ה ולי נראה דגם בכאן פוסק דלאו ממון בעלים הם אלא דס"ל דבבשר קדשים קלים לאחר זריקתן הוי ממון בעלים ויש מרבותינו שסוברים כן [תוס' שס] ולכן אע"ג דמחיים אינם בכלל רעהו מ"מ כיון דאחר זריקה הוי ממונם נותנים להניזק שיאכלם בתורת קדשים וכמ"ש בסי' ת"ה בשור שרנוהו ד"נ אע"פ שאין לו בעלים מ"מ מהדרינן להגבותו ממלאכתו וכן בזה אע"פ שאינם בכלל רעהו ואם נגחו אותם פטורים הבעלים מכל מקום כשנגחו הם מגבינן מבשר הבעלים שיאכלם הניזק בקדושתן ולכן מתחלה כללא כייל שאם נגחו לשור הקדש או שור הקדש שנגח פטור דאינו בכלל רעהו ובקדשים שיש בהם דין מעילה אין בהן דין נזקין כלל ושאין בהם מעילה יש בהם פרט אחד שיש דין נזקין להם כגון כשנגחו הם לשור של הדיוט מגבין קצת נזק מבשרן מפני שהבשר לאחר זריקה הוי ממון בעלים אבל כשהדיוט נגח אותם פטורים הבעלים לגמרי ופסולי המוקדשין יש להם כל דיני נזקין בין שנגחו הם ובין שנגחו אותם [ומקורו כ"ל דפסק כרבא ב"ק י"ג. דמפרש שאין בהם דין מעילה והיינו דהדיוט ואף שהאחר בקושיא י"ל דלכן אמר בלשון זה משום דבאין מעילה כשנגחו גובה מעט מבשרן וכללא דהגאונים דקושיא אינה תיובתא ומדע דהא רבא בעצמו אמר דין תודה שהזיקה גובה מבשרה והתוס' תמהו בזה ודוק] :

ו שור של הפקר שנגח אין לו ממי ליתבע ויקדום ויזכה בו ואם קדם אחר וזכה בו פטור זה הזוכה ואין זה כמזיק שיעבודו של חבירו דהייב כמ"ש בסי' שפ"ו דהא לא היה לו להניזק מעולם שיעבוד עליו דבעינן שור שיש לו בעלים כדכתיב כי יגוף שור איש ולא דמי לשור שהמית אדם דחייב סקילה אפילו בשור הפקר כמ"ש בסי' ת"ה דבשם גזרה התורה כן [מ"ד:] כדי לבערו מן העולם אבל בהיזק ממון כשאין לו בעלים אין לו ממי לתבוע והיה לו להקדים א"ע ולזכות בו ולא עוד אלא אפילו שורו של ראובן שנגח והפקירו קודם שעמד בדין וזכה בו אחר פטור דבעינן שגם ההעמדה בדין יהיה בבעלים ודוקא כשאחר זכה בו אבל אם המזיק עצמו זכה בו לאחר שהפקירו חייב דהרי הוא אותם הבעלים שהיו בשעת הנגיחה ואם אין אתה אומר כן לעולם לא יגבה הניזק דכל מזיק יעשה כן ואם מכרו לאחר הנגיחה יתבאר בסי' ת"ז בס"ד והפקר אינו דומה למכירה דעכ"פ כשהפקירו שוב אינו בעליו אבל כשמכרו ואנו מבטלים מכירתו נשאר עליו בעלים כמקדם ובהפקר א"א לומר כן דהרי בע"כ מוציאו להפקר והוי כשרפו [כ"ל] :

ז וכן בשור שנגח אדם כתב הרמב"ם בפי"א שור שהמית אדם והקדישו בעליו אינו קדוש וכן אם הפקירו אינו מופקר מכרו אינו מכור החזירו שומר לבעליו אינה חזרה שחטו בשרו אסור בהנאה בד"א אחר שנגמר דינו לסקילה אבל אם עד שלא נגמר דינו לסקילה אם הקדישו מוקדש ואם הפקירו הרי הוא מופקר מכרו ה"ז מכור החזירו שומר לבעליו ה"ז מוחזר ואם קדם ושחטו ה"ז מותר באכילה עכ"ל ואע"ג דשור ההקדש או ההפקר שהמית פסק בפ"י דחייב מיתה שאני התם דכמו שלא היו לו בעלים מתחלה כמו כן אין לו סוף אבל הכא שהיה לו בעלים מתחלה הרי כתיב והועד בבעליו דאותם בעלים שהיה לו בשעת נגיחה צריכין להיות בשעת העמדה בדין ובשור הפקר שהמית אדם לא יועיל מה שיתפסנו אדם דצריכין לקיים בו ובערת הרע מקרבך אבל בשור שיש לו בעלים אין חשש שיפקירנו הבעלים קודם גמר דינו דמה ירויח בזה והוא דבר שאינו מצוי [ככ"ל וט"ס הרמב"ם אינו מפני ברייתא דר"י י"ג: דכיון דבעיקרו לא קיי"ל כוותיה כ"ש ביתר על כן אלא משום ברייתא ד' ל"ח: ול"ל כמ"ש ומ"ש ר"י יתר על כן זהו לשיטתו ומיושב קושית הלח"מ ודו"ק] :

ח שור של פקח שנגח לשור של חרש שוטה וקטן או שהלכו בעליו למדה"י חייב אבל שור של חש"ו שנגח לשור של פקח וכן לשור שהלכו בעליו למדה"י פטורים דכמי שאין להם בעלים דמי והוי כשור של הפקר ואין לו ממי ליתבע ומ"מ להיפך אין הניזק כשור הפקר דבאיזה כח נפקיר ממונם דבשלמא כשנגחו הם אין להם דעת לשמור אבל כשנגחו אותם היה לו לבעה"ב לשומרן וכתב הטור דאם הוחזקו נגחנים ב"ד מעמידין להם אפוטרופוס לשמרו ולא לגבות ממנו אם נגח בתמותו אלא אם הועדו ואח"כ נגחו נפרעין מן עליית היתומין עכ"ל וכבר בארנו בזה בסי' שפ"ט סעיף י"ז ע"ש :

סימן תז [שור שנגח ומכרו המזיק או הניזק מה דינו ובו ד׳ סעיפים]:

א כבר נתבאר דשור תם שהזיק יש להניזק חלק בגוף השור המזיק ואין המזיק יכול לסלקו בממון ולפ״ז שור שוה מנה שנגח שור שוה מאתים ואין הנבילה יפה כלום נוטל הניזק כל השור לפיכך אם מכרו הניזק או הקדישו מכירתו קיימת וכן הקדישו ואפילו קודם העמדה בדין ואע״ג דקודם העמדה בדין אין לו רשות לתופסו מ״מ שלו הוא וכשיתפסנו לאחר עמידתו בדין יקחנו הלוקח וההקדש ואפילו בזמה״ז שאין דנין דיני קנסות מ״מ כיון דתפיסה מועלת כמ״ש בסי׳ שפ״ט מכירתו קיימת [סמ״ע]:

ב ואם המזיק מכרו עד שלא עמד בדין יש מרבותינו דס״ל דאין המכירה חלה כלל ואם נשתמש בו חייב ליתן לניזק שכירות וי״א דנהי דאינו רשאי להשתמש בו מ״מ אם כבר נשתמש בו פטור משכירות דהא גזלן הוא וגזלן א״צ ליתן שכירות כמ״ש בסי׳ שס״ג [רסב״א] ואין חילוק בין שימושו של המזיק להלוקח ממנו ואם שחטו המזיק גובה מבשרו ומשלם להניזק פחות שחיטתו דהא הזיק שיעבודו של חבירו דקיי״ל דחייב כמ״ש בסי׳ שפ״ו ולמה לא אמרינן כן כשהפקירו משום דאפשר להניזק לזכות בו [נ״ל]:

ג ודעת הרמב״ם ז״ל דאע״ג דודאי כשמכרו גובה אותו הניזק מהלוקח וחוזר הלוקח וגובה מעותיו מהמזיק שמכר לו מ״מ כיון שעדיין לא עמד בדין חלה המכירה עד עמידתו בדין והלוקח יכול לעשות בו מלאכתו וכן אם נתנו במתנה מה שעשה עשוי ויגבה הניזק ממנו וכל זמן שלא גבה כל דין מכירה ומתנה עליו ואין יכולים לחזור בהם ואם מכר עוד מטלטלין שעל השור נקנין במשיכת השור ואם המזיק הקדישו גם לדעה ראשונה צריך הניזק לפדותו מן ההקדש בדבר מועט שלא יאמרו הקדש יוצא בלא פדיון [ב״ק ל״ג:] ואע״ג דמטלטלין שמכר הלוה אין המלוה גובה מהן כמ״ש בסי׳ ל״ם זהו מפני תקון העולם כמ״ש שם אבל שור המזיק יש לו קול ולא היה לו להלוקח ליקח אותו עד שיגבה הניזק ואם אח״כ נתפשר המזיק עם הניזק במעות לדעת הרמב״ם נשאר השור ביד הלוקח ולדעה ראשונה חוזר להמזיק וכ״ז כשמכר ונתן קודם שעמד בדין אבל אם עמד בדין ואח״כ מכרו גם להרמב״ם לא עשה כלום דהוה כמוכר שור של חבירו וכן הקדישו אינו כלום ובמועד אין לניזק שום שייכות בהשור דמשלם מכיס לכן יכול המזיק לעשות בהשור כל מה שירצה [גמ׳]:

ד היה לו למזיק בעלי חובות וקדמו ותפסו להשור לא מיבעיא אם הנזק קדם להחוב לא זכה בו הבע״ח אלא אפילו קדם החוב להנזק לא זכה בו והניזק גובה ממנו דהא חיובו של ניזק בתם הוא על השור עצמו והרי גם אלו היה השור מתחלה אצל הבע״ח אם היה מזיק לשורו של זה היה גובה מגופו ולמה לא יגבנו עתה ואע״ג דהבע״ח יכול לומר אני הייתי שומרו ולא היה מזיק מ״מ עכ״פ שיעבודו של ניזק הוא אלים משיעבודו של הבע״ח שביכלתו לגבות ממקום אחר ולכן י״א דזהו דוקא כשביכלתו לגבות ממקום אחר את חובו אבל אם היה השור אפותיקי מפורש שא״ל לא יהא לך פרעון אלא משור זה דאז אינו גובה ממקום אחר כמ״ש בסי׳ קי״ז וחובו קדם להנזק ותפסו קודם שתפסו הניזק אין מוציאין מידו ואם הניזק תפסו קודם אין הבע״ח מוציא ממנו [סמ״ע] אבל כשהנזק קדם לא מהני תפיסתו דבע״ח [סס] וכן בלא אפותיקי מפורש אף שאין להמזיק עוד נכסים לא מהני תפיסתו דבע״ח וחובו אבוד דשיעבוד הניזק אלים משיעבודו וי״א דגם באפותיקי מפורש לא מהני תפיסתו דהרי באפותיקי מפורש כשמכר אין הבע״ח גובה מהלוקח ובניזק מוציא מלוקח כמ״ש הרי חזינן דשיעבודו אלים מבע״ח בכל ענין [הגר״א בסס סק״ד] ודעה ראשונה סוברת שזה אין ראיה דהטעם שהבע״ח אינו מוציא מהלוקח משום דהלוה ישלם לו מכיסו לא ראו לתקן שיוציאו מהלוקח אף שמדינא היה צריך להיות כן מ״מ כיון שאין לו הפסד והוא הלוהו מעות למה נפסיד ללוקח [נ״ל]:

סימן תח [אין דנין דיני נזקין באומדנא אלא בעדות ברורה ובו ג׳ סעיפים]:

א כשם שאין דנין שארי דיני ממונות אלא ע״פ עדים כשרים כמו כן אין דנין דיני נזקין אלא ע״פ עדים כשרים ואפילו בשור מצרי שנגח לשור של ישראל [טור] וז״ל הרמב״ם בס״ח אין הנזקין משתלמין אלא בראיה ברורה ובעדים כשרים שלא תאמר הואיל ואין מצוי בארוות הסוסים ובגדרות הצאן אלא העברים והרועים וכיוצא בהם אם העידו ששור זה נגח או הזיק לאדם שומעין להם ואין הדבר כן אלא לעולם אין מחייבין ממון אלא ע״פ עדים כשרים ויעידו בב״ד ויחייבו המזיק לשלם עכ״ל:

ב כבר כתב רבינו דרמ"א בס"ם ל"ה דכ"ז מדינא אבל מתקנת קדמונים במקום שאינו מצוי עדות כשרים מקבלין עדות אפילו מפסולים ויש מי שכתב דזהו דוקא במילתא דלא שכיחא אבל נזקין דשכיחא לא אמרינן כן [סס בסמ"ע] ותמיהני דא"כ לא שבקת חיי דמאין נקח עדים כשרים לנזקי שן ורגל וכה"ג [וסמ"ע עלמו בסי' זה נראה שחזר בו מסברי סכי' לדברי ס־מ"א] ורבינו הרמ"א שלא הגיה בכאן מפני שסמך עצמו אדלעיל כדרכו ועוד נראה דעיקר הטעם כתבו שאם נסמוך על עדות פסולים חיישינן שישכור הפסולים ויעידו שקר ולכן נראה לדינא שאם לפי ראות עיני ב"ד אין ממש בדבריהם והמזיק מכחישם לגמרי אין דנין על פיהן אבל אם לפי הראות ההיזק אמת דנין על פיהן לחייב את המזיק שאם אי אתה אומר כן יחריבו השדות והגנות והפרדסים ואין אומר השב וכן נראה עיקר לדינא ולעשות את השור מועד אין מקבלין עדות פסולים כלל אלא עדים כשרים ובפני בעל דין ואינו מועיל מה שהשור לפנינו דוהועד בבעליו כתיב לפיכך אפילו היה הוא ועדיו חולים אין מקבלין העדות אע"פ שבכל ד"מ מקבלין כמ"ש בסי' כ"ח [נמק"י פ"ב דב"ק וזהו כוונת הרמ"א] :

ג אין דנין דיני נזקין ע"פ אומדנא אפילו באומדנא היותר גדולה אם לא ראו העדים את הנזק בעיניהם ראיה ממש וכך אמרו חז"ל [ב"ב ל"ג:] שור שהיה רועה ונמצא שור הרוג בצדו אע"פ שזה מנוגח וזה מועד ליגח זה מנושך וזה מועד לנשוך אין אומרים בידוע שזה הרגו ואפילו גמל האוחר בין הגמלים ונמצא הרוג בצדו אין אומרים בידוע שזה הרגו עד שיראו עדים כשרים את המעשה ואוחר הוא ענין תשמיש לגמלים והורג כל הפוגע בו ואע"ג דנתבאר בסי' רמ"ו דאזלינן בתר אומדנא שאני התם דהמעשה מבורר אצל הדיינים אלא שאנו מסופקים באומדן דעת הנותן או המוכר אזלינן בתר אומדנא אבל היכא דלא נתברר גוף המעשה אצל הדיינים וצריכין לדון ע"פ אומדנא של העדים לא אזלינן אחר אומדן דעתם [תסרי"ק סוף קכ"ע] וכן אינו דומה למ"ש בסי' ע"ט כשעדים העידו שמנה ראובן לשמעון מעות אע"פ שלא ידעו מה הוא חייב שמעון לשלם אם כפר המעשה דהתם לא ע"פ האומדנא של העדים אנו דנים אלא ע"פ ראייתם ממש ואע"פ שאינם יודעים מה הוא אנו דנין ע"פ כפירתו דהוה כאלו הודה בעצמו וזהו כעדים שמעידים שראובן הודה בפניהם בהודאה גמורה שלוה מעות משמעון דאע"פ שלא ראו ההלואה ה"י הודאתו כהלואה ובנגזל ונחבל דדנין ע"פ אומדנא כמ"ש בסי' צ' זהו מתקנת חכמים שתקנו דהנגזל והנחבל נשבעים ונוטלין ואנו דנים ע"פ שבועתם מתקנת חכמים ולא ע"פ אומדנא של העדים וכבר בארנו בזה בסי' ל' סעיף י"ו ע"ש :

סימן תט [אין מגדלין בהמה דקה בישוב בא"י וחזיר וכלב רע בכ"ש ובו ד' סעיפים] :

א מפני שהבהמה דקה דרכה לרעות בשדות אחרות והזיקה מצוי תקנו חכמים שלא יגדלנה האדם במקום שדות וכרמים אלא ביערים ואפילו בבית אסור ואפילו שאינה שלו [טור] והחמירו בזה כדי להרחיק מההיזק שאסור לאדם שיזיק את חבירו ואפילו כשמשלם אם הנזק מוכן ומצוי בכל עת וכתב הטור דעיקר תקנה זו לא נתקנה אלא על א"י אלא דאיתא בגמ' דבבבל דינו כא"י לענין זה וכתב דאנן לא גרירן בתר בני בבל לענין זה ע"ש וכן משמע מהרמב"ם שכתב בפ"ה מנ"מ דבא"י אסור ובסוריא מותר ולא הזכיר דבח"ל אסור ועוד כתב שם דבבבל אסור ולא הזכיר ח"ל ש"מ דאינו נוהג האידנא משום דלא שייך הטעם שביאר שם ומימינו לא שמענו זה :

ב עוד כתב הטור דאע"פ שאין מגדלין יכול להשהותה קודם לרגל וקודם משתה בנו ל' יום והטבח לוקח ושוחט ולוקח ומשהה ל' יום עד יום השוק עד שישחוט מעט מעט ובלבד שלא תצא ותרעה בעדר אלא לוקח ושוהה בביתו כדי שלא תזיק ורועה שעושה תשובה אין מחייבין איתו למכור הכל ביחד אלא מעט מעט עכ"ל ועוד תקנו בזמן שבהמ"ק היה קיים שלא לגדל תרנגולין בירושלים מפני שנוקרין באשפה מהשרצים ומפסידין את הקדשים שמטמאין אותם וכן כהנים בכל א"י מפני הטהרות והרמב"ם כתבם בפ"ז מבית הבחירה ע"ש :

ג עוד גזרו חכמים שלא יגדל ישראל חזירים בכל מקום ולא מיבעיא לנוחרם ולמכור בשרן דזהו לרוב הפוסקים מן התורה אסיר לעשות סחורה בדברים האסורים לאכילה כמ"ש ביו"ד סי' קי"ז אלא אפילו רצונו למשוח בהם עורות תקנו חכמים דאסור לגדלן וגזרו בארור מי שיגדלם מפני מעשה שהיה [ב"ק פ"ב:] :

ד אסור לגדל כלב רע אא"כ הוא אסור בשלשלאות של ברזל וקשור בהם ואמרו חז"ל [שם] דבעיר הסמוכה לספר מותר לגדל וקושרו ביום ומתירו בלילה וי"א דהאידנא שאנו שרוים מפוזרים בכל ענין שרי ופוק חזי מאי עמא דבר מיהו ודאי אם הוא כלב רע שיש

לחוש

לחוש שיזיק בני אדם אסור לגדלו אא"כ קשור בשלשלת של ברזל לכותל ובמקום שאסור לגדלו קם עליה בארור [סס פ"ג] ומי שנפלו לו כלבים וחזירים בירושה אין מחייבין אותו למכרן ביחד אלא מוכר מעט מעט ובגמ' שם [פ"י.] משמע דבגר בימים קדמונים מיירי ונפלו לו בירושה מגוי ולפ"ז אפשר דכשהמוריש הוא ישראל וגידלם באיסור אין מתירין לו למכור מעט מעט אמנם מלשון הפוסקים משמע דבכל גווני מיירי שלא קנסו חכמים להיורש :

סימן תי [דיני בור ובאיזה מקום חיובו וכמה שיעורו ובו מ"ט סעיפים] :

א בור הוא מאבות נזיקין כדכתיב וכי יפתח איש בור או כי יכרה איש בור ולא יכסנו ונפל שמה שור או חמור בעל הבור ישלם כסף ישיב לבעליו והמת יהיה לו וגדרו שתחלת עשייתו לנזק כלומר דבר שהוא ממונו או שעשה הנזק דגם זה כממונו שמזיק במקום שעשאו ואינו הולך ומזיק מפני שאין הנזק זז ממקומו אלא עומד במקומו והעובר עליו ניזוק ותולדותיו כל הדומה לו בגדרו שהוא ממונו ומונח במקומו ומזיק כמו אבנו סכינו ומשאו וכיוצא בהן שהניחן ברה"ר והזיקו במקומן ולא שנא אם הוא בעומק כמו בור ולא שנא אם הוא בגובה כהדברים שחשבנו או עשה תל ברה"ר ונזוקו על ידו ואפילו לא זה ולא זה אלא ששפך מים ברה"ר והוחלק אחד בהם חייב ואפילו שפך מים לצרכו כיון דאין רשות לאדם לעשות תקלה ברה"ר מקרי תחלת עשייתו לנזק וממילא בכל הדברים כן הוא שאפילו חפר בור לצרכו הוי התחלת עשייתו לנזק דבנזק בור אין הולכין אחר הכוונה אלא אחר המעשה :

ב כיון דכתיב ולא יכסנו ש"מ דהחופר בור וכסה אותו כראוי פטור למדנו מזה דאחד החופר בור ואחד הפותח בור שכרהו אחר וכסהו כראוי ובא זה וגילהו חייב והוא נקרא בעל הבור כלומר בעל הנזק והמוצא בור וכסהו וחזר וגילהו בעל הבור חייב וזה פטור אע"פ שעתה הוא גרם הנזק מ"מ הרי הוא סילק הנזק מקודם ומאי דעביד שקליה ונשאר חיובו דהחופר כמקדם ואע"פ שהחופר ראה שזה כסהו והגילוי לא ראה והיה לנו לפוטרו מ"מ חייב דלא היה לו לסמוך אכסוי של זה והיה לו לידע שביכלתו ליטלו ומ"מ אם זה האחר מילא הבור בעפר וחזר והוציא את העפר חייב אף שהחופר לא ידע מהמילוי דכיון דסתמו בעפר נסתלק מעשה ראשון כאלו לא חפרו וזה השני נקרא בעל הבור ואחד החופר בור בעצמו או שלקח את הבור או ניתנה לו במתנה שנאמר בעל הבור ישלם מי שיש לו בעלים מכל מקום ובלבד שיהיה הבור במקום שחייב בנזקי בור כמו שיתבאר לפנינו בס"ד :

ג כתיב כי יכרה איש בור ודרשינן ולא שור בור כלומר אע"פ שהאדם חייב בנזקי בהמתו בקרן ושן ורגל אבל בהמתו שחפרה בור ברה"ר או ברשות אחר פטורים הבעלים ודוקא ברשות שאינה שלו אבל בהמתו שחפרה בור ברשותו ויש בה דין חיוב בור לפי מה שיתבאר חייב בנזקו ואין החיוב על החפירה אלא החיוב הוא על שלא מלאהו או כסהו דכל דבר קלקול שנעשה ברשותו של אדם עליו לתקן והואיל שלא עשה התיקון חייב ולכן אפילו נחפר הבור מאליו כמו ע"י גשמים וכיוצא בזה ולא מלאהו ולא כסהו חייב ולא עוד אלא אפילו ראובן שנכנס לחצירו של שמעון וחפר בו בור שלא בידיעת שמעון משעה שנודע לשמעון מהבור חייב לכסותו או למלאותו ואם לא עשה כן חייב בנזקו ונהי דראובן חייב לשלם לו נזקי חצירו מ"מ חיובא דנזק הבור חל עליו דכיון שברשותו הוא עליו לתקנו אמנם כל זמן שלא נודע שמעון מהבור חייב ראובן בנזקי הבור :

ד זה שחייבה התורה בנזקי בור א"א לומר על בור שברשות האדם לגמרי דודאי ברשות עצמו יכול האדם לעשות כל מה שירצה ואע"ג דחייב כל אדם להסיר מכשול נזק גם מרשות עצמו כמו שחייבה התורה במעקה זהו לענין מצוה וחובה ולעבור בלאו כשלא הסיר הנזק ולא לענין חיוב תשלומין ולא מיבעיא שאינו חייב בתשלומין על הנכנס לחצירו שלא ברשות אלא אפילו הנכנס ברשות אין שום סברא לחייבו ממון בשביל דברים שעשה ברשות עצמו והרי לא הבריח לחבירו או בהמת חבירו שיכנס ויכשל אלא נתן להם רשות והיה להם ליזהר או שלא ליכנס והרי לא קבל עליו שמירתם ובאמת אם קבל עליו שמירה או לרעה אחרונה שבסי' שצ"ח דנתינת רשות הוי כקבלת שמירה ודאי דחייב אמנם עיקר חיובא דבור כשחפר ברשות שאינו שלו כמו ברה"ר ובסימטא ובכרמלית ובצדי רה"ר ובשווקים וברחובות ובדרך מקום שרבים הולכים והרשות אינו שלו ובזה ודאי חייבתו התורה דלא היה לו לעשות תקלה ברשות שאינו שלו כמקום הילוך רבים :

ה ומ"מ לפעמים חייב בנזקי בור אפילו כשחפר בחצירו כגון שפתח הבור הוא סמוך לרה"ר בד' טפחים וההולך שמה יכול ליפול בבורו דזהו כחפירה ברה"ר כיון שמוכן לנזק רבים שדרך אנשים לילך בד' טפחים הסמוכים לרה"ר כשנדחקים בהלוכן וכן אם פתחו לרשות

לרשות חבירו חייב כל זמן שלא נודע לחבירו מן הבור כמ"ש בסעיף ג' דכשם שבור שנעשה ברשותו עליו לתקן כמו כן כשפתח הבור ברשותו [סמ"ע]:

ו ויש עוד שאפילו גם הפתח לרשותו מ"מ חייב בנזקיו כגון שהפקיר רשותו ונעשה הילוך לרבים ולא הפקיר בורו דאע"ג דעל החפירה אין לחייבו מ"מ חיוב חל עליו לסתום בורו העומדת במקום הילוך רבים דלא גרע מאלו נעשית הבור מאליה או ע"י אחר וקרינן בו בעל הבור ישלם אבל אם הפקיר רשותו ובורו או הפקיר בורו ולא רשותו פטור דעל הכרייה אין לחייבו דעשה ברשותו ועתה אין לו לסתום כיון שהפקיר את הבור לא קרינן ביה בעל הבור דהרי אין להבור בעלים וכללא דבור הוא או לחייבו על מעשיו שכרה את הבור או פתחה בעצמו ברשות שאינו שלו או אפילו לא עשה את הבור או שבהיתר עשאו נתחייב אח"כ על אשר לא סתמו וזה החיוב אינו אלא כשהבור הוא שלו:

ז החופר בור ברה"ר לצורך הרבים לשתות ממנו או להשקות הבהמות ימסור להם הכיסוי ונפטר מאותה שעה או יודיע לב"ד שרוצה להסתלק ממנו והם יתעסקו בו לכסותו וכן הדין אפילו חפר לצורך עצמו ומוסר הכסוי לרבים והרבים מקבלים אותה בעדם או מודיע לב"ד והב"ד מתרצים לקבלה לצורך רבים [טור] ודוקא כשחפר במקום שיש לו רשות לחפור במקום שאינו מעבר לרבים כמו בצד הרחוב [שם] ויראה לי דאין דין זה אלא כשחפרה לעצמו או אפילו לצורך רבים רק בלא רשותם של הב"ד דאז אם חפר באמצע הרחוב אינו מועיל מסירתו או הודעתו אף אם מתרצים וחייב לטממה אבל כשתחלת חפירתו היתה ע"פ ב"ד שראו צורך בזה והם צוו לו לחפור בעצמו הרחוב למה יתחייב הלא עשה ברשות וכן כשהזיק בשעת החפירה נראה דאם עשהו בעצמו אפילו שעשה לצורך רבים חייב בנזקן ואם עשה ע"פ רשותם פטור ואינו חייב אלא כשהניחה פתוחה ולא הודיע לב"ד או שיכסנה וימסור הכסוי לרבים אבל הודעה לרבים אינו מועיל דקדירא דבי שותפי האחד סומך על חבירו לכסותה ולכן אפילו כסהו ולא מסר הכסוי לרבים אם אח"כ נתגלה הכסוי חל החיוב עליו והוא בעל הבור וכשמסר להם הכסוי נסתלק מזה [כ"ל]:

ח כבר נתבאר בסי' קפ"ב דאין שליח לדבר עבירה לפיכך האומר לחבירו לחפור בור ברה"ר וחפרו החופר חייב והמשלח פטור בדיני אדם אא"כ לא ידע השליח שהמקום הוא רה"ר דסבור הוא ששלו הוא או שהשליח חרש שוטה וקטן חייב שולחו כמ"ש שם סעיף י"א וכן כשעשה ע"י כותי אע"ג דאין לו שליחות מ"מ כיון שעושה על פיו והכותי א"א לגבות נקרא הוא בעל הבור כלומר בעל הנזק והוה כאלו עשאה הוא ועוד דלא גרע מגרמי דחייב [ובספרו כ"א: דלא מוקי בור של שותפים בכה"ג דהם שותפות לא שייך בזה]:

ט אף שבארנו דהחופר בור ברשותו אם חפרו סמוך לרה"ר עד שפתח הבור הוא לרה"ר חייב מ"מ כשבעה"ב צריך לבנות בית וצריך לעשות יסודות ומוכרח לחפור סמוך לרה"ר רשאי לחפור לצורך היסוד אפילו להרחיבו לצד רה"ר ולא לבד ברשותו בד' טפחים הסמוכים לרה"ר אלא אפילו לחפור עד הרה"ר ממש יש לו רשות לחפור ואם הוזקו בו פטור כיון שעשה ברשות ואע"פ שבסי' ת"ד יתבאר דאף במה שעושה ברשות חייב בנזקן זהו ברה"ר ממש ולא אצל רה"ר [סמ"ע] ויש חולקין בזה דאינו פטור אלא כשכונס מעט לתוך שלו אבל לא אצל הרה"ר ממש ונהי דיש לו רשות לעשות מ"מ חייב בנזקן [יש"ש וב"ח וש"ך וסגר"א] וכן משמע דעת הרי"ף והרמב"ם והרא"ש שהשמיטו דין זה ש"מ דס"ל דכיון דאמרו חכמים שכל העושים ברשות חייבים לשלם [סמ"ע ל'.] נכלל זה ג"כ אבל הטור והש"ע כתבו דפטור וצ"ל שמחלקים בין רה"ר עצמה לסמוך לה כדעה ראשונה ועוד אפשר לומר דדוקא במה שנתנו חכמים ע"פ תקנת יהושע שהם הדברים המתבארים בסי' ת"ד בזה ודאי נהי דהתקין שביכולת לעשות מ"מ אם הזיק חייב לשלם וכן בנר חנוכה דחייב כשהדליק דזהו ג"כ רשות דמצוה [ע' ע"ז] ולא מפני שמעיקר דיני ממונות מותר לעשות אבל במה שמעיקר הדין מותר לעשות דהא בהכרח שאדם יבנה בית ודאי דפטור כן נ"ל בטעם הטור והש"ע [ומרש"י ותוס' הפרה כ'. אין ראיה לסמ"ע לדעת הרי"ף דברייתא דסמ"ע חולקת על ברייתא זו ומ"ש סגר"א דע"ש ברש"י לא אבין מה מועיל זה כיון דפי' בד"ה וטעמא מפני שאינו פושע ולסמ"ע א"ש ודו"ק]:

י זה שנתבאר דהחופר בור ברשותו בד' טפחים הסמוכים לרה"ר חייב זהו כשאין כותל מפסיק בין רשותו לרה"ר אבל כשיש כותל רשאי לחפור לפתחלה עד הכותל דאין הרבים הולכים שם וכן בחופר יסודות אם לא שסתר הכותל וכן בהפקיר רשותו ולא בורו הדין כן ועמ"ש בסי' תט"ו סעיף ג' [וכ"מ מרא"ש ספרה סי' ז' ע"ש]:

יא אחד החופר בור או שיח או מערה או חריץ חייב והבור הוא עגול שיח ארוכה וקצרה מערה היא מרובעת ומכוסה בקירוי אלא שיש לה פה חריץ רחב ומרובעת כמערה ואינו מקורה אלא פיו פתוח ולמה נאמרה בתורה בור לאו משום דבור הוא קטן ועגול ויש בה הבל הרבה ועלולה לנזק אלא משום דסתם בור עמוק עשרה טפחים וזהו שיעור שיש בו כדי להמית ולכן כל מיני חפירות אינו חייב במיתתן אלא כשעמוקה י"ט אבל אם היה פחות מעשרה טפחים ונפל לתוכו שור או שאר בהמה חיה ועוף ומת פטור דלאו מהבור

מת וזהו דוקא במיתה אבל אם הוזקו חייב בעל התקלה בנזק שלם אפילו בבור כל שהוא דאין שיעור לנזקין:

יב וכן אם עשה תל גבוה ברה"ר ועלתה עליו הבהמה ונפלה ומתה אם התל גבוה י"ט חייב לשלם ואם היה פחות מי' פטור על המיתה וחייב על נזקין לשלם נ"ש ואפילו בתל גבוה כל שהוא שהנזק בכל שהוא דבר מצוי וידוע ואין המיתה בכל שהוא מצויה והרי הוא כמו אונס ויש מי שאומר דמ"מ בעינן ג' טפחים גם לנזקין בין בגובה בין בעומק דפחות מזה כארעא סמיכתא היא [יס"ס] וצ"ע לדינא [ס"ך] ודוקא כשנפלה מהתל בעינן י"ט אבל נתקלה ונחבטה בתל אפילו נתקלה בקרקע ונחבטה בתל ואפילו בתל כל שהוא ומתה חייב כמו בנתקלה בקרקע והוזקה באבן ומתה דחייב כמ"ש בסי' ת"א דההכאה המיתתה ולא בעינן שיעור כלל אבל כשהחבט הוא ע"י גובה הנפילה אין המיתה מצויה בפחות מי"ט [סמ"ע וכל"ל כוונת סרמב"ס והס"ע]:

יג בור שחייבה עליו תורה בין שמת מהבל הבור ובין שמת מהחבט ומניין אנו יודעים אם מת בהבל או בחבט כגון שהבור היה בקרקעיתו דברים רכים א"א למות מהחבט ואם נפל מאחוריו ופניו למעלה א"א למית ע"י ההבל דהבל אינו אלא כשפניו למטה וכן אם היה עומק הבור כרחבו אין לו הבל דהבל אין ביכולת להיות אא"כ עמוק מעט יותר על רחבו דאז האויר שבתוכו יש לו הבל לפיכך אם היה בור שעמקו כרחבו או שנפל ופניו למעלה ויש בהבור דברים רכים ומת פטור דהא לא מהבלא מת ולא מחבטה וכן בנפלה מתל על הקרקע ועל הקרקע היו דברים רכים פטור כשמתה ובנזקין אין חילוק בכ"ז דנזק מצוי בכל דבר ולא מיתה ונ"ל דמ"ש דבור שרחבו כעמקו או פניו למעלה אין לו הבל ובהיה בקרקעיתו דברים רכים אין לו חבט זהו בבור עמוק עשרה או יותר מעט אבל בבור עמוק הרבה אויר הנפילה עצמה מבלבל ויכולה למות בכל ענין [ורא' מרס"י סגס' מ"סי ד"ס מיגויל] והשיעור לזה נראה מהש"ם [כס] דאם עמוקה יותר משתי קומות בני אדם וכן בהר גבוה כזה אמנם אין נ"מ בזה דא"א לאדם לעשות גובה כזה במקום הילוך רבים וכן א"א לעשות בור עמוק כזה במקום הילוך רבים ושיהיה רחבו כעמקו וממילא יש בה הבל ואמנם יכול להיות שתפול מאחוריה ובקרקעיתה יש דברים רכים וצ"ע לדינא:

יד היה עומק הבור ט' טפחים ומהם טפח אחד מים חייב כאלו היה עומקו י"ט מפני שהטפח של מים נחשב לענין ההבל כעומק שני טפחים ביבשה דבמים יש יותר הבל מבאויר של הבור בלא מים ולפ"ז אין לחייב רק כשהבהמה נהרגה בהבל ולא בחבט ואם היה עמוק שמונה טפחים ומהם שני טפחים מים או שהיה עומקה שבעה טפחים ומהם ג"ט מים ונפל לתיכו בהמה ומתה הוי ספיקא דדינא דשמא כיון שאין העומק רק שמונה או שבעה טפחים אע"פ דהבל המים יותר מהאויר בפי שנים מ"מ אינו ראוי להמית או אפשר דראוי להמית לפיכך אין מחייבין אותו לשלם ואם תפס אין מוציאין מידו להרמב"ם ז"ל דמהני תפיסה בספיקא דדינא ויש חולקין בזה כמ"ש בכ"מ:

טו ויש מרבותינו שסוברים דבור שמונה ומהם שני טפחים מים ודאי חייב דטפח דבור במים כשני טפחים דאויר לענין הבלא והספק הוא בבור תשעה ומהם טפח אחד מים דשמא כיון דהמים מועטים אין בה הבל כפי שנים דאויר וכן בבור שבעה ומהם ג"ט מים הוי ספק דשמא כיון שהעומק מועט אינו עלול למיתה אף בג"ט מים [זהו גיר' רס"י ותוס' בספרס כ"ה: והדעס סקודמת סיא גיר' סרמב"ס והרי"ף ססמ"ע כ"ז]:

טז חפר אחד שמונה טפחים ובא חבירו וחפר עוד טפח שניהם חייבים בנזקין כל אחד לפי מה שחפר דכיון דבשניהם יש שיעור נזקין ולא מיתה עשאו שניהם הנזק ולפי שנזק של שמונה טפחים הוה יותר מנזק של טפח אחד לכן צריכין לשלם כל אחד לפי נזקו ואפילו לדעה שבסעיף י"ב דבפחות מג"ט פטור חייב בכאן דהטפח הזה הוא התשיעי ויש בו נזק ודאי [כ"ל] וכן החופר בור עשרה ובא אחר והשלימו לעשרים ובא אחר והשלימו לשלשים כולם חייבים בין במיתה בין בנזקין כיין שכל אחד עשה שיעור מיתה וכולם משלמין חלק כחלק ונראה דאפילו אחד הוסיף עשרים טפחים אינו משלם יותר מבעל עשרה דכיון דבעשרה יש שיעור מיתה שוב אין חילוק בין עשר ליותר מעשר משא"כ בפחות מעשרה לענין נזקין דיש חילוק בהנזק בין פחות ליתר לפיכך משלם כל אחד לפי מה שחפר והחופרים האחרים אין יכולים לומר להראשון כיון שחפרת שיעור מיתה למה לנו לסבול בנזק הלא גם בלעדינו היה בו שיעור מיתה דיכול לוטר להם כיון דחיובי הוא מפני חפירתי ואני נקרא בעל הבור גם אתם חפרתם וגם אתם בעלי הבור וכלנו שותפים בו:

יז אבל אם הראשון חפר עשרה והשני חפר עוד תשעה אין השני חייב כלום אפילו בנזקין דכיון דהראשון עשה שיעור מיתה והוא לא עשה נקרא הראשון בעל חבור [יס"ס] וכן להיפך אם הראשון חפר תשעה והשני לא חפר רק טפח אחד והשלימו לעשרה בין שחפר טפח ובין שהגביה בנין על שפתו טפח השני חייב אפילו בנזקין והראשון פטור מכלום מפני שלמיתה עשה רק השני נקרא הוא בעל הבור ואם זה השני סתם את הטפח שעשה או סתר את הטפח שבנה ה"ז ספק אם כבר נסתלק המעשה שעשה וחייב הראשון בנזקין או דכיון שעשה לא מהני סילוקו ולהרמב"ם מהני תפיסה ולהחולקים עליו לא מהני:

יח יראה לי דזה הספק אינו אלא דוקא בכה"ג שנשאר

הבור

הבור כולו ברשות האחרון אבל בדינים הקודמים שהראשון חפר שמונה והאחרון טפח או שהראשון חפר עשרה והשני עד עשרים וסילק השני מעשיו נשאר ברשותו של ראשון לגמרי כיון שמקודם היה ברשות שניהם [וכ"מ מלבוש סע' כ"א: וכ"מ מסמ"ע סקכ"ג ע"ש]:

יט אם הראשון חפר עשרה והשני תשעה והשלישי השלימו לעשרים נראה דהראשון והשלישי חייבים והשני פטור דכמו שנתבאר בראשון תשעה והשני טפח כולו של השני ובראשון עשרה והשני תשעה כולו על הראשון כמו כן כזה שהשני אין בו חיוב נשאר כל מחצית החיוב על השלישי:

כ חפר הראשון בור עמוק ובא אחרון והרחיבו ונפל לתוכו שור ומת אם נפל מהצד שהרחיב חייב האחרון אפילו כשמת ע"י הבלא ואע"ג שהוא מיעט ההבל בהרחבתו מ"מ אם לא הרחיבה לא היה נופל דאולי לא היה מתקרב אל השפה הראשון ואם נפל מצד השני פטור האחרון בכל ענין דבזה לא עשה מאומה וגם בנזקין כן הוא ואם האחרון הרחיבה מכל צד חייב האחרון בכל ענין וזהו דעת הרא"ש והטור וכ"כ רבינו הרמ"א והלבוש:

כא והרמב"ם ז"ל כתב בפי"ב אם מחמת הבלו מת האחרון פטור שהרי מיעט הבלו ואם מחמת חבטו מת האחרון חייב שהרי הקריב היזק בור זה וכן אם נפל השור מאותו צד שהרחיב האחרון חייב שהרי הקריב היזק בור זה אע"פ שמת מן הבעל ואם מהצד שחפר הראשון נפל הראשון חייב שזה האחרון מיעט הבלו עכ"ל וכ"כ רבינו הב"י בסעיף ט"ז ומבואר מזה שאם מת מחמת חבטה חייב האחרון אע"פ שנפל מהצד שחפר הראשון וכתבו המפרשים שטעמו הוא דכיון שמהצד שהרחיב הוא גרם ההיזק לענין חבטה לפיכך חייב על החבטה אף מהצד של הראשון ומאד תמוה סברא זאת דאטו הוא בעל הבור בקצת הרחבתו שהרחיבו ולמה יתחייב במה שלא גרם ההיזק ויש מי שכתב דתחלת דבריו מיירי כשאינו ידוע מאיזה צד נפל ולכן בהבלא תלינן בהראשון ובחבטה בהאחרון וגם זה אין סברא כלל דבספק כזה ודאי דשניהם פטורין ומי גרע זה משני שוורים שנגח אחד מהם ואינו ידוע מי נגח כמ"ש בסי' ת':

כב ולכן נ"ל דה"פ דכשזה הרחיב את הבור לצד מזרח ממילא דלצד מזרח כל הנזק שלו ולצד מערב כל הנזק של הראשון אבל בצפון ודרום שגם שם בע"כ נתחדש מקצת בור כשנפל שם השור בעמדו מקצתו על מקום הראשון ומקצתו על מקום השני ונפל שניהם גרמו נפילתו והיה נופל גם בשל אחד כי אם רגלו אחת היה נופל לבור היה מושך גם רגלו השני להבור אלא שע"י הרחבת הבור היתה נפילתו יותר בכח שנפל בבת אחת וזהו דברי הרמב"ם ז"ל שמחלק בחלוקה הראשונה בין הבל לחבט דזהו כשנפל ממקום של שניהם מהצדדים מצפון ודרום ובזה אם מת מהבלא הראשון גרם דהאחרון מיעט ההבל ואם מת מהחבט האחרון גרם דכיון דהרחיבו קצת היתה החבטה בחוזק יותר שנפל בכח רב ונחבט ואח"כ אומר שאם נפל מאותו צד שהרחיב האחרון חייב הוא בכל ענין ואח"כ אומר שאם נפל מהצד של הראשון חייב הראשון בכל ענין דהבלא דידיה הוא שהרי זה האחרון מיעט הבלו כלומר לא מיבעיא חבטה דודאי לאו דהאחרון הוא שהרי לא נפל מצדו אלא אפילו מת מהבלא ובהבלא הרי האחרון עשה שנוי בכל הבור מ"מ פטור שהרי אדרבה שינה ההבל לטוב ומיעטו [ומפרש הרמב"ם ז"ל לישנא קמא דר"א כ"א: כשנפל בצפון ודרום על מקום שניהם ואיכא דאמרי על מזרח ומערב]:

כג אין בעל הבור חייב על מיתת הבהמה בנפילתה לבור או על חבטתה מהתל אלא אם היתה הבהמה קטנה שאין לה עדיין דרך הבהמות היודעות לסור ממכשולות או חרשת או שוטה או סומא או אפילו גדולה ופקחת ונפלה בלילה שאינה רואה את הדרך לפניה אבל גדולה פקחת ביום פטור כשמתה שזהו כמו אונס ומשמיא הוא דגזרי עליה והרי דרכי בהמות לראות ולסור ממכשולות ואדם כשנפל לתוך הבור ומת אפילו היה סומא או חרש וקטן או בלילה בין עבד בין בן חורין פטור בעל הבור מגזירת התורה שור ולא אדם ולא מיעטה התורה רק ממיתה כדכתיב והמת יהיה לו ובזה נתמעט שור ולא אדם אבל אם הוזק אדם בבור ולא היה בר דעת או שהיה בלילה חייב בעל הבור לשלם כל נזקו:

כד ודעת הרמב"ם ז"ל דשור פקח ביום נמי אינו פטור רק ממיתה אבל כשהוזק בו חייב בעל הבור לשלם נ"ש ורבים חולקים עליו דלא הוזכר זה בגמ' וגם אין שום סברא בזה דכיון דדרך הבהמה לסור ממכשולות איזה חילוק יש בין נזקין למיתה ורק באדם הוא גזירת התורה כמ"ש ולא בבהמה וטעמו של הרמב"ם י"ל דמפני שאמרו חז"ל [ר"פ המניח] שאין דרכן של בני אדם להתבונן בדרכים ולמה פטרו חז"ל על פקחת ביום אלא ודאי על נזק גדול שתמות דרכה להתבונן כמו לסור מבור עמוק אבל מבור שאינו עמוק אין דרכה להתבונן ולסור [סס"ז] ולכן נראה דבבור עמוק הראוי למיתה מודה הרמב"ם ז"ל דפטור כשהוזקה [ע' ירושלמי ספרק ס"ז]:

כה ע"פ הדברים הקודמים מבואר דלא ס"ל להרמב"ם מה שיתבאר בסי' תי"ב דבהמה מפני שעיניה למטה מתבוננת בדרכה יותר מבן אדם או מפני שאינה בעלת מחשבה כבן אדם ולא תהא בינת האדם שקול נגד הבהמה אף כי עיניו למעלה והוא בעל מחשבות ועוד ראיה דהתורה פטרה רגל ברה"ר ואם דרך הבהמה לסור מכל מוקש א"כ בשדרסה על כלי ברה"ר שינתה

מדרכה

מדרכה ולמה לא נחייבה כדין קרן וע"ש מ"ש בזה ועסי' שפ"ט סעיף ל"ב :

כו נפלו כלים בבור והוזקו או נשתברו פטור דאין חיובו של בור אלא על בעלי חיים ולא על כלים וחפצים ומיני אוכלים כדכתיב ונפל שמה שור או חמור וע"פ השמועה למדו שור ולא אדם חמור ולא כלים ואע"ג דאדם לא נתמעט אלא ממיתה ולא מנזקין מ"מ בכלים פטור אף מנזקין דבהם לא שייך לחלק בין מיתה לנזקין דאין בהן רוח חיים ושבירתן ופגימתן זו היא מיתתן וכן כל דבר שאינו בעל חי ודע דבירושלמי [סס] מבואר דפטור כלים אינו אלא רק בבור עשרה דראויה להמית אבל בבור פחות מעשרה דאינו חייב רק על נזקי בהמה הייב גם על נזקי כלים ובש"ס שלנו לא משמע כן וגם כל הפוסקים השמיטו זה ואע"פ שאין ליתן טעמים על גזירות התורה מ"מ יש ליתן גם טעם בזה על פטור כלים ומיתת אדם דבנזקי אדם חייב מפני שאין דרכן של בני אדם להתבונן בדרכים אבל דבר נזק המביא לידי מיתה פשיטא שכל מין אדם נזהר מזה ואף חרש שוטה וקטן ואם הוא קטן ממש שאין לו דעת כלל הלא ע"פ רוב אין מניחין אותו לילך לבדו ויש לו שומר וכן שוטה גמור והחרש הלא יש לו דעתא קלישתא לשמור א"ע מן המיתה [יבמות קי"נ:] ועל כלים פטור דהרי כלים אין הולכין בעצמם ויש אדם הנושאן או מוליכן ופשיטא בשעה שהאדם נושא או מוליך דבר שמעיין יפה ולכן אם עכ"ז אירע הסיבה הוא מין אונס ומשמיא הוא דגזרי על זה האיש ואף בכלים שעל הבהמה דפטור על הכלים דמסתמא כשיש עליה כלים אינה הולכת לבדה ויש עליה השגחת אדם ואע"ג דעל הבהמה חייב ועל הכלים פטור משום דעיקר השגחת האדם הוא על הכלים :

כז כסהו כראוי אע"פ שהתליע מתוכו ונפל שמה שור או חמור ומת פטור שנאמר ולא יכסנו הא אם כסהו פטור שלא הצריכתו התורה לסתמו בעפר וכשהכסוי שלם אין זה רבותא כלל אלא דבא להשמיענו דאף שנתקלקל ואירע נזק פטור אך אם נתקלקל מבחוץ חייב דעליו מוטל לתקן אלא כשנתקלקל מבפנים כגון שנרקב והתליע מתוכו ומבחוץ אינו נראה :

כח כמה שיעורו על הכיסוי כל מקום ומקום לפי המשא אם עוברים שם עגלות טעונות משאות כבידים צריך הכסוי להחזיקן ומקום שעוברים גמלים עם משא צריך הכסוי להחזיקן ומקום שעוברים רק שוורים ולא גמלים די בכסוי המחזיק רק שוורים ולא חיישינן למקרה שמא יעברו שם גמלים ולכן אם כסהו בדבר שיכול לעמוד בפני שוורים ואינו יכול לעמוד בפני גמלים וע"פ מקרה הלכו שם גמלים ונתרועע הכסוי והלכו עליו שוורים אח"כ ונפלו בו כיון שאין גמלים מצוים באותו מקום ה"ז פטור מפני שזה אנוס ודוקא שלא ידע שעברו עליו גמלים אבל אם ידע חייב ואינו באנוס דה"ל לאסוקי אדעתיה שהגמלים קלקלוהו [נ"ל] ואם גמלים באים שם אפילו לפרקים מ"מ חייב לתקנו שיהא ראוי לגמלים ואם לא עשה כן פושע הוא :

כט דוקא לענין שוורים אינו חייב במקום שאינו מצוי גמלים אבל לענין גמל עצמו כשנפל אפילו במקום שאין עוברין שם גמלים כלל ועשה כסוי הראוי רק לשוורים ואירע שעבר שם גמל ונפל בבור ומת חייב דהתורה כשחייבה על נפילת בור לא חלקה בין בהמה מצויה לאינה מצויה אלא דלענין תקון הכסוי אינו מחוייב לתקן אלא בשביל המצויות אבל לא לפטור כשנפלה שם בהמה שאינה מצויה ומה יעשה בעל הגמל כשבא לו גמל במקרה והיה לו לבעל הבור לחוש לזה אף דאנן לא כפינן ליה וכן עיקר דלא כיש מי שחולק בזה [ע' בהס"ג ומ"ש התוס' יש לחוש סמה וכו' ר"ל דלכן חייבה התורה ולא חלקה בין מצוי לאינו מצוי ודו"ק] :

ל לפעמים אפילו במקום שמצויים גמלים והכסוי אינו ראוי לגמלים ונתקלקל ונפלו בו שוורים ופטור כגון שהתליע הכסוי מתוכו וה"ל אונס כמ"ש ואע"ג שתחלתו בפשיעה לענין גמלים וסופו באונס לענין התלעה וקיי"ל תחלתו בפשיעה וסופו באונס חייב מ"מ פטור בכאן דהאונס לא בא מחמת הפשיעה דאפילו היה ראוי לגמלים היה מתליע וכמ"ש בסי' רצ"א :

לא וי"א דחייב בכה"ג דכיון שהיה פושע לגבי שור זה עצמו שנפל אם היו עוברים עליו גמלים חייב גם בהתליע מתוכו דכבר נתבאר שם דכל שיכולין לתלות האונס מצד הפשיעה תלינן אף בחשש רחוק ובודאי יש בכאן לתלות דאלו היה הכסוי ראוי לגמלים לא היה מתליע מפני חוזק הכסוי וזה שאמרו חז"ל דפטור בכה"ג אינו אלא דוקא כשאם היו עוברים הגמלים היו נופלים עם הכסוי דאז אינו פושע כלל לענין שוורים דכל זמן שלא יעברו הגמלים הכסוי טוב להם וכשיעברו יפול הכסוי ושור פקח לא יעבור כי יראה שאינו מכוסה אבל אם בהעברת הגמלים לא יפול הכסוי רק יתרועע ואם יעברו שוורים אח"כ יפלו חייב אף בהתליע מתוכו משום דתחלתו בפשיעה וסופו באונס ונוכל לתלות דהאונס בא מצד הפשיעה כמ"ש :

לב ומדברי הרמב"ם ז"ל נראה דאפילו היה ידוע שבכסוי הראוי לגמלים לא היה מתליע פטור דלא אמרינן תחלתו בפשיעה וסופו באונס חייב כשהאונס בא מצד הפשיעה אלא לגבי שומר דכיון שקבל עליו שמירה חייב בפשיעה מכל צד אפילו בא הנזק מצד האונס אבל בכל נזקין שבעולם אינו חייב אא"כ פשע בנזק זה אבל כשהיה בסופו אנוס או גם בתחלתו כמו בכלב וגדי שקפצו שהיה פשיעה בעלייתן כמ"ש בסי' ש"צ למה יתחייב במה שהיה יכול להיות פשיעה כמו דלא מחייבינן

בקרן

בקרן בחצר הניזק נ"ש במה שהיה תחלתו בפשיעה לגבי שן ורגל וכמו דלא מחייבינן בשור פקח ביום במה שתחלתו בפשיעה לגבי לילה או לגבי שור חרש [ולכן הש"ס בהפרה כ"ב: לא הזכירה תחלתו בפשיעה אלא מינו ע"ש ולפ"ז א"ש קושית התוס' בדף כ"ב: ד"ה דאפיך] :

לג בור של שני שותפים שניהם חייבין בנזקו ובאיזה אופן יכול להיות של שותפות כגון שהבור ברשותם והפקירו רשותם ולא הבור או שהיה בור ברה"ר עמוק תשעה וקרו שניהם ביחד חוליא והשלימוהו לעשרה או כגון שצוו לחרש שוטה וקטן או לכותי לחפור בור ברה"ר דאע"ג דאינם בתורת שליחות ואין שליח לדה"ע מ"מ חייבים מדיני דגרמי כמ"ש בסעיף ח' :

לד בור של שני שותפים שהיה עליו כסוי ועבר עליו הראשון והשתמש בו ולא כסהו וגם השני השתמש בו ולא כסהו אם הכסוי ביד הראשון הראשון חייב והשני פטור עד שימסור לו הכסוי וכיון שמסר לו להשני את הכסוי ושידלה מהבור נפטר הראשון ונתחייב השני לכסותו ואם הכסוי אינו ביד הראשון אפילו הניחו הראשון כשהלך מהבור להשני משתמש בו והלך השני ולא כסהו שניהם חייבים ואפילו הראשון דגם עליו היה חל החיוב לכסות הבור אחר תשמישו של שני מיהו במקום שנהגו שכשהראשון מניח את השני לדלות צריך השני לבדו לכסות את הבור ודאי דרק השני חייב אבל כשמסר לו את הכסוי בכל מקום חל החיוב על השני לבדו דקבלת הכסוי הוא כקבלת שמירה [לפמ"ש א"ש דעת הרמב"ם והרא"ש והטור ולא פליגי לדינא וע' לח"מ ודו"ק] :

לה כסהו הראשון ובא השני ומצאו מגולה שנתגלה ע"י איזה סיבה השני חייב לבדו ועד אימתי חייב הוא לבדו עד שיתוודע גם הראשון שהבור מגולה ושיהיה שהות כדי לשכור פועלים ולכרות ארזים ולכסותו וכל שימות בו או יוזק בו בתוך זה הזמן הרי השני לבדו חייב לשלם ואחר הזמן הזה על שניהם חל החיוב שהרי שניהם פשעו ולמה אין ניתנין זמן גם להשני לשכור פועלים ולכרות ארזים מפני שעליו החיוב מוטל לשכור שומר שלא יוזקו בו אדם ובהמה כיון שהוא האחרון בהשימוש [רש"י נ"ב] ולא על הראשון וי"א דבאמת גם לשני נותנין זמן אלא שאינו צריך הודעה כהראשון ואין לנו לחייבו בשמירה כיון שלא פשע ויש מי שאומר דגם להראשון אין נותנין זמן עד שיתוודע אלא שיהיה שהות בכדי שיכול להתוודע [ראב"ד וטור ול"ע שפסקו כרב נגד ר"י שם] :

לו בזה שנתבאר דנותנין זמן להראשון על כריתת ארזים ושכירת פועלים יש מי שאומר שאם אינו מוצא לקנות ארזים אלא ביוקר נותנים לו זמן עד שימצא לקנות בשויים וכן בשכירות הפועלים וכן למדנו מזה דבכל הנזקין אם הוא דבר שאין דרכו לסלק הנזק בעצמו אין מחייבין אותו לסלקו עד שישכור פועלים שהרי בבור נתנו לו חכמים זמן לשכור פועלים ולא אמרו שמחוייב לתקן בעצמו אם אין דרכו בכך :

לז אמנם כל אלו הדברים אינו אלא בנזק שלא פשע כמו בור שכסהו כראוי והתליע או שגנבים גנבוהו וכיוצא בזה אבל בנזק שפשע כמו בור שהניחו מגולה וכיוצא בזה כל נזק שעשה שלא ברשות פושע הוא ואין נותנין לו שום זמן ולאלתר חייב כנזקיו ועליו מוטל בכל רגע להסיר את הנזק בכל היכולת אף אם יעלה לו ביוקר או להושיב שומר וכלל גדול הוא בנזקין דכל נזק שלא פשע נותנין לו זמן ושפשע אין נותנין לו זמן וכמה הוא הזמן יתבאר בס"ד בסי' תט"ז :

לח המכסה בורו בכסוי בור של חבירו ובא בעל הכסוי ונטל כסויו ואירע נזק בבור בעל הבור חייב דלא היה לו לכסות בשל חבירו בלתי ידיעתו ובעל הכסוי פטור דשלו נטל וא"צ להודיעו ולא דמי למ"ש בסי' שפ"ג בסמך חביתו באבנו של חבירו ובא חבירו ונטל האבן ונשברה החבית דחייב לשלם דשאני התם דהזיקו בידים דמיד נשברה החבית אבל בבור אין ההיזק מוכן מיד [סמ"ע] ולא ברי הזיקא ועוד דהכסוי מוכרח ליטלו לכסות בורו שלא יארע אצלו נזק והוה כזמנו בהול וא"צ להודיעו ובעל הבור היה לו להבין את זאת משא"כ בשם אין זמנו בהול והיה לו לסמוך באבן אחר או להודיע לבעל החבית וכן כל כיוצא בענינים כאלו צריכים לראות אם לפי הענין הזמן בהול פטור אפילו גרם היזק מיד והוה כשור שעלה על חבירו להרגו ובא זה ושמט שורו ונהרג העליון דפטור וכמו הממלא כל הדרך כדים דפטור על שבירתו כמ"ש בסי' תי"ב [נ"ל] :

לט המוסר בורו לשומר חייב השומר בנזקיו והוא פטור ואפילו היה הבור בלא כסוי כיון שקבל עליו לשמור ואם מסרו לחרש שוטה וקטן כתב הרמב"ם ז"ל דאע"פ שהיה מכוסה הרי הבעלים חייבין שהבור עשוי להתגלות ואלו אין בהם דעת עכ"ל ומשמע מדבריו דאפילו היה מכוסה כראוי חייב כדעה ראשונה שבסי' שצ"ו סעיף י"ב דבמסר שורו לחש"ו חייב אפילו קשור קשור ולפ"ז הדעה השניה שבשם חולקת גם בזה ואין חיובו אלא כשמסר להם בלא כסוי כראוי וסמך על שמירתם אבל אין דרכם לקלקל ואם היה מכוסה כראוי פטור [זהו דעת רש"י ט: וראב"ד פי"ב והרמב"ם ס"ל כתוס' שם] ואע"פ שמלשון הרמב"ם לא משמע כלל שיהא דרכם לקלקל מ"מ פירשו המפרשים כן דבהכרח לומר כן דאל"כ הא בבור מכוסה בלא חרש שוטה וקטן פטור וכן פירשו דבריו לענין מסר שורו לחש"ו שבפ"ד מנזקי ממון וגם לשון הש"ס [ב"ק ט':] כן הוא והרמב"ם העתיק לשון הגמ' כדרכו ומ"מ תמיה בעיני גם לשון הש"ס וגם לשון הרמב"ם דאי ס"ד דעל ידיהם

ידיהם עשוי להתקלקל העיקר חסר בדבריהם ולכן נ"ל בכוונתו דעיקר הענין כן הוא דסתם המוסר שורו ובורו לשמור אינו מוסר על זמן מועט אלא על זמן מרובה דעל זמן מועט מה צריך לשמירתם הלא הבור מכוסה והשור קשור ולכן על זמן מרובה ודאי דאין זה שמירה כלל קשירת השור וכסוי הבור דבמשך ימים ודאי דרך השור לנתק א"ע כי הקשר מעט מעט יתרפה וגם דרך הכסוי להתגלות במשך הזמן ולכן מוסרם לידם שישמרו והם אינם בני שמירה וזהו שמסיים שאלו אין בהם דעת לשמור וכן הוא דבריו לענין שור [כנלע"ד]:

מ אינו חייב על נזקי קדשים שנפלו לבור אפילו קדשים שנפסלו מחמת מום כל זמן שלא נפדו פטורים עליהם דכתיב והמת יהיה לו וקדשים אינם שלו ולאחר שנפדו הרי הם שלו [הה"מ] והרבה מרבותינו ס"ל דאפילו נפדו כיון דאסור להאכילן לכלבים לא קרינן בהו והמת יהיה לו [רש"י ותוס' ורא"ש בהפרה נ"ג:] ולכן בכור שנפל לבור בין תם בין בעל מום פטור ואפילו בזמן הזה וגם דעה ראשונה מודה בזה דבכור לאו בר פדיון הוא:

מא כבר נתבאר דשגים שעשו נזק שניהם חייבים לשלם לפיכך המניח אבן עפ"י הבור ובא השור ונתקל בה ונפל לבור ומת המניח את האבן משלם מחצה ובעל הבור מחצה וכן שור שדחף בהמת חבירו לבור ומת בעל הבור משלם מחצה ובעל השור מחצה ודוקא במועד אבל בתם משלם בעל השור רביע נזק ובעל הבור משלם ג' חלקים ממיטב שבנכסיו וטעמו של דין זה פירשו חז"ל [ב"ק נ"ג:] בשני אופנים האופן האחד דנוכל דנאמר דכל אחד עשה את כל הנזק דנוכל לחשוב את השור למזיק בכולו דאלמלי השור לא היה נופל לתוך הבור והבור למזיק בכולו דאלמלי הבור לא היה השור ממיתו ולפ"ז צריך כל אחד לשלם נ"ש האמנם יותר מנזק אחד אין לו לניזק וגם זה בהכרח שכל אחד מהמזיקים ירויח מהשותפות דאל"כ מה מועיל לו השותפות והרי סוף סוף לא לבדו הזיקו ולכן אם נאמר שבתם משלם בעל השור מחצה אינו מרויח כלום משותפתו לפיכך אינו משלם אלא רביע ובעל הבור ג' חלקים ומרויח רביע נזק משותפתו ואופן אחר שנאמר דכל אחד עשה חצי נזק לפיכך בעל השור אינו משלם אלא רביע ובעל הבור למה משלם ג' חלקים לפי שהניזק אומר לו אני מצאתי שורי זה בבורך מת וכיון שאצלך מצאתי הנזק הזה כאלו אתה עשיתו כולו ומה שיש לי להשתלם מבעל השור אשתלם ומה שאין לי להשתלם אגבה ממך וכזה נוכל לומר רק בשור ובור שדחפו בהמה לבור אבל שני שוורים שנגחו לאחד צ"ל מטעם דכל אחד ראוי לכל הנזק דגם אחד ראוי ליגח ולכן במקום שאינו ראוי לגבות מאחד כגון שאחד הוא שור של הקדש חייב בעל השור השני לשלם כולו דכל אחד כאלו כולי הזיקא עביד ועכ"פ זהו הלכה פסוקה בשני דברים שעשו נזק אם אין להשתלם מאחד מחמת שאין החיוב מוטל עליו משתלם מהשני אף כשעשה רק חצי נזק ואי קשיא למה פסקינן בשלמים שהזיקו דגובה מבשרן ולא מאימורין כמ"ש בסי' ת"ו משום דבשר בלא אימורין לא עשו כל הנזק ואף לא ח"נ דחיות השור הוא מהקרביים ודיו שישתלם מהבשר כנגדו לבד ולא כנגד האימורין [כ"ז הוא ע"פ דברי הרמב"ן במלחמות פ' הפרה וכ"כ ביש"ש שם סי' מ' וכ"מ מהגה"מ פי"ב מנ"מ אות ג' ולא כתוס' נ"ג: וכ"ג ופסקו כלישנא קמא דשם והרמב"ם פסק כאידך דאמרי כשיטת הגאונים ונ"ל כמ"ש ועי' בהגר"א ס"ק מ"ה מ"ו ודו"ק]:

מב י"א דאף בשור שדחף בהמה לבור אינם חייבים רק בבהמה חרשית או סומא או בלילה אבל פקחת ביום פטורים כמו בבור דעלמא דבהמה פקחת יש לה ליזהר להרחיק מן הבור עד ששוורים לא יפילוה לתוכו דאם לא נאמר כן ליחייב כל בעל בור על שור פקח ביום משום דתחלתו בפשיעה פן יפול ע"י שוורים [תוס' שם ד"ה ובעל הבור] אבל הרמב"ם והפוסקים כתבו מפורש דאף שהיא בהמה גדולה ופקחת וביום ה"ז כמו שנקלה בלילה דא"א לבהמה לשמור רק מהבור עצמו ולא מהפלת אחרים ולא ע"י אבן ואין לדמותו לכל תחלתו בפשיעה מפני שזה לא שכיח כלל ששור יפיל בהמה לבור [יש"ש] האמנם זה דחוק לפמ"ש בסי' רצ"א דתלינן תחלתו בפשיעה אף בצד היותר רחוק אמנם לפמ"ש בסעיף ל"ב לדעת הרמב"ם אינו חייב בנזקין בתחלתו בפשיעה אא"כ היתה פשיעה באותה מעשה עצמה ע"ש א"ש:

מג אם אדם ושור דחפו שור לבור אם האדם הזיק בכוונת נזק הוא חייב וכולם פטורים דאטו אם ישים אדם את טליתו של חבירו באש נחייב גם את בעל האש בשביל האש שהדליק שלא ברשותו דאין זה סברא כלל ואם הזיק שלא בכוונת נזק שלשתן חייבים האדם ובעל השור ובעל הבור וזהו בשור מועד אבל בתם משלם בעל השור שתות מהנזק דאם היה מזיק לבדו היה משלם ח"נ ממילא כשיש לו שני שותפים משלם שליש מזה והמותר משלמים האדם ובעל הבור ע"פ הכלל שנתבאר דכל היכא דליכא לאשתלומי מהאי משתלם מהאי אבל בתם כיון דאינו משלם לעולם נ"ש בהכרח לחשוב לו לפי חשבון דאל"כ יגיע לו יותר מחצי נזק וזה א"א משא"כ באדם ובור:

מד אם דחפו בו אדם והזק שלשתם חייבים בנזק והאדם לבדו חייב בד' דברים צער ריפוי שבת ובושת דאלו אין חיובם רק על אדם המזיק כמ"ש בסי' ת"כ ואע"ג דבושת אינו חייב עד שיתכוין להזיק והכא בלא כוונה מיירי כמ"ש אמנם כיון דידע בשעת נפילתו

הי'

הוי כוונה לענין זה [ס"ך] ואם דחפו בהבור כלים ונשברו חייבים האדם ובעל השור לשלם כל הנזק ובעל הבור פטור כמ"ש בסעיף כ"ו וזהו ג"כ ע"פ הכלל שנתבאר ואם השור תם ואין דרכו לשבר כלים אלו משלם רביע נזק והאדם משלם ג' חלקים וזה אין לומר שישלם רק שתות כבדין הקודם דכיון דבעל הבור פטור על הכלים אין לחשבו בנזק זה והוי כאדם ושור שהזיקו [כ"ל]:

מה ואם נהרג האדם בבור חייב בעל השור לשלם כופר אם הוא מועד ובעל הבור פטור כמ"ש בסעיף כ"ג והאדם פטור ממון מפני שחייב מיתה וקם ליה בדרבה מיניה ואפילו היה שוגג קיי"ל דחייבי מיתות שוגגין פטורין מתשלומין ואם היה השור תם אין מי שישלם וזהו בין בבן חורין לענין כופר ובין בשרשים של עבד ואם דחפו אשה הרה ויצאו ילדיה האדם לבדו חייב הכל ובעל השור פטור מדמי וולדות כמ"ש בסי' ת"ה וגם בעל הבור פטור כמ"ש דבור פטור בדיני אדם במיתת אדם ואם דחפו להבור שור של הקדש או של פסולי המוקדשין שלא נפדו האדם חייב לבדו ושור פטור מקרא דרעהו כמ"ש בסי' ת"ו ובור פטור אפילו בנפדו לרוב הפוסקים שבסעיף מ' וכן בבכור אפילו בזמה"ז כמ"ש שם וזהו ג"כ ע"פ הכלל שנתבאר בסעיף מ"א [ע' בספרה כ"ג: ותד"ס סור וד"ס לענין כלים ודו"ק]:

מו בור שכרוי ועומד ונכנס בו אדם להרחיבו או להעמיקו ועמד שור על שפתו ונבעת מקול הכורה ונפל לתוכו הכורה פטור שאינו אלא גרמא בנזקין ובעל הבור חייב נ"ש ע"פ הכלל שנתבאר ואין חילוק בין שנפל השור על פניו ומת מהבל ובין שנפל לאחוריו ומת מהחבט כמ"ש בסעיף י"ג ואפילו היה השור פקח וביום חייב לרוב הפוסקים שבסעיף מ"ב ולי"א שם פטור בשור פקח וביום ודוקא שנפל להבור אבל אם נבעת מקול הכורה ונפל לאחורי הבור ומת פטור גם בעל הבור דאף שנתקל ע"י בורו מ"מ כיון שלא נפל בבורו פטור כמ"ש בסי' ת"א בנתקל באבן ונזוק בקרקע ע"ש:

מז בהכלל שנתבאר דכל חיכי דליכא לאשתלומי מהאי משתלם מהאי יש מי שאומר דכשם כשאין החיוב חל על אחד מהמזיקים חל כולו על השני כמו כן אף כשהחיוב חל על שניהם אלא שהאחד אין לו במה לשלם או שברח משתלם מהשני עד שיעור מה שהיה הוא חייב על נזק זה אלו עשאו לבדו לאפוקי בחיוב ד' דברים שהאדם היה חייב כמ"ש בסעיף מ"ד וברח או שאין לו דלא שייך להטיל על שור ובור במה שאין חיובם כלל אלו עשאו הם לבדם [סמ"ע] ויש חולקים בזה דכיון דחבירו חייב מדינא לשלם אלא שאין לו למה יפרע זה בשבילו דבשלמא במה שפטרה התורה לאחד ממילא הוי כמו שחייבה התורה בכוליה נזק להאחר אבל לא במה שחייבתו התורה אלא שאין לו במה לשלם ואע"ג דשנים שלוו מאחד חייב אחד מהם לשלם כולו כשאין לו להשני כמ"ש בסי' ע"ז זהו מטעם ערבות אבל בנזקין לא היו ערבים זל"ז ודעה ראשונה ס"ל דהא התם מחייבינן לאחר אע"פ שלא ערב בפירוש בשביל השני אלא כיון שחתמו על שטר אחד דינם כערבים זל"ז כ"ש בנזקין [נ"ל]:

מח לפי מ"ש דעת היש חולקין שור שדחף בהמה לבור בזמה"ז שאין דנין דיני קנסות אין בעל הבור משלם כולו אלא ג' חלקים כבזמן הבית ואע"ג שהשור פטור גם מהרביע נזק האידנא מ"מ אין בעל הבור משלם זה בשבילו דהא חיובא רמי עליה אלא שא"א לו להניזק לגבותו:

מט החופר בור ברה"ר ונפל עליו שור והרגו פטור בעל השור מכופר אפילו הוא מועד דהוא בעצמו גרם לו ולא עוד אלא אפילו מת השור נוטל בעל השור דמי שורו מיורשי בעל הבור ואף שמלוה ע"פ הוא כבר נתבאר בסי' ק"ז דמן היורשים גובין אפילו מלוה ע"פ ואין לחוש שמא פרע אביהם דכיון שעכשיו נפל ומת בודאי לא פרע לו דמי השור [סמ"ע] ולפ"ז אם לא מת אלא חלה ומת בהמשך הזמן דין בעל השור עם היתומים כבכל חובות שנתבאר שם [ותוקימתה דערכין ז' סוה למ"ד דמלוס ע"פ אין גובין מיורסיס]:

סימן תיא [דיני תולדות בור ובו ח' סעיפים]:

א תולדות הבור כבור כגון אבנו סכינו ומשאו וכיוצא בהן שהניחם ברה"ר והזיקו במקומן בין שהפקירן והוי ממש דומיא דבור ברה"ר דאינו ממונו ובין שלא הפקירן דאף דאינו דומה בגדר הממון לבור ברה"ר דומיא לבור ברשותו שהפקיר רשותו ולא הפקיר בורו ואפילו לא הניחן בעצמו ברה"ר אלא שהניחן בראש גגו ונפלו ברוח מצויה והזיקו אחה שנחו במקומם שדימה לבור והיינו ממונו שמזיק במקום שמונח שם ואינו זז ממקומו לפיכך יש לו כל דיני בור לחייבו נ"ש על נזקי אדם ובהמה ועל מיתת בהמה ובמה שפטור בבור כמו בכלים ומיתת אדם פטור גם בהם וההפקר אינו מועיל לפטור א"ע ויתבאר בסעיף ח':

ב ואם נפלו ברוח שאינה מצויה והזיקו בשעת נפילה או אפילו לאחר נפילה רק שלא היה לו עדיין פנאי לסלקם פטור וכמה זמן נותנין לו לסלקן הכל לפי הענין אם זהו דבר שדרכו ליטול בעצמו או לשכור פועלים במקח השוה כפי ראות עיני ב"ד וא"צ להוציא

הוצאות

הוצאות יתירות כיון שלא פשע כמ״ש בסי׳ ת״י סעיף ל״ז ולאחר זמן זה חייב אף שהוא לא עשה הבור אלא חרוח האינו מצוי מ״מ לא גרע מבור שעשה אחר ברשותו דעליו למלאותו כמ״ש שם סעיף ג׳ ודוקא כשלא הפקירן אבל אם הפקירן פטור לעולם דעל תחלת מעשה אין לחייבו דהיה באונס וכשהפקירן אין לחייבו על מה שלא סילקן כיון שאינו שלו ודמי לבור ברשותו שהפקיר רשותו ובורו דפטור כמ״ש שם סעיף ו׳ ועמ״ש בסי׳ תט״ז סעיף ה׳ :

ג אין חילוק בין נתקל השור בהאבן והוזק בהאבן או שנתקל בקרקע רה״ר והוזק באבן ואע״פ שגרם ההיזק היה ע״י קרקע רה״ר הוי כמו נבעת מקול הכורה ונפל לבור שנתבאר שם סעיף מ״ו דחייב בעל הבור בכל הנזק מטעמא דכל היכי דליכא לאשתלומי מהאי משתלם מהאי אבל אם נתקל באבן והוזק בקרקע רה״ר פטור דהאבן לא הוי רק גרמא ואינו בכלל בעל הנזק וזהו כנתקל בבור ונפל לאחורי הבור וכמ״ש שם בבור ברשותו והפקיר רשותו ולא בורו דחייב כמו כן באבנו סכינו ומשאו כשהניחם ברשותו והפקיר רשותו ואותם לא הפקיר ונתקל בקרקע ונתנזק בתקלה זו חייב בעל התקלה דדינם כבור ממש :

ד אם הניחם ברה״ר או בראש גגו ונפלו ברוח מצויה אך לא הזיקו במקומן אלא נתגלגלו למקום אחר ע״י רגלי אדם ורגלי בהמה אם הזיקו לאחר שנחו מגלגולם הו״ל בור וחייבים הבעלים לשלם כל הנזק ואע״פ שאפשר שבמקום שהניחן לא היו מזיקים והמגלגלים גרמו לזה מ״מ אינם אלא גרמא והוה כמו נתקל בקרקע והוזק באבן דחייב בעל האבן ואם הזיקו דרך הלוכן בשעת גילגולן אם ע״י רגלי אדם חייב המגלגל הכל ואע״ג דאין דרך בני אדם להתבונן בדרכים זהו לענין אם שבר כלי שמונח לפניו דרך הלוכו אבל מ״מ אין לו להשתגע כל כך בהליכתו עד שיתיז כלי ממקומו ויזיק דרך הליכתו ואע״ג דגם בעל התקלה גרם הנזק אמנם כבר בארנו בסי׳ ת״י סעיף מ״ג דכל מקום שאדם עם עוד דבר הזיקו חייב האדם לבדו כשהיה בכוונת נזק וזהו כבוונת נזק דהוא פושע גמור ואם ואם רגלי הבהמה גלגלו אותם והזיקו בהלוכם חייב בעל הבהמה החצי ובעל התקלה החצי ודוקא כשנתגלגלו בחצר הניזק דאל״כ הו״ל רגל ברה״ר ופטור בעל הבהמה וחייב בעל התקלה לבדו ע״פ הכלל שנתבאר בסעיף ג׳ ולכן אם התיזה הבהמה והזיקה דרך הלוכה משלם בעל הבהמה רביע כדין צרורות ואם היה מזיק לבדו היה חייב ח״נ ועתה שיש לו שותף משלם רביע נזק ובעל התקלה ג׳ חלקים וכמ״ש בסי׳ ת״י סעיף מ״א לענין תם ע״ש :

ה ודע דלא מצאתי ברמב״ם בכל דיני בור דין בור המתגלגל ברגלי אדם ורגלי בהמה וכבר בארנו בסי׳ ש״צ סעיף י״ט מה שנ״ל דהרמב״ם ז״ל לא ס״ל כלל דיש דין בור לבור המתגלגל אלא דנין בזה דין רגל כשגילגלה בהמה או דין אדם המזיק כשאדם גילגלה והוכחנו זה מסוגית הש״ס ע״ש :

ו ולפ״ז יש חילוק לדינא גם בנזק כלים דלרוב הפוסקים שדנין בזה דין בור פטור על הכלים אבל להרמב״ם שדנין בזה דין רגל חייב בנזקי כלים מיהו באדם שגילגל וחייב המגלגל לבדו גם לרוב הפוסקים חייב בכלים דבאדם המזיק אין חילוק [נ״ל] :

ז דבר פשוט הוא דכשאדם מכנים לחצר חבירו איזה תקלה ונזוקו בו חייב משום בור ופטור על הכלים לפיכך אם הכנים שורו לחצר חבירו שלא ברשות והטיל גללים ונינפו כליו של בעל החצר פטור בעל השור דהו״ל הנך גללים בור ובור פטור בנזקי כלים אבל אם הזיקה דרך הטלתה את הגללים מגופה דנין בזה דין רגל או צרורות כמ״ש בסי׳ ש״צ בבהמה שהטילה גללים לעיסה וכן אם האדם הוזק בו אפילו אחר נפילתו לארץ חייב בעל הבהמה משום בור דחייב בנזקי אדם ואין לפוטרו משום איש בור ולא שור בור דהרי מחייבינן ליה על מה שלא ביער הגללים מהחצר כיון דעליה דידיה רמי לסלוקי [סמ״ע] והוה כחופר בור בחצר של חבירו מקודם שנודע לבעל החצר חייב החופר ולאחר שנודע לו חייב בעל החצר כמ״ש בסי׳ ת״י סעיף ג׳ [כנ״ל כוונת הסמ״ע סק״ט ע״ש ודו״ק] וזה שנתבאר בסי׳ שי״ג דאם בהמת ראובן הטילה גללים בחצירו של שמעון זכה שמעון בהגללים זהו כשרוצה לזכות בהם אבל אם אינו רוצה אין מזכין לו בע״כ ולכן אם נראה שידע מהגללים וניחא ליה לזכות בהן זכה לו חצירו ופטור בעל הבהמה :

ח ממה שנתבאר למדנו דמפקיר נזקיו אינו מועיל רק אם חפר הבור ברשותו כמו בור ברשותו והפקיר בורו או רשותו ובורו או מפקיר נזקיו לאחר נפילת אונס כמו בנפלו ברוח שאינה מצויה בסעיף ב׳ כיון שאין לחייבו על עשיית הבור יכול להפקירן אבל הניח כליו ברה״ר או נפלו ברוח מצויה אינו מועיל מה שיפקירם כיון שחייב על עצם עשיית הבור וכן אמרו חז״ל מפקיר נזקיו לאחר נפילת פשיעה חייב [סמ״ע כ״ט: ע״ש] :

סימן ת״יב [המניח כד ברה״ר והשופך מים לרה״ר והזיקו ובו י״א סעיפים] :

א המניח את הכד ברה״ר ובא אחר ונתקל בו ושברו פטור לפי שאין דרך בני אדם להתבונן בדרכים בדרך הלוכן ואינו פושע בשבירתו אבל אין לפוטרו מטעם כי המשנה ובא אחר ושינה בו פטור כמ״ש בסי׳ שצ״ה

שצ"ה וזה המניח שינה שהניח כדו במקום הילוך רבים דבאדם לא אמרינן כן כיון שהוא בר דעת [תוס' ר"פ המניח] ולכן אלמלי היה דרכו להתבונן בדרכים היה חייב בשבירתו ולא גרע מביעוט דאף לבהמה מחייבינן אף במקום שראשונה שינתה כמ"ש ס"ס שפ"ט אבל כיון שאין דרך בני אדם להתבונן בדרכים הוי כאנוס בשבירתו ולכן אם הוזק בהכד חייב בעל הכד דזהו כבור ברה"ר שחייב בין הפקירו ובין לא הפקירו כמ"ש בסי' ת"א סעיף א' דההפקר אינו מועיל כיון שעיקר הנחתו היה באיסור כמ"ש שם סעיף ח':

ב דוקא בנתקל בו ושברו פטור אבל אם שברו בידים חייב לשלם דנהי דזה הניחו שלא ברשות מ"מ אין לו לשבור בידים וכ"ש דאם הוזק ע"י שבירתו בידים שפטור המניח [נמק"י שם]:

ג הניח את הכד במקום שיש לו רשות להניחו כמו במקום פנוי שלפני בית הבד שלפעמים כשבית הבד מלא מניחין שם כדין או אפילו בשוק מן הצד במקום שיש רשות להניח הכדין ובא אחר ונתקל בו ושברו חייב דהאדם כשהולך במקום כזה צריך להתבונן בהלוכו כיון שיש רשות לאנשים להניח שם כליהם ולכן אם לא התבונן ושיברן הוי קרוב לפשיעה וכ"ש דאם הוזק בו המהלך פטור בעל הכד ולכן אם היתה באפילה שא"א להסתכל או אפילו ביום רק שהמניח מילא כל הדרך כדין פטור על שבירתו ואם נתקל בהם והוזק חייב בעל הכד בנזקו שזהו כמניח ברה"ר ולא עוד אלא אפילו שברו בידים פטור כשאי אפשר לעבור ויש לו רשות לעשות כן כדי לעשות דרך ומיהו אם בשעה ששיברן הוזק בחרסיהן פטור המניח אף שמילא כל הדרך שא"א לחייבו בנזק שהוזק זה ע"י שבירתו בידים:

ד יראה לי מלשון רבותינו בעלי הש"ע בסעיף ב' דשני דינים יש במילא כל הדרך דאם מילא ממש עד שא"א לעבור אפילו שיבר בידים פטור ובמילא הדרך ובדוחק יש מקום לעבור אם שיבר בידים חייב ואם נתקל ושברן פטור דא"צ להטריח ולהתבונן ולילך במקום דחוק לענין שיתחייב כשנשברו ע"י כשלונו בהם והרמב"ם ז"ל לא כתב להדיא בפי"ג דגם בשבירתם בידים פטור ע"ש [ואפשר דרמז זה במ"ש פטור על שבירתם ולא קתני באפילה ודוחק]:

ה ואין לתמוה במה שאמרנו דאין דרכו של אדם להסתכל בדרכים כשהולך ברה"ר והרי אפילו בהמה פקחת ביום פטרנו את בעל הבור כשנפלה בבור ברה"ר מפני שהיה לה לעיין בעת הליכתה כמ"ש בסי' ת"י וכ"ש אדם שיש לו לעיין בהלוכו תרצו הראשונים דדוקא אדם שעיניו למעלה אין דרכו להסתכל בדרכים אבל הבהמה עיניה למטה דרכה לעיין ועוד דאדם הוא בעל מחשבות והבהמה אינה בעלת מחשבה ומעיינת יותר בהלוכה [סמ"ע] לפיכך גם בכדין אם נתקלה הבהמה והוזקה בכדין המונחין ברה"ר פטור בעל הכדין ואם שברתן דרך הלוכה הו"ל רגל ופטור ברה"ר ואם שברתן דרך ביעוט הו"ל קרן וחייב ח"נ ודוקא כשלא מילא כל הדרך אבל במילא ודאי דגם בהמה פטורה ואם הוזקה חייב בנזקיה דמה היה לה לעשות ודע דמניח את הכד ברה"ר יש לזה דין בור ואינו חייב על נזקי כלים לפיכך אם האדם נשא שק קמח ונתקל בהכד ונפזרה הקמח או עגלה נתקל בהכד ונשבר האופן וכיוצא בזה נזקין שלא באדם ובהמה פטור המניח מגזירת התורה שפטרה בור על כלים וכן כל מין תקלה שברה"ר יש לזה דין בור:

ו וכבר הוכחנו בסי' ת"י סעיף כ"ה דהרמב"ם לא ס"ל האי דינא דבהמה חלוקה מאדם לענין התבוננות בדרכים ולפ"ז לדידיה במניח את הכד ברה"ר ונתקלה בו הבהמה ושברתו פטור ואם הוזקה בו חייב בנזקיה ולא עוד אלא אפילו במקום שיש לו רשות להניח אם אין הרשות ממש שלו כיון שיש רשות להבהמה לילך שם פטורה כששברה דאין לה דעת כאדם לחלק בין צד לצד אלא דאם הוזקה בהכד פטור בעל הכד כיון שיש לו רשות להניחם שם [נ"ל]:

ז כתבו הטור ורבינו הב"י מי שהיה טעון כד ונתקל ונשבר הכד והזיק לאחרים בשעת נפילה פטור דנתקל לאו פושע הוא עכ"ל ובסי' ד"ש כתב הטור דדוקא כשהלך במקום מדרון אבל שלא במקום מדרון פושע הוא וכתבו שם גדולי אחרונים שחולקים עליו כל הפוסקים וכבר בארנו שם מה שנ"ל דכל הפוסקים מודים לו והרי הטור עצמו בזה הסי' לא הזכיר זה מפני שדבר פשוט הוא שכל נתקל נתקל ע"י איזה סיבה כמו בתחלת הסי' במניח את הכד וע"י הכד נתקל אחר וכמו כן זה שהיה טעון כד ונתקל היה איזה סיבה שע"י זה נתקל דאם הקרקע חלקה ואין מדרון ולא שאר עיכוב איך נתקל ומסתמא לא הלך כדרך בני אדם ומפני פשיטות הדבר לא הוצרכו הפוסקים להזכיר דבר זה ואתחלת הסי' קאי שנתקל ע"י סיבת הכד וה"נ נתקל ע"י איזה סיבה ומה שהוצרך הטור להזכיר שמה מקום מדרון בארנו שם בס"ד טעם נכון בזה ע"ש:

ח וכיון שנתקל לאו פושע הוא לפיכך אם אחר שנחו שברי הכד בארץ הוזק בהם אדם או בהמה או שהוחלקו במים שנשפכו מהכד פטור מדיני אדם דמסתמא הפקיר החרסים וה"ל מפקיר נזקיו לאחר נפילת אונס דפטור ובדיני שמים חייב אם היה לו פנאי לסלקן ואם נתכוין לזכות בשברי החרסים חייב גם בדיני אדם על מה שיזיקו אח"כ כשהיה לו פנאי לסלקן דכל תקלה יש לה דין בור וחייב על נזקי אדם ובהמה ופטור על הכלים ואין לומר איך יזכה במחשבה בעלמא דכיון דנתכוין לזכות בהשברים מעולם לא יצאו מרשותו ובאמת אם מתחלה הפקירן ואח"כ כוון לזכות בהם אינו קינה בכוונה כלי הגבהה [נ"ל] ודבר פשוט הוא דאם

פשע

פשע בנפילתו ונשבר הכד חייב על מה שיזיק בין בשעת נפילה בין על הנזק שנעשה אחר הנחתם בארץ בין שהפקירן ובין שלא הפקירן דמפקיר נזקיו לאחר נפילת פשיעה חייב :

ט כבר נתבאר דכל מין תקלה שאדם עושה ברה"ר יש לזה דין בור לפיכך השופך מים ברה"ר והוחלק בהם אדם או בהמה שע"י ההחלקה נפלו לארץ והוזקו חייב בהזיקן וכ"ש אם נבלעו המים בארץ ונמחה האדמה עד שנעשו רפש וטיט דהשתא ה"ל בור ממש ולא עוד אלא אפילו בימות הגשמים שיש רשות לאדם לפתוח ביב שלו להיות מקלח ברה"ר אפ"ה אם הוזקו חייב לשלם כמ"ש בסי' ת"ד וכ"ש בימות החמה דחייב כיון שהוא שלא ברשות שאין לאדם רשות לפתוח ביבו לרה"ר בימות החמה ואפילו שפיכת מים נקיים ושופכין שיש לאדם רשות לשופכן גם בימות החמה כמ"ש שם מ"מ אם הזיקו חייב לשלם דבכלל גדול הוא דאף במה שנתנו חכמים רשות לעשות מ"מ חייב בהזיקן כמ"ש שם :

י וכיון דיש לזה דין בור ממילא הדין מבואר שאם נטנפו בהמים בגדיו של חבירו פטור בין הפקירן בין לא הפקירן דיש לזה כל דיני בור דפטור על הכלים מגזירת התורה כמ"ש בסי' ת"ב וכן אם נטנפו פירותיו של חבירו ואינו חייב רק על נזקי אדם ובהמה :

יא יש מי שאומר דאם מתה הבהמה ע"י זה פטור דהא ליכא כאן לא הבלא ולא חבטה כמ"ש בסי' ת"י דהבלא אינה רק בבור וחבטה צריך עומק עשרה ולא נהירא דאטו אין מיתה בלא הבל וחבט ופשיטא שאם מתה ע"י סירחון או שע"י ההחלקה נתרסקו איבריה דחייב וזה שאמרו חכמים אין חבטה בפחות מעשרה זהו בסתם נפילה אבל בנפילה שע"י החלקה ודאי דאפשר שתמות ע"י זה וראיה ממאי דקיי"ל ביו"ד סי' נ"ח דכשהפילוה אחרים שלא מדעתה יש לה דין נפילה אפילו בפחות מעשרה טפחים וכ"ש חבט פתאומי שע"י חליקה והכתוב אומר יהי דרכם חשך וחלקלקות אלמא דיש בזה סכנה :

סימן תיג [דין קדרין שהלכו זא"ז ונתקלו ונפלו ובו ז' סעיפים]

א שני קדרין שהיו מהלכין בדרך זה אחר זה ונתקל הראשון ונפל ונתקל השני בראשון אע"ג דנתקל אנוס הוא ופטור על הנפילה כמ"ש מ"מ אם היה שהות לראשון לעמוד ולא עמד חייב בנזקי שני שאף שהיה אנוס בשעת נפילה אינו אנוס בהיותו מוטל בדרך והרי היה יכול לעמוד ואם חיובו כשהזיק בגופו בלבד או אם גם שהזיק את השני במשאו שעליו יתבאר לפנינו בס"ד ואם לא היה לו לעמוד בעת נפילת השני פטור בד"א שחייב בנזקיו של השני כשהוזק גופו של שני אבל אם הוזקו כליו פטור הראשון דחשבינן לגופו של הראשון בור ופטור על נזקי כלים ולא חשבינן ליה כאדם המזיק דכיון דנפל מפני התקלה וכל תקלה בור הוא לא חשבינן ליה במה שלא עמד יותר מבור ויש חולקין ויתבאר בסעיף ג' בס"ד :

ב י"א דאע"פ שלא היה עדיין שהות להראשון לעמוד בעת נפילתו של שני ג"כ חייב בנזקי שני מפני שהיה לו להזהיר בקול להשני שיעמוד על מקומו שלא יתקל ויפול אם לא שגם בזה לא היה לו פנאי להזהירו כגון שהלך סמוך לו ומיד כשנפל הוא נפל גם השני אחריו ודעה ראשונה ס"ל דעל מה שלא הזהירו פטור כל זמן שלא היה יכול לעמוד עדיין מפני שהוא טרוד בעצמו ואינו נותן לב להזהיר להשני ולזה הסכימו הרבה מהפוסקים וכן עיקר לדינא וראיה ממ"ש בסי' שע"ט בחבית וקורה דכשעמד לתקן משאו לא היה לו גם להזהיר ע"ש אמנם בשם הכל מודים כמ"ש שם :

ג ואין להקשות על מה שבארנו דגוף האדם אינו נחשב יותר מנזק בור והרי בסי' שע"ט סעיף ה' נתבאר דאפילו במשא שעל האדם אין לזה דין בור אלא דין אדם המזיק וכ"ש באדם עצמו די"ל דודאי כשהאדם עומד על מקומו או הולך חשבינן גם למשאו שעליו כאדם המזיק אבל כשנפל על הארץ באונס הרי הוא עצמו ככל התקלות ואין לו יותר מדין בור ויש מי שאומר דגופו כיון שלא עמד הוי כאדם המזיק וחייב אף על נזקי כלים דשני אף אם זה השני הזיק בשלישי לא נחשב גופו של שני יותר מבור משום דנתקל ע"י הראשון [רא"ש בסוגיא דשני קדרין להרי"ף וכ"כ הטור] :

ד הקדרים והזגגים שהם עושי זכוכית וכיוצא בהם שהיו מהלכים זה אחר זה ונתקל הראשון ונפל ונתקל השני בראשון והשלישי בשני וכל אחד מהם היה לו שהות לעמוד עד נפילת הבא אחריו ולא עמד או להזהיר ולא הזהיר להי"א שבסעיף ב' לדעת הרמב"ם והרבה מהפוסקים כל הגופים כולם יש להם דין בור וחייבין בנזקי הגופים של הבאים אחריהם ולא על נזקי ממונם דבור אינו חייב בנזקי כלים ואם הזיקו בממונם והיינו בהמשאות שעל כל א' וא' הזיקו את הבאים אחריהם ולא הפקירו המשא אחרי נפילתם דאם הפקירו הרי כולם

כולם פטורין דהוי מפקיר נזקיו לאחר נפילת אונס דנתקל אנוס הוא וכיון שלא הפקירו והיה להם שהות להקים משאם מעל הארץ קודם נפילת הבא אחריו היה מן הדין לחייבם כמו שהזיקו בגופם אלא דאמרו חכמים דרק הראשון חייב בזה אף שהוא אנוס כמו השני וחיובו הוא על שלא הקים משאו מ"מ השני שהוא אנוס גדול שנתקל ע"י הראשון אינו חייב על משאו שהזיק להבא אחריו אפילו היה לו שהות להקימה שהרי אומר לו הבור הזה שהוא משאי לא אני חפרתיה שהראשון הפיל אותי עם משאי אבל על גופו אינו יכול לפטור עצמו בטענה זו דהגוף ודאי היה לו להעמיד מן הארץ כדרך האדם ולכן אינו חייב רק הראשון בנזקי שני ויש מי שרוצה לומר שהראשון חייב בנזקי כולם [ס"ג] ולא נהירא לי ולמה יתחייב בשל אחרים והרי גם הוא אנוס בנפילתו וחיובו הוא על שלא הקים משאו ונהי דפטרינן להשני על זה מ"מ איך נחייב את הראשון על מה שהשני לא הקים משאו ואין לתמוה למה באמת פטור השני כשהיה לו שהות מפני שזהו דומה לאבנו סכינו ומשאו שהצניען בביתו ובא אחר והניחן ברה"ר והזיקו שהבעלים פטורים אע"פ שהיה לו שיסלקן דאין סברא שזה יחפור בור וזה יתחייב [רמב"ן] מיהו לפמ"ש בסי' ת"י סעיף ג' דראובן שחפר בור בחצירו של שמעון ונודע לשמעון דחייב לכסיתו ואם לא כיסהו חייב היה לנו לחייב את השני [הגר"א סק"ה] ואמנם אפשר לומר דזהו רק ברשותו אבל ברה"ר לאו עליה דידיה רמי לכסות הבור וה"נ אע"ג שמשאו לא הפקיר מ"מ אין לנו לחייבו על מה שלא הקים משאו מרה"ר כשהיה אנוס גמור על ידי אחרים :

ה וי"א דגופו של ראשון כיון שהיה לו שהות לעמוד או להזהיר ולא עשה כן דיינינן ליה כאדם המזיק וחייב במה שהזיק בגופו אף לכליו של השני דהיינו משאו ומשאו של ראשון יש לזה דין בור וחייב על גופו של שני ולא על כליו אבל גופו של שני כיון שהוא אנוס גמור לא דיינינן את גופו יותר מדין בור ואינו חייב אלא על נזקי גופו של שלישי ולא על נזקי כליו ומשאו של השני כשהזיקה אינו חייב כלל כמו לדעה ראשונה [רא"ש להרי"ף ומ"ש בסוגיא כולם פטורים על נזקי ממונם הוא לבד מהראשון ושיטת רש"י ותוס' הוא למאן דס"ל נתקל פושע ע"ש ואין הלכה כן לכך לא כתבנו] :

ו אם אחד הזהיר לחבירו שיעמוד על מקומו כולם פטורים אע"פ שהיה להם לעמוד דכיון שהזהירו ולא שמעו הרי פשע בעצמו כל אחד מהנזוקין ולא יוכל הבא אחריו לומר להקודם לו כיון שהיה לך שהות לעמוד אין ביכלתך לישכב עם משאך ברה"ר דאינו כן דדרך אנשים כן הוא כשאירע להם סיבה ינוחו מעט זמן אף ברה"ר ודי כשהזהיר להבא אחריו לבל יקרב אליו ויתנזק ודע שזה שכתב רבינו הרמ"א בסעיף ג' ויש חולקין וס"ל דאם הוזק במשאו אפילו גופו של שני פטור עכ"ל כוונתו כשהפקיר הראשון משאו אבל בלא הפקירו מודה דחייב ולפמ"ש גם רבינו הב"י סובר כן [וכ"כ הסמ"ע וזהו דעת הרא"ד וכ"כ בא"ס"ג] :

ז יש לפעמים שהראשון חייב בנזקי כולם כשם שחייב בהשני כגון שנפל לרוחב הדרך ונתקל השני בראשו והשלישי בבטנו והרביעי ברגליו והיה לו שהות לעמוד ולא עמד הרי הוא חייב בנזקי כולם שכולם נתקלו בו וי"א דגם בכה"ג אינו חייב רק בנזקי השני בלבד דהשלישי פשע בעצמו דכיון שראה לפניו את השני שנתקל בהראשון היה לו לשמור א"ע וכן הרביעי ואינו חייב בהם הראשון אא"כ היה מונח ברוחב הדרך ובאלכסון דאז יכול להיות שהשלישי לא ראה את השני נפל לפניו שהיה רחוק ממנו כפי ריחוק הראש מהבטן והבטן מהרגלים דאע"פ שאין הרוחק הרבה מ"מ בשעה שאדם הולך עם משא אינו רואה אלא מה שלפניו ממש אבל כשאינו מונח באלכסון על השני ודאי חייב מפני שלא ראהו השני עד שהיה ממש אצלו ונתקל ונפל אבל השלישי כשראה השני מונח לפניו ובע"כ משוך הוא קצת מהראשון היה לו ליזהר קודם שבא לגופו של הראשון ממש ומדלא נזהר פשע בעצמו וכן כל כיוצא בנזקין כאלו :

סימן תיד [אימתי אדם רשאי לשפוך שופכין ברה"ר ובו ה' סעיפים] :

א כבר נתבאר דאסור לעשות שום קלקול ברה"ר לפיכך אסור להוציא את הזבל ואת הגללים לרה"ר כדי להניחם שם אבל מוציאם כדי לפנותם לאלתר וכ"ש מים נקיים ושופכין שבבית שכשנשפכין לרה"ר אין מתעכבין שם אלא נוזלים ויוצאין מיד לאיזה מקום לאחר שפיכתם שמותר לשופכן אפילו בימות החמה ואפילו המים סרוחים כל שמפנה אותם לאלתר בלי שיהוי דמה יוכל האדם לעשות בשופכין שלו אם לא במקומות הגדולים שנעשו מחילות מתחת הקרקע עם צינורות ועמודים חלולים ששם ילכו השופכין דאז ודאי אסור לשפוך לתוך הרחוב ויש שכתבו עוד דאף לתקן בור קטן פחות מג' טפחים ברה"ר אין בני רה"ר יכולים לעכב דבלא זה הארץ אינה שוה בכל מקום וכל פחות מג"ט כארעא סמיכתא דמי ונראה דגם גובה פחות מג"ט הדין

כן

כן ולענין שבת פחות מג' כלבוד דמי ובמקומות שהרחובות מרוצפות באבנים או שמשוים את העפר תמיד להשוות את הרחוב ודאי דאסור אפילו לחפור משהו אי לעשות גובה משהו ובימינו ברוב הערים הגדולות כן הוא:

ב מתקנת חכמים שבשעת הוצאת זבלים להשדות יש רשות לכל אדם להוציא את הזבל והגללים שנתאספו אצלו לרה"ר ולצבור אותם שם שלשים יום כדי שיהיה דרוס ברגלי אדם ורגלי בהמה ויהיה זבל טוב להשדות ואעפ"כ אם הזיק חייב לשלם כדין בור דהתקנה לא היתה רק לענין שאין ביכולת לעכבו ולא עשה איסור ולא לפטור מתשלומי נזק ואסור לשום אדם ליטול זה הזבל והגללים לעצמו וגזל גמור הוא רק י"א דלאחר שהזיק זה הגלל והזבל נעשה כהפקר וכל הקודם בו זכה וכ"כ רבינו הרמ"א וכ"ז במקום שאין מנהג אבל במקום שיש מנהג שהרחובות והשווקים נקיים כל ימות השנה ומטאטאין אותן ודאי דאסור בכל זמן [ומ"ש הרמב"ם והסמ"ע וחייבין משום גזל כיון שאין בו שבח וכו' צ"ע מה הוצרכו לטעם זה ע"ש]:

ג ואפילו בשעת הוצאת זבלים לא התירו רק להוציא זבל וגלל אבל לא יוציא אדם תבן וקש לרה"ר כדי שידרסו ברגלי אדם ובהמה ולהעשות זבל דהם קשים וחלקים ועלולים שיחלוק בהם אדם ובהמה ואם הוציאם קנסוהו חכמים שיהא כהפקר וכל הקודם בהם זכה ואמרו חז"ל [ב"ק ל':] דעיקר הקנס הוא על השבח שהשביחו התבן והקש דכיון שכוונתו היתה להשביחם נצרך לקונסו שהשבח יטלו אחרים ויטלו זבל ויחזירו לו קש ותבן ומ"מ קנסו גם גוף התבן והקש משום שבחו דאל"כ לא ימנעו מזה כיון שלא יגיע להפסד הקרן ולכן הפקירו התבן והקש ושיזכה בם כל מי שיטלם אמנם זהו ספיקא דדינא אם קנסו אותו מיד שהוציאן לרה"ר או לא קנסו אותו עד זמן השבח לפיכך מעת שנדושו והשביחו ודאי דכל הקודם בהם זכה וקודם לזה אם קדם אדם וזכה בהם אחר שהוציאם לרה"ר הוי ספיקא דדינא ולהרמב"ם מהני תפיסה ולהרא"ש לא מהני כמ"ש כמה פעמים ודין זה הוא אפילו אם התבן והקש משדותיו אסור לו להוציאן לרה"ר וכן מבואר מלשון חז"ל שאמרו תבנו וקשו ועמ"ש בסי' נ"ב סעיף א':

ד אם הוזקו אדם או בהמה בהתבן והקש חייב לשלם ואע"ג דחכמים הפקירו אותם ואינו בעליהם לא גרע מאלו הפקירן בעצמו וה"ל מפקיר נזקיו אחר שהניח שלא ברשות דחייב כמ"ש בסי' ת"י:

ה י"א דאע"ג דאמת הוא שחז"ל הפקירו גם גוף התבן והקש מפני השבח מ"מ הבא לשאול מב"ד אם רשאי לזכות בהם אין מורין לו לכתחלה לזכות רק בהשבח ולא בגוף התבן והקש אא"כ התרו בה בעלים שיסלקו אותם ולא סילקו מפקירין אותם לכל הרוצה לזכות בהם ודע דבכל דינים אלו אם יש בזה חוק המלכות דינא דמלכותא דינא:

סימן תטו [הגודר גדרו בקוצים והמצניע קוצים בכותל ובו ז' סעיפים]:

א הזורק קוצים או שברי זכוכית לרה"ר והוזק בהן אחר או בהמה חייב בנזקו כדין בור ברה"ר אפילו הפקירן כיון שעשה בור ברה"ר ולא עוד אלא אפילו המצניע את הקוץ ואת הזכוכית בכותלו המפסיק בינו לבין רה"ר אם היו בולטים קצת מן הכותל לרה"ר והוזק בהם אחר חייב לשלם נזק שלם כדין בור ברה"ר דזהו כחופר בור ברשותו והפתה סמוך לרה"ר דחייב כמ"ש בסי' ת"י אבל אם לא בלטו לרה"ר פטור ואע"ג דהמתחכך בהכותל יתנזק אמנם אין דרך בני אדם לילך דבוק לכותל ולהתחכך בו ואם אחד עשה כן פשע בעצמו וכן הדין בגודר את גדרו שבינו לרה"ר בקוצים אם גדר בצמצום בתוך רשותו פטור ואם הגדר בולט מעט לרה"ר חייב כמ"ש:

ב אבל בחצירו כשהטיל קוצים ושברי זכוכית והוזק כהן אחר פטור כדין בור ברשותו וממדת חסידות הוא שאפילו בחצירו יצניע אדם קוציו ושאר כל דבר המזיק במקום שלא יבא מהם תקלה כגון להשליכם לנהר או ישרפם או יצניעם בשדה תחת הקרקע למטה ממקום המחרשה וכך היו עושים חסידים הראשונים [ב"ק ל'] דאע"ג שא"א למחות בו דבשלו עושה סוף סוף גורם נזק לרבים דהרבה אנשים הולכים לחצירו ויתנזקו ובזה וכיוצא בזה אמרו חז"ל [שם] האי מאן דבעי למהוי חסידא לקיים מילי דנזיקין:

ג ודע דממה שנתבאר דאם הקוצים אינם בולטין לרה"ר אפילו הם סמוכין ממש לרה"ר פטור לפי שאין דרך להתחכך בכתלים אין לדייק מזה דהחופר בור ברשותו סמוך ממש לרה"ר פטור ג"כ מהאי טעמא דאינו כן והרי כל הפוסקים כתבו דין זה וכתבו ג"כ דבור ברשותו סמוך לרה"ר אפילו בתוך ד' לרה"ר חייב כמ"ש בסי' ת"י אלא דאין ענין זל"ז דודאי במקום שאין מחיצה מפסקת בינו לבין רה"ר כבסי' ת"י סעיף י' הולכין אף מעט בתוך הרשות כשרבים נדחקים כמ"ש שם אבל כשיש כותל אין מדרך להתחכך בכתלים [ע"ש בנמק"י]:

ד המצניע קוציו וזכוכיותיו בתוך כותלו של חבירו ובא בעל

בעל הכותל וסתר כותלו ונפל לרה"ר והזיק אם כותל רעוע הוא המצניע חייב דה"ל לאסוקי אדעתיה שבעל הכותל יסתור כותלו ויזיק לרבים ודינו כאבנו סכינו ומשאו שהניחן בראש גגו ונפלו ברוח מצויה והזיקו לאחר נפילה [רא"ש] ולא דמי למוצא בור מגולה וטממו וחזר וחפרו דפטור בעל הבור וזה השני חייב אע"ג דהראשון עושה הבור דהכא השני לא עשה מעשה שראוי להתחייב [סס] ואם כותל ברי הוא פטור המצניע דלא ה"ל לאסוקי אדעתיה שיסתרו הכותל ובעל הכותל חייב ונראה דאפילו לא ידע מהקוצים המוצנעים שם חייב מדכתבו רבותינו הטעם דה"ל לאסוקי אדעתיה [רא"ש ונמק"י] אמנם מלשון רש"י ז"ל שכתב שם דה"ל לבעל הכותל להצניעם משמע דדוקא בדידע מהם ואפשר דכוונתו אע"ג דלא ידע מקודם מ"מ כיון שאחר סתירת הכותל ראם ה"ל לאצנעינהו ובזה אפשר מודים כל הפוסקים דאם לא ראם כלל אחר הסתירה דפטור וכן נראה עיקר לדינא ואין להקשות למה חייבנו בכותל רעוע את המצניע נחייב את בעל הכותל והיה לו לחוש שמא הצניעם המצניע בהיות הכותל בריא ולא פשע די"ל דאע"ג דהיה לו לבעל הכותל לחוש לזה מ"מ כיון דהמצניע פשע עכ"פ והוא עשה הבור טייב [תוס' ורא"ש סס] :

ה אם הזיקו בשעת נפילת הכותל י"א דבעל הכותל חייב בכל ענין אפילו בכותל רעוע והטעם דבשעת נפילה ה"ל כמזיק בידים ודמי להיתה אבן מונחת לו בחיקו ועמד ונפל האבן מחיקו והזיק בשעת נפילה דחייב אפילו כשלא ידע מהאבן כלל [נמק"י] כמ"ש בסי' תכ"א ואע"ג דהראשון פשע מ"מ לגבי מעשה בידים של השני לא חשבינן לפשיעה דראשון כלל ודמי לדין המבואר בסי' ת"י סעיף מ"ג ע"ש :

ו אם נפלה הכותל מאליה אם היתה כותל בריאה כולם פטורים דאין את מי לחייבו ואם היתה רעוע חייב המצניע אפי' הזיקה בשעת נפילה [סמ"ע] כיון דאין לחייב את בעל הכותל ויראה לי דבזה אין לחייבו משום בור דגדר הבור הוא שאינו הולך ומזיק וזהו גדר האש כאבנו סכינו ומשאו שהניחם בראש גגו ונפלו ברוח מצויה והזיקו דרך נפילתם דחייב משום אש כמ"ש בסי' ת"ח ולכן חייב גם על הכלים ופשיטא דבדין הקודם שבעל הכותל סתרה והזיקה בשעת נפילה דחייב בכל ענין כדין אדם המזיק ועמ"ש בסי' תט"ז סעיף ד' :

ז אם בא אדם מן השוק וסתר את הכותל בין שהיה כותל בריא בין רעוע חייב הסותר והמצניע פטור ואע"ג דברעוע פשע המצניע מ"מ השתא הסותר חייב דלא גרע מכורה אחר כורה שהראשון חפר תשעה והשני חפר הטפח העשירי דהאחרון חייב דשם הבור הוא עשאה [נמק"י] כמ"ש בסי' ת"י ולא דמי לסתרו בעל הכותל דעליו מוטל לתקנה אבל זה האחר אינו אלא כמזיק דעלמא כיון שעשה שלא ברשות ואם אמר לבעל הכותל אתה אמרת לי לסתרה נאמן בכותל רעוע כמ"ש בסי' שפ"ב ועמ"ש בסי' תט"ז סעיף ב' :

סימן תטז [הכותל והאילן שהיו רעועים ונפלו והזיקו ובו ט' סעיפים] :

א כתב הטור הכותל והאילן שהם רעועים והתרו בבעלים לסלקן ונפלו לאחר הזמן שנתנו להם והזיקו בין בשעת נפילה בין לאחר נפילה יש להן דין בור בין שהפקירן הבעלים בין שלא הפקירן ואם לא התרו בו או שהתרו בו ונפלו בתוך הזמן והזיקו ל"ש לאחר נפילה ל"ש בשעת נפילה כל זמן שלא נודע לבעלים שנפלו פטורים וכן אפילו אם נודע להם שנפלו אלא לא היה להם פנאי לסלקם או הפקירן פטורים אבל אם יש להם פנאי לסלקם ולא הפקירום חייבים דהו"ל ממונו שהזיק שאפילו אם אחר מניח את כליו ברה"ר במקום שיכולים להזיק חייב בעל הכלי לסלקו עב"ל והזמן נותנים להם שלשים יום דזהו זמן ב"ד בכל הדברים ומיהו בנזקין שבקל להסירן כמו קוצים ושברי כלים אין נותנין לו זמן כל כך רק שעה קלה [תוס' ב"מ קי"ח] :

ב והנה זה שכתב דלא מהני ההפקר לאחר הזמן שנתנו להם מפני שזהו כמפקיר נזקיו לאחר נפילת פשיעה דחייב והכא פשע במה שהניחם לאחר הזמן משא"כ בנפלו תוך הזמן או שלא התרו בו וכשנתוודע לא היה לו פנאי לסלקן והפקירן ה"ל מפקיר נזקיו לאחר נפילת אונס דפטור ואחר ההפקר אין החיוב חל עליו כשלא התחייב בשעת התהוות הבור כמו החופר בור ברשותו והפקיר רשותו ובורו דפטור כמ"ש בסי' ת"י אבל בשלא הפקירן חייב כשהיה לו פנאי לסלקן אע"פ שעל ההתהוות הבור אינו חייב כמ"ש שם סעיף ג' דאפילו אם אחר חפר בור ברשותו חל על הבעלים החיוב לסלקו וכשלא סילקו חייב בנזקיו וכ"ש כשאחר מניח את כליו ברה"ר במקום שיכולים להזיק שחייב בעל הכלים לסלקן כשלא הפקירן ואע"ג דבס"ס תט"ו נתבאר דמצניע קוצים בכותל רעוע של חבירו ובא אחר וסתר הכותל דהאחר חייב ולמה לא אמרינן דעל הבעלים לסלקן לא דמי דודאי אם הכותל הזיקה אח"כ חייב בעל הכותל כשידע והיה לו פנאי לסלקה אבל על הקוצים אין לחייבו דאינם שלו והוא לא הניחם וגם את המצניע אין לחייב דמסתמא

הפקירן

הפקירן ואין זה מפקיר לאחר נפילת פשיעה דהרי לא הניחן ממש ברה"ר אלא בהכותל והוי כחופר בור ט' ובא אחר והשלימה לעשרה דהאחרון חייב ואם באמת לא הפקירן חייב המצניע משעה שירע מסתירת הכותל והיה לו פנאי לסלקן :

ג אמנם בזה שכתב דגם על ההיזק שבשעת נפילה יש לזה ג"כ דין בור והרי גדר הבור הוא שאינו הולך ומזיק אלא מזיק במקומו וכל דבר שהולך ומזיק הוא גדר האש כמו אבנו סכינו ומשאו שהניחן בראש גגו ונפלו ברוח מצויה והזיקו בשעת נפילה וכמ"ש בסי' תט"ו סעיף ו' לענין קוצים שהזיקו בשעת נפילת הכותל אמנם באמת התוס והרא"ש נסתפקו בדין זה אם לדמותו לאש או לבור ומסקו להלכה דיש לדמותם לבור מטעם דגדר האש הוא שכח אחר מעורב בו דהיינו שהולך ע"י הרוח וכן אבנו סכינו ומשאו כח אחר מעורב בהן שנפלו ברוח מצויה לכן דומים לאש אבל כותל ואילן שמחמת ריעותתן נפלו מעצמן לא דמי לאש ויותר דמי לבור ואי משום שהולכין ומזיקן מה שאין כן בבור לא גריעי מחמת זה וכ"ש שיש לחייבו יותר מידי דהוה אקושר אבן ברגל בהמתו והלכה לרה"ר והזיקה ואי משום שאין תחלת עשייתן לנזק שור יוכיח עכ"ל הרא"ש ז"ל ריש ב"ק :

ד ולמדנו מדברי רבותינו דאע"פ שגדר הבור הוא תחלת עשייתו לנזק ואינו הולך ומזיק מ"מ יש לפעמים דין בור גם במה שאין להם גדר זה כמו בכותל ואילן שנתבאר מפני שאין לדמותן לנזק אחר ובאמת הש"ס שם למדה דין זה דכותל ואילן מהצד השוה מבור ושור [ב"ק ו':] ולפ"ז מה שבארנו בסי' תט"ו סעיף ו' בקוצים שהזיקו בשעת נפילה דהויין תולדה דאש אינו כן לדעת רבותינו אלה כיון שאין כח אחר מעורב בהן והם תולדות בור אע"פ שהולכין ומזיקן דלא גריעי מחמת זה כמ"ש :

ה עוד למדנו מדברי הטור שכתב כשלא היה לו פנאי לסלקם או הפקירם פטור דמפקיר נזקיו לאחר נפילת אונס פטור אפילו כשהפקירן אחר הזמן שהיה לו לסלקן ולא אמרינן דמשעה שהגיע הפנאי לסלקם רמי עליה חיובא והוי פשיעה כשלא סילקן והוי כמפקיר אחר נפילת פשיעה דלא כן הוא דכיון דתחלת נפילה לא היתה בפשיעה אינו חייב אלא בשהיה לו פנאי לסלקן ולא הפקירן וכן משמע מכל הראשונים והכלל הוא דכשלא התרו בו מב"ד לסלק את הדבר המוכן להזיק או כשהיה אנוס בשעת נפילה פטור בד' אופנים האחת בשעת נפילה והשנית לאחר נפילה כשלא נודע לו והשלישית כשנודע לו ולא היה לו פנאי לסלק הנזק והרביעית אפילו היה לו פנאי אלא שהפקירן ובנפילת פשיעה חייב בכולן ובהתרו בו מב"ד ונתנו לו זמן ועבר הזמן חייב ג"כ בכולן אפילו בשעת נפילה ולא נודע לו ולא היה לו פנאי והפקירן [הגר"א] :

ו ועוד מתבאר מדברי הטור דאע"ג שלא התרו בו אם ידע מנפילתן והיה לו פנאי לסלקן ולא הפקירן חייב בהזיקן וכן מתבאר מתוס' וראשונים אבל הרמב"ם ז"ל יש לו דעת אחרת בזה וז"ל בפי"ג דין י"ט הכותל והאילן שנפלו לרה"ר והזיקו פטור מלשלם ואע"פ שהפקירן לפי שאינם דומים לבור שהרי אין תחלתם להזיק ואם היו רעועין ב"ד קובעין לו זמן לקוץ את האילן ולסתור את הכותל וכמה הזמן ל' יום נפלו בתוך הזמן פטור לאחר זמן חייב מפני שהשהה אותם עכ"ל והעתיקו רבינו הב"י בש"ע סעיף א' וכתב רבינו הרמ"א דדוקא שהתרו בו ב"ד אבל בלא ב"ד אע"פ שהתרו בו חביריו אינו כלום עכ"ל עוד כתב די"א דאם היה לו פנאי לסלקן ולא הפקירן חייב עכ"ל :

ז וביאור הדברים דהרמב"ם פוטרו אפילו כשידע מהנפילה והיה לו שהות לסלקן ולא הפקירן ואפילו הפקירן ודמי יותר לבור ברה"ר שזהו עיקר בור האמורה בתורה מ"מ כיון שאין תחלת עשייתו לנזק פטור בלא התראה מב"ד ואע"פ שהתרו בו אנשים אחרים ולא דמי לאחר שחפר בור ברשות אדם דחייב בעל החצר כשיש לזה דין בור כמ"ש בסי' ת"י סעיף ג' דשאני התם דעכ"פ הבור הזה תחלת עשייתו לנזק וכן במצניע קוצים ברשותו של חבירו בכותל בריא דחייב בעל הכותל כמ"ש בסי' תט"ו או זבלים שמוציאין לרה"ר שבסי' תי"ד או מניח כד ברה"ר שבסי' תי"ב או אבנו סכינו ומשאו שבסי' תי"א דכולהו הוי כתחלת עשייתם לנזק דתחלת עשייתן של אלו לקלקל לרבים הוא אף שעושין ברשות אבל זה שבנה כותל ונטע אילן כדרך האדם אין עליו שום חיוב אפילו נפלו וידע בין הפקירן בין שלא הפקירן אך מהזמן שב"ד התרו בו הוה כענין חדש ונחשב כתחלת עשייתו לנזק ועל זה כתב רבינו הרמ"א די"א דאם היה לו פנאי לסלקן ולא הפקירן חייב אפילו בלא התראת ב"ד כיון שידע מזה וזהו דעת הטור שבארנו [ובזה מתורץ קושית הסמ"ע והט"ז וא"ל להגהת הסמ"ע ובאה"ג ואף שהגה"מ משמע שפי' דברי הרמב"ם בשעת נפילה והגה"מ פירש כשלא נודע לו מ"מ ברור שהרמ"א פי' דבריו כמ"ש דאל"כ למה לא יתחייב בהתראת אחרים ומה זה שכתב וי"א כשהיה לו פנאי וכו' ומי חילק בזה ולפמ"ש א"ש בס"ד ודו"ק] :

ח עוד כתב רבינו הרמ"א דאפילו לדעת המחבר שהוא דעת הרמב"ם אם חפר בכותל וגרם להפילו חייב בנזקין דהו"ל חצוו ממש עכ"ל עוד כתב דאע"ג דזמן ב"ד שלשים יום מ"מ אם הדבר נחוץ ויש לחוש שיזיק לאחרים אין נותנין לו זמן רק כופין אותו לסלק הזיקו מיד עכ"ל עוד כתב דכ"ז כשבנאה מתחלתו כראוי אבל אם לא בנאה כראוי ומחמת זה נפל הכותל חייב בנזקיה עכ"ל דזהו כבור שתחלת עשייתו לנזק וחייב גם להרמב"ם ז"ל [והיש"ש פ"ק סי' ה' חולק על הרא"ש והטור וס"ל בכותל ואילן כשהפקירן הוי תולדה דבור ובלא הפקירן היא מורכבת מבור

מבור ואם או בור ורגל ונותנין לזה קולי סניסס ולא מצאתי לו חבר בכל הפוסקים] :

ט תניא בתוספתא דב"מ [פי"א] נפל הכותל מחמת הזועות ומחמת הרוח ומחמת הגשמים אם בנאו כדרכו פטור ואם לאו חייב נתנו לו זמן נפל בתוך זמן פטור לאחר זמן חייב עכ"ל ומזה ג"כ ראיה למה שכתבנו בדעת הרמב"ם דהכא הרי ידע מנפילתה ופטור בלא נתינת זמן מב"ד :

סימן תיז [עוד בענייני עשיית נזקין דאסור לעשות ובו י"א סעיפים] :

א לא יזרוק אדם אבנים מרשותו לרה"ר ואם זרק וחוזק בהם אדם או בהמה חייב בנזקן ומעשה באדם אחד שורק מרשותו לרה"ר ומצאו חסיד אחד וא"ל מפני מה אתה זורק מרשות שאינו שלך לרשות שלך ושחק עליו אותו האיש לימים הוכרח למכור קרקעו והלך ברה"ר ונתקל בהם אמר יפה אמר לי אותו חסיד [ב"ק נ':] דרשותו של אדם כשהעני מוכרו והרה"ר הוא תמיד שלו :

ב ואין עושין שום חלל תחת רה"ר ולא יחפור תחתיהם כורות שיחין ומערות ואפילו יחפור ברשותו א"א שימשוך החלל תחת רה"ר ואע"פ שיניח למעלה מהחלל הרבה עפר עד כדי שהעגלה טעונה אבנים יכולה להלוך על גביהן משום דחיישינן שמא תפחת מלמטה מעט מעט ולא ידע מזה עד שיארע נזק ואפילו יקבל עליו לשלם לא מהני דלא ניחא ליה לאינש למיקם בדינא ודיינא ואפילו יעשה קירוי חזק באבנים בהחלל בתקרת הקרקע אסור דיש לחוש אפילו לסיבה רחוקה והחופר בור לצרכי רבים מותר וכן אסור לעשות חלל תחת רשותו של חבירו ובכולם אע"פ שאסור לעשות אם עבר ועשה כיסוי כראוי או הניח קרקע עבה כראוי לפי המקום והיינו שיהיה ביכולת לילך עליה עגלות טעונות או גמלים במקום שהם מצוים ואירע נזק פטור כמ"ש בסי' ת"י [סס"מ] :

ג וכן אין מוציאין זיזין וגזוזטראות לרה"ר אא"כ היה למעלה מגמל ורוכבו ובמקומות שהולכות עגלות עם משא בגובה הרבה צריך להיות למעלה מזה ואף בגובה זה צריך שלא יאפיל הדרך על גבי רה"ר דהיינו שלא יהיו רחבים הרבה ואם רצה כונס הבנין לתוך קרקע שלו ומוציא ברשותו ואפילו לא הוציא בעת שכנס לרשותו לא אמרינן שמחל ע"ז אלא מתי שירצה מוציאם אבל להחזיר הכתלים למקומן אינו יכול לעולם דכיון שרבים החזיקו בהלוכם בכאן החזיקו בו דמצר שהחזיקו בו רבים אסור לקלקלו ולכן דוקא במקום שרבים דורסים שם אבל אם אין דורסין שם כגון שבנה שם איצטבא אע"ג דרבים מעבירים שם משאם יכול להחזיר הכתלים למקומן דבזה לא קנו כשלא הלכו שם ומי שהיה דרך הרבים עובר בשדהו ונתן להם מן הצד נתבאר בסי' שע"ז :

ד וכ"ז ברה"ר או במבוי מפולש שהוא דרך לרבים ולא מהני מה שימחלו הרבים דהוא דרך לכל העולם אבל במבוי שאינו מפולש יכול להוציא ולחפור אם יתנו לו בני המבוי רשות וכ"ש תחת חצר השותפים כשנותנים רשות יכול לעשות כל מה שמרשים אותו :

ה וכתב רבינו הרמ"א ד"א דאע"ג דהדין כן הוא כמ"ש דאסור לחפור תחת רה"ר מ"מ כבר נהגו לעשות ביבין ומרתפות תחת חלל רה"ר וכן מוציאין זיזין וכל העולם מוחלין על סך מאחר שכן המנהג וכל אחד עושה כן ועוד שרה"ר הם של מושלי העיר ולכל מה שניתנים רשות אזלינן בתריה ולפי ענין המנהג עכ"ל שהדרכים הם של אדוני הארץ והם רשאים לסתום דרכים ולפותחן במקום אחר דבאלו הדברים דינא דמלכותא דינא :

ו לקח חצר ובה זיזין וגזוזטראות בולטין לרה"ר אפילו במקום שאין מנהג להוציאן אין יכולים הרבים להסירן וה"ז בחזקתה דטוענים ללוקח ואמרינן דשמא אבותיו של המוכר הכניסו לתוך שלהם ולא עוד אלא אפילו נפלו הזיזין חוזר ובונה אותן כמו שהיתה מקודם דיש לו חזקה בזה וכן בחפירות וכל דבר אם לא שהרבים מבררין שהמוכר לו עשה באלמות שלא כדין דאז מסירין אותן :

ז אילן שהוא נוטה לרה"ר קוצצין הענפים אם התפשטו לתוך הרה"ר עד כדי שיהא הגמל עובר ורוכבו עליו וכן עגלה עם משא על גבה ואמרו חז"ל [ב"מ ק"ז:] דאילן שענפיו נוטין לתוך הנהר קוצצין אותן ולא עוד אלא שצריכין להניח מקום פנוי משתי שפתות הנהר כפי הרוחב של כתפי המלחים שיורדים שם ומושכים את הספינות וכל אילן הנמצא בכל רוחב זה משני עברי הנהר קוצצין אותן מיד וא"צ ליתן התראה להבעלים שהרי יש בזה נזק לרבים בעלי הספינות שע"י זה נתעכב המשכת הספינות ואם יש בזה חוק המלכות דינא דמלכותא דינא :

ח אין שורין טיט ברה"ר להשהותו זמן רב ואין לובנים בו לבנים אבל גובלין שם טיט לצורך בנין אבל לא לעשות לבנים ותניא בתוספתא [ב"מ פי"א] מביא אדם עפר יצוברו על פתח ביתו לרה"ר לשרותו לטיט ואם לשהותו ה"ז אסור ולא יהא מגבל בצד זה ובונה

בצד זה אלא מגבל במקום שהוא בונה עכ"ל וכן הבונה בנין הסמוך לרה"ר והבעלי מלאכות מכינים האבנים ברה"ר צריך שלא ישהו שם אלא מביא ובונה מיד וכל אלו אף שעשו ברשות אם הזיקו חייבים לשלם כמ"ש בסי' תי"ד :

ט כמו שאסור לעשות נזק לרבים כמו כן אסור למנוע טובה מהם כל מי שהוא משועבד להם לעשותה כמו ששנינו שם בתוספתא מי שהיה בלן לרבים ספר לרבים נחתום לרבים עורך שלחן לרבים [כנ"ל] ואין שם אחר אלא הוא והגיע שעת הרגל ומבקש לילך לתוך ביתו יכולין לעכב על ידו עד שיעמיד להם אחר תחתיו ואם התנה עמהם בב"ד או שעיברו עליו את הדרך הרשות בידו עכ"ל ולמדנו מזה דמי שהוא שכיר לחבירו על עת קבוע אינו יכול לילך לרגל לביתו שלא ברשות הבעלים אם לא שהתנה כן מקודם או שהבעלים עיברו עליו את הדרך ששינו מתנאם שדיברו באיזה דבר או שהמנהג כן ואע"ג דפועל חוזר בו אפילו בחצי היום זהו ודאי כן הוא אבל מ"מ אם ירצה לילך על רגל לביתו ולכוף אחר הרגל את הבעה"ב שיקיימו אינו יכול [כ"ל] :

י עוד תניא שם הנוטע אילן לרבים [שיאכלו הפירות] מלקט ואוכל [מי שירצה] מלקט ומכנים לתוך ביתו ולא יהא מלקט ועושה גרוגרות או דבילה שמתחלה לא נטעו אלא ע"מ כן ועוברי דרכים מלקט ואוכל ואסור להכנים לתוך ביתו [שאינו כבן עיר] החופר בור לרבים [לשתות] ממלא ושותה ממלא ומכנים לתוך ביתו ולא יהא ממלא ומשקה [לאחרים] ממלא ומוכר בשוק הצמרין והצבעין ממלאין לשתות ואין ממלאין לסחורה [לשרות הצמר] הבייר והבלן והספר ממלאין לשתות ואין ממלאין להשתמש ומכבשין בהן את הכבשים ומדיחין בהן את הירק ועוברי דרכים ממלא ושותה ואסור להכנים לתוך ביתו היו פועלין עושין בצדו לא יהיה ממלא ומשקה אותם אלא הולך כל אחד ושותה העושה מערות לרבים מרחיץ בהן פניו ידיו ורגליו היו ידיו ורגליו מלוכלכות בטיט ובצואה אסור [שלא יטנף המים] ובבור ובשיח בין בך ובין כך אסור [שהמים רק לשתייה] הנכנס למרחץ מחמין לו את הצונן ומצנן לו את החמין וחופף את ראשו בנתר אע"פ שעושה תקלה לבאים אחריו [שמקלקל המים] שע"מ כן הנחיל יהושע לישראל את הארץ עכ"ל ואם יש בזה מנהג יעשו כמנהגם שהמנהג עיקר גדול בדיני ממונות :

יא מכל מה שנתבאר בדיני היזק לרבים למדנו שאותם האנשים המוציאים מביתם לרה"ר בליטות ובנינים קטנים שלא כדין ועושים באלמות עתידים ליתן את הדין אם לא שיש בזה חוק המלכות דדינא דמלכותא דינא :

סימן תיח [דיני נזקי אש וכל חיוביו ותולדותיו ובו ל"ח סעיפים] :

א אש הוא מאבות נזיקין כדכתיב כי תצא אש ומצאה קוצים ונאכל גדיש או הקמה שלם ישלם המבעיר את הבערה ואין חילוק בין הבעיר בעצמו את האש ובין שלא שמר גחלתו או שארי דברים העלולים להבעיר כמו גפרית וכיוצא בו הוה כמו שהדליק בעצמו והרי הפסוק התחיל בכי תצא אש ולא כי יבעיר אלא תצא מעצמה וסיים המבעיר את הבערה שהבעיר בעצמו אלא דכל שלא שימר גחלתו הוה כהדליק בעצמו [תוס' ב"ק כ"ב:] :

ב נזק האש אינו דומה לכל הנזקין שהאדם או הבהמה עושים את הנזק בפועל ממש כמו קרן ושן ורגל או בור שבהבור שחפר האדם נפל השור אבל האש שורף מעצמו שלא במקום שעשה האש ע"י דברים שהאש נאחז בהם והולך למרחוק או ע"י הרוח וחז"ל גדרוהו בכח אחר מעורב בו כלומר שהולך ע"י כח אחר וכל דבר שהולך ומזיק בהילוכו כמו אבנו סכינו ומשאו שהניחן בראש גגו ונפלו ברוח מצויה והזיקו דרך הילוכן הוה תולדה דאש [שם ו'] וחמירא נזק דאש מפני שעלול להזיק למרחוק [תוס' שם] והוה ליה לאסוקי אדעתיה [רש"י ג':] והיה לו ליזהר בזה מאד :

ג וביון דנזק דאש הוא מזיק מעצמו ואינו דומה לכל הנזקים אמרו חז"ל דאשו אין דינו כממונו המזיק אלא כאדם המזיק וזהו כזורק בחץ למרחוק ומזיק והאש ג"כ מזיק למרחוק ואע"ג דהחץ הולך מכחו והאש הולך ע"י כח אחר מ"מ מדטבע האש כן הוא שילך למרחוק הוה כזורק חץ ואפילו לא הדליק בעצמו אלא שלא שימר גחלתו הוה כהדליק בעצמו [תוס'] וכך דרשו חז"ל [שם ס':] כי תצא אש תצא מעצמה שלם ישלם המבעיר את הבערה פתח הכתוב בנזקי ממונו וסיים בנזקי גופו לומר לך אשו משום חציו וכיון דזהו כאדם המזיק חייב גם בד' דברים אם הזיק האש את האדם כמו שיתבאר בס"ד :

ד אמנם לפעמים א"א לחייבו משום חציו כגון שהבעיר האש בחצירו ובין חצירו לחצר חבירו היה הפסק גדר של אבנים דבשעה שהבעיר לא היה ביכולת האש לילך הלאה מחצירו ובין כך נפל הגדר ונפל שלא מחמת הדליקה נמצא דא"א לחייבו משום חציו דהא כלו ליה חציו מהלאה להגדר ואינו חייב אלא משום ממונו

ממונו המזיק דכמו דשורו של אדם חייב לשמרו שלא יצא מרשותו להזיק לאחרים כמו כן חייב לשמור אשו שלא יצא מחצירו וצריך לגדור בפניו ואם לא גדר הוי כשורו שהזיק ובכה"ג אינו חייב רק בנזק ולא בד' דברים וכך אמרו חז"ל אשו משום חציו ובמקום שכלו חציו חייב משום ממונו ואפילו אין האש שלו אלא של אחרים כיון שהדליק בידים יש בזה חיוב ממונו המזיק [תוס'] אמנם אם לא הדליק בעצמו אלא שלא שימר גחלתו אינו חייב אלא על ממונו שהגחלת תהיה שלו דדבר שאינו שלו אינו מחויב לשמרו וזה שכתוב בטור ובש"ע סעיף א' אש הוא אב דכתיב כי תצא אש והוא ממונו שהולך למרחוק ומזיק ע"י הרוח שמוליכו עכ"ל לא הצריכו שתהא ממונו אלא כשמזיק מעצמו ע"י חסרון שמירה כדמשמע לשון כי תצא כמ"ש אבל במקום שהדליק בעצמו חייב אע"פ שאין האש שלו ויותר מזה נהבאר בסי' שצ"ב סעיף ד' דאפילו בהמתו של אדם כשהזיקה באש בגופה ממש חייב ג"כ אף כשאין האש שלו ע"ש:

ה זה שבארנו בסעיף ג' דאפילו לא הדליק בעצמו אלא שלא שימר גחלתו הוה ג"כ חיובו משום חציו זהו לדעת רוב רבותינו אבל לדעת הרמב"ם בארנו שם דאישו משום חציו אינו אלא כשהבעיר האש בידים ממש אבל כשלא שימר גחלתו ועשה היזק אין חיובו משום חציו אלא משום ממונו המזיק ע"ש:

ו וזה שבארנו דכשלא שימר גחלתו חיובו דוקא כשהגחלת שלו זהו אפילו כשנעשה גחלת שלו שלא ברצונו כגון שנפלה דליקה בחצירו והיה יכול לגדור חצירו שלא ילך האש הלאה ולא גדרה חייב דהא האש שלו הוא אע"פ שאין רצונו בהאש מ"מ סוף סוף בוער את עציו ונעשה הגחלת שלו וחייב כשלא שמרה וזהו שכתבו הרמב"ם והטור וש"ע בסעיף ו' נפלה דליקה בחצירו ונפל גדר שלא מחמת הדליקה ועברה הדליקה בחצר אחרת אם היה יכול לגדור הגדר שנפל ולא גדרו חייב למה הדבר דומה לשורו שיצא והזיק שהגיה לו לשמרו ולא שמרו עכ"ל:

ז גזירת התורה דטמון באש פטור ודרשו חז"ל מדכתיב או הקמה מה קמה בגלוי אף כל בגלוי דקמה מיותר הוא דאטו רק אקמה חייב בנזק אש הלא כל מה שהזיק חייב אלא למידרש הוא דאתי ולכן אם נשרף גדיש של תבואה והיו טמונים בו אפילו דברים השייכים להגדיש כמו מוריגים שדשים בהם התבואה וכלי הבקר פטור אך שרואים מקום הכלים הטמונים כאלו היו שם שעורים או חטים כפי מה שהוא הגדיש וכך ישלם לו וכ"ש אם היו טמונים בו דברים שאין דרכן להטמין בגדיש וכיוצא בזה בכל הדברים:

ח פטורו של טמון אינו אלא במקום שהחיוב הוא משום ממונו ולא משום חציו כגון שכלו לו חציו כמ"ש בסעיף ד' אבל במקום שחיובו משום חציו והוה כאדם המזיק אין סברא לפטור את הטמון דהרי אדם המזיק מחייבינן ליה אפילו כשהזיק בשוגג ובאונס [רס"י כ"ג:] וכ"ש שחייב בטמון אבל כשחיובו אינו אלא מפני שלא שמר האש מצינו כמה פטורים בנזקי ממון כמו בור שפטור על הכלים ושן ורגל פטורים ברה"ר וקרן פטור מנזק שלם אבל באדם המזיק לא מצינו הפרש בין נזק לנזק:

ט ואפילו במקום שכלו חציו אין פטורין בטמון אלא במדליק בתוך שלו והלכה ודלקה בשל חבירו וכלו חציו פטור מטמון אבל אם הדליק בתוך של חבירו אפילו במקום שכלו לו חציו כגון שעמד לחבירו גדר אבנים באמצע רשותו באופן שהדליקה לא היה באפשרי שתעבור מהלאה להגדר ונפל הגדר שלא מחמת הדליקה ודלקה להלאה מהגדר מ"מ חייב גם בטמון ודבר זה יש ללמוד מהפסוק דכי תצא אש משמע שתצא מרשותו ודלקה ברשותו של חבירו דבזה כתיב או הקמה למיפטר טמון אבל במדליק בתוך של חבירו חייב גם בטמון ונראה דאין חילוק בזה בין שהדליק ממש ברשותו של חבירו ובין שעבר דרך שם בגחלתו ולא נזהר בה ודלקה ברשותו של חבירו:

י ומ"מ גם במדליק ברשותו של חבירו וכן במקום שלא כלו חציו דחייב על הטמון אינו חייב על כל מין טמון אלא דוקא על דברים שדרכן להטמין בכלי כזה או בבית כזה כמו מוריגים וכלי בקר בגדיש וממילא דבבית חייב על כל דבר דהא כל דבר דרך בני אדם להטמין בבתים ולכן אם באמת היו בבית דברים שאין דרכן להיות בבית כמו בהמות וסוסים ועגלות ונשרפו פטור עליהן וכן אם הדליק תיבה מלאה חפצים אם הם חפצים שדרכן להטמין בתיבה זו חייב ואם לאו פטור וכן בכל הדברים צריך לראות כיוצא בזה:

יא ויש לשאול כבאן שאלה גדולה כיון דבמקום שלא כלו לו חציו הוה כאדם המזיק בידים אטו המזיק בידים לא יתחייב אלא על דבר שדרכו להטמין דאין סברא כלל ולמה יפטור באש בדברים שאין דרכן להטמין ולכן י"א דודאי אם הדליק בידים ממש חייב בכל דבר וזה שפטרו חז"ל על דברים שאין דרכן להטמין אינו אלא כשהודלק בפשיעתו כגון שלא נזהר בגחלתו ואינו כמזיק בידים ממש אבל במזיק בידים חייב על הכל [יש"ש סכוגס סי' ל"ב וש"ך סק"ו] וזהו שאמרו חכמים [ס"ח:] דמדליק בשל חבירו משלם כל מה שבתוכו דמשמע דחייב על כל דבר היינו כמדליק ממש [ומתורץ קושית סגמק"י סס]:

יב במדליק בשל חבירו או כשלא כלו חציו דחייב על הטמון אם יש עדים שידעו מה היה שם משלם כפי שאומרים העדים ואם אין עדים רק הנשרף אומר כך וכך היה והמזיק מכחישו או שאומר איני יודע מרין תורה אין על המזיק לשלם ע"פ אמירת הנשרף לא מיבעיא במכחישו דנשבע היסת ונפטר אלא אפילו באומר איני יודע

יודע הוה כאומר איני יודע אם נתחייבתי לך דנשבע שאינו יודע ונפטר כמ"ש בסי' ע"ה אמנם כמו שתקנו חכמים בנגזל ונחבל דנשבע התובע בנק"ח ונוטל כמ"ש בסי' צ' כמו כן תקנו בנשרף דנשבע בנק"ח ונוטל כמו שאומר וקנסו בזה להשורף וי"א דזהו דוקא כשאומר המזיק איני יודע אבל במכחישו נשבע היסת ונפטר [ס"ך] ואף לדעה ראשונה אינו אלא בדברים שהוא אמוד בהם שהם שלו או שמפקידים אצלו דאל"כ אינו נאמן :

יג ומדברי רבותינו הראשונים נראה דהעיקר כדעה ראשונה דהרשב"א ז"ל כתב [סס ס"ב] דגם בדבר הגלוי אם יש הכחשה ביניהם נשבע הנשרף ונוטל מק"ו מטמון דבקל להנשרף להגיד שקר כיון שאיש לא ידע מזה מ"מ תקנו חכמים שנשבע ונוטל לא כ"ש את הגלוי שירא לשקר שמא יכחישוהו הרואים דודאי נשבע ונוטל והראב"ד ז"ל לא ס"ל כן בגלוי אבל מ"מ נתבאר מדבריהם דבטמון לכ"ע נשבע ונוטל אפילו כשהמזיק טוען ברי :

יד ודע דזה שכתבנו בסעיף ח' דכשהחיוב הוא משום חציו חייב גם בטמון ופטור טמון אינו אלא במקום שכלו חציו והחיוב הוא משום ממונו כתבתי ע"פ דעות רבותינו בעלי הש"ע שנמשכו בזה אחרי רבותינו הראשונים התוס' והרא"ש והטור אבל הרמב"ם ז"ל לא כתב דין זה בפי"ד מנזקי ממון רק שכתב דאם הדליק בשל חבירו חייב גם על הטמון אבל אם הדליק בשלו והלכה האש והדליק בתוך של חבירו פטור על הטמון והקשו עליו דהרי בגמ' [כ"ג] מפורש דין זה ששאלו למאן דאמר אשו משום חציו טמון באש היכי משכחת לה ותרצו כשכלו לו חציו הרי להדיא דבדלא כלו חציו חייב גם בטמון אמנם האמת הוא דהרמב"ם ז"ל אינו מפרש דהקושיא הוא איך אפשר שהתורה תפטרנו בטמון דא"כ הו"ל לומר היכי פטריה רחמנא ועוד איזו קושיא היא על גזירת התורה אלא דהכי מקשה דכיון דמדליק בשל חבירו חייב בטמון ולמ"ד משום חציו והוי כזרק חץ לשל חבירו א"כ כל הדליקות הוי כמדליק בשל חבירו ואיך משכחת לה פטורא דטמון ומתרץ בשכלו לו חציו וכל זה הוא שלא לפי המסקנא דלמסקנא דאמר דמאן דס"ל משום חציו אית ליה נמי משום ממונו וזה שפטרה בטמון במדליק בשלו והלכה בתוך של חבירו הוי הטעם משום שהיה יכול לגדור את האש במחיצת אבנים אחר שהדליק ונמצא לפ"ז בכל הדליקות אף במקום שלא כלו חציו הוה ככלו לענין זה כיון שהיה יכול לגדור ולפ"ז כשלא גדרה שפיר פטרה התורה בטמון אע"ג דבהדליק בשל חבירו חייב דהכא לא דמי למדליק בשל חבירו אבל על גזירת התורה ל"ק כלל [סגר"ת סקל"ג] :

טו המשאיל מקום לחבירו להגדיש בו והגדיש והטמין בו כלים אף שרכן להטמינם בגדיש והדליק המשאיל אש בשלו ויצאה והדליקה בגדישו של חבירו וכלו לו חציו ולהרמב"ם אף בלא כלו ונשרף הגדיש עם הכלים שבתוכה אינו משלם אלא דמי גדיש בלבד כדין המדליק בשלו והלכה ודלקה בשל חבירו ולא אמרינן כיון דנתן לו רשות לעשות גדיש ברשותו הו"ל שומר וחייב בכל מה שהיה שם אף אם אחר היה מדליק אם רק פשע שהיה יכול להציל ולא הציל כדין שומר וכ"ש כשהוא בעצמו הדליק דאין דין שומר עליו ואפילו לדעה שבסי' שצ"ח דבסתמא קבל עליו שמירה מ"מ פטור על הטמון דלא קבל עליו רק שמירת הגדיש [רס"י ס"ב] :

טז וכן אם השאילו מקום להגדיש חטים והגדיש שעורים וטמן כלים בתוכו דא"צ לשלם בעד מקום הכלים רק שעורים ולא חטים אע"פ שנתן לו רשות על חטים וכן אם נתן לו רשות להגדיש שעורים והגדיש חטים דאינו משלם לו רק שעורים כיון שלא הדליק בהם אלא בשלו הדליק ואינו חייב יותר ממה שנתן לו רשות וכן כשנתן לו רשות על חטים והגדיש חטים אך מלמעלה חיפה בשעורים אינו משלם אלא שעורים מפני שיכול לומר כיון שלא ראיתי לפני רק שעורין לא נזהרתי בהם כל כך [רס"י] וכן אם נתן לו רשות להגדיש שעורים והגדיש שעורים וחיפן למעלה בחטים אינו משלם לו אלא דמי שעורים בלבד אף על החיפוי שיכול לומר על חטים לא נתתי לך רשות וכ"ז בהדליק בתוך שלו והלכה בשל חבירו והיינו במקומו שנתן לו רשות אבל הדליק בשל חבירו משלם הכל וכן אם הגדיש היה ברשות חבירו משלם חטים כמה שהיה שם אף כשהיו החטים בפנים הגדיש או על הגדיש ופטור טמון לא שייך בחטים ושעורים דתבואה בתבואה לא שייך טמון אא"כ כיסה את התבואה בכלי או בבגד :

יז מי שראה דליקה שמתקרבת לקמת חבירו והלך וכסה הקמה בכלי או בבגד אע"פ שגרם לו הפסד שעשאו טמון ופטור המדליק מ"מ זה המכסה פטור מדיני אדם וחייב בד"ש דאינו אלא גרמא בנזקין ואם היתה כוונתו לטובה שע"י הכסוי לא ישלוט בה האש י"א דפטור גם מדיני שמים וי"א שחייב בד"ש מפני שיש לו להיות זהיר שלא יגיע נזק לחבירו ע"י מעשיו אף שכוונתו לטובה [עס"מ ריש סכוגס] ואע"ג דבכל טמון צריך המדליק לשלם בעד הטמון כפי הדבר הגלוי כמ"ש בסעיף ז' וא"כ איזו הפסד מגיע להנשרף אמנם אם הדבר הגלוי שוה כמו הקמה אין הפסד בכך אבל אם שוה פחות כגון שכיסן בעצים או בשארי דברים פחותים הרי יש לו הפסד [נ"ל] :

יח הכופף קמתו של חבירו בפני הדליקה כדי שתגיע בה האש והמדליק פטור כגון שהאש לא היה מגיע בלא כפיפה וממילא שהחיוב הוא על הכופף אם בכפפה באופן שהדליקה יגיע להקמה ברוח מצויה חייב לשלם דמה לי אם מדליק האש והרוח מקרב את האש אצל התבואה

התבואה או שקירב התבואה לפני האש ואם אינה יכולה להגיע ברוח מצויה אלא שנתהוה אח"כ רוח שאינה מצויה וקירב האש אצלה פטור מדיני אדם משום דרוח שאינה מצויה לא שכיח ואינו מזיק גמור וחייב בד"ש אמנם אם הרוח שאינה מצויה כבר נשב בעת שרצה לכופפה ואח"כ כפפה חייב בכל ענין כיון שראה הרוח לפניו מזיק גמור הוא :

יט אם ראה ראובן שדליקה באה על קמתו ורצה ליטלה ממקומה ולהצילה ובא שמעון ולא הניחו להציל ונשארה על מקומה ונשרפה י"א דפטור דאפילו ברוצח כה"ג כשכפתו לאדם במקום שסוף חמה לבא ובאה החמה עליו ומת פטור ממיתה כמ"ש הרמב"ם פ"ג מרוצח ויתבאר בסי' תכ"ה וכ"ש בנזקין [תוס' סנה' ע"ז] אמנם אם הדליקה היה סמוך ממש להתבואה או להכלים ולא הניחם להציל חייב דגם ברוצח בכפתו במקום שהיה החמה שם ולא הניחו לילך משם חייב כשמת וי"א דאף אם הדליקה לא היה סמוך להתבואה ממש אלא שסופה לבא עליה ולא הניח להציל חייב דהוי גרמי ממש ולא דמי לחיוב מיתה שאין ממיתין את הרוצח בגרמי אלא בהורג ממש כמו כפתו במקום שהחמה שם [רא"ש בפ"ק ר"פ הכונס] :

כ כל דבר שהשריף האש חייב המדליק לשלם אפילו לא שרפה אלא עצים ואבנים וקוצים כמו שכתוב ומצאה קוצים ואפילו קלקלה האש את הקרקע כגון שליחכה האש את הניר והוא המקום החרוש ואינו ראוי ליזרע חייב לשלם ועל' זה נאמר או הקמה או השדה ומשמע דאפילו קלקלה קרקע של השדה חייב לשלם :

כא כמו שיש חילוק לענין טמון בין מדליק לתוך שלו והלכה ודלקה בשל חבירו ובין מדליק בשל חבירו כמ"ש בסעיף ט' כמו כן יש חילוק לענין המרחק דבמדליק בתוך של חבירו אפילו לא היתה ראויה הדליקה לילך למרחוק כל כך ואפילו עברה כמה מילין חייב דכיון שהדליק שלא ברשות חייבוהו על הכל :

כב אבל המדליק בתוך שלו אינו חייב אא"כ לא הרחיק כראוי משל חבירו דאז אם עברה האש לתוך של חבירו והזיקה חייב לשלם נ"ש ממיטב שבנכסיו אבל אם הרחיק כשיעור ויצא והזיק פטור דאנוס הוא וזו היא מכה בידי שמים וכמה שיעור ההרחקה הכל לפי גובה הדליקה ועמ"ש בסי' קנ"ה ואע"פ שכבר נתבאר דגם מה שאדם עושה ברשות אם הזיק חייב לשלם שאני התם דהנזק יכול להיות רק דחכמים התירו לו מפני צרכו ולכן הצריכוהו לשלם כשיזיק אבל בכאן כשהרחיק כראוי ועברה הגבול והזיקה למה יתחייב הלא לא היתה ראויה שתעשה נזק ומן השמים הוא דנגזרי על הניזק :

כג וכן אם עברה האש נהר או שלולית והוא מקום מקבוצת מים ויש בהם מים ורחבן שמונה אמות שהם לפי המדה שלנו ששה ארשין שהם שני סאזען פטור דמצד ההבערה לא היה להאש לעבור אפילו כשהאש גדול אלא שהיא מכה מן השמים וי"א עוד דאם הנהר יש בו מים אפילו רוחב כל שהוא פטור ובאין בו מים צריך שמונה אמות רוחב ונ"ל דשיעורים הללו אינם אלא באש העשוי לתשמישים אבל אש העשוי לשריפה אין לו שיעור ולכן אם אחד שרף ביתו בזדון ועבר האש לשל אחרים והזיק חייב לשלם אפילו בריחוק גדול :

כד וכן אם האש עבר גדר של אבנים אומדים גובה הגדר וגובה הדליקה והעצים והקוצים המצוים שם אם אינה ראויה לעבור פטור ואם ראויה לעבור חייב :

כה וכל אלו האומדנות אינו אלא באש הקודחת והיינו כשהאש רק מתמר ועולה למעלה אבל אם היה להב גדול העולה למעלה ונכפף ונסרך גם מן הצד והיו עצים מצוים שם אין לה אומד אלא אפילו עברה אלף אמות חייב וזהו ראיה למ"ש בסעיף כ"ג דע"פ רוב אש שאינו לתשמיש נכפף מן הצד :

כו כתב הרמב"ם ז"ל גמל שהוא טעון פשתן ועבר ברה"ר ונכנס פשתנו לתוך החנות ודלקה בנרו של חנוני והדליק את כל הבירה בעל הגמל חייב מפני שהרבה במשא בין שלא עמדה הבהמה בין שעמדה ואם הניח החנוני נרו מבחוץ הוא חייב לשלם אף דמי הפשתן לבעל הגמל ואפילו הוא נר חנוכה שהיה לו לישב ולשמור שלא יזיק עכ"ל והטור כתב דאם הדליק במקום אחד ונתפשט האש למקום אחר חייב על מקום האש נ"ש ועל השאר ח"נ דצרורות היא כמו בכלב שנטל חררה והדליק את הגדיש שנתבאר בסי' שצ"ב דעל מקום גחלת משלם נ"ש ועל שאר הגדיש ח"נ ואם הגמל סכסך האש בכל הבירה דהיינו שעבר בפני כל החנות ומסכסכו בפעם אחת דהשתא הוי כל החנות כמקום גחלת חייב על כולו נ"ש וכ"כ רבינו הרמ"א בסעיף י"ב ובדעת הרמב"ם נ"ל שדקדק ממשנה עצמה דבכלב שנטל חררה תנן שאינו משלם רק ח"נ על הגדיש [כ"א:] ובגדיש תנן [ספ"ו] סתמא דמשלם משמע נזק שלם והחילוק הוא לפמ"ש בסי' שצ"ב בדעת הרמב"ם דאין הטעם דח"נ בגדיש משום צרורות אלא משום דהוא משונה והוי כקרן כמו שכתב הוא עצמו כן בפי' המשניות [וכ"כ רש"י בל"א שם] דאין דרך הבהמה ליטול אש ולהדליק וממילא דבכאן היה כי אורחיה דהגמל הלך כדרכו והמשא נכנסה להחנות ונדלק בהנר ולכן משלם נ"ש כרגל [עוד נ"ל דלמסקנא בסוגיא דהכא [כ"ב:] דאוקמה להך דגמל שהרבה במשאו דינו כאדם המזיק אף שהגמל הזיק וראיה דכל מסקנות דהסוגיא מיירי באדם המזיק ורק בתחלה לא פי' כן והקשה לר"ל הא לאו ממונים הוא ולמסקנא א"ל לזה וא"ש קושית התוס' בד"ה ריסא וזהו הכל

סכל לפמ"ס סס בדעתו ז"ל ודו"ק] :

כז קיי"ל דאין שליח לד"ע לפיכך השולח שליח להדליק חייב השליח לשלם והשולח פטור מדיני אדם וחייב בד"ש אם אין ביד השליח לשלם שגרם היזק לחבירו [ס"מ] וכן אם הניח שומר לשמור האש ונדלק חייב השומר והוא פטור גם מדיני שמים ודינו כמסר שור ביד שומר שבסי' שצ"ו ע"ש :

כח בכל שליחות לדבר עבירה נתבאר בסי' קפ"ב שאם שלח ע"י חרש שוטה וקטן שיעשו העבירה חייב המשלח כיון שאין להם דעת ולא שייך בהם לומר דברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעין שזהו הטעם דאין שליח לד"ע ולכן אם צוה לחרש שוטה וקטן שיעשו שריפה חייב לשלם אבל אם לא צום אלא שמסר להם אש יש חילוק בין שלהבת לגחלת דאם מסר להם שלהבת חייב דברי הזיקא שודאי ידליקו ודינו כשור ובור שמסר להם דחייב בנזקן אבל אם מסר להם גחלת והמה ליבוהו פטור מדיני אדם וחייב בד"ש מפני שדרך הגחלת להכבות מאליה קודם שתעבור ותדליק ולא היה לו לחשוב שיעשו מעשה כזו ללבות את הגחלת ואינו דומה לשור ובור דשור דרך החרש לנתקו ובור דרכו לגלותו אבל גחלת אין דרכו ללבותו ובזה יש חומר בשור ובבור מבאש דבאש לא הוה ברי הזיקא כבשור ובור ועמ"ש בסעיף ל"ח :

כט שנים שהדליקו כאחת שניהם חייבים אבל אם אחד הביא את האור ואח"כ הביא השני את העצים והניחן אצל האור השני חייב והראשון פטור דאש בלא עצים אינו שורף והיה נכבה במקומו וכן להיפך אם הראשון הביא העצים והשני את האור והניחן אצל העצים השני חייב והראשון פטור ואפילו צוה להשני להביא האור או העצים פטור דאין שליח לד"ע וחיובו דהשני הוא או כשלבה בעצמו האש או שע"י רוח מצויה הלך האש אבל כשבעצמו לא ליבה וגם ע"י רוח מצויה לא היה נתלבה אלא שנתהוה רוח שאינו מצויה וליבהו פטור גם השני דלא ה"ל לאסוקי אדעתיה והרי הוא כאינם ודוקא שהרוח הזה בא אח"כ אבל אם היה מנשב בשעה שהביא האור או העצים חייב זה השני ומהו רוח שאינה מצויה כל שאין העולם מתנהג תמיד ברוחות כאלו אף שבא לפרקים בעתים רבות וכ"ש רוח סערה שאינו בא אלא לעתים רחוקות [סס"מ] :

ל ואם בשנים הראשונים לא היה שורף לא ע"י עצמם ולא ע"י הרוח אלא שבא שלישי ונפח בהאור וליבהו השלישי חייב ושנים הראשונים פטורים וכן אם אחד עשה אש דהיינו שהביא עצים ואש ועשה דליקה ואח"כ בא אחר והוסיף עצים רואים אם יש במה שעשה הראשון כדי שיגיע האש למקום שהגיע עתה הראשון חייב והשני פטור ואם לאו הראשון פטור והשני חייב ואם יש ספק בדבר שניהם פטורים דיכול כל אחד לומר להניזק הבא ראיה שאני הזקתי וחייבים בד"ש [כ"ל] :

לא אם אחר הניח עצים ואש ואח"כ בא אחר וליבה וגם הרוח המצויה ליבה בשעת מעשה רואין אם יש ברוח לבדו כדי ללבות פטור זה המלבה אע"פ שגם בליבויו היה כדי ללבות דלאו כלום קעביד דגם בלעדו היה נשרף וחייב הראשון שהניח העצים והאש וכ"ש כשאין בליבויו כדי ללבות ואם בהרוח אין כדי ללבות ובליבויו יש כדי ללבות חייב המלבה והראשון פטור ואם אין בהרוח כדי ללבות וכן בליבויו בלבד אין כדי ללבות ובצירוף שניהם נתלבה הראשון ודאי פטור דבלא האחרון לא היה נשרף והאחרון כתב הטור דג"כ פטור דאינו אלא גרמא בנזקין ואינו דומה לכל שריפה דכשנשרפה ע"י רוח מצויה חייב המדליק דודאי כן הוא דבכל שריפה כשנתן האש והעצים והרוח נשב בם והדליק קרינן ביה המבעיר את הבערה אבל זה המלבה לא עשה עיקר השריפה דהיינו האש והעצים וגם גמר השריפה לא עשה בעצמו אלא שסייע להרוח ולא קרינן ביה המבעיר ואינו אלא גרמא [תוס' ס"י] וכן מוכח בגמ' שם אבל הרמב"ם ז"ל דליבה וליבתו הרוח חייב והיינו בכה"ג שבכל אחד מהם אין כדי ללבותה ובהצטרפם שניהם יחד נתלבה וס"ל להרמב"ם דדבר פשוט הוא דאין לך גרמי גדול מזה ומאן דפוטר בגמ' ס"ל דלא דיינינן דיני דגרמי אבל אנן דקיי"ל דדנינן חייב וזהו שמסיים הרמב"ם ז"ל שהרי הוא גרם וכל הגורם להזיק משלם. נ"ש מן היפה שבנכסיו כשאר כל המזיקין עכ"ל [ס"ך וים"ס] ומה שפטר בהרחקה בפי"א משכנים במי שעשה גורן בתוך שלו והרוח זורק את המוץ לשל חבירו ומפסידו כמ"ש בסי' קנ"ה סעיף כ"ה היינו משום שתשמישו של אדם הצריך לעצמו אין לנו לחייבו בתשלומין כשע"י גרמתו יש הפסד לאחר ודי לנו לחייבו להרחיק לכתחלה אבל לא לחייבו בתשלומין ועוד דבשם אין ברצונו שילך המוץ והאבק לחבירו דהרי אין כוונתו להזיק אבל במזיק גמור כי הכא ודאי דחייב לשלם ועוד דאש דמי לחץ ולא דמי לשארי נזקין כמ"ש :

לב י"א דלדעה ראשונה ה"ה אם שנים הלבו את האש ואין בכל אחד כדי ללבות שניהם פטורין כשהם לא הניחו העצים והאש במו ברוח ואדם שנתבאר אבל הסברא תמוה ששני בני אדם שעשו נזק כאחד יפטרו ע"פ מה שאחד לבדו לא היה יכול לעשות הנזק [תוס' ס"י ד"ס וסכ"ה] והרי גם במלאכת שבת קיי"ל דזה אינו יכול וזה אינו יכול חייב [סבת ל"ג] וצ"ל דס"ל דאינם אלא כמסייעים לנזק ומסייע אין בו ממש כשאין כל אחד עושה כל הסיוע וגם זה תמיה גוולה :

לג הדליק אש עד שעברה והזיקה אדם שלא היה יכול להמלט מן האש אם מת מכח ההבערה חייב עליו מיתה כאלו ירה בו חץ [טור] ובשוגג חייב גלות ואם

לא מת אלא שנחבל הרי המבעיר חייב בנזק וריפוי ושבת וצער ובושת כאלו הזיקו בידים ככל חובל בחבירו שיתבאר בסי' ת"כ ואע"ג דבבושת אין החובל חייב עד שיתכוין כמ"ש בסי' תכ"א אמנם ה"נ דמי כמתכוין כיון שידע שתעבור האש ע"י רוח מצויה והניזק לא יהיה ביכלתו להציל א"ע [סמ"ע] וי"א דפטור מבושת כמו נפל מן הגג ברוח מצויה והזיק דפטור מבושת כמ"ש שם ורבותינו בעלי הש"ע סתמו כדעה ראשונה דס"ל דנפילתו מהגג מיחשב יותר לאונס אע"פ שהיה ע"י רוח מצויה מזה המבעיר דפושע גמור הוא [סס] וכן מפורש בירושלמי [ב"ק פ"ח ה"ב ע"ס]:

לד אע"פ שאש ממונו הוא והוא מאבות נזיקין וחיוב נזק ממון אין בו חיוב ד' דברים של חובל מ"מ באש חייב כמו שנתבאר דהוה כמזיק בידים בחץ שבידו ודוקא כשהיה האש ראוי להגיע שם למקום שהזיק בשעה שהדליק אבל אם לא היה ראוי להגיע שם כגון שהיה גדר ביניהם ונפל שלא מחמת האש אחר שהדליק כבר כלו לו חציו ואפילו היה אפשר לו לגודרה אח"כ מ"מ אין לזה יותר חיוב מממונו שהזיק שאינו חייב אלא בנזק בלבד ולא בד' דברים כן כתבו הטור והש"ע והרמב"ם ז"ל לא כתב זה אלא כתב סתם דאש שעברה והזיקה את האדם חייב בד' דברים וזהו ע"פ מה שבארנו בסעיף י"ד דהרמב"ם ס"ל דלמסקנא דש"ס לא מיירי בהיה גדר ונפל והגם שבארנו שם דאף במקום שלא כלו חציו הוי ככלו חציו ואין בו רק חיוב ממון זהו לענין פטור טמון לחלקו מהדליק בשל חבירו כמ"ש שם אבל לענין כל הדברים ודאי חיוב חץ יש בו לבד מלענין בהמתו כמ"ש בסי' שצ"ב:

לה ראובן שהניח גחלת על לבו של שמעון והיה שמעון יכול לסלקה ולא סילקה ומת פטור ראובן ממיתה ואפילו התרו בו בראובן שכשיניח על לבו של שמעון לא יטלנה שמעון מלבו וימות מ"מ א"א לחייב את ראובן בדיני אדם במיתה שלא היה לו להעלות על הדעת ששמעון לא יטלנה מלבו ואף שיודע ששמעון רצה לנקום ממנו כענין תמות נפשי עם פלשתים ורצה שימות בכדי שיהרגו את ראובן לפי דעתו הסכלה שראובן יהיה חייב מיתה מ"מ פטור ראובן ממיתה לפי שאין דרך בני אדם לעשות כן להניח להרוג א"ע כדי שיהרגו גם לחבירו ולא היה לו לראובן לחשוב זאת אבל אם הניח גחלת על בגדו של חבירו ונשרף הבגד חייב לשלם מפני שאין בעל הבגד חושש לסלקו כשזה עושה נזק בידים ואפילו נאמר דהמניח לא עלה ע"ד שבעל הבגד לא יסלק הגחלת מבגדו ויתבע ממנו מ"מ בנזקיו חייב שוגג כמזיד ובעל הבגד אינו כמזיד בבגדו במה שלא נטלה דלמה יטלנה במה שאחר עושה נזק בידים ואמנם אם בשגגה נפל מראובן אש או גחלת על בגדו של שמעון והיה שמעון יכול לסלקה ולא סילקה פטור ראובן זה אם גם הוא היה יכול ליטלו ולמה יש לו לחוש יותר מבעל הבגד כיון שבשגגה עשה ואינו חייב אא"כ לא היה בעל הבגד בכאן ואפילו היו בכאן אשתו ובניו של בעל הבגד ולא סילקו מ"מ אין ראובן יכול לפטור א"ע בזה [כ"ל]:

לו הניח גחלת על לב עבדו של חבירו אפילו היה העבד כפות שבעצמו אינו יכול לסלקה מ"מ אם רבו עומד אצלו והיה יכול לסלקה ולא סילקה פטור המניח דעבדו כגופו דמי ולא היה לו להעלות על הדעת שהרב לא יסלקנו מעליו אבל הניח על שורו של חבירו אפילו השור לא היה כפות והבעלים עמדו אצלו ולא סילקוה חייב המניח דשורו כממונו ולא חשש לסלקה כמו בבגד וי"א דזהו דוקא בשור כפות אבל בשור שאינו כפות פטור דנהי דהבעלים לא חששו לסלקה מ"מ דרך בעלי חיים בעצמם להמלט מנזק ומטלטלים עצמם ומסירים הגחלת מהם וזה שאמרנו דבעבד אפילו היה כפות אם היה רבו עומד אצלו פטור זהו מממון אבל מיתה חייב דאטו אם אחר יהרוג את חבירו והשלישי יהיה ביכלתו להצילו ולא הצילו יפטור ההורג [כמק"י ס"פ כ"ל] אבל אם היה כפות ורבו לא היה אצלו חייב לשלם ממון להרב אמנם חיוב מיתה אפילו כשהיה שוגג פטור מתשלומין כמ"ש בסי' שנ"א ורק אם בא לצאת י"ש צריך לשלם ממון ובעבד שאינו כפות פטור ממיתה וממון דהיה לו להעבד לסלקה ומיהו אם היה עבד קטן י"א דלדעה ראשונה דס"ל דבהמה אין בה דעת לסלקה גם עבד קטן דינו כבהמה דאין בו דעת לסלקה ואם אין רבו עומד אצלו חייב המניח ונ"ל דחיובו הוא מיתה אם התרו בו דחיוב ממון אין כאן מדינא כיון שאין בו דעת לסלק הנזק הרי המניח חייב מיתה ובמקום חיוב מיתה אין כאן חיוב ממון ויש מי שמקשה הא גם בבהמה יש צער בעלי חיים והוא דאורייתא כמ"ש בסי' ער"ב וא"כ כשבעלים עומדים אצלו ודאי יחושו לסלקה ולא קשה כלל דודאי צער בעלי חיים דאורייתא אבל למה יחושו הבעלים יותר מהמניח שעשה האיסור בידים ולא היה לו להמניח לסמוך על זה אבל בעבד שפיר היה סמיכתו על הבעלים דודאי יחוס על בן אדם כמוהו ויטלנה [מ"ס גם לדעה ראשונה פטור דעבד כפות כן כ"ל גם לפרש"י ססו ורש"י ז"ל מילתא דפסיקא נקיט דאל"כ מאי קמ"ל כמ"ס בש"מ ולדבריהו א"ס ודו"ק]:

לז כתב הרמב"ם ז"ל המדליק בתוך שדה חבירו ויצאת האש ונאכל הגדיש והיה גדי כפות לו ועבד סמוך לו ונשרף עמו חייב שכן דרך בני אדם לעשות בגדיש היה עבד כפות וגדי סמוך לו ונשרף עמו פטור עכ"ל ומה שכתב חייב כוונתו על הגדי דעל העבד פטור דהיה לו לברוח אבל כשהיה העבד כפות וחייב מיתה על העבד פטור על הגדי דקם ליה בדרבה מיניה ובהך דגדי כפות ועבד סמוך חייב על הגדי אף כשלא היה כפות דאין בבהמה דעת לברוח וכדעה ראשונה שבסעיף ל"ו

ל"ו וזה שנקט גדי כפות רבותא הוא דלא אמרינן אין דרך להיות גדי כפות אצל גדיש והוה כדברים שאין דרך להטמין בגדיש ופטור כמ"ש בסעיף י' קמ"ל דדרך בני אדם כן [וכ"כ התוס' שם כ"ב: בד"ה ר"ת] ולדעה אחרונה שבשם אם היה הגדי סמוך פטור מהגדי אף כשהעבד היה כפות ואם העבד היה כפות פטור מהגדי אף שהגדי היה ג"כ כפות ואינו חייב על הגדי אא"כ היה הגדי כפות ועבד סמוך [רשב"א בתוס' שם ולו גדי סמוך לו קתני ע"ש] :

לח יש מי שאומר דאם ראובן אמר לשליח שאינו בר חיובא כמו חרש שוטה וקטן קרע לי בגד של שמעון וקרעו החרש לפני שמעון ושתק חייב ראובן לשלם כמו מניח גחלת על בגדו של חבירו דשמעון לא חשש למחות וראובן חייב לשלם אע"ג דאין שליח לד"ע בחש"ו חייב כמ"ש בסי' קפ"ב [סמ"ע] וזה שנתבאר דשולח הבערה ביד חש"ו פטור היינו שלא צוה להדליק אלא מסר להם גחלת אבל כשצוה להם להדליק חייב כמ"ש בסעיף כ"ח [ומתורץ קושית הש"ך ודברי התוס' בב"מ י': ד"ה אמה לע"ג דמשמע שמפרשים שלווה להבעיר ולהדליק מוכח בב"ק ע': דלשמירה מסר להם כמ"ש התוס' שם. ע"ש] :

סימן תיט [דין במה גובין מהמזיק בקרקע או במטלטלין או במעות ובו ט' סעיפים] :

א כתב הטור כשבאין להגבות לניזק נזקו רואין אם יש למזיק מטלטלין אין יורדין לנכסיו למכור קרקעותיו אלא יתן לו מטלטלין ואפילו שיש לו כסף וזהב יכול לשלמו בסובין דכל מילי דמטלטל מיטב הוא ושמין אותן כפי מה שיכול למוכרן מיד ובמקומו ואם אין לו מטלטלין יורדין לקרקע עידית שבנכסיו ואפילו אם זיבורית של מזיק טובה כעידית של נזק אינו מקבלה ממנו אלא צריך ליתן לו מעידית שבקרקעותיו עכ"ל :

ב וזה לשון הרמב"ם ז"ל בפ"ח מנ"מ כשב"ד נזקקין לגבות לניזק מנכסי המזיק גובין מן המטלטלין תחלה ואם לא היו לו מטלטלין כלל או שלא היו לו מטלטלין כנגד כל הנזק גובין השאר מן הקרקע העעולה שבנכסי המזיק וכל זמן שימצאו מטלטלין ואפילו סובין אין נזקקין לקרקע עכ"ל ורבינו הב"י העתיק בש"ע דברי הרמב"ם וסוף דברי הטור ע"ש :

ג ויש שפירשו בכוונתם דבמזיק תליא מילתא דכשיש לו מטלטלין וקרקע ביכלתו ליתן מה שירצה או מטלטלין אף סובין או קרקע מיטב ואפילו יש לו מעות ואע"ג דבבע"ח כשיש לו מעות חייב לשלם לו במעות מפני שהלוהו מעות אבל נזקין יכול ליתן מה שירצה ואע"ג דלענין מיטב נזקין עדיף מבע"ח שאינו גובה אלא בינונית התם טעמא אחרינא הוא כדי שלא יתן עיניו בשדהו וילונו כדי ליטלה ממנו ולכן אם אין המזיק לפנינו משלמין להניזק ממטלטלין דמסתמא ניחא ליה להמזיק שהקרקע תשאר לפניו [סמ"ע וב"ח] :

ד ויש שפירשו דלאו ברצון המזיק תלוי אלא דמעיקר הדין כן הוא דמטלטלין קודמין לגבייה מקרקע וכל זמן שיש לו מטלטלין אין ב"ד נזקקין לקרקע אפילו אם המזיק רוצה ליתן קרקע [לבוש וש"ך] והביא ראיה לדבר דאם נאמר דברצון המזיק תלוי אלא דמה שגובין מטלטלין הוא לטובתו כדי שתשאר הקרקע לפני המזיק דקרקע עדיפא ממטלטלין א"כ ביתומים למה כתבו הרמב"ם והטור דמדין תורה גובין מהם קרקע למה יגרע כח היתומים מכחו אלא ודאי דלאו לטובת המזיק הוא אלא מעיקר הדין כן הוא ויש שפירשו בכוונתם כן ולדינא הסכימו לדעה ראשונה [ט"ז ועב"י] ויש שפירש בהטור כפי' הראשון וברמב"ם כפי' השני [הגר"א] :

ה ונראה עיקר בפי' הראשון דהא בגמ' [ב"ק ז'] מקשה כתיב מיטב שדהו ישלם דמשמע מיטב אין מידי אחרינא לא וכתיב ישיב לרבית שוה כסף אפילו סובין ותירץ דמטלטלין כל מילי מיטב הוא דאי לא מזדבן הכא מזדבן במתא אחריתא ובקרקע בעינן דוקא מיטב הרי דלדעת המקשה היה דדוקא קרקע ישלם ולא מטלטלי ומבואר דקרקע עדיף ממטלטלי ומתרץ דמטלטלי שוין כקרקע אבל איך נאמר דלמסקנא תתהפך הסברא דכשירצה המזיק לשלם בקרקע מיטב נכריחנו לשלם דוקא במטלטלין ועוד דפשטא דקראי הוא שהתורה תלתה בהמזיק כדכתיב ישיב ישלם משמע מה שירצה ועוד דלחד אמורא שם [ע'] הדין או כסף או מיטב קרקע דוקא דאפילו יש לו מטלטלין מוכרח לשלם בקרקע מיטב וכשאין לו קרקע אז רשאי לסלק גם במטלטלין ולא קיי"ל כן אלא אף כשיש לו קרקע רשאי לסלק במטלטלין אבל איך נהפך הסברא כל כך דאינו רשאי לסלק בקרקע ועוד דאחד מרבותינו כתב מפורש שהברירה בידו לסלק במה שירצה [ר"ת בתוס' רפ"ו דב"ב ועי' בתוס' ורא"ש ב"ק ט' ורפ"ס בשמו וג"ע] ולמה נעשה מחלוקת בין הפוסקים ועוד דהא התורה חסה על המזיק לשלם השברים ואף הפחת הוא על הניזק כמ"ש בסי' ת"ג ואיך נאמר דכשרוצה ליתן מיטב קרקע לא נקבל ממנו וכן מבואר מרש"י שם שפירש דבשדות יתן מיטב ובמטלטלין אפילו סובין הרי דבדעתו תלה

ומיתומים אין ראיה כלל דמטלטלי לא משתעבדי [רס"י י"ד:] ואין שיעבודו של הניזק כשמת המזיק רק על קרקע וגם לשון הרמב"ם משמע כן דאין נזקקין לגבות תחלה רק ממטלטלין כשיש לו לטובת המזיק להניח קרקעותיו לפניו אבל אם רצונו ליתן קרקע ודאי מקבלים ממנו ואמת שיש אחד מהראשונים שאומר כן אבל יחיד הוא בזה נגד כל הפוסקים [רמ"ס] שהרי כתב ג"כ דכשיש לו מעות צריך לשלם במעות ואין מי שיסבור כן אמנם זהו מילתא דפשיטא דכשרוצה המזיק לשלם במעות מקבלים ממנו אפילו יש לו קרקע ומטלטלין [ועל רלויות הס"ך יש לססיב דוק ותסכח והסב"י תפס כן בססור ופקפק עליו וכן הסכים הט"ז לדינא] :

ו דבר פשוט הוא דכיון שהתורה גזרה דכשישלם קרקע ישלם במיטב ודאי דזהו לטובת הניזק ולכן אם הניזק רוצה בבינונית או בזיבורית הרשות בידו [מ"ס רס"י ז': ד"ס סקול סובין לקרקע קלי ע"ס] ולא עוד אלא אפילו כשקרקעות עומדות להתייקר והמזיק צריך לחשוב לו כפי המקח שעומד והניזק רוצה בבינונית או בזיבורית אין המזיק יכול לומר אם תקח עידית כדינך קח כהמקח ההוה ואם רצונך בבינונית וזיבורית אחשוב לך כפי שיתייקר א"א לו לומר כן דהתורה נתנה העידית לטובתו של הניזק וי"א דלהעלות במקח ודאי דאינו יכול אבל אם אין רצונו ליתן לו כלל הבינוני והזיבורית הרשות בידו [רא"ש סס] ולעולם אין כופין למשלם ליתן אלא מה שלבו חפץ אם נותן לו כדין התורה וכמו שאם היו לו שתי שדות עידית אין הניזק יכול לכופו לומר תן לי רק שדה זו כמו כן לענין בינונית וזיבורית [סס] :

ז ואם יש למזיק שתי שדות עידית והוא משלם לו בקרקע הברירה ביד המזיק ליתן לו מאיזה עידית שירצה ואם הניזק מבקש ממנו לתת לו שדה זו והמזיק נתרצה לזה אלא שאומר לו אם תרצה ליקח האחרת תקח כפי שוויה עתה ואם תרצה דוקא שדה זו קח אותה כפי מה שעתידה להתייקר אם עומדות שדות להתייקר אין שומעין לו אלא צריך ליתנה לו כפי מה שהיא שוה עתה כן פסקו הטור והש"ע דלא שבקינן ליה להעלותה בדמים מפני חפצו של הניזק ויש חולקין בזה דכיון דהברירה בידו למה לא יעלנה בדמים [לבוש וס"ך וט"ז] ונ"ל דודאי אם בתחלת הדבר כשהניזק בקש מהמזיק ליתן לו קרקע זו וא"ל המזיק רצוני ליתן לך קרקע האחרת ואם רצונך בקרקע זו תטלנה כיוקרא דלקמיה הרשות בידו אבל אם מתחלה נתרצה לדברי הניזק בלי שום תנאי ואח"כ נתיישב לומר כיון שהברירה בידי אתן לו האחרת ואם רצונו בזו יטלנה כיוקרא דלקמיה אינו יכול לומר כן דתואנה הוא מבקש [ול"ס כל מס ססקסו בזס] אמנם יש מי שחולק בעיקר דין זה וס"ל דהברירה ביד הניזק ליקח לו מאיזה מיטב שירצה מיהו אם לפי ראות עיני ב"ד יגיע למזיק טובה כשתשאר שדה זו לפניו ולהניזק אין רעה בזה כופין על מדת סדום [ס"ך בסס יס"ס] אמנם אין כן דעת כל הראשונים :

ח מת המזיק קודם שפרע להניזק מגבין הניזק ממטלטלין לאחר שתקנו הגאונים דמטלטלי דיתמי משתעבדי לבע"ח ואם היתומים רוצים להגבותו מהקרקע הרשות בידם כמ"ש בסי' ק"ח [ס"ך] ואם לא הניח מטלטלין מגבין לו מזיבורית שבקרקעותיו שכל הבא ליפרע מנכסי יתומים לא יפרע אלא מן הזיבורית ואין חילוק בין יתומים קטנים לגדולים [סס] ולענין לגבות מלקוחות בנזקין אם כבר עמד בדין ודאי דגובין מלקוחות שלקחו אח"כ וי"א דגם קודם העמדה בדין גובין מהם משום שיש קול לנזקין ולא היה להם ליקח [סס בסס יס"ס ועמ"ש בסי' קי"ט :

ט יש מי שאומר דזה שהמזיק משלם מעידית אינו אלא בנכסים שהיה לו בשעה שהזיק דחל החיוב על מיטב שלו אבל נכסים שקנה אח"כ מזמן הנזק עד שעת העמדה בדין אף שחייב לשלם מהם מ"מ א"צ לשלם ממיטב ולא ראיתי לאחד מן הפוסקים שחילקו בזה וגם אין הסברא נותנת כן [ומ"ס רלויס דלמ"ד בדניזק סיימינן ודלוי ל"ל לומר כן ללו ידעתי למס דלכ"ע לין סמזיק מחויב לקנות כמ"ס סתוס' בב"ק ו': ובר"פ סניזקין] :

הלכות חובל בחבירו

סימן תכ [דיני חובל בחבירו ודין המבייש בדברים ובו נ"ח סעיפים] :

א אסור לאדם להכות חבירו ואם הכהו עובר בלאו דכתיב בחייבי מלקות שילקוהו ל"ט מכות לא יוסיף פן יוסיף ואם הקפידה תורה על רשע שעבר עבירה שלא להכותו יותר על רשעו ק"ו בהכאת צדיק והמרים יד על חבירו אע"פ שלא הכהו נקרא רשע ואם ראובן התחיל להכות את שמעון יכול שמעון להכותו כדי להנצל מידו ואפילו איש אחר מותר לו להכות את ראובן כדי להציל את שמעון אם א"א להצילו באופן אחר והמכה אשתו עונשו יותר חמור ממכה חבירו דהרי חייב לכבדה ואם רגיל הוא בכך יש ביד ב"ד ליסרו ולהלקותו ואם אינו

אינו צייה י"א שכופין אותו לגרשה אמנם אם מקללתו או מבזית אביו ואמו והוכיחה בדברים ואין מועיל י"א שמותר להכותה וי"א שאסור ונתבאר באהע"ז סי' קנ"ד ע"ש :

ב י"א דיש תקון קדמונים באדם המכה לחבירו להבדילו מעדת ישראל וכשישוב בתשובה צריכין להתיר לו כדי לצרפו למנין עשרה ומעיקר התקנה אין לענות אחריו אמן ושום דבר שבקדושה כל זמן שלא שב בתשובה כי הוא כמובדל אמנם בעונותינו אין ידינו תקיפה ורבו עזי פנים שמבזים ת"ח ואין מוחה בידם ואין ביכולת למחות בהם מלעבור לפני התיבה לכן בהכרח לענות אחריהם אמן וכל דבר שבקדושה כי מעצם הדין אין חשש בזה ואם מקבל עליו שיקבל על עצמו כל מה שיאמרו ב"ד מתירין לו בשלשה אע"פ שאין המוכה מתרצה והמבזה את חבירו בדברים יתבאר בסי' תכ"א בס"ד :

ג קיי"ל דאין עונשין לאדם בשני עונשין כמו בחובל בחבירו שחייב מלקות מקרא דלא יוסיף וחייב ממון דמי חבלתו ואין אדם לוקה ומשלם דכתיב כדי רשעתו ודרשינן משום רשעה אחת אתה מחייבו ואי אתה מחייבו משום שתי רשעיות ולכן בחובל בחבירו כיון שגילתה התורה שמשלם ממון כדכתיב רק שבתו יתן ורפא ירפא ממילא דפטור ממלקות ואין לומר דדוקא כשלא התרו בו משלם ממון אבל אם התרו בו לוקה ואינו משלם ממון דבפירוש גילתה התורה בפ' אמור בקראי דחובל בחבירו דכתיב כאשר עשה כן יעשה לו ואח"כ כתיב כן ינתן בו ומיותר הוא למידרש דבר שיש בו נתינה ומאי ניהו ממון [כתובות ל"ב:] להורות דאין בחבלה מלקות רק ממון ואמנם בהכאה שאין בה חיוב ממון שלא נחלה ולא בטלו ממלאכתו וא"צ רפואה ודאי דלוקה כשהתרו בו בכל חייבי מלקיות בזמן הבית וכך אמרו שם ח"ל הכהו הכאה שאין בו שוה פרוטה לוקה כיון שאין כאן חיוב ממון ואין חילוק בין בן חורין לעבד דגם הוא חייב במצות אלא דבעבד כנעני שלו כשחבלו לעולם לוקה אפילו כשיש בההכאה ש"פ דממון אין לו לשלם לעבדו דמה שקנה עבד קנה רבו אבל בעבדו של חבירו כשיש בו ש"פ משלם לרבו וכשאין בו ש"פ לוקה [סגר"א] ועמ"ש בסי' תכ"ה סעיף י"ט :

ד החובל בחבירו חייב לשלם ממון כפי שיתבאר וזה שנאמר בתורה עין תחת עין קבלו רבותינו ז"ל איש מפי איש מפי משה רבינו מפי הגבורה שאינו עין ממש אלא דמי עין וכן זה שנאמר בפ' אמור כאשר יתן מום באדם כן ינתן בו אין הכוונה לחבול בזה כמו שחבל בחבירו אלא הכוונה שהוא ראוי לחסרו אבר או לחבול בו כאשר עשה ולפיכך משלם נזקו וכן זה שנאמר בחובל בחבירו ומזיקו לא תחוס עינך הכוונה שלא תחוס בתשלומין שמא תאמר עני הוא זה ושלא בכוונה חבל בו ארחמנו לכך נאמר לא תחוס עינך כמו שנאמר בפרשת תצא על אשה המצלת את אישה מיד מכהו ושלחה ידה והחזיקה במבושיו וקצותה את כפה לא תחוס עינך דפשיטא דאינו קציצת כפים ממש דאין זה רק בושת בעלמא ובע"כ דעל ממון קאי ואע"פ שדברים אלו מבוארים גם בתורה שבכתב כמ"ש וכמו שיתבאר וכולן מקובלין הן בתורה שבע"פ מפי משה רבינו מהר סיני לבד זה הלכה למעשה היא בידינו וכזה ראו אבותינו בב"ד של יהושע ובב"ד של שמואל הרמתי ובכל ב"ד וב"ד שעמדו מימות מרע"ה [רמב"ם פ"א מחובל] :

ה והיכן מבואר זה בתורה הרי כתיב והכה איש את רעהו באבן או באגרוף ולא ימות רק שבתו יתן ורפא ירפא ואם נאמר שזה שנאמר חבורה תחת חבורה ממש הלא גם הוא יבטל ממלאכה וצריך לרפאות א"ע ולמה ישלם לו בעד זה ואם נאמר שעכ"ז גזרה התורה כן הרי אינו תחת ממש ועוד האיך אפשר לצמצם לעשות חבורה ממש כחבורה זו שעשה זה בלא מתכוין הלא א"א שלא יחסר מעט ושלא יוסיף מעט וכיון דחבורה תחת חבורה לאו ממש כמו כן עין תחת עין לאו ממש דשניהם כאחד כתובים בפ' משפטים ושם תחת לאו ממש הוא כבמה מקומות והרי כתיב ומכה נפש בהמה ישלמנה נפש תחת נפש ובבהמה פשיטא דמשלם ממון ואם יתעקש המתעקש לאמר דמשלם דוקא בהמה כזו ולא ממון הרי מיד כתיב עוד ומכה בהמה ישלמנה דפירושו שלא הרגה אלא חבלה ולכן לא כתיב ומכה נפש בהמה ובחבלה פשיטא דתשלומי ממון הוא ובע"כ דקרא הקודם הוא ג"כ ממון ועוד דאין לך תשלום טוב מממון שקונה בהממון מה שירצה וקראה נפש תחת נפש וכן במאנס את הבתולה כתיב שישלם חמשים שקל כסף תחת אשר ענה אלמא דתחת הוא לאו ממש ולשון תחת בתורה הוא בעד כמו שכתוב בתוכחה תחת אשר לא עבדת וגו' וכמו דכתיב בעבד לחפשי ישלחנו תחת עינו ולשון תחת בתורה הוא העומד במקום זה כמו בנגעים ואם תחתיה תעמוד הבהרת [תמורה כ"ו:] ועוד דברוצח נפש כתיב ולא תקחו כופר לנפש רוצח אשר הוא רשע למות והיה לו לכתוב ולא תקחו כופר לנפש הרשע אלא ללמדנו דדוקא רוצח שחייב מיתה אין לוקחין ממנו כופר אבל לוקחין תשלומין בעד חבורות וראשי אברים ועוד דאם עין תחת עין ממש כולי קרא מיותר דמה כשהחסירו עין אין לוקחין כופר כ"ש לרוצח גמור ולכן כתיב כן ינתן בו דזהו נתינת ממון :

ו וכן דייקי קראי דסוף אמור דכתיב ואיש כי יכה כל נפש אדם מות יומת ומכה נפש בהמה ישלמנה נפש תחת נפש ואיש כי יתן מום בעמיתו כאשר עשה כן יעשה לו שבר תחת שבר עין תחת עין והפסיקה התירה בבהמה בין הירג אדם לחיבלו לומר לך דרק הורג אדם ממיתין

ממיתין אותו אבל חובלו משלם דמים כהורג בהמה ולכן כתבה התורה מקודם חייבי מיתות ואח"כ חייבי תשלומין ולכן גם בפ' משפטים שהשוותה התורה עבד לבן חורין כשם שההורג בן חורין חייב מיתה כמו שכתוב מכה איש ומת מות יומת כמו כן ההורג עבד כמ"ש שם וכי יכה איש את עבדו ומת תחת ידו נקם ינקם כלומר ממיתין אותו דזהו לשון ינקם כמ"ש והבאתי עליכם חרב נוקמת אלמא דאין הפרש בין עבד לבן חורין ואי ס"ד דעין תחת עין ממש למה כתיב בעבד וכי יכה איש את עין עבדו וגו' לחפשי ישלחנו תחת עינו הלא היה מן הדין לנקר עינו כבבן חורין אלא משום דגם בבן חורין משלם ממון לכך גם בעבד משלם ממון והוא שיצא לחירות ומפסיד דמי העבד דלשלם להעבד ממון ושישאר עבד א"א דמה שקנה עבד קנה רבו ולכן מוציאו לחירות וזה הוא תשלומיו ועוד ראיה מפ' שופטים בעדים זוממין כתיב ועשיתם לו כאשר זמם וגו' ולא תחוס עינך נפש בנפש עין בעין שן בשן וגו' ולא כתיב כאן עין תחת עין אלא משום דבעדים זוממין מקיימין ממש כאשר זמם ממילא דכשהעידו על ראובן שהרג את הנפש ורצו לחייבו מיתה ונמצאו זוממין ממיתין אותם ואם העידו על ראובן שנקר עינו של שמעון ורצו לחייבו ממון ונמצאו זוממום מחייבין אותם ולכן כתיב נפש בנפש ממש עין בעין ממש כלומר דמי עין תחת דמי עין ואי ס"ד דעין תחת עין ממש א"כ בעדים זוממים חייבים ג"כ שינקרו עיניהם ולמה לא כתיב עין תחת עין כמו במשפטים אלא ודאי דתחת לאו ממש ועין בעין הוא ממש כמו נפש בנפש וכלומר דמי עין תחת דמי עין :

ז ותורתינו הקדושה דרכיה דרכי נועם כי גם מן החוש יש הכרח דעין תחת עין א"א להיות ממש ואם נאמר ממש אינו ממש דידוע בטבע האדם שהפחד והבהלה מהצער העתיד לבא קשה יותר מהצער עצמו וכמו שכתוב בתוכחות והנה ראובן שנקר עינו של שמעון והיה זה בפתע פתאום ולא היה לשמעון מקודם פחד ובהלה ואם נאמר שננקר ג"כ את עינו של ראובן הלא הבהלה והפחד נוסף לראובן ממה שהיה לשמעון ואינו ממש וקרוב הדבר שיחלה או ימות מהפחד וכמה אנשים מתו מפחד ובהלה ואיך יהיה אז עין תחת עין ממש אבל אם נאמר דמי עין הוה תחת ממש ששמין נזקו וצערו ורפואתו ושבתו ובושתו עד שלא יחסר ולא יותיר ובזה נאמר וכל נתיבותיה שלום [וי"ל בזה מה דתני דבי חזקיה [החובל פ"ד] וסה"ם דמי דמתריגן כלומר דמזה בלבד יש טענות למתעקש ע"ש] :

ח ואם השאל דאל"כ דכוונת התורה לדמי עין למה לא כתבה מפורש דמי עין תחת עין והתשובה לזה דזהו דרך התורה שבכתב לסתום דבריה אף בדברים המפורשים בה כדי שלא לסמוך על הכתב לבד ושנצטרך לקבלת תורה שבע"פ והרי תראה שאין לך מצוה מפורשת בתורה כמצות לולב שכתבה כל המינים מפורש ואת האתרוג סתמה וכתבה שלש תיבות פרי עץ הדר תחת תיבה אחת שהיתה ביכולת לכתוב אתרוג אלא בכוונה עשתה זאת כדי שלא לסמוך רק על התורה שבע"פ ולדרוש מה היא פרי עץ הדר ובכל מצותיה של תורה אין באחת ממנה דבר ברור בלתי הקבלה מתורה שבע"פ והיא נותנת רוח חיים בהתורה שבכתב כנשמה המחיה את הגוף ורבותינו ז"ל אמת וכל דבריהם אמת והמפקפק בדבריהם הוא פתי וסכל ואין לו חלק בעוה"ב :

ט החובל בחבירו חייב בנזק והוא לשום דמי האבר שחסרו כפי השומא שיתבאר וחייב בצער ואם תשאל הלא הצער בכלל הנזק דבחתיכת אבר בע"כ שיש צער התשובה בזה דיש נזק בלא צער כמו לחסרו ע"י סם וחייב בריפוי מה שצריך לרפאות א"ע ממחלתו וחייב בשבת מה שבטל ממלאכתו כל ימי חליו וחייב בבושת דהרבה בושה יש לאדם כשחבירו מכהו או כשרואין את המכה שהכהו אף שלא היה שום אדם בשעת ההכאה וכולם למדנו מקראי דמעין תחת עין למדנו נזק לשלם לו דמי העין שחסרו ומפצע תחת פצע למדנו שישלם גם הצער דקרא יתירא הוא דכיון דכתיב כאשר עשה כן יעשה לו למה לי לכתוב עוד [רש"י כ"ו:] וריפוי ושבת כתיב רק שבתו יתן ורפא ירפא ובושת למדנו מקרא דוהחזיקה במבושיו :

י ולא בכל החבלות יש כל החמשה דברים דאם אין בהמכה חסרון אבר אין כאן נזק ואם אין בההכאה גם צער וא"צ רפואה ואינו בטל ממלאכתו אין בזה רק בושת וז"ל רבותינו בעלי השו"ע החובל בחבירו חייב בה' דברים נזק צער ריפוי שבת ובושת אם החבלה היא בענין שיש בה כל החמש ואם אין בה אלא ד' משלם ד' ואם ג' ג' ואם ב' ב' ואם אחת אחת כיצד קטע ידו או רגלו או אצבע אחד או שחסרו אחד מכל אבריו נותן לו כל חמשה דברים הכהו על ידו וצבתה וסופה לחזור לבריאותה או הכהו על עינו ונסתמא לזמן וסופה לחזור לבריאותה אין כאן נזק ונותן לו שארי ארבע דברים וגם שבת יש בזה דלע"ע ע"י הכאב בטל ממלאכתו אבל הכהו על ראשו וצבתה וסופה לחזור במקדם אין כאן גם שבת דאינו בטל ממלאכתו ע"י זה ונותן לו שארי השלשה דברים צער וריפוי ובושת ואם הכהו במקום שאינו נראה לבריות כמו בשאר הגוף וגם לא היה שום אדם בשעת ההכאה דאין כאן גם בושת לא בשעת ההכאה ולא לאחר מכאן אינו נותן לו אלא צער וריפוי ואם הכהו במטפחת שבידו או בנייר או בשאר דבר קל אין כאן גם צער וריפוי ואינו משלם אלא בושת אם הכהו בפני בני אדם :

יא כוואו בשפוד מלובן על צפרנו במקום שאינו עושה חבורה ואינו מעכבו ממלאכה אינו נותן אלא צער ואם היה במקום רואין חייב גם בבושת ואם עשה חבורה חייב גם בריפוי ואם עי"ז בטל ממלאכתו חייב גם בשבת :

השקהו

יב השקהו איזה סם או שסכו באיזה סם עד שע"י זה נשתנה מראה עורו מכפי שהיה אינו משלם לו אלא ריפוי בלבד שצריך לרפאות שיחזור עורו כמו שהיה ואם השינוי הוא במקום הגלוי כמו בידיו או כפניו חייב גם בבושת וכשהשקהו וסכו בפני בני אדם חייב בבושת גם אם היה במקום סתר [נ"ל] :

יג הכניסו בחדר וסגר הדלת עליו ובטלו ממלאכתו אינו נותן לו אלא שבת בלבד אבל אם היה כבר בהחדר וסגר עליו את הדלת שלא יוכל לצאת הוי גרמא ופטור מדיני אדם כיון שלא עשה בו מעשה ואפילו לדעת הרמב"ם שבסי' שצ"ז סעיף ט' ע"ש דהתם כיון דודאי תזיק הוי גרמי אבל ביטול מלאכה אינו אלא גרמא ונראה דאם סגרו במנעול רשאי לשברו אם המנעול הוא של המסגיר ואם הוא של הנסגר א"צ המסגיר לשלם לו דעכ"פ ההסגר אינו אלא גרמא ואם המנעול הוא של אחרים אינו רשאי לשברו כשאינו רוצה לשלם בעד המנעול דאסור להציל עצמו בממון חבירו ומהמסגיר הלא לא יכול לגבות וכבר נתבאר בסי' ש"ז דבבהמה פטור כה"ג אף שהכניסה וסגרה דאין שבת בבהמה [הדב"ה הקשה על המחבר מרא"ש ר"פ החובל ולפמ"ש ל"ק כלל והרא"ש מכ"ש אמר ולא להיפך מטעם שבארנו ודו"ק] :

יד גילח שער ראשו במקום שחרפה היא לילך מגולה או שגילחו יותר מדרך המגלחים באופן שמתבייש בזה אינו משלם אלא בושת ואם סכו בסם עד שאין סוף השיער לחזור וישאר לעולם כן יש באפשרות שיתחייב בכל החמשה דברים כגון שמצער מן הסם וצריך ריפוי ונזק משלם ג"כ שאין לך נזק גדול למעלה מזה שלא יהיה לו לעולם שיער לחמם ראשו בהן ואין לך בושת גדול מזה הן הבושת שאח"כ שלעולם יהיה קרח הן הבושה בשעת מעשה אם יש רואין ושבת יכול להיות ג"כ כגון שע"י זה מתבטל ממלאכתו מפני הכאב או שפרנסתו לרקד ולנענע בראשו בשעת הריקוד וכה"ג ועד שיתרפא אינו ראוי למלאכה זו ונמצא שבטל ממלאכתו [בהחובל פ"ו הזכיר שבת זה ולא אמרה שבטל מחמת שכאב דלא שכיח שע"י כאב כזה יתבטל ממלאכה] :

טו המחסר את חבירו אבר שאינו חוזר חייב בכל החמשה דברים ואפילו הפיל שינו חייב בכולם מפני שא"א שלא יחלה פיו שעה אחת ובטל ממלאכתו וצריך רפואה ואף שהשן הנעקר אין לו רפואה מ"מ בשר השינים צריך רפואה ונזק ודאי דחייב דע"י חסרון השן יש קלקול באכילתו ובדיבורו נגד מה שהיה מקודם ובושת גדול הוא לילך בחסרון שן ואפילו חסרו כשעורה מעור בשרו חייב בכל החמשה דברים מפני שהעור אינו חוזר לעולם אף כשיתרפא דהמקום נשאר צלקת ואף שדבר קטן הוא מ"מ אינו מוחל הניזק למי שעשה לו כזה לפיכך החובל בחבירו וקרע העור ויצא ממנו דם חייב בכל החמשה דברים :

טז כיצד משערים החמשה דברים נזק אם חסרו אבר או חבל חבורה שאין סופה לחזור שמין אותו כאלו הוא עבד נמכר בשוק כמה היה שוה קודם שחבל בו וכמה נפחתו דמיו אחר החבלה וכזה יתן לו ואף שהוא אדם השוב ואינו בגדר שימכור א"ע לעבד מ"מ לענין נזק הכל שוין דמה שזה יותר חשוב מאיש אחר נכנס בכלל בושת דבושת תלוי לפי מה שהוא אדם אבל בנזק הכל שוין אמנם זהו בסתם אדם שאינו בעל אומנות אבל אם היה בעל אומנות משערין הזיקו לפי אומנתו כגון שהיה נוקב מרגליות וקטע ידו משערינן הזיקו כפי מה שהוא וכן בכל מין אומנות אבל אם קטע רגלו שאין מזיק לו כל כך למלאכתו משערין הזיקו כאלו לא היה בעל אומנות ומשערינן ליה כסתם אדם ואף אם לפעמים החסרון הזה מעלה למלאכתו כגון שזה הנוקב מרגליות היה מדרכו לא לשמור המלאכה ולילך בשווקים וברחובות והיה רבו מקפיר עליו ועתה בחסרון רגלו ישקוד במלאכתו מ"מ אין מביטין על זה ושמין החסרון כשאר כל אדם [טור] דאין סברא שזה יפסיד בנזקו נגד כל אדם ע"י אומנתו והמזיק ירויח ע"י זה נגד שארי בני אדם אם היה מזיקם :

יז כיצד משערין הצער אם הוא שלא במקום נזק כגון מכה שסופה לחזור אומדין כמה היה לוקח אדם כזה להניח להצטער עצמו בצער כזה דיש אדם שהוא רך וענוג ובעל ממון ואפילו אם היו נותנין לו אף ממון הרבה לא היה מצטער אף צער קל ויש אדם שהוא עמלן וחזק בטבעו ועני וטפני זוז אחד מצטער הרבה כן כתב הרמב"ם ז"ל אבל הרא"ש ז"ל כתב מפני ששומא זו רחוקה היא דמעט מן המעט שימצא איש כזה שיקח ממון להצטער עצמו אלא שמין כמו שהיה עליו עונש מאת המלך לעשות לו צער כזה כגון לכוותו בשפוד על צפרנו וכיוצא בזה אומדין כמה היה נותן איש כזה להנצל מזה הצער ושומא זו להוציא ממון מכיסו טובה יותר מהשומא ליטול ממון להניח לצער עצמו :

יח וכיצד שמין צער במקום נזק והרי כבר שילם לו נזק בעד האבר שמין אותו כך כגון שקטע אצבעו אומדים אם אדם זה היה עליו עונש לחסרו אצבע זה כמה היה נותן שלא לקטוע לו האצבע בסייף אלא בסם כדי שלא יצטער הרבה ומה שיש בין זל"ז משלם לו ואין לשום להיפך במי שנתחייב שיאבדו אצבעו זה בסם כמה ירצה ליקח ממון לחתוך לו בסייף דאין אדם לוקח ממון בעד צער גדול כזה [טור] ובזה גם הרמב"ם מודה דאינו דומה לצער כזה [נ"ל] :

יט ובשבת יש שני אופנים בהשומא דאם לא החסירו אבר אלא שהוא בטל ממלאכה כל ימי חליו השבת הוא פשוט לשום כמה הפסד עולה לו ביטולו וישלם לו כפועל בטל כמו שיתבאר אבל כשהחסירו אבר ואינו ראוי למלאכה הקודמת ובעד זה משלם לו נזק האבר כמ"ש

כמ"ש א"כ אין לו לשלם השבת ממלאכה כזו ולכן כתב הרמב"ם ז"ל בפ"ב מחובל וז"ל כיצד משערים השבת אם לא חסרו אבר אלא חלה ונפל למשכב או צבתה ידו וסופה לחזור נותן לו שבתו של כל יום ויום כפועל בטל של אותה מלאכה שבטל ממנה ואם חסרו אבר כגון שקטע ידו נותן לו דמי ידו שהוא הנזק ושבת רואין אותו כאלו הוא שומר קשואין ורואין כמה הוא שכר שומר קשואין בכל יום ועושים חשבון כל ימי חליו של זה ונותן לו וכן אם קטע רגלו רואין אותו כאלו הוא שומר על הפתח סימא את עיניו רואין אותו כאלו הוא טוחן ברחים וכן כל כיוצא עכ"ל וכ"כ רבינו הב"י בסעיף י"ז דשבת בחסרון אבר הוא לפי המלאכה שיהיה ראוי אחר שיבריא משלם לו עבור ביטולו ממלאכה כזו בכל ימי חליו וממילא דבחסרון יד הוא ראוי לשומר קשואים ובחסרון רגל אינו ראוי לזה ועדיין ראוי לישב בפתח ובחסרון שתי עיניו אינו ראוי גם לזה ואינו ראוי רק לטחון ברחים [מ"ש הסמ"ע דבחסרון רגל אחת ראוי לשומר קשואים לע"ג] :

כ וכתב הטור דזהו דוקא בסתם בני אדם שאינם בני אומנות דודאי אינו ראוי אחר חסרון האבר למלאכה שקודם זה אבל אם הוא בעל אומנות ואומנתו הוא באופן שהוא ראוי גם אחר חסרונו כגון אם הוא מלמד תינוקות וראוי למלאכה זו גם אחר חסרון ידו ורגלו וכן אם היה נוקב מרגליות ושיבר את רגלו ראוי למלאכה זו כקודם שבירת רגלו שמין השבת לפי המלאכה הקודמת ומ"מ נזק משלם לו כמו לסתם בני אדם אע"פ שלפי מלאכתו אין הפסד בפרנסתו כמ"ש בסעיף ט"ז :

כא ובמה שכתב הרמב"ם ז"ל דנותן לו שכרו כפועל בטל כתב הטור דנותן לו כפועל בטל של אותה מלאכה דבטל ממנו ורואין כמה היה רוצה ליקח ויהיה בטל וזה תלוי כפי מה שהוא מלאכתו שיש מלאכה כבדה ושכרה מועט שהיה לוקח מעט שישב בטל ויש מלאכה קלה ששכרה הרבה וצריכין ליתן לו הרבה שישב בטל עכ"ל ומה שהאריך כאן הטור יותר מבסי' רס"ה ושל"ד ושל"ה וביו"ד סי' שי"ב נ"ל דקמ"ל דלא מיבעיא הני כולהו דמרצון עצמו נחית לזה או ע"פ גזירת התורה כמו בהשבת אבדה דסי' רס"ה או ראיית בכור ביו"ד שם דודאי שמין להקל על השני אבל כאן דהשני מזיק הוא נהי דאמרו חז"ל לשום לו כפועל בטל מ"מ לא נשום ליה בדבר מועט אפילו במלאכה כבדה ושכר מועט קמ"ל דאין חילוק ועמ"ש בסי' רס"ה :

כב ריפוי כיצד משערין והנה מעיקר הדין לא היה צריך לריפוי שום אומד דישכור לו רופא שירפאנו בכל יום עד שיתרפא ודמי הרפואות יתן לו בכל יום ויום אלא שמ"מ אמרו חז"ל [החובל פ"ה:] שיאמדו את המשכת מחלתו בכמה ימים יתרפא מחולי זה וכמה הוא צריך ומוסרן לב"ד [ס"מ] ולא לידו ואף אם יאמר הנחבל תן לי שכר הרופא ואני ארפא א"ע יכול החובל לומר לו שמא לא תרפא עצמך יפה ויקראו הבריות אותי מזיק ואם היה מתגלגל בחליו והולך ונתארכה המחלה יתר מכפי שאמדוהו אינו מוסיף לו כלום וכן אם הבריא מיד אין פוחתין ממה שאמדוהו וכן השבת אומדין אותו כמה תתארך המחלה ונותן ליד הניזק הכל מיד ובין שנתארכה המחלה ובין שנתקצרה אינו מוסיף ואינו גורע :

כג וכתב הרמב"ם ז"ל שדבר זה תקנה הוא להמזיק ומה תקנתו בזה כמ"ש דאף אם תתארך המחלה לא יוסיף לו ואף שיכול להיות גם להיפך ויהיה הפסד למזיק מ"מ זה אינו שכיח דברוב חולים אינו נפחת זמן המחלה מהאומדנא והרבה פעמים שמתארך [סמ"ע] ועוד דאם לא יאמדו אותו יתרשל הנחבל ברפואתו ויאריך בעצמו המחלה באופן שלא יוודע לאדם שהיא בעצמו גרם לו [שם] אבל כשידע הנחבל שיותר מהאומדנא אין המזיק מחוייב ליתן יראה להתחזק בעצמו וטעם זה יש בשבת ג"כ אמנם מדברי רש"י ז"ל שם מתבאר לי דזהו להחמיר על המזיק כדי שלא יצטרך לבקש ממנו בכל יום ויום שבתו ורפואתו ויש מגדולי ראשונים דס"ל דאינו נותן השבת והריפוי רק לכל יום והאומדנא צריך כדי לשכור רופא על כל זמן מחלתו לבלי להצטרך לשכור רופא בכל יום וממילא דגם השבת בהאומד כיון דהאומד מוכרח להריפוי וזהו דעת הגאון [בס"מ שם] ועוד דגם מטעם השני שבארנו להרמב"ם יש תועלת להמזיק בהאומדנא אך לא הובאה דעה זו בפוסקים :

כד אמרו חז"ל [שם פ"ה:] אם עלו בו צמחים מחמת המכה או נסתרה המכה אחר שחיתה חייב לרפאותה ולתת לו דמי שבתו ואם עלו בו צמחים שלא מחמת המכה כגון שעבר על דברי הרופא שצוה לו שלא יאכל דבר זה ואכל וע"י זה עלו בו צמחים או הכביד עליו החולי ונתארכה אינו חייב לרפאותו ולא לתת לו דמי שבתו והנה דין זה לא יצוייר כלל לפי מ"ש דאומדין את המחלה מקודם דאפילו נתארכה יותר מן האומד אינו מוסיף לו א"כ אף כשעלה צמחים מחמת המכה כיון שהוא יותר מהאומד א"צ ליתן לפיכך כתב הרמב"ם ז"ל דאם אמר המזיק אין רצוני בתקנה זו של האומד אלא ארפאנו דבר יום ביומו שומעין לו ולכן כשלא אמדו אלא ריפא אותו דבר יום ביומו יש חילוק בין עלו צמחים מחמת המכה לשלא מחמת המכה והרמב"ם הולך לשיטתו דהאומד הוה קולא על המזיק ולכן ביכלתו לומר איני חפץ בטובה זו ואולי דזה עצמו הכריחו לפרש כן :

כה אבל לשיטת רש"י ז"ל דהאומד אינו לטובת המזיק ובודאי דאינו יכול לומר ארפאנו דבר יום ביומו נ"ל דצמחים ענין אחר הוא ואינו בכלל אמידה דלאו כל מכה מעלה צמחים וא"א לשער מקודם ועוד דצמחים

אפילו

אפילו כשהם מחמת המכה אינו שייך להמכה וכגרמא בעלמא הוא ויתבאר בסעיף כ"ח וראיה דהא יש בגמ' מאן דפוטר בצמחים שמחמת המכה ומאן דמחייב דריש לה מקרא אלמא דמסברא לא היה חייב ולכן אפילו כשאמרוהו חייב בצמחים שמחמת המכה דא"א לאמוד זאת מקודם או אפשר לומר דמיירי כשהיתה איזה סיבה שלא אמרוהו [תוס' שם ד"ה עלוי] והטור והש"ע לא כתבו רק דברי הרמב"ם ז"ל :

כו א"ל המזיק אני ארפא אותך כגון שהוא רופא או שיש לו רופא שמרפא בחנם אין שומעין לו דהניזק יכול לומר לו דמית עלי כארי אורב ורופא שאינו נוטל דמים אינו שוה כלום דאינו מדקדק בהרפואות ואפילו אם יאמר לו המזיק אביא לך רופא ממקום רחוק שיניח לי בזול יכול הניזק לומר לו שרופא המקום מדקדק יותר שלא יפסיד המחאתו ואם החובל והנחבל אינם דרים במקום אחד יכריח להחובל שיקח לו רופא ממקומו של הנחבל ואם יש שני רופאים במקומו ושניהם מומחים ושוים בחכמה אין הנחבל יכול לכוף להחובל ליקח לו דוקא רופא זה אא"כ שזה מומחה יותר או טוב בטבעו יותר מהשני [נ"ל] :

כז כתב רבינו הרמ"א בסעיף ג' די"א דצריך לו ליתן ג"כ תוספת מזונות הצריכין לו בחליו ממה שהיה אוכל כשהיה בריא עכ"ל ואין מי שחולק בזה וזהו בכלל רפואתו כיון שאינו יכול לאכול מאכלים פשוטים שהבריא אוכל וכ"כ רש"י ז"ל [שם נ"א:] ועושין הכל ע"פ דברי הרופא:

כח איתא בגמ' [פ"ה:] דכל מכה צריכין לאגוד מקום המכה ואם הנחבל רוצה לאגדה יותר מכפי הראוי דהיינו יותר בחזקה או לאגד גם הבשר הבריא הסמוך להמכה [ס"מ] כדי להצילו מצינה וכיוצא בזה אע"פ שע"י זה יעלה צמחים בהמכה [רש"י] ולא יתרפא מהרה [ס"מ] הרשות בידו ואין החובל יכול למחות בו ומזה ראיה למ"ש דאין הצמחים בכלל האומד ועוד איתא בגמ' שדבש וכל מיני מתיקה קשין למכה לפי שמחממין את המכה ודע שהפוסקים השמיטו דיני סעיף זה ולא ידעתי למה :

כט כיצד משערין הבושת הכל לפי המבייש והמתבייש שאינו דומה מתבייש מהקטן למתבייש מאדם גדול ומכובד דכשהמבייש אינו מכובד בושתו מרובה ויש מרבותינו שפרשו דעיקר בושת מרובה הוה מאדם בינוני דמאדם מזולזל אין הבושת נחשב שדבריו אינם נחשבים ומאדם גדול בתורה או בעושר או מכובד בין הבריות ג"כ אין הבושת גדול כל כך מפני ההיפך שמאיש כזה כדאי לפעמים לקבל בושה אבל מאדם בינוני הבושה גדולה דדבריו נחשבים ואינם לכבוד וכן המתבייש לפי מה שכבודו גדול בושתו יותר מרובה המבוזה כהן בושתו מרובה מישראל דהא הישראל מחוייב לחלוק לו כבוד וכן כשהכהן הוא המבייש בושתו יותר משל ישראל לפי ערך מעלתו :

ל כבר נתבאר דכל החמשה דברים שמין אותן מיד אחר החבלה ומיד נותנין להנחבל לבד דמי ריפוי שמוסר לב"ד כמ"ש בסעיף כ"ב ואמרו חז"ל שאע"ג שלתביעת ממון נותנין זמן ב"ד שלשים יום כשהנתבע מבקש זמן לפרוע מ"מ לחבלות אין נותנין זמן להחובל רק כשנתחייב בדין מחוייב להשיג מעות מיד ולשלם [שם נ"א:] ואפילו יהיה מוכרח למכור ע"י זה נכסיו בזול [ס"ך] אמנם כשמבקש זמן לברר שלא חבלו כלל נותנין לו זמן אם צריך הוא לזמן וי"א דגם בזה ישליש המעות מיד וכשיתברר שלא חבלו יחזירו לו ואינו כן [שם] אא"כ הב"ד מבינים שיש איזה הערמה בזה :

לא על בושת לבד כשלא עשה בו חבלה ואינו משלם אלא בושת נותנין לו זמן להביא ממון כיון שלא חסרו ממון אבל בחובל כיון שחסרו ממון הנזק או ריפוי ושבת אין נותנין זמן גם להבושת ואין מחלקין ביניהם [סמ"ע] וכן בצער לחוד או צער ובושת כיון שאין בהם חסרון ממון נותנין זמן [שם] ולפ"ז כשמגבין לו ד' דברים צער ריפוי שבת ובושת אין נותנין זמן וכ"ש כשיש גם נזק אבל כשאין שם רק שני דברים צער ובושת נותנין זמן [וזהו מ"ש הטוש"ע בסעיף כ"ז כשמגבין לו ד' דברים כלומר אפילו בלא נזק ולאפוקי שני דברים וג' אינן ברוב חבלות דוק ותשכח] :

לב אמרו חז"ל [פ"ה:] דאם הכהו באזנו או תקע לו באזנו וחרשו נותן לו דמי כולו דחרש אינו ראוי לשומו כעבד שהרי לא ימצא מי שיקחנו למלאכה [ס"מ] ולכן אם לא יחזור לבריאותו הוה כאלו איבדו בכל איבריו ודוקא כשאינו בעל אומנות אבל אם הוא בעל אומנות וראוי עדיין לאותו אומנות רואין כמה נפחתו דמיו ע"י זה ונותן לו דאע"ג דיכול לעשות אומנתו מ"מ אינו דומה גם במלאכתו לקודם חרשותו דאין לך מלאכה בעולם שא"צ לדבר עם בני אדם ולכן אמרו חז"ל לענין ערכין דגם חרש נידר ושמין אותו בדמים [ערכין ב'] אלמא דיש לו דר"ת ומיירי בבעל אומנות כן כתבו רבותינו התוס' והרא"ש [ב"ק פ"ה:] אמנם לא אבין והרי גם שוטה נידר [שם] ושוטה ודאי דאינו ראוי לכלום והרמב"ם בפ"א מערכין לא כתב רק שנערכין ולא לשומת דמים ואף לגירסתנו במשנה דערכין נוכל לומר דלאו בחרש ושוטה גמורים מיירי ורק מפני שהתנא קמ"ל שם שהם אינם נודרים ומעריכים וזהו רק כשאינם בני דעת גמורים אפילו אם גם אינם חרשים ושוטים גמורים לזה אומר שאחרים נודרים ומעריכין אותם ויש במשניות שם חרש לא על חרש גמור כדאיתא בירושלמי פ"ק דתרומות [ע"ש בהרע"ב מ"ב ובתוי"ט] :

לג זה שנתבאר דתקע באזנו וחרשו חייב זהו דוקא כשאחזו בטפו או בבגדיו ותקע באזנו אבל אם

לא

לא אחזו אלא צעק נגד אזנו וחרשו אינו חייב אלא בדיני שמים דגרמא הוא כיון שלא עשה מעשה בגופו אבל באחזו בגופו אף שלא תקע באזנו כלל אלא הכה על הכותל כנגד אזנו ונתחרש חייב [סמ"ע] ואע"ג דבנזקי בהמה חשבינן את הקול למעשה כמו תרנגול שתקע בכלי ושברו דמשלם כמ"ש בסי' ש"ץ מ"מ באדם הוי קול גרמא דהוא בר דעת ומעצמו נבעת [קידושין כ"ד:] :

לד יש מגדולי אחרונים שכתבו דזה שנתבאר דאם היה בעל אומנות וחרשו שמין הפחת לפי מלאכתו היינו דוקא שלא תפחת שומתו נגד סתם בני אדם כמ"ש בסעיף ט"ז [לבוש ומע"מ] ולכן אם שומתו מפחת זה עולה יותר מסתם בני אדם שמין לו באומנתו אבל בלא זה שמין לו כסתם בני אדם [דג"מ] ולא משמע כן מלשון הרא"ש והטור שכתבו מפורש דבבעל אומנות אינו נותן לו דמי כולו ומבואר להדיא דלאקולי נגד סתם בני אדם הוא ועוד דאיך אפשר לומר דפחיתתו באומנתו יהיה יותר מדמי כולו בסתם בני אדם ולא דמי לסעיף ט"ז דבשם בחסרון אבר דיש שומא לזה בסתם בני אדם אלא שזה לפי אומנתו אין בו הפסד כל כך אין סברא שיפסיד עי"ז אבל בחרשו שאין שום שומא לסתם בני אדם וחשבינן כאלו הרגו והרי זה האיש לא הרגו לכן חשבינן ליה לפי אומנתו ולא חשבינן כאלו הרגו והרי לא חסרו שום אבר אלא שאינו ראוי למכרו כעבד כמ"ש בסעיף ל"ב וכיון שזה עדיין ראוי למלאכתו אלא שנפחת שמין לו לפי עצמו משא"כ בחסרון אבר הרי עכ"פ החסירו אבר ולמה יפסיד דמי אברו בשביל אומנתו :

לה סימא את עינו ולא אמדוהו כגון שלא הספיק העת עדיין לשומו ואח"כ קטע ידו וג"כ לא אמדוהו ואח"כ קטע רגלו וג"כ לא אמדוהו ואח"כ חרשו הואיל ולא אמדוהו בכל נזק ונזק נותן לו רק דמי כולו אמנם ההפרש בזה לא כל כך גדול דלנזק ושבת אין חילוק בין חד אומדנא ובין שומת כל אבר לבד דבכל שומא שמין כמה נחסרו דמיו בשביל אותו אבר עד שיצטרפו כל אבריו יחד וגם שבת שבין חבלה לחבלה פשיטא שנותן לו כי עדיין הוא ראוי למלאכה כשיתרפא כל זמן שלא חרשו ואין חילוק רק לצער וריפוי ובושת וגם זהו ודאי דצריך ליתן לו צער ריפוי ובושת של כל חבלה וחבלה בפ"ע דהא היה לו כל זה אלא דיותר יעלה כשישומו כל אחד בפ"ע ממה שיעלה כשישומו כאלו עשאן כולם כאחד ואין ביניהם אלא דבר מועט ובנזק ושבת גם דבר מועט אין הפרש כי גם לבסוף שמין כמה נפחת דמיו בשביל כל אבר ואבר בפ"ע [סמ"ע בסס סגור וזהו כוונת הרמ"א בסעיף כ"ו ומרש"י פ"ה: מבואר דרק בנזק אין חילוק ע"ש בד"ס חדא] :

לו אמדוהו ב"ד לכל נזק ונזק ואח"כ חרשו ואמדוהו עתה לפי חרשותו הוי ספיקא דדינא אם אומרין שישלם לפי כל אומד בפ"ע או אפשר כיון שלא שילם עדיין חוזרין ואומדין רק אומד אחד ופסק הרמב"ם ז"ל בפ"ב דאין גובין ממנו אלא אומד אחד דמי כולו בלבד ואם תפס הנחבל נזק כל אבר ואבר ודמי כולו כשחרשו לפי שויו אחרי הנזקין הקידמין אין מוציאין מידו והולך לשיטתו דבספיקא דדינא מהני תפיסה ויש חולקין עליו והרא"ש ז"ל פסק דגובין ממנו לפי כל אומד בפ"ע ותמהו עליו מה שפסק נגד ספק שנשאר בגמ' ואפשר לומר דס"ל דכיון דמסקינן בהש"ס שם [ל"ה] דגובין מהמזיק מיד כל החמשה דברים א"כ למה ירויח במה שלא נתן עד עתה והספק אינו אלא אם נאמר דאין גובין מיד ולא לפי המסקנא [הרי"ף ז"ל השמיט כל דינים אלו משום דלא שכיחי] :

לז בדיני רוצחים כתיב אם באבן או באגרוף אשר ימות בו הכהו ופירשו חז"ל דבעינן אומד אם ראוי אבן כזה להמית הורגין את הרוצח ואם לאו פטור דמשמיא הוא דגזרי עליה ואינו נקרא רוצח ויתבאר בסי' תכ"ה וכן הדין בנזקין דכשם שאומדים למיתה כך אומדים לנזקין כיצד הרי שהכה חבירו בצרור קטן שאין בו כדי להזיק או בקיסם של עץ קטן וחבל בו חבלה שאין חפץ זה ראוי לעשותו ה"ז פטור דמזלו של המוכה גרם שנאמר באבן או באגרוף דבר הראוי להזיק ופטור מכל החמשה דברים לבד מבושת דחייב דהרי אפילו רקק בגופו של חבירו חייב בבושת והבושת הוא לפי החבלה שעשה ואין בבושת חילוק בין בא מאבן גדול לקטן [סמ"ע] :

לח לפיכך צריכים העדים לידע במה הזיק ומביאים הדבר שהזיק בו לב"ד ואומדים אותו אם ראוי זה הדבר לחבלה כזו ודנין עליו ואם הכהו באגרוף רואין ושמין אגרופו לפי כחו ואם נאבד הדבר שהכה בו ואמר החובל שלא היה בו כדי להזיק והנחבל אומר שהיה בו כדי להזיק ישבע הנחבל ויטול דהרי אף אם החובל אומר לא חבלתי נשבע הנחבל כשיש רגלים לדבר כמ"ש בסי' צ' דכן תקנו חז"ל וכ"ש כשמודה שהכהו ומסתמא כיון שהזיקו היה בו כדי להזיק [שם] :

לט אמרו חז"ל [סנה' ע"ו:] דאם הכהו בברזל אין לו אומד אפילו למיתה וכ"ש לנזקין ולכן לא כתיב בברזל אשר ימות בו דאפילו מחט קטנה ראויה להמית וא"צ לומר להזיק ודוקא כעין מחט שהיא חדה אבל אם לא הזיק אלא מחמת משקלו שאינו מחודד כלל או אפילו הוא מחודד אלא שלא המית בחידודו אומדים אותו כשארי דברים :

מ אע"פ שנתבאר דהנחבל נאמן בשבועה כשאומר שהיה בו כדי להזיק זהו בדבר חבלה הניכרת על פניו או על גופו אבל בחבלה שאינה ניכרת אינו נאמן בשבועה אלא בעדים כגון שאומר נחרשתי או נסמית עיני ואין הסימני ניכר מבחוץ אינו נאמן אע"פ שהחובל

איני

אינו מכחישו בברי דכיון שאין אנו מכירין החבלה חיישינן שמא מערים ואינו נוטל הנזק עד שיבדקוהו וזמן מרובה ויהיה מוחזק שאבד מאור עיניו או נתחרש :

מא המבעית את חבירו פטור מדיני אדם אע"פ שחלה מהפחד דגרמא בעלמא הוא כיון שלא עשה מעשה בגופו וחייב בדיני שמים ודוקא כשלא נגע בו כגון שצעק לו מאחוריו ונבהל או שנראה לו באפלה אפילו בפניו כיון שלא ראהו מקודם נבהל מהבעתתו וכיוצא בזה אבל אם נגע בו והרפו בשעה שהבעיתו או אפילו רק אחזו בבגדיו חייב כמו בתוקע באזנו בסעיף ל"ג :

מב אע"ג דלנזקין אדם מועד לעולם בין שוגג בין מזיד מ"מ אם הנחבל נעשה כגרם לעצמו פטור כגון הזורק אבן ולאחר שיצא האבן מת"י הוציא הלה את ראשו מחלון או מחצר ופגעה בו פטור מכל החמשה דברים אע"פ שהנחבל ג"כ לא ידע שיפגענו אבן וכפירוש מיעטיה קרא ברוצח דכתיב ונשל הברזל מן העץ ומצא את רעהו ומת דמשמע דרעהו קדים אבל לא שהדבר המזיק קדמו ואח"כ המציא א"ע וה"ה בחבלות דהנם בחבלות באונס גמור פטור כמ"ש בסי' שע"ח ואין לך אנוס יותר מזה והטור חילק בזה :

מג כשם שאין אדם רשאי לחבול בחבירו כך אינו רשאי לחבול בעצמו דכתיב השמר לך ושמור נפשך וכתיב ואך את דמכם לנפשותיכם אדרוש מיד נפשותיכם אדרוש את דמכם [החובל צ"א:] וזהו בין לממית עצמו בין לחובל בעצמו שעובר בלאו ומ"מ אחרים שחבלו בו חייבין בתשלומי נזקו אף שהוא רגיל לחבול בעצמו ועמ"ש בסי' שפ"ב :

מד החובל בחרש שוטה וקטן חייב ועל הבושת פטור בשוטה דאינו בר בושת וקטן נמי אינו בר בושת אא"כ מגודל קצת שכשמביישים אותו מתבייש וחרש יש לו בושת ונ"ל דנזק ושבת אינו ג"כ בשוטה דאינו בר מלאכה וחרש נמי אם הוא חרש גמור אינו בנזק ושבת דהא חרשו נותן לו דמי כולו אא"כ הוא בעל אומנות כמ"ש בסעיף ל"ב וקטן נמי אם אינו בר מלאכה אינו בשבת והחובל בעבד חייב בכולן ומ"מ אינו דומה מבייש את הקטן למבייש את הגדול ומבייש עבד למבייש בן חורין ומבייש חרש למבייש פקח והב"ד ישומו לכולם כפי ערכם ולמי מוסרין המעות יתבאר בסי' תכ"ד :

מה אמרו חז"ל [שם פ"ו:] המבייש את הערום או מי שהוא בבית המרחץ פטור ופירש"י דבשעה שעומדים ערומים אין להם בושת וכן משמע מלשון הרמב"ם ורבותינו בעלי התוס' פירשו דודאי בכל עניני בושת כגון רקק בו או סטרו יש בושת בבית המרחץ כבשארי מקומות וזה שאמרו חז"ל דפטור זהו כשביישו בענין ערומתו כגון שהתחיל לפשוט את בגדיו ובא זה ופשט חלוקו מעליו דבלא זה היה פושטו ואף שזה מיהר להעמידו ערום אין זה בושת [כ"מ מרשב"א שם] אבל אם הוא ברצונו לא רצה להפשיט א"ע אלא שנשבה בו הרוח והגביה בגדיו קצת ונראה קצת ערום ובא אחר והוסיף להגביה בגדיו ונראה יותר ערום וכן אם הגביה בעצמו בגדיו במקצת לירד לנהר לרחוץ רגליו וכיוצא בזה או שעלה מהנהר ובגדיו היו מוגבהים קצת ובא אחר והגביהם יותר חייב בבושת ומ"מ אין בושתו של זה מרובה כל כך כמו המבייש את מי שאינו ערום כלל [הרי"ף והרא"ש העתיקו משנה דשם כמו שהיא ונ"ל דס"ל כהתוס' ובושת דערומתו לא שייך שם והך דאתא זיקא לא שכיח לפיכך השמיטו ודו"ק] :

מו המבייש את הישן וניער אח"כ חייב בבושת דהא יש לו בושה כשנתוודע מזה ומ"מ אינו דומה לביישו כשהוא ניעור [נ"ל] ואם מת בתוך השינה ולא הרגיש בהבושת הוי ספיקא דדינא אם חייב בבושת משום דלבני משפחתו נשאר הבושת או כיון שהוא לא ידע מהבושת פטור המבייש ופסק הרמב"ם ז"ל דאין גובין הבושת ואם תפסו יורשיו אין מוציאין מידם כדעתו בכ"מ דבספיקא מהני תפיסה ויש חולקים דלא מהני תפיסה ולבד מזה נראה יותר מסוגית הש"ס [שם] דהבושת הוא רק לדידיה ולא להמשפחה [עתוס' פ"ו: ד"ה ביישו ישן] ולכן י"א שהוא פטור בודאי והמבייש את הסומא חייב דסומא יש לו בושת וישן שבייש בשנתו בלא כוונה כגון שרקק בשנתו על חבירו וכיוצא בזה פטור דבושת בעי כוונה כמ"ש בסי' תכ"א :

מז רקק בגופו של חבירו בכוונה כדי לביישו חייב בבושת אבל רקק בבגדיו או שביישו בדברים פטור וילפינן לה מדכתיב והחזיקה במבושיו דבעינן מעשה בגופו וזהו מדינא אבל מ"מ יש לב"ד בכל מקום לגדור הבושת בדברי חרופים וגדופים ויש בידם לקנוס וי"א שכופין בכל מיני כפיה עד שיפייס את המתבייש דאין לך בושת גדול יותר מבושת דברים בחרופין וגדופין וי"א שמכין אותו מכת מרדות דהרי עבר על לאו דלא תונו ויש אונאה בדברים וגדולה מאונאת ממון כמ"ש בסי' רכ"ח אלא מפני שהוא לאו שאין בו מעשה אין לוקין עליו מן התורה אלא לוקין מכת מרדות :

מח וכתב הרמב"ם ז"ל דאע"פ שהמבייש בדברים אינו בר תשלומין עון גדול הוא ואין המחרף ומגדף לעם ומביישן אלא שוטה רשע וגס רוח וכל המלבין פני אדם כשר מישראל אין לו חלק לעוה"ב עכ"ל וצריך לבקש ממנו מחילה ודין המבייש ת"ח נתבאר ביו"ד סי' רמ"ג ע"ש :

מט המוציא שם רע על חבירו הוי בכלל המבייש בדברים בפניו ועוד גדול עון זה ממבייש בפניו שמפרסם לרבים השם רע וזהו עון לה"ר ולא נתחתם גזר דין של אבותינו במדבר אלא על לשון הרע שהוציאו

עד א"י ומת המוציא ש"ר על עצים ואבנים כך המבייש לחבירו על אחת כמה וכמה [ערכין ט"ו:] וכל המספר לה"ר נגעים באים עליו וכאלו כפר בעיקר שנאמר אשר אמרו ללשוננו נגביר שפתינו אתנו מי אדון לנו ועל עון זה אמר שלמה מות וחיים ביד לשון ועוד כתיב חץ שחוט לשונם שהורג בלשונו למרחוק כבחץ והמספר לה"ר הורג שלשה למספרו ולמקבלו ולאומרו ושקולה עבירה זו כנגד שלש עבירות החמורות [סס] דע"י לה"ר ביכולת לבא לכולן והרבה חורבנות והרבה קלקולים באו ע"י עון הזה ועד היכן נקרא לה"ר אפילו כשאומר בלישנא בישא היכן נמצא אש תמיד כבבית פלוני שצולין בשר בכל יום [סס] כשאומרה בדרך לה"ר ואף אם מדבר בשפת חלקות אם כוונתו ללה"ר קללו דהמע"ה ואמר יכרת ה' כל שפתי חלקות לשון מדברת גדולות ומה תקנתו של אדם שלא יבא לידי לה"ר יעסוק בתורה דכתיב מרפא לשון עץ חיים ועץ חיים היא התורה [סס]:

נ המקנטר לחבירו בדברים כגון שאומר לו איני עבריין איני ממזר וכן כל מין בזיון אע"פ שלא אמר כמוך הוי כאלו פירש כמוך דכן הוא סגנון הדברים בחרופין אבל האומר לחבירו הרי אתה עושה כעבריין או כממזר אינו כמו שאומר שהוא עבריין או ממזר אלא שאומר לו שבמעשה זה יעשה כמוהו ואם אמר אתה כממזר י"א ג"כ שהוא כהקודם וי"א דזה הוה כאלו קראו ממזר כיון שאינו אומר על מעשיו אלא עליו ואם אומר אתה משקר כמו ממזר אם לא שתתברר דבר זה או כיוצא בו שהטיל איזה תנאי בדיבורו אינו כלום וכל זה הוא לענין להענישו אבל בידי שמים חייב בכל ענין אם היתה כוונתו לבזותו וכשמחרף בעל תשובה הוה אונאת דברים ורגמ"ה גזר על זה בגזירה חמורה וכתבו הקדמונים דאיש שחרף לאשה יתענה בה"ב וישב יחף לפני בהכ"נ ויבקש מחילה על הבימה דלאשה חמור מלאיש שמוציא לעז על בניה ובושתה מרובה משל איש:

נא האומר לחבירו פסול אתה י"א דיכול לתרץ דבריו דפסול משום קורבה קאמר אם זהו ענין ששייך בו פסול קורבה כמו לעדות וכיוצא בזה ומעשה באשה אחת שיצא עליה קול שזנתה בעיר טבריה ולא היו עדות בזה רק קול בעלמא וצווח לה אחד טבריה טבריה ופסקו דלא מקרי ביוש בפרהסיא ואין עונשין אותו בב"ד ועונשו מסור בי"ש כי בוחן תעלומות יודע את כל הלבבות וכל מסתרי מחשבות אם לעקל ואם לעקלקלות:

נב המדבר רע על שוכני עפר צריך לקבל עליו תענית ותשובה ועונש ממון כפי ראות עיני ב"ד ואם קבורים בסמוך לו ילך על קבריהם ויבקש מהם מחילה ואם קבורים בריחוק מקום ישלח שם שלוחו והשליח יקח שנים מהעיר וילכו על קברו ויבקשו מחילה בשם המחרף:

נג בעניני חרופין וגרופין ובכל מיני בושת אם המבייש כופר ואומר לא ביישתי אין נותנין לו שבועה על זה דאין זה הפסד ממון שנשביע ע"ז ואפילו קבלה אין נותנין לכל מי שיודע שיבא ויעיד לב"ד ורק על ביושים של שוכני עפר מכריזים לעדות וכתב רבינו הרמ"א דוהו הכל לפי ראות עיני ב"ד ואם רואין לפי פרצת העון להשביע משביעין ג"כ:

נד כתב הסמ"ע בשם מהר"ם מריזבורק האומר לחבירו ממזר או עבד או רשע או נואף או פסול או נבל לוקה מכת מרדות ואם קראו עובר או מלשין או גנב הוי כקוראו רשע ויורד עמו לחייו ומותר להכותו דעובר על לאו דלא תונו אבל אם קראו טמא או כלב או שארי חירופין אין בהם דין אלא צריך לפיים חבירו עכ"ל ואם אמת הוא שהוא ממזר אף שעשה איסור דהרי אין לבייש שום אדם אפילו באמת מ"מ אין עונשים אותו בב"ד ודינו מסור לשמים ואפילו בזה גם את אביו כגון שקרא אותו מלשין בן מלשין ואביו אינו מלשין פטור דדרך לבזות האב כשהבן אינו הולך בדרך ישרה כדכתיב את אביה היא מחללת אמנם אם קראו ממזר בן ממזר אף שהוא ממזר חייב מלקות על שקרא את אביו ג"כ ממזר מפני שזהו הוצאת ש"ר על כל זרעו ואינו דומה לשארי חירופים וכל זה כשיכול לברר שאמת אמר עליו אבל אם אינו יכול לברר האמת אף שמברר ששמע כן מאחרים שאמרו זה הפסול עליו מ"מ עונשין אותו כי אסור להזכיר שום פסול על איש ע"פ שיחת בני אדם כל זמן שלא נתברר הפסול ע"י עדים בב"ד וכתב המהרש"ל שמצא בשם גדולים שבמקום שהמחרף חייב מלקות פודין את המלקות בממון בח' זהובים ריינ"ש ואפילו אם המתבייש אינו מרוצה בכך [יש"ש החובל סי' מ"ט] והמבייש ממוני וראשי העיר דינו כמבייש ת"ח [ש"ך] וכן כל העוסקים במצות ובהתמנות של מצות דינם כת"ח לזה:

נה יש מיני הכאות שיש בהם בושת הרבה וצער מעט וכבר פסקו להם חז"ל דמים קצובים וכולם קנסות הן ואותו הממון הקצוב הוא דמי הצער והבושת והריפוי והשבת בין שצריך ובין שא"צ משלם השיעור הקצוב ויש חולקים ואומרים שאלו הדברים שתקנו חז"ל ממון קצוב אינו אלא משום בושת וצער אבל ריפוי ושבת הכל לפי הענין וכ"כ רבינו הרמ"א:

נו ואלו הן התשלומין שתקנו חז"ל [ב"ק כ"ז:] הבועט בחבירו ברגלו משלם חמשה סלעים הכהו בארכובתו משלם ג' סלעים דברגלו הוי הבושת יותר הכהו בידו אם קבץ אצבעותיו והכהו בידו כשהיא אגורה שקורין פויס"ט משלם י"ג סלעים ואם תקע לחבירו בכפו הפשוטה ולא על פניו אלא בגופו אינו משלם אלא סלע סטרו על פניו משלם חמשים סלעים סטרו באחורי ידו דהבושת עוד גדול יותר משלם מאה סלעים וכן אם צרם באזנו או תלש בשערו או רקק והגיע בו הרוק בגופו משלם מאה סלעים

סלעים וכן אם פרע ראש האשה משלם מאה סלעים וכן הקורא לאשת חבירו זונה או פרוצה משלם מאה סלעים או לוקה ארבעה פעמים מלקות [סמ"ע] וכזה הוא משלם על כל מעשה ומעשה כיצד כגון שבעט בחבירו ארבע בעיטות אפילו זו אחר זו משלם עשרים סלעים על כל בעיטה חמש סלעים סטרו על פניו שתי סטירות משלם מאה סלע וכן כולם:

נז וכתב הרמב"ם בפ"ג מחובל דכל אלו הסלעים הם מכסף א"י באותו הזמן של חכמי המשנה שהיה בכל סלע חצי דינר כסף וג' דינרין ומחצה נחשת לפיכך מי שנתחייב בהכאות אלו לשלם ק' סלע ה"ז משלם י"ב סלע ומחצה כסף נקי עכ"ל דסלעים אלו הם סלע מדינה שהיא שמינית שבסלע צורי שהוא ד' דינרים והסלע מדינה הוא חצי דינר שהוא שלשה מעין וכתב רבינו הב"י שכל מעה משקלה ט"ז שעורות כסף צרוף שהוא עוטמנ"י אחת וזהו מטבע ישמעאלית שהיה בזמנו ולפי מעות שלנו נתבאר ביו"ד סי' ש"ה ע"ש:

נח עוד כתב הרמב"ם ז"ל דכל השיעורים האלו הם באדם מכובד אבל אדם מבוזה שאינו מקפיד בכל אלו הדברים וכיוצא בהן אינו נוטל אלא לפי מה שראוי לו וכמו שיראו הדיינים שהוא ראוי ליטול לפי שיש בני אדם כעורין שאין מקפידין על בשתם וכל היום מבוים עצמם בכל מיני ביזוי דרך שחוק וקלות ראש או כדי ליטול פרוטה אחת מן הלצים המשחקים עמהם עכ"ל דבושת הוא לפי ערך האדם וכתב רבינו הרמ"א די"א דאע"ג דאיתא בגמ' הקורא לחבירו ממזר סופג את הארבעים [קידושין כ"ח] מ"מ יש מקומות שאין נוהגין כן והולכין אחר המנהג ונ"ל דה"ה באלו דברים הנזכרים עכ"ל וזהו כעין מ"ש בסעיף נ"ד שנהגו לפדות המלקות בממון ויסוד הטעמים בזה מפני שאין בידינו כח להעמיד משפטי הדת על תלה אבל כשיש כח מחוייבים לקנוס ולעשות גדרים ותקנות לעוברי עבירה לפי ראות עיניהם וכבר נתבאר בסי' א' סעיף י"א ראע"פ שאין אנו דנין דיני קנסות בזמה"ז אין זה כלל על כל הקנסות ע"ש ונתבאר שם סעיף ג' דעל חבלות אין מגבין בזמה"ז נזק וצער ובושת אבל ריפוי ושבת מגבין ויש חולקין כמ"ש שם:

סימן תכא [חיובי נזקין אלו אם בכוונה או אפילו שלא בכוונה ובו י"ט סעיפים]:

א אלו החמשה חיובי נזקין אינן דומין זל"ז בענין כוונת הנזק דבנזק חייב בין שהזיק במזיד בין בשוגג בין באונס ובין ברצון לבד באונס גמור ושהניזק הוא בקצת פושע כמו שיתבאר ודרשינן זה מקרא דפצע תחת פצע ועל צער ריפוי ושבת אינו חייב אלא במזיד או שוגג קרוב למזיד כגון שנתקוטטו זה עם זה וע"י הקטטות דחף האחד את חבירו והזיקו ואע"פ שלא היה בכוונת נזק ולא עשה במזיד מ"מ הוא קרוב למזיד דהיה לו להזהר ולמדנו זה מקרא דכי יריבון אנשים והכה איש את רעהו דמשמע דע"י המריבות הכהו אף שלא היה בכוונת נזק דאם נאמר שהיתה כוונתו להזיקו למה כתבה התורה המריבה ובפסוק זה כתיב שבת וריפוי וממילא דהצער נמשך אחר זה דבמקום שיש שבת וריפוי בע"כ יש צער אבל על בושת אינו חייב עד שיתכוין להזיקו או לביישו ושלא בכוונה פטור ולמדנו זה מקרא דוהחזיקה במבושיו דמשמע שבכוונה עשתה זאת לביישו כדמשמע לישנא דושלחה ידה דאל"כ למה לנו לספר שהחזיקה במבושיו דוקא ולכן סיימה התורה וקצותה את כפה כלומר שמהראוי לקונסה בעד זה כמ"ש בסי' ת"כ:

ב אע"ג דלנזק אדם מועד לעולם אף באונס מ"מ באונס גמור פטור וביאור הדברים כגון שישנו שניהם כאחד ונתהפך אחד מהם על חבירו והזיקו או קרע בגדיו חייב דלא היה לו לשכב אצלו אבל אם היה ישן לבדו ובא חבירו ושכב בצדו והזיק הראשון להשני פטור דאנוס גמור הוא ומה היה לו להזהר אבל האחרון שהזיק להראשון חייב וכן ראובן ששכב לבדו ובא שמעון והניח כליו בצדו ונתהפך ראובן עליהם ושברן פטור שזה שהניחם בצדו פושע הוא ואם היו הכלים של אחרים חייב המניח בהזיקן ולא עוד אלא אפילו אם זה הישן הוזק בהם חייב המניח בנזקו [סמ"ע] ומפרש זה תדין על כל מיני אונסים דבאונס גדול כזה שנתבאר פטור המזיק וכמ"ש בסי' שע"ח ובדעת הרמב"ם ז"ל נתבאר שם בסעיף ג' ע"ש:

ג וכן שנים שנתאבקו יחד ברצונם והאחד הפיל את חבירו לארץ ונפל ונסמית עינו פטור המזיק דאף שאין זה אונס לגבי המזיק מ"מ הרי הניזק ירד ע"מ כן שכן דרך המתאבקים וארעתא דהכי נתאבקו יחד ומחלו זל"ז ולא דמי למה שיתבאר דאם א"ל קטע את ידי וקטעו דחייב לפי שאין אדם מוחל על נזקי גופו דזהו ודאי דכן הוא דלמה יעשה כן ותלינן שהשטה בו אבל במה שעשו שניהם ברצון וירעו שע"י ההתאבקות בהכרח שאחד יפיל את חבירו בע"כ דמחלו זל"ז [ומ"ל כמ"ש סמ"ע בסוף סק"י]:

ד וכיון דבושת אין חיובו אלא במתכוין לפיכך ישן שבייש פטור אפילו כשהוא קרוב למזיד כגון שע"י שנתנו

שנתו אצלו גילה ערותו וכיוצא בזה באופן שחייב בכל הד' דברים מ"מ על הבושת פטור כיון שלא נתכוין [ובע"כ צ"ל כן פי' המשנה דהחובל פ"ו: דאל"כ מאי איריא בושת ומתורץ דקדוק הסמ"ע סק"ב ע"ש] :

ה כתב רבינו הרמ"א בסעיף א' וכן מי שקובל על חבירו שהלשינו או גנב לו וכיוצא בזה אע"פ שלא יוכל לברר עליו מ"מ פטור דהרי לא כוון לביישו עב"ל ר"ל שזה תובעו במה שהוציא עליו שם מלשין או גנב ותובעו דמי בושתו מ"מ פטור מפני שיכול לומר לא כוונתי אלא לגבות דמי הזיקי [סמ"ע] ואע"ג דגם בל"ז פטור בביישו בדברים כמ"ש בסי' ת"כ סעיף מ"ו אמנם מפני שגם בזה יש כח ביד ב"ד לקונסו אבל בכה"ג אין לקונסו כלל [נ"ל] :

ו אע"ג דבושת בעי כוונה מ"מ לא דמי למיתה דנ"כ אין הרוצח חייב מיתה כשהמית אדם בלא כוונה אבל במיתה בעינן דוקא שיכוין להמית את זה שהרגו ואם נתכוין להרוג את ראובן והרג את שמעון פטור וילפינן מדכתיב וארב לו וקם עליו עד שיתכוין לו כמ"ש בסי' תכ"ה ובבושת אף שנתכוין לבייש את ראובן וביישו את שמעון חייב והמתכוין לבייש את הקטן ובייש את הגדול נותן לגדול דמי בושתו של קטן אם זה הקטן הגיע לכלל בושת ע"פ מ"ש בסי' ת"כ סעיף מ"ד ואם נתכוין לבייש עבד ובייש בן חורין נותן לו דמי בושתו של עבד דלעולם אינו חייב בבושת יותר מלמי שנתכוין לביישו ואם זה שנתכוין לביישו בושתו יותר ממי שביישו פשיטא שא"צ ליתן לו מה שהיה נותן למי שנתכוין ואין לדקדק למה לא דרשינן גם בבושת מקרא דוהחזיקה במבושיו עד שיתכוין לו כמו שבאמת יש תנא בגמ' שם דס"ל כן נראה משום דבמיתה בע"כ איצטריך להך דרשא דלהורות שאינו חייב מיתה בלא כוונה א"צ דכמה קראי כתיבי דבשוגג פטור ממיתה אבל בבושת הא איצטריך קרא לכוונה דלא נימא דחייב גם בלא כוונה כמו בכל הד' דברים [וא"ש קושית תוס' שם פ"ו ולכן הרמב"ם אף שבפ"ד מרוצח פסק כר"ש מ"מ בפ"א מחובל פסק דלא כר"ש והגמ' שם מדמי זל"ז כמ"ש הלח"מ ועמ"ש בסי' ת"ס סעיף י' ורא"ה מיבמות כ"ד דאמר מר אינו חייב על הבושת עד שיכוין ולא אמר שיכוין לו] :

ז וכן לא דמי בושת למיתה דבמיתה בעינן שיכוין להמיתו ובבושת אע"ג דבעינן שיתכוין מ"מ לא בעינן שיתכוין דוקא להבושת אלא כיון שנתכוין להזיק אף שלא נתכוין לבייש חייב [הס"כ דכ"ק] :

ח אם בא אחד להציל את שלו מחבירו ולא היה יכול להציל אלא ע"י בושת כמו אשה שבקשה להציל את בעלה מיד מכהו ולא היתה יכולה להצילו רק ע"י הבושת פטורה [הס כ"ח:] ואפילו שליח ב"ד שהכה את המסרב ברשות הב"ד והמסרב הכהו להשליח ב"ד ובאת אשת השליח ב"ד וביישו איתא בירושלמי דהחובל [פל' ג'] דפטורה וכן שליח ב"ד שבייש את המסרב מלבוא לב"ד או לקיים הפס"ד פטור [גמ' שם] והפוסקים לא הביאו דינים אלו ולא ידעתי למה :

ט בכל מקום שחובל בחבירו בכוונה חייב בחמשה דברים אפילו נכנס חבירו לרשותו בלא רשות וחבל בו והוציאו חייב דנהי שיש לו רשות להוציאו אין לו רשות לחבלו אבל כשמסרב ואינו רוצה לצאת י"א שיש לו לבעה"ב רשות אפילו לחבול בו כדי להוציאו ודוקא כשאינו יכול להוציאו בלא החבלה [נ"ל] וכ"ש אחד שרוצה לעבור עבירה ומכהו שלא יעבור [שם] וכן מי שיש לו משרתת או משרתת וחושש שיגנבו ויש לו ראיות שחשודים על גניבות יכול להוציאם קודם כלות זמן שכירותם ואם מסרבים לצאת יכול להכותם אם א"א לו באופן אחר :

י הנכנס לחצר חבירו שלא ברשות ולא ידע בעה"ב שנכנס והזיקו בעה"ב שלא בכוונה פטור מכלום דזהו אונס גמור כמו השוכב אצל הישן שנתבאר דלא ה"ל לאסוקי אדעתא שאחר יכנס שלא ברשות לחצירו ואם הבעה"ב הוזק בו חייב כיון שנכנס שלא ברשות ודוקא כשלא ידע בו ולא ראהו שנכנס אבל אם ראהו והוזק בו פטור דאיהו דאזיק אנפשיה ואם היו שניהם ברשות או שניהם שלא ברשות והזיקו זה בזה שניהם פטורים הזיקו זא"ז בכוונה שניהם חייבים כן פסקו רבותינו בעלי הש"ע בסעיף ח' והארכנו בזה בס"ד בסי' שע"ח מסעיף י"א עד סעיף י"ח ע"ש :

יא המבקע עצים ברה"ר ופרח עץ מהביקוע והזיק ברה"י או שבקע ברה"י והזיק ברה"ר או ברה"י אחר חייב בד' דברים דזהו כשוגג קרוב למזיד דה"ל לאסוקי ארעתיה שהעץ הפורח יזיק להעובר והיה לו לבקוע במקום שאין דרך בני אדם להלוך ופטור מבושת מפני שלא כוון להזיק ואם בקע במקום שאין דרך בני אדם לעבור שם ואירע שעבר אדם דרך שם והזיקו העץ בריפוי צער ושבת ודאי פטור דאין זה שוגג קרוב למזיד ובנזק חייב דאין זה אונס גמור [נ"ל] וכן הנכנס לחנותו של נגר בין ברשות ובין שלא ברשות ונתזה בקעת וטפחה לו על פניו חייב בד' דברים אפילו כשלא ראהו שנכנס ושלא ברשות מפני שביתו של אומן הוי כברשות כיון שדרך בני אדם ליכנס שם ומוזהר ועומד להיות זהיר במלאכתו שלא יזיק ומבושה פטור שאין זה בכוונת נזק וי"א דדוקא כשידע בו שנכנס אבל כשלא ידע פטור מד' דברים ושתי הדעות בטור ע"ש ומצד הסברא נראה דאפילו להי"א אינו פטור כשלא ידע מנזק דאין זה אונס גמור אלא דבטור לא משמע כן :

יב היתה לו אבן מונחת בחיקו בין שלא הכיר בה מעולם שמונח האבן בחיקו ובין שהכיר בה ושכחה ועמד ממקומו ונפלה האבן והזיקה חייב בנזק דאין זה אונס גמור במה שלא ידע שהאבן מונח בחיקו ופטור מד' דברים מפני שאין זה קרוב למזיד אף בהכיר בה

והוא

והוא שוגג גמור אע"פ שאינו אנוס גמור וכן אם נתכוין לזרוק שתי אמות וזרק ארבע או ארבע וזרק שמונה או שהזיק כשהוא ישן חייב בנזק ופטור מד' דברים מטעם זה דשוגג גמור הוא אבל אינו אנוס גמור דלא היה לו לזרוק כלל או היה לו לצמצם היטב שלא יפרח יותר משתי אמות וכן בישן לא היה לו לשכב אצל איש אחר כמ"ש בסעיף ב' אבל הזורק אבן והוציא הלה את ראשו וקבלה פטור מכלום דזהו אונס גמור כמ"ש בסי' ת"כ סעיף מ"ב והטור חולק בזה וס"ל דחייב בנזק :

יג מי שנפל מן הגג ברוח מצויה והזיק חייב בד' דברים לפי שהוא שוגג קרוב למזיד כיון שיכול ליפול ברוח מצויה לא היה לו לשכב על הגג ושע"י זה יזיק לאחרים ופטור מבושת שהרי לא נתכוין להזיק ואם נפל ע"י רוח שאינה מצויה ובמצויה לא היה נופל אינו חייב אלא בנזק דשוגג גמור הוא אבל אינו אונס גמור דליפטר גם מנזק מפני שלפרקים מצויות רוחות כאלו ולכן אם אף ע"י רוח שאינה מצויה לא היה נופל ג"כ אלא שנתהוה סערה שאינו מצוי כלל פטור גם מנזק [נ"ל] ואם בדרך נפילתו נתהפך והיתה כוונתו שיפול על האדם חייב אף בבושת אע"פ שלא כוון לביישו דכיון שנתכוין להזיק חייב כמ"ש בסעיף ז' וי"א דאפילו אם לא כוון להזיקו אלא בשביל הנאת עצמו שלא יחבט בהקרקע חייב דזהו ככוונת נזק כיון דא"א בענין אחר [רס"י וטור] וי"א דאם כוון רק להנאתו פטור מבושת [יש"ש וסגר"א] והמזיק לאשתו בתשמיש חייב בד' דברים ופטור מבושת כיון שלא היה כוונתו להזיק ואין לפוטרו מד' דברים מפני שאשתו עמו במלאכתו דאין זה רק בשומרים ולא באדם המזיק וכן הסכימו מגדולי האחרונים :

יד האומר לחבירו קטע את ידי או סמא את עיני על מנת שאתה פטור ועשה כן מ"מ חייב בכל החמשה דברים שהדבר ידוע שאין אדם רוצה בכך ולשחוק נתכוין ולא דמי להיזק ממון שבסי' ש"פ ודוקא על ראשי אברים הדין כן אבל אם א"ל הכני פצעני ע"מ לפטור פטור [סמ"ע] וי"א דאם א"ל בפירוש קטע את ידי ע"מ לפטור פטור מכלום אלא שאם לא א"ל בפירוש רק דברים שמשמען כן אנו דנין דבריו שלא פטרו כגון שא"ל קטע את ידי סימא את עיני וא"ל המזיק ע"מ לפטור וא"ל הן אנו דנין שבתמיה קאמר הן וחייב המזיק ואפילו בהכני פצעני הדין כן [סס] דבנזק הגוף כל מה שנוכל לפרש דלא נתרצה מפרשינן ליה ולא דמי לנזקי ממון :

טו שנים שחבלו זה בזה אם חבל האחד בחבירו יותר ממה שחבל בו הוא משלם לו בהמותר נ"ש כמ"ש בסי' ת"ב גבי שני שוורים ואפילו היו החבלות שוות אלא ששבתו של זה מרובה יותר משל זה או בושתו של זה מרובה משל זה משלם לו המותר [נ"ל] ודוקא ש־התחילו שניהם כאחד או אפילו לאחר שחבל בו האחד ונפרדו זה מזה בענין החבלה חזר השני מיד או לאחר שעה וחבל בו דהוה כמעשה חדש אבל אם התחיל האחד להכות את השני ובעוד השני בחמימותו או ברוגזו [ע"ז] חזר וחבל להראשון הראשון חייב והשני פטור שיש לו רשות להשני לחבול בו כדי להציל עצמו ואפילו אחרים חייבים להצילו [סמ"ע] ולכן אע"ג שכבר גמר הכאתו מ"מ כיון דעודו בחמומו או ברוגזו פטור השני דאין אדם נתפס על צערו במה שהראשון התחיל [כ"כ לפי' סט"ז] ומדברי הטור והש"ע משמע דמיד לאחר שגמר הראשון הכאתו אם חבל בו השני שניהם חייבים ואין השני פטור אא"כ לא גמר הראשון הכאתו [וכ"כ סב"ח ועסמ"ע סקכ"ד] וכן משמע ממה שכתבו דאין השני פטור אא"כ לא היה יכול להציל א"ע באופן אחר ולכן צריך אומד ב"ד ואם היה יכול להציל עצמו בחבלה מועטת וחבל בו הרבה חייב ולדעה ראשונה למה יתחייב בכה"ג והרי הוא בעוצם רוגזו וחימומו :

טז וכן הדין לענין גדופין וחרופין וביושים המתחיל פורע הקנס ואם ראובן טוען על שמעון שקראו ממזר והביא עדים ע"ז ושמעון טוען שמתחלה לחש לו ראובן באזנו שהוא ממזר ונתרגז והשיבו אומדנא דמוכח הוא כיון שקראו פתאום ממזר בלא מריבה קודמת ודאי דהאמת אתו וא"צ לישבע ע"ז [סמ"ע] ואם העדים אומרים שראו שלא לחש לו מקודם באזנו ודאי דחייב ואף שאפשר שבזמן מקודם קראו כן דלא גרע משמעון שהכה לראובן אחר שגמר ראובן הכאתו כמ"ש [נ"ל] :

יז וזה שנתבאר דאם היה יכול להציל א"ע בחבלה מועטת וחבל בו הרבה חייב אינו חייב על הבושת דזהו כאדם המזיק בשוגג קרוב למזיד ולכן המכה חבירו וחבירו קראו ממזר בעת חימומו פטור מקנס וכן אם אחד קרא לחבירו גנב וא"ל אתה מכזב כממזר או אפילו א"ל אתה ממזר פטור מהאי טעמא ולכן נ"ל דאפילו לדעת הטור שבארנו בסעיף ט"ו דחייב כשהכהו לאחר שגמר הראשון חבלתו מ"מ אינו חייב על בושתו של ראשון אם היה עדיין בעת חמימותו ורוגזו וכן ראובן שהכה לשמעון וחזר שמעון ובא להכותו לראובן ובאה אשתו של ראובן והחזיקה בשמעון והוא נתק ידיו והכה אותה פטור ודין אשה לענין בזיון כדין איש ואם אין האיש רוצה שתתכבה אשתו צריך לפדותה במכון כפי אשר ישיתו עליו הב"ד [סמ"ע] ובסי' תכ"ד יתבאר באיש ואשה שחבלו זה בזה :

יח שנים שחבלו באחד בבת אחת שניהם חייבים וכן ביותר משנים ומשלשים ביניהם שכל אחד משלם לפי החלקים ואם היה אחד מתכוין והשני לא כוון השני פטור מבושת וכן אם אחד הכה יותר מחבירו שמין ב"ד לכל אחד כפי ההכאות ואין חילוק בין התחילו כאחד בין התחיל אחד מקודם ועושין בזה כפי שומת הב"ד ביניהם

ביניהם [כ"ל] ואדם הרואה אחד מישראל מכה חבירו ואינו יכול להצילו אם לא שיכה את המכה יכול להכותו כדי לאפרושי מאיסורא וכן מי שהוא תחת רשותו ורואה בו שהוא עושה דבר עבירה רשאי להכותו וליסרו כדי להפרישו מאיסור וכמ"ש בסעיף ט' וא"צ להביאו לב"ד ואין חילוק בין רגיל לעשות עבירות או שהוא הפעם הראשון וכ"ז כשלא היה יכול להציל בענין אחר [עסמ"ע סקכ"ח וסע"ז סטיג עליו וגם דבריו צ"ע ודו"ק] :

יט כתב המהרש"ל [החובל סי' מ"ב] אם אחד חירף את חבירו בשם רע וחזר זה והכהו אף שעבר בלאו וצריך כפרה מ"מ אין עליו דין רשע כלל אלא אמרינן לבו רתח ואין אדם נתפס על צערו ואינו משלם אלא נזק וצער וריפוי ושבת וזה המוציא שם רע נהי שפטור מהבושת שה"י קבל דינו מ"מ צריך להתודות ולומר ברבים ששקר דיבר ויבקש מחילה ממנו עכ"ל ומה שפטרו להמכה מבושת דכיון שעשה מפני צערו אינו דומה לכוונת נזק וגם מפני שזה ביישו בהשם רע יצא בושת בבושת [וע"ם ססאריך הרבה בענינים אלו ועסו"ת חו"י סי' ס"ס] :

סימן תכב [לפייס הנחבל וכ"ש המחרף והמוציא שם רע ובו ד' סעיפים] :

א החובל בחבירו אע"פ שנתן לו חמשה דברים שנתבארו מ"מ אינו מתכפר לו בידי שמים עד שיבקש ממנו מחילה וכך שנו חכמים [סחובל ל"ב:] כל אלו שאמרו חכמים דמי בושתו אבל צערו אפילו הביא כל אילי נביות שבעולם אין נמחל לו עד שיבקש ממנו מחילה שנאמר ועתה השב אשת האיש כי נביא הוא ויתפלל בעדך וחיה וממילא כיון שצוהו שיבקש מאברהם שיתפלל בעדו מסתמא בקש ממנו מחילה ומדהצריך הקב"ה שיבקש כן ש"מ דבלא"ה אינו נמחל לו [מע"מ] והצער הוא מה שדואג על בושתו [רס"י] ואסור לנחבל להיות אכזרי מלמחול כי אין זה דרך זרע ישראל וכשבקש החובל ממנו מחילה פעם ראשונה ושניה ושב מחטאו ונחם מרעתו ימחול לו ואם לא מחל לו בשני פעמים יבקש ממנו פעם שלישי כמ"ש בא"ח סי' תר"ו וכל הממהר למחול ה"ז משובח ורוח חכמים נוחה הימנו :

ב יראה לי דבחבלות די כשבקש ממנו מחילה אף בינו לבין עצמו אבל בחרופים וגדופים אם חרפו ברבים צריך לבקש ממנו מחילה ברבים ויאמר שקר דברתי ואם הוציא עליו ש"ר מבואר בא"ח שם דא"צ למחול לו מפני שפגע בכבוד אבותיו או בניו ומ"מ גם בזה לא יהיה אכזרי אך שיפרסם כמה פעמים ברבים ששקר דבר ושמתודה על חטאו וחברך חברא אית ליה ויתודע בכ"מ שיצא השם רע ששקר הוא וכן הדין במכנה שם לחבירו והוא שם בזיון יבקש מחילה ויעקור הכינוי מפי הבריות ובכ"ז א"צ למחול לו [נ"ל] :

ג אמרו חז"ל [שם צ"ג] המוסר דין על חבירו לשמים הוא נענש תחלה ואוי לו לצועק יותר מן הנצעק שהרי שרה אמנו מסרה דין על אברהם שאמרה ישפוט ה' ביני ובינך ומתה מקודמו לכן אין למסור דין לשמים על חבירו שעשה לו רעה ודוקא דאית ליה דיינא בארעא וזה ציית דין אבל אם אינו ציית דין רשאי למסור דינו לשמים וכן כשאין לו דיין במקומו וזה אינו רוצה לילך לדון עמו במקום אחר ושרה שנענשה מפני שב"ד של שם ועבר היה קיים וי"א דאפילו לית ליה דיינא במקום זה אסור לו לצעוק עליו מקודם לשמים אא"כ יודיענו תחלה וכשלא יקבל עליו לילך לאיזה ב"ד אז ימסור דינו לשמים ואין חולק בזה ובסי' צ' נתבאר דהנחבל נשבע ונוטל כשיש עדים שנכנס ת"י שלם ויצא חבול אע"פ שלא ראו שחבלו ע"ש :

ד מלשון הטור משמע דא"צ החובל לבקש מחילה מהנחבל אא"כ היה בושת בהחבלה וכן משמע מרש"י ז"ל ומלשון הראב"ד ז"ל שהובא בש"מ שם אבל מלשון הגאון שהובא שם משמע דהמחילה היא על הצער דאין אדם מוחל צערא דגופא בעד ממון ומפרש מ"ש בגמ' אבל צערו אין נמחל לו צער ממש [ול"ל שמפרש מ"ש שם כל אלו דמי בושתו כלומר דנזק וריפוי ושבת ודאי דילא בדמים ואפילו בושת ג"כ ילא בדמים משא"כ לער ולא קאי אמשנה הקודמת ע"ש ודו"ק] :

סימן תכג [הנוגף מעוברת והפילה ושמין דמי ולדות ובו ו' סעיפים] :

א באה"ע סי' פ"ג נתבאר דהחובל בא"א השבת והריפוי לבעל דהוא חייב במזונותיה וברפואתה ומעשה ידיה שלו והצער שלה דצערא דגופה לא זכי ליה רחמנא והנזק והבושת אם החבלה במקום גלוי כמו בידיה או בפניה

בפניה ובצנועה שני שלישים לבעל ושליש שלה מפני שנזקו ובושתו מרובים משלה ואם במקום יסתר שליש שלו ושני שלישים שלה וכן כשחרפוה בדברים וקנסו את המחרף בממון אם חרפה בפני רבים לו שני חלקים ולה חלק אחד ושלא בפני רבים הוי להיפך:

ב כתיב וכי ינצו אנשים ונגפו אשה הרה ויצאו ילדיה ולא יהיה אסון ענוש יענש כאשר ישית עליו בעל האשה ונתן בפלילים וה"פ דאע"פ שלא נתכוין לנגוף את האשה אלא שע"י המריבה דחפה והפילה חייב לשלם דמי ולדות להבעל ונזק וצער לאשה ואע"ג דבכל החבלות יש לבעל חלק בנזק מ"מ בזה שהוא נוטל דמי ולדות לא תקנו לו חלק בהנזק כן נראה דעת הרמב"ם בפ"ד מחובל [ע"ז] ויש מרבותינו דס"ל דבהנזק דינו כבכל החבלות [רש"י ב"ק מ"ט] וכיצד משערין דמי ולדות שמין את האשה כמה היתה יפה למכירה כשפחה עד שלא ילדה וכמה היא יפה משילדה דעד שלא ילדה דמיה יקרין מפני הולדות ולמה אין שמין כמה שוין הולדות בעצמם למכירה מפני שהקונה מעוברת לא יתן בעדם מה שנותנין בעד ולדות שנתילדו דחייש שמא תפיל לפיכך אין השומא אלא על גבי אמם ונותנים זה להבעל ונזק וצער משערינן כמה נפחתה האשה עצמה מדמיה כשהיא מפלת ע"י הכאה משילדה כדרכה וכן הצער כמה נכחשת וסובלת יותר צער ע"י הפלה זו מע"י הלידה וכן בריפוי אם היא צריכה יותר רפואה מע"י הלידה וכן שבת אם היא בטילה יותר מע"י לידה:

ג אם מת הבעל אחר שנגפה נותנין דמי הולדות ליורשיו ואם נגפה אחר מיתת הבעל כתב הרמב"ם ז"ל דנותנין אף דמי הולדות להאשה דס"ל דאין הולדות ירושה שאינם ממון בעצם אלא כשהמיתו אותם אז נעשים ממון וכשלא נגפה בחייו אין זה כממון שירשוהו יורשיו וכיון שהם ילדיה זכתה בהם ורבים חולקים עליו וס"ל דבמעי אמם נחשבים כממונו וכשמת זכו יורשיו בכל הירושות:

ד היתה נשואה לגר [בזמן קדמון] וחבל בה בחיי הגר נותן דמי ולדות לבעל מת הגר בלא יורשים פטור וזכה החובל דאין לו למי לשלם ואם חבל בה אחר מיתת הגר להרמב"ם זכתה היא בדמי הולדות ולהחולקים פטור כיון שאין כאן יורשים:

ה אפילו נתעברה בזנות אם רק הקידושין היו תופסין אם היה מקדשה ואפילו חייבי לאוין ושניות לעריות כיון שהקידושין תופסין בהם שייך דמי הולדות להבועל דקרינן ביה בעל האשה אבל אם אין קידושין תופסין בה כמו חייבי כריתות ומיתות ב"ד דמי ולדות שלה דלא קרינן ביה בעל האשה לפיכך שפחה או כותית הנבעלת לישראל ובשעת נגיפה היתה משוחררת ונעשית ישראלית הרי דמי הולדות שלה דלא תפסי בהן קידושין כמ"ש באהע"ז סי' ד' וי"א דלהחולקים על הרמב"ם אינם שלה ואם בועלה קיים הרי הם שלו ואם לאו פטור אבל רבים חולקים בזה דבמקום שאין קידושין תופסין לא נקרא כלל בעל האשה וכ"ש בשפחה וכותית שאין הולד מתייחס אחריו כמ"ש שם [רס"ל וס"ך וסגר"א]:

ו הנוגף חייב בתשלומי ולדות כשלא מתה האשה אבל כשמתה אע"פ שהיה שוגג פטור לפעמים מתשלומין שנאמר ולא יהיה אסון ענוש יענש הא אם יהיה אסון לא יענש כמ"ש בסי' שנ"א דחייבי מיתות שוגגין פטורין מתשלומין בד"א כשנתכוין להאשה עצמה אבל אם נתכוין להרוג את חבירו ונדחה ידו ונגף את האשה ומתה הואיל שהיה בלא כוונה לעצמה ה"ז כדבר שאין בו ענין מיתת ב"ד כלל ומשלם דמי ולדות ולפ"ז הא דכתיב ולא יהיה אסון ענוש יענש וכשיהיה אסון לא יענש לא קאי אפשטא דקרא שנתקוטטו זה עם זה וע"י המריבה נגפו האשה דבכה"ג אף אם היה אסון יענש דאין כאן צד מיתה כלל ודיוקא דלא יהיה אסון קאי אאם נתכוין לאשה לנגפה אף שהיה שוגג במיתתה וי"א דאפילו לא נתכוין לאשה פטור מתשלומין ולפ"ז גם לפי פשטא דקרא אם היה אסון לא יענש ולמה אין אנו דנין דיני אסון על העובר לפי שעל העוברין אין חייבין מיתה אפילו הרגם בכוונה דאפילו על נפל אין חייבין דכתיב ואיש כי יכה כל נפש אדם מות יומת ועובר אינו נפש [כדס מ"ד:]:

סימן תכד [החובל באביו ואמו וחובל בשבת ואשה שחבלה בבעלה ובו י"ז סעיפים]:

א כתיב ומכה אביו ואמו מות יומת וא"א לומר דוקא כשהרגן דא"כ אפילו אחר נמי ועוד דלא כתיב ומת אלא בשלא הרגן וקבלו חז"ל דדוקא כשעשה בהם חבורה שיצא דם ולמדנו זה מקרא דאמור דכתיב ומכה בהמה ישלמנה ומכה אדם יומת מה מכה בהמה בחבורה דכתיב שם מקודם נפש והדם הוא הנפש אף מכה אדם בחבורה ובע"כ דקאי על אביו ואמו דלא כתיב שם ומת וגם לא כל נפש אדם כבפסוק הקודם ומיותר הוא וקבלו חז"ל [ר"פ סנהדרין] דעל אביו ואמו קאי ועוד ק"ו ומה מדת נזקין שהוא מרובה מעונשי מיתה ומצוי יותר אינו חייב

נזק

נזק אלא בחבורה דבלא חבורה לא משכחת נזק עונשי מיתה לא כ"ש [מכילתא] וזה שכתוב אביו ואמו פירושו או אמו ולמדנו זה מקרא דמקלל שנאמר מקודם דבשם הפי' או אמו כדכתיב בקדושים איש איש אשר יקלל את אביו ואת אמו מות יומת אביו ואמו קלל דמיו בו וסיפא דקרא מיותר אלא דברישא דקרא סמכה קללה לאביו ובסיפא לאמו להורות דחייב אפילו על אחד מהם ומזה למדנו ג"כ להכאה והטעם שלא כתבה מפורש בארנו בס"ד בסי' ת"כ סעיף ח' ע"ש :

ב מיתת המכה הוא בחנק דסתם מיתה האמורה בתורה קבלו חז"ל דזהו חנק דזהו כמיתה בידי שמים שאין בו רושם ושום השתנות בגוף [סס נ"ב:] ומקלל הוא בסקילה כדכתיב דמיו בו וכתיב ק"א אחרינא באבן ירגמו אותם דמיהם בם וחומר במק"ל מבמכה שהמקלל אביו או אמו לאחר מותם חייב ומכה לאחר מיתה פטור דלא שייך חבורה לאחר מיתה וילפינן חיוב דלאחר מיתה במקלל מקרא דקדושים דמיותר הוא ולאו דוקא בן חייב דה"ה בת וטומטום ואנדרוגינוס מדכתיב איש איש וכולם בכלל איש ובמקלל אין החיוב עד שיקללם בשם כדכתיב בענינא אחרינא בנקבו שם יומת [סס ס"ו.] ואינו חייב אלא בהתראה כבכל חייבי מיתות :

ג לפיכך החובל באביו ואמו ולא הוציא מהם דם דפטור ממיתה חייב בחיובי ממון מהחמשה דברים של חבלות ואם הוציא דם וחייב מיתה פטור מתשלומין דקם ליה בדרבה מיניה ואפילו היה בלא התראה ואפילו בשוגג דחייבי מיתות שוגגין פטורין מתשלומין לפיכך לא יקיז הבן לאביו או לאמו ולא יוציא קוץ מבשרן ולא יפתח להם מורסא דשמא יבא להוציא מהם דם ויבא לאיסור שגגת מיתה ונתבאר ביו"ד סי' רמ"א ע"ש :

ד החובל בחבירו בשבת ועשה חבורה פטור מתשלומין אפילו הוא שוגג כיון שבעשיית חבורה בשבת בבעלי חיים יש מיתת ב"ד אבל החובל ביוה"כ אפילו במזיד ובהתראה חייב בתשלומין דיוה"כ הוא חיוב כרת וכרת אינו פוטר מתשלומין כמ"ש בסי' שנ"א וחובל ביו"ט אם היה במזיד ובהתראה פטור מתשלומין דביו"ט יש איסור לאו וחייבי מלקיות פטורין מתשלומין ואם היה שוגג או בלא התראה חייב כמ"ש שם דבזה אינו דומה לחייבי מיתות ואע"ג דחבורה הותרה ביו"ט לצורך אוכל נפש לשחוט ולאכול לא אמרינן מתוך שהותרה חבורה לצורך הותרה נמי שלא לצורך כבכל מלאכת יו"ט דעל דבר איסור לא שייך לומר כן [נ"ל] ואין לשאול למה חייב מיתה בשבת על חבורה והרי מקלקל הוא ומקלקל פטור בשבת תירץ הרמב"ם בפ"ד מחובל הואיל שעושה נחת רוח ליצרו הרע בעת שחבל בו הרי הוא כמתקן וכן הדין בקורע כלים בחמתו כמ"ש בפ"י משבת :

ה החובל בעבד כנעני שלו פטור מכולם דמה שקנה עבד קנה רבו וכבר נתבאר בסי' ת"כ סעיף ג' דחייב מלקות כמו בהכאה שאין בה פרוטה בכל אדם ואם חבלו בו אחרים נוטל רבו כל החמשה דברים והוא שוכר לו רופא ומה שנשאר מרפואתו לפי מה שאמדוהו שייך לרבו ולא עוד אלא אפילו ציערו הרופא בסם חזק ונתרפא מהרה הוי מותרו לרבו דהא גם דמי צערו לרבו דאין לעבד ממון בלא רבו :

ו יש עבדים שרינם שיוצאים לחירות ומ"מ צריכים גט שיחרור כמו יוצא בראשי אברים או מפקירו או חציו עבד וחציו בן חורין כמ"ש ביו"ד סי' רס"ז וכל זמן שלא קבלו עדיין הגט שיחרור אם חבלו בהם אחרים אין למי ליתן ממון דהעבד אינו יכול להוציא שעדיין לא נגמר שיחרורו וגם רבו אינו יכול להוציא דאין העבד שלו וכן י"א דאם הרב והעבד כותבין הרשאה זל"ז גובין ממ"נ וכן אם נגח שור לזה העבד פטורים הבעלים מקנס ומי שחציו עבד וחציו בן חורין שהכהו אדם או נגחו שור אינו משלם כלום ובשור אינו משלם לא קנס כבעבד ולא כופר כבבן חורין דהוא כמחוסר שטר שיחרור ובשפחה כשאין נוהגין בה מנהג הפקר אין כופין את רבה לשחררה ועובדת את רבה יום אחד ולעצמה יום אחד ושור שהמיתה נותן חצי קנס דהיינו ט"ו סלעים לרבה ובחצי הכופר פטור ואם הכיה וחבלוה אם יש נזק בהחבלה כגון שנקטעה ידה חולקת הנזק עם רבה ואם אין נזק כגון שהכה אותה על ידה וצמתה וסופה לחזור אם הכה אותה ביום שעובדת את רבה שייך הד' דברים לרבה וביום שעובדת לעצמה שייך לעצמה דדבר דמכליא קרנא כגון שהמיתה השור או חיסרה אבר אין הולכין אחר היום ובדבר דלא מכליא הולכין אחר היום אבל הרמב"ם ז"ל כתב בפ"ד מחובל דין י"ב מי שחציו עבד וחציו בן חורין שביישו אדם או ציערו או שנגחו שור וכיוצא באלו אם אירעו זה ביום של רבו לרבו ביום של עצמו לעצמו עכ"ל ואינו מדמהו למחוסר גט שיחרור ואינו מחלק בין מכליא קרנא ללא מכליא וכן משמע בירושלמי פ"ד דגיטין [הל' ה'] ואע"ג דתקנו חכמים שיכופו את רבו לעשותו בן חורין זהו מטעם איסורא שאינו יכול לישא לא שפחה ולא בת חורין אבל לענין מומן כל זמן שלא הוציאו לחירות דינו כעבד גמור במחציתו [מ"ע] :

ז החובל בעבדו העברי חייב ליתן תשלומין להעבד לבד שבת מעכב לעצמו דהא המלאכה שלו היא ואם חבלו בו אחרים כתב הרמב"ם ז"ל שלוקחין בעד החמשה דברים קרקע והרב אוכל מפירותיו כל זמן שהוא אצלו וכשיצא לחירות יקח העבד הקרקע לעצמו וי"א דאין זה רק בדמי הנזק כגון שקטע ידו דבזה יש לשניהם נזק דאינו יכול לעשות מלאכתו הקודמת לרבו וכשיצא לחירות לא יהיה ביכלתו לעשות לעצמו אבל השבת דשמין כאלו הוא שומר קשואין כמ"ש בסי' ת"כ זהו הכל לרבו דהרי משועבד לו למלאכה וריפוי ובושת להעבד

להעבר ואם חבלו אחרים בו בדבר שאין הפסד לרבו כמו קטע ראש אזנו או ראש חוטמו דאין מפני זה עיכוב למלאכה הכל לעבד ואין לרבו בו כלום [טור] ובזמה"ז אין נוהג עבד עברי ובשכיר הכל להשכיר ומנכה לו המשכיר משכירותו הזמן שנתבטל ממלאכתו [כ"ל]:

ח התורה זיכתה לאב במעשה ידיה של בתו עד ימי בגרותה שהוא י"ב שנה ומחצה ובקדושיה שיכול לקדשה למי שירצה וכסף קידושיה שלו שנאמר את בתי נתתי לאיש ובמציאתה ויכול למוכרה לאמה בקטנותה לפיכך החובל בבת קטנה של אחרים אם הוא נזק הפוחת אותה מכספה כגון שפצעה בפניה וכ"ש אם חיסרה אבר שאם יבא למוכרה או לקדשה יפחתו דמיה בשביל החבלה הרי הנזק של האב וכן שבתה של אב שהרי מעשה ידיה שלו אבל צער וריפוי ובושת הוי שלה ואף אם נשאר מדמי הריפוי מהאומד הוי שלה וכ"ש אם נתרפאה במהרה ע"י סם חריף וכן נזק שאינו פוחתה מכספה צריך ליתן לה [טו"ר]:

ט זה שכתבנו דשבת הוי שלו י"א דזהו דוקא כשסמוכה על שולחנו אבל אם אינה סמוכה על שולחנו הוי שלה דצריכה להשבת להיות ניזונית בימי חליה ואפילו רוצה האב ליתן לה עתה מזונות כדי ליקח השבת אין שומעין לו [סמ"ע] דשמא ישאר לה מהשבת יותר ממזונותיה ואפילו חבל בה הוא עצמו צריך ליתן לה השבת כשאינה סמוכה על שולחנו דהא אין מעשה ידיה שלו כשאינו זנה אבל אם רוצה ליתן לה עתה מזונות בימי חליה א"צ ליתן לה השבת [סס] וי"א עוד דאפילו בסמוכה על שולחנו השבת שלה אם אחרים חבלו בה דבמידי דאתי מעלמא וע"י צער לא קפיד האב [סס] ואף אם יאמר שמקפיד לא צייתינן ליה דמסתמא מחל לה בשעת החבלה ועתה רוצה לחזור בו וי"א דאב החובל בבתו אינו חייב בכל מה שנתבאר אלא באינה סמוכה על שולחנו אבל בסמוכה פטור מכולם וגם בבנו הדין כן לדעה זו והטעם דכיון דנותן להם מזונות אינו מהראוי לגבות ממנו חבלותיהם כשחבל בם במקרה והבת מזמן בגרותה דינה כבן דאינה עוד ברשות האב:

י החובל בבנו בין גדול בין קטן אם אינו סמוך על שולחנו חייב בכל החמשה דברים כמו אחר ואם הבן הוא גדול בשנים נותנין לו מיד ואם הוא קטן שאין בו עדיין דעת לשמור מעות יקחו בהם קרקע והוא אוכל הפירות עד שיגדל ואח"כ יעשה בה מה שירצה וי"א דלוקחין לו ס"ת או ספרים וילמוד בהם ואם סמוך על שולחן אביו אם אחרים חבלו בו נותנין לו כל החמשה דברים אפילו שבת מפני שהאב לא קפיד בזה וג"כ אם הוא גדול נותנים לו מיד ובקטן לוקחין לו קרקע או ספרים ואם האב חבל בו י"א דאינו פטור אלא משבת וי"א דפטור מכולם בין שהיה הבן גדול ובין שהיה קטן

וזהו דעת הרמב"ם ודעה ראשונה היא דעת הרא"ש ז"ל:

יא החובל בא"א נתבאר בריש סי' הכ"ג ואיש שחבל באשתו שבת וריפוי אינו משלם דהרי גם אחר שחבל בה נותן לו והצער ודאי דנותן לה ונזק ובושת היה מן הדין שישלם לה כפי מה שמגיע לחלקה שליש כשהחבלה בגלוי ושני שלישים בסתר וגם בזה יש לו פירות כבנכסי מלוג אלא שהגאונים קנסוהו שלא יאכל פירות מחלקה אבל מה שמגיע לחלקו אינו משלם ודעת הרמב"ם ז"ל שהגאונים קנסוהו לגמרי שלא יקח כלל חלק מהנזק והבושת מפני שלא שמר א"ע בחבלתה כמ"ש הטור באה"ע סי' פ"ג וכ"ש שאינו אוכל פירות וביכלתה לעשות בהמעות כרצונה אפילו ליתנם לאחר:

יב האשה שחבלה בבעלה אין לו עתה ממה לגבות דכל נכסיה שייך בלא זה להבעל דמה שקנתה אשה קנה בעלה וגם מנכסי מלוג הרי אוכל הפירות אמנם אם יש לה נכסים שאינו אוכל הפירות כגון אם נתן לה מתנה מקודם שבזה אינו אוכל פירות כמ"ש באה"ע סי' פ"ה וכן אם מכרה כתובתה ונדונייתה בטובת הנאה לאחרים וכן אם עשתה שטר מברחת קודם הנשואים דאינו אוכל הפירות וכן כשנתן לה אחר מתנה ע"מ שאין לבעלה רשות בה לדעת הפוסקים שאינו אוכל הפירות כמ"ש שם משלמת לו מאלו הנכסים [כ"ל]:

יג ואם אין לה נכסים כאלו אם יש לה תוספת כתובה או נכסי מלוג או נכסי צאן ברזל אם רצה לגרשה ולגבות ממנה הכל גובה ואפילו אינו רוצה לגרשה או שאין רצונה להתגרש ובזמן הזה שאסור לגרש בעל כרחה ג"כ יש תקנה שיגבה והיינו שאנו מחייבים אותה שתמכור את התוספת והמלוג והצאן ברזל בטובת הנאה והוא דהרי הזוג הזה אם היא תמות קודם יירשנה הוא ואם הוא ימות קודם או יגרשנה תטול היא את נכסים אלו ולכן אין נותנין בעד מקח כזה כבשארי מקחים מפני שהוא מקח על הספק והיינו דאין המקח מתקיים אלא אם ימות הוא קודם או יגרשנה ואז יטלם הלוקח ואין נותנין דמים הרבה בעד מקח כזה וזה נקרא מכירה בטובת הנאה כלומר בדבר מועט ובמעות אלו תשלם ואם אין מי שרוצה לקנות מקח כזה תמכרם להבעל בעצמו שאם יגרשנה יטול הנכסים ואם ימות הוא קודם יטלו יורשיו ואם תמות היא קודם ממילא דנוטלם גם בלא מכירה אמנם אם אין לה רק כתובה דאורייתא אין לו תקנה לגבות עתה דלמכור הכתובה בטובת הנאה א"א דאיש אחר לא יתרצה כלל לקנותה מטעם דקיי"ל המוכר שט"ח לחבירו וחזר ומחלו מחול והכתובה היא שט"ח על הבעל וכל לגבי בעלה ודאי תמחול ושתמכור להבעל עצמו ג"כ אסור מפני שאסור לשהות עם אשתו שעה אחת בלא כתובה ולכן אין לו תקנה אלא אם רצה הבעל

כותב

כותב עליה שטר בדמי החבלה וכשתתגרש ותטול הכתובה תשלם לו או אם ימות תשלם ליורשיו וכן אם מגרשה עתה ברצונה נוטל מכתובתה דמי חבלתו וזה שאמרנו דלמכור לו אסור מפני שישהנה בלא כתובה אין זה אלא כשכתובתה מרובה מדמי החבלה אבל כשהחבלה עולה כנגד כתובתה רשאה למכור לו דבזה לא שייך הטעם שאסור לשהות בלא כתובה מפני שלא תהא קלה בעיניו להוציאה דהרי אף אם לא תמכור לו ביכלתו לגרשה ולגבות כל הכתובה בחבלתו אבל כשהכתובה יותר מהחבלה לא יגרשה כדי לגבות חבלתו דהרי עדיין יצטרך ליתן לה מכיסו לאפוקי אם תמכור לו בעד החבלה תהא קלה בעיניו להוציאה ונ"ל דבזמה"ז שאסור לגרש בע"כ לא שייך כלל זה הטעם דקלה בעיניו להוציאה וכמ"ש בכעין זה רבינו הרמ"א באה"ע סי' ס"ו אמנם הפוסקים לא חילקו בזה וגם בשם כתב דאין המנהג כן:

יד החובל בחרש שוטה וקטן חייב ונתבאר בסי' ת"כ סעיף מ"ד והם שחבלו באחרים פטורים ואע"פ שאח"כ נתפקח החרש ונשתפה השוטה והגדיל הקטן אינם חייבים לשלם מפני שבשעה שחבלו לא היו בני דעת וכן העבד והאשה החובל בהם חייב בכל החמשה דברים והם שחבלו באחרים פטורים ופטורם אינו מפני שאין חייבין לשלם אלא מפני שאין להם במה לשלם ולכן אם יש להאשה נכסים שאין לבעלה רשות בהן חייבת לשלם וכן העבד ואם יש להאשה נכסי מלוג או צאן ברזל מוכרת לאחרים בטובת הנאה ומשלמת להנחבל אם יהיה מי שירצה לקנותן אבל אם אין לה אלא כתובה אין כופין אותה למכור מפני טעם מחילה שבארנו ואף אם נאמר שתמכור להנחבל עצמו ואין לו מה להפסיד דמעות אינו נותן עתה ואם תמחול תשאר לו בע"ח כמקדם כמ"ש בסי' ס"ו מ"מ למה לטרוח בחנם דהרי ודאי תמחול לבעלה ושתמכור לבעלה אסור בדי שלא תהא קלה בעיניו להוציאה ולכן נותנת לו עתה שט"ח כפי דמי החבלה ואם תתאלמן או תתגרש תשלם מכתובתה וכן העבד יתן שט"ח וכשישתחרר ויהיה לו מעות ישלם:

טו בסי' תכ"א סעיף ט"ו נתבאר דשנים שחבלו זה בזה משלמים במותר נ"ש וכבר נתבאר דהחובל בא"א יש להבעל חלק בהחבלה אם שליש אם שני שלישים ולכן ראובן ואשת שמעון שחבלו זה בזה לא אמרינן שישלמו זל"ז במותר נגד כל החבלה דהרי החלק שיש להבעל אין בזה ניכוי כלל דהבעל לא חבלו ולכן ישלם החובל להבעל חלקו ובחלק השייך לה מנכין לו נגד חבלתו ואם מגיע ממנה ואין לה עתה לשלם תשלם לאחר גירושין ומ"מ מה שעולה נגד חבלתו אין הבעל יכול לומר הלא אני צריך לאכול הפירות תשלם לה כדי שאוכל הפירות וגם זה ישאר עליה חוב עליך דבזה אין סברא כלל להוציא ממנו מה שמגיע ממנה בעד מה שחבלתו גם היא ואי משום הפסד פירותיו עשאום חכמים כנכסים שיש לאשה שאינם ידועים לבעל שאינו אוכל מהם פירות [סמ"ע]:

טז בסי' תכ"א סעיף ח' נתבאר דשליח ב"ד שבייש את המסרב לדין פטור מבושת מ"מ בחבלות חייב בשארי הד' דברים דמי נתן לו רשות להכותו ואפשר דבחבלה חייב גם על הבושת דבגמ' [ב"ק כ"ח] לא מצינו דפטור רק בבושת לבד וצ"ע לדינא ודוקא שלא ע"פ ב"ד אבל אם הב"ד צוהו פטור [נ"ל]:

יז יש מי שאומר שהרב שהכה את תלמידו פטור מדמי חבלות כשהכהו בעד לימודו וראיה לזה ממה שאמרו חז"ל דפטור מגלות כשהרגו בשוגג דהכי אמרינן [מכות ח'] ואשר יבא את רעהו ביער לחטוב עצים מה יער רשות אף כל רשות יצא האב המכה את בנו והרב הרודה את תלמידו ושליח ב"ד דמצוה קעבדי וכיון שעושה מצוה למה יתחייב בחבלתם ולפ"ז מה שנתבאר דאב חייב בחבלות בנו ובתו אין זה אלא כשחבלום בלא כוונת מוסר ליסרם אבל בכוונת מוסר פטור ויש חולקין דאין להם ליסר כדי לעשות חבלות וזה שפטרתם התורה מגלות הוא גזירת התורה מפני שנראה שהיה עליו גזירה מן השמים ונראה דתלוי לפי הענין בראיית עיני ב"ד:

סימן תכה [דיני חיובי רוצחים בזמן הבית ודיני עגלה ערופה ובו פ"ד סעיפים]:

א כל הורג נפש אדם עובר בל"ת שנאמר לא תרצח ואם רצח בזדון בפני עדים מיתתו בסייף שנאמר נקם ינקם ואע"ג דהאי קרא כתיב בעבד אבל בבן חורין כתיב מכה איש ומת מות יומת וכל מיתה האמורה בתורה סתם אינה אלא חנק כמ"ש בסי' תכ"ד סעיף ב' מ"מ א"א לומר כן דהא חנק קיל מהרג ואיך אפשר דעבד יהיה חמור מבן חורין ועוד דכתיב ואתה תבער הדם הנקי מקרבך ובעגלה ערופה כתיב והוקשו כל שופכי דמים לעגלה ערופה מה עגלה ערופה בסייף ומן הצואר אף כל בסייף ומן הצואר [סנה' נ"ב] ומנין דנקם ינקם הוא בסייף שנאמר והבאתי עליכם חרב נוקמת [שם] ואין חילוק במה שהרגו אם בברזל אם בעץ או

או השליכו לאש ולמים או חנקו או תלאו וכ"ז בזמן שבהמ"ק היה קיים והסנהדרין היו על מכונם אבל בזמה"ז אין לנו רשות לדון לא חייבי מיתות ולא חייבי מלקיות והמלכות שופטת אותן ואם עשו בסתר הש"י ינקום נקמת דם השפוך ומבדילים אותן מן העדה ואמרו חז"ל דמיום שחרב בהמ"ק אע"פ שבטלו דיני ארבע מיתות ב"ד דנים אותם מן השמים מדה כנגד מדה וכל זה הוא מצד הדין אבל אם רואין צורך שעה ומיגדר מילתא ויש רשות מהמלוכה יכולין לענוש כמה שרואין לפי פרצת הדור ומ"מ נבאר בס"ד כל הדינים שנהגו בזמן הבית :

ב כתיב מות יומת הרוצח גואל הדם הוא ימית את הרוצח בפגעו בו הוא ימיתנו ואמרו חז"ל [שם מ"ה:] גואל הדם ימית מצוה בגואל הדם ומנין שאם אין לו גואל שב"ד מעמידין לו גואל שנאמר בפגעו בו מכל מקום וז"ל הרמב"ם בפ"א מרוצח מצוה ביד גואל הדם שנאמר גואל הדם וגו' וכל הראוי ליורשו הוא גואל הדם לא רצה גה"ד או שלא היה יכול להמיתו או שאין לו גה"ד ב"ד ממיתין את הרוצח בסייף האב שהרג את בנו אם היה בן לנהרג ה"ז הורג אבי אביו מפני שהוא גואל ואם אין לו בן אין אחד מן האחין נעשה גה"ד להמית את אביו אלא ב"ד ממיתין אותו ואחד הזכר ואחד הנקבה בגאולת הדם עכ"ל דבן בנו אינו מוזהר בכבודו אבל בנו מוזהר בכבודו לפיכך אסור לו להיות גואל הדם של אחיו להמית האב וכך אמרו חז"ל [מכות י"ב] אין הבן נעשה שליח לאביו להכותו ולקללו חוץ ממסית ואע"ג דאביו רשע הוא מ"מ אין לו להכותו בעצמו ואין לומר דאכתי יהרגנו בנו של זה הבן די"ל דכיון דהראוי ליורשו אין ביכלתו להיות גואל הדם שוב אין כאן גואל הדם ודע דפי"ג מסנהדרין כתב הרמב"ם וז"ל ורוצח שלא הרגוהו עדיו חייבין להמיתו ביד כל אדם עכ"ל וכבר תמהנו על זה בסי' ל' סעיף כ"ז ע"ש וצ"ל דס"ל להרמב"ם ז"ל דעיקר המצוה היא ביד גואל הדם ואם לאו ב"ד מצוין להעדים שימיתוהו ואם לאו מיתתו ביד כל אדם וצריך לדחוק סוגית הש"ס בסנה' לפירושו ע"ש :

ג האמנם דעת רש"י ז"ל [שם] דזה שמצוה ביד גואל הדם אינו על הנהרג בידי ב"ד אלא זהו כשברח מב"ד לאחר שנגמר דינו וכמו שוגג שיצא מעיר מקלטו שיתבאר בסי' זה וזהו שאמרו חז"ל שאם אין לו גואל הדם ב"ד מעמידין לו גואל כלומר שירדפנו ויהרגנו וזהו לשון בפגעו בו הוא ימיתנו ר"ל בכל מקום שיפגענו [וה"ט כל מה שהקשו הרמב"ן והמל"מ שם על רש"י ז"ל ולפמ"ש פירושו מחוור ומתיישב לפי הסוגיא שם בסנה' מ"ה: ועמ"ש בסעיף ל"ט] :

ד ומוזהרין ב"ד שלא ליקח כופר מן הרוצח ואפילו נתן כל ממון שבעולם ואפילו רצה גואל הדם לפטרו שאין נפשו של זה הנהרג קנינו של גואל הדם אלא קנינו של הקב"ה שנאמר ולא תקחו כופר לנפש רוצח וגו' ולא תחניפו את הארץ ולאו דוקא רוצח דה"ה לכל חייבי מיתות שבתורה בין מיתות קלות ובין מיתות חמורות לא ניתנו לפרותן בדמים שנאמר כל חרם אשר יחרם מן האדם לא יפדה מות יומת כלומר כל מי שגזרה התורה עליו להחרימו מן העולם לא מהני פדיון [כתובות ל"ז:] :

ה רוצח שהרג בזדון אין ממיתין אותו העדים ולא הרואים אותו עד שיביאוהו לב"ד וידינוהו למיתה שנאמר ולא ימות הרוצח עד עמדו לפני העדה למשפט ואפילו סנהדרין שראו אחד שהרג את הנפש אין ממיתין אותו עד שיעמוד בב"ד אחר [מכות י"ב:] וה"ה לכל חייבי מיתות ב"ד שעברו ועשו אין ממיתין אותם עד שיגמר דינם בב"ד בד"א כשעבר ועשה העון שחייב עליה מיתה אבל הרודף אחר חבירו להרגו אפילו היה הרודף קטן הרי כל ישראל מצווים להציל הנרדף מיד הרודף ואפילו להרוג את הרודף אם א"א באופן אחר כיצד אם הזהירוהו והרי הוא רודף אחריו אע"פ שלא קיבל עליו התראה כיון שעדיין הוא רודף ה"ז נהרג ובאמת רודף א"צ התראה [סנה' ע"ב:] וכ"כ הטור וגם הרמב"ם שכתב לשון התראה אין כוונתו התראה ממש אלא אזהרה בעלמא [ב"י] :

ו ואם יכולים להציל הנרדף באחד מאברי הרודף כגון שיכו אותו בחץ או באבן או בסייף ויקטעו את ידו או ישברו את רגלו או יסמו את עינו עושין וכתב הרמב"ם ז"ל כל היכול להציל באחד מאבריו ולא טרח בכך אלא הציל בנפשו של רודף והרגו ה"ז שופך דמים וחייב מיתה אבל אין ב"ד ממיתין אותו עכ"ל ובודאי אם התרו אותו שלא יהרגנו להרודף ויציל את הנרדף באחד מאברי הרודף וקבל עליו התראה ודאי דב"ד ממיתין אותו אלא דזה לא שכיח דממ"נ אם יש עדים בשעת מעשה יצילו כולם להנרדף ובע"כ שאין עדים שם ולכן כתב דאין ב"ד ממיתין אותו [ומתורץ קושית הטור ועב"י] ואם נתאמץ הרודף והרג את הרודף אחריו נהרג עליו [מל"מ] כשיש עדים והתראה [ומ"ש הרמב"ם דלמדנו מוקלותה את כפר זהו דרך הספרי ובב"ק כ"ח מפורש דזהו ממון ובגמ' למדו מנערה המאורסה] :

ז לדעת הרמב"ם יש בזה מצות עשה להציל את הנרדף אפילו בנפשו של רודף ואם לא עשה כן עובר בשני לאוין דלא תחוס עינך ולא תעמוד על דם רעך וביטל מ"ע וכתב דלפיכך הורו חכמים שהעוברה שהיא מקשה לילד מותר לחתוך העובר במעיה בין בסם בין ביד מפני שהוא כרודף אחריה להרגה ואם משהוציא ראשו אין נוגעין בו שאין דוחין נפש מפני נפש וזה טבעו של עולם עכ"ל ובמשנה ספ"ז דאהלות מפורש הטעם מפני שחייה קודמין לחייו דעובר אינו עדיין נפש ולא מפני שהוא רודף דהא טבעו של עולם הוא ועוד דאי מטעם

מטעם רודף מה הפרש יש בין הוציא ראשו ללא הוציא [ובסנה' פריך בד' ע"ב: למ"ד דקטן הרודף חייב מסיפא ומתרץ ככ"ל ולא מרישא וצ"ע] :

ח אחד הרודף אחר חבירו להרגו או רודף אחר נערה המאורסה לאונסה שנאמר כאשר יקום איש על רעהו ורצחו נפש כן הדבר הזה והרי הוא אומר צעקה הנערה המאורשה ואין מושיע לה הא יש לה מושיע מושיעה בכל דבר שיכול להושיע ואפילו בנפשו של רודף וכן לשאר כל העריות כשרודף אחריהן לאונסן חוץ מן הבהמה אבל הרודף אחר הזכר לטמאו במשכב זכור מצילין אותו כשאר כל העריות אבל הרודף אחר בהמה לרבעה או שרדף לעשות מלאכה בשבת או לעבוד כוכבים ומזלות אע"פ שזהו מעיקרי הדת וחמורין מעריות מ"מ אין ממיתין אותו עד שיעשה ויביאוהו לב"ד [רמב"ם] דזה שצותה התורה להרוג את הרודף זהו מפני הצלת נפש הנרדף או מפני פגמו כמו בעריות דחייבי כריתות ומיתות ב"ד שהפגם גדול להאשה וכן במשכב זכר ולפיכך אם כבר עשה העבירה אסור להורגו בלא ב"ד וכן בחייבי לאוין אין מצילין בנפשן מפני שאין הפגם גדול כל כך [שם ע"ג] וכן אם כבר נעבדה בהאשה עבירה חמורת כזו אין מצילין אותה בנפשו של רודף [שם] והפוסקים השמיטו דין זה ולא ידעתי למה [ואולי מפרשים בגמ' שעתה נעבדה בה העבירה ונגמרה וצ"ע] :

ט רדף אחר ערוה ותפשה ושכב עמה והערה בה אע"פ שלא גמר ביאתו אין ממיתין אותו עד עמדו בדין דעיקר החיוב הוא על ההעראה וכבר נגמר האיסור היה רודף אחר ערוה ואחרים היו רודפין אחריו להצילה ואמרה להם הניחו אותו דאני מתיראה שלא יהרגני אין שומעין לה אלא מבהילין אותו ומונעין אותו מלבעול ומצילין אפילו בנפשו דאפילו במקום שהיא אינה מוסרת נפשה על העבירה ומוטב לה להבעל מלהרג מ"מ צותה התורה להרגו דהטעם הוא מפני הפגם כמ"ש :

י הבא במחתרת מותר להרגו שנחשב כרודף שבודאי על עסקי נפשות ג"כ בא דקים לן דאין אדם מעמיד עצמו על ממונו ויודע הגנב שבעל הממון יעמוד נגדו והוא הולך ע"מ כן שכשיעמוד נגדו יהרגנו לפיכך התירה תורה להרגו להגנב כדי להציל נפשו של בעל הממון אמנם אין להרגו אלא כשיודע בודאי שאם בעל הממון יעמוד כנגדו שיהרגהו ומיהו כל אדם הוא בחזקה זו ויכול להרגו להגנב אא"כ ברור הוא שלא יהרגנו לבעל הממון אף אם יעמוד כנגדו וכן אם האב חותר על הבן אסור להרגו מסתמא דסתם אב רחמיו על הבן ולא יהרוג את בנו כשיקום נגדו להציל את ממונו אא"כ נודע בבירור שהאב הוא שונא להבן ויהרגנו אם יעמוד כנגדו דאז מותר להרגו ובן החותר על אביו דינו כשאר כל אדם ועמ"ש בדיני מחתרת בסי' שנ"א ושנ"ח :

יא הבא על המצרית מי שמקנא לשם ה' יכול להרגו כמו פינחס שהרג את זמרי אבל אם בא לב"ד לישאל אין מורין לו להרגו וגם הוא אין לו רשות להרגו רק בשעת מעשה העבירה וכשהדבר הוא בפומבי שעשרה מישראל יודעים שהוא מתייחד עמה כמעשה דזמרי אבל בצינעא או אחר שפירש הבועל ממנה אין המקנא רשאי להרגו [טור] ואפילו לא פירש והרשע הזה הרג את המקנא אינו נהרג עליו ואם הרג אדם אחר את המקנא להציל את הבועל נהרג עליו וכל דינים אלו הם הלכה למשה מסיני וי"א דהמקנא צריך שיתרה בו מקודם ואם לא פירש ממנה אז מותר להרגו [ראב"ד פי"ב מא"ב] :

יב המינים מישראל והם עובדי כוכבים או העושים עבירות להכעיס כגון אוכל נבילה או לובש שעטנז להכעיס והכופרים בתורה שבע"פ ובנבואה הרי הם אפיקורסים ואין להם אמונה והם ממזיקי עולם ונתבאר דינם ביו"ד סי' קנ"ח וישראל בעל עבירות שהוא עומד ברשעו תמיד ושונה בעבירות ומשלשן כמו רועי בהמה דקה שנזונין מגזל תמיד והולכין באולתן וכן בשארי עבירות בבה"ג גם הם ממחריבי עולם ואין מסייעין להם שיתקיימו וגם אין מסבבין העברתן אבל ישראל בעל עבירות שאינו עומד ברשעו תמיד אלא עושה העבירה לתאות יצרו הרע כגון שאין לו בשר כשר ואוכל טריפה דעושיה לתיאבון ולא להכעיס ה"ז רק כרשע בעלמא ואסור לעמוד על דמו ומצוה להצילו דזהו רק רשע לעצמו ואינו מסית לאחרים ואינו מחריב העולם :

יג כתב הרמב"ם ז"ל בפ"ב מרוצח כל ההורג חבירו בידו כגון שהכהו בסייף או באבן הממיתו או שחנקו עד שמת או שרפו באש הואיל והרגו מכל מקום הוא בעצמו ה"ז נהרג בב"ד אבל השוכר הורג להרוג את חבירו או ששלח עבדיו והרגוהו או שכפתו והניחו לפני הארי וכיוצא בו והרגתו חיה וכן ההורג את עצמו כל אחד מאלו שופך דמים הוא ועון הריגה בידו וחייב מיתה לשמים ואין בהם מיתת ב"ד ומנין שכן הוא הדין שנאמר שופך דם האדם באדם דמו ישפך זה ההורג בעצמו שלא ע"י שליח את דמכם לנפשותיכם אדרוש זה ההורג עצמו מיד כל חיה אדרשנו זה המוסר חבירו לפני חיה לטרפו מיד האדם מיד איש אחיו אדרוש את נפש האדם זה השוכר אחרים להרוג חבירו ובפירוש נאמר בשלשתן לשון דרישה הרי דינם מסור לשמים וכל אלו הרצחנים וכיוצא בהן שאינם מחוייבים מיתת ב"ד אם רצה מלך להרגם בדין המלכות ותקנת העולם הרשות בידו וכן אם ראו ב"ד להרגם בהוראת שעה אם היתה השעה צריכה לכך יש להם רשות כפי מה שיראו הרי שלא הרגם המלך ולא היתה השעה צריכה לכך לחזק הדבר הרי ב"ד חייבים מ"מ להכותם מכה רבה הקרובה למיתה לאסרם במצור ובמצוק שנים רבות ולצערן בכל מיני צער כדי להפחיד ולאו"ם על שארי הרשעים שלא יהיה

הדבר

הדבר להם לפוקה ולמכשול ויאמר הריני מסבב להרוג אויבי כדרך שעשה פלוני ואפטר עכ"ל ועתה אין לנו שום שייכות בדינים אלו וממשלת הקיסר יר"ה דנה אותם :

יד כתבו הקדמונים דהמאבד עצמו לדעת אין לו חלק לעוה"ב ויש כדמות ראיה לזה מגמ׳ [גיטין נ"ז:] שבשעת החורבן הוליכו כמה מאות ילדים וילדות לזנות ושאלו את הגדול שבהם אם אנו טובעים עצמנו בים היבואו לעוה"ב והתיר להם כדי שלא יזנו עמם הרי משמע דבלא זה אין באין לעוה"ב ועוד ראיה מאבל רבתי [פ"ב] דתניא המאבד עצמו לדעת אין מתעסקין עמו ואין קורעין עליו ואין מספידין עליו ונתבאר ביו"ד סי׳ שמ"ה ודוקא כשהורג א"ע אבל אם צוה לאחר שיהרגנו אין על עצמו דין מאבד עצמו לדעת אלא עבירה חמורה וההורג הוא השופך דמים ולכן לא רצה שאול הצדיק להרוג א"ע ודוד המע"ה הרג את האיש שהרגו לשאול אע"פ שהרגו בצוויו כמפורש בקרא ושאול צוהו כדי שלא יתעללו בו האויבים כמבואר שם [עפר"ד ד׳ י"ג] :

טו אחד ההורג את הגדול או את הקטן אפילו קטן בן יומו בין זכר בין נקבה או טומטום ואנדרוגינוס אם רק ידוע שכלו לו חדשיו שאינו נפל נהרג עליו אם הרג במזיד וגולה לערי מקלט אם הרגו בשוגג ואם אינו ידוע שכלו לו חדשיו הרי הוא כנפל עד שלשים יום וההורגו בתוך ל׳ אפילו ביום שלשים עצמו אינו נהרג עליו דהא לענין בכור ולאבילות ג"כ דינו כלפני שלשים וכ"ש לדיני נפשות ומדברי הרמב"ם ז"ל מפורש דאם נולד לט׳ חדשים מקרי כלו לו חדשיו אבל בשם רש"י ז"ל כתבו [הגה"מ פ"א מאבל] דגם זה אין ראיה אא"כ לא שימשה עם בעלה רק בתחלת תשעה דאל"כ שמא נתעברה אח"כ ואם נולד לשמונה חדשים אפילו שהה ל׳ יום הוי נפל [רמב"ם פ"א שם] ויש חולקים בזה [ראב"ד] ואולי לענין נפשות מודים לדעה ראשונה וכל זה כשנולד אבל אם עדיין הוא במעי אמו אפילו כלו לו חדשיו ומפרכס לצאת אין נהרגין עליו דאין נקרא עדיין נפש כמ"ש בסעיף ז׳ אבל בן נח חייב אף על העוברין לדעת הרמב"ם בפ"ט ממלכים דכתיב שופך דם האדם באדם דמו ישפך ואיזה אדם באדם הוי אומר זה עובר ולבני נח נאמרה דבישראל כתיב כי יכה כל נפש ועובר אינו נפש ולא איש ואין להקשות מי איכא מידי דלישראל שרי ולבן נח אסור דהא גם בישראל יש איסור גדול אלא שאינו נהרג ע"ז [תוס׳ חולין ל"ג] :

טז אחד ההורג את הבריא ואחד ההורג את החולה הנוטה למות ואפילו הרג את הגוסס ה"ז נהרג עליו ואם היה גוסס בידי אדם כגון שהכוהו בני אדם עד שנוטה למות ובא אחר והרגו כשהיה גוסס אף שעשה עבירה מ"מ אין ב"ד ממיתין אותו וההפרש בין גוסס בידי שמים לבידי אדם דבידי שמים כיון דלא איתעביד ביה מעשה דינו כחי גמור כל זמן שחי אבל בידי אדם כיון דאיתעביד ביה מעשה א"א לחושבו כחי [סנה׳ ע"ח] ואע"ג דחשבינן את הגוסס שבידי אדם כמת מ"מ א"א לחייב מיתה למי שעשאו גוסס דהא עכ"פ עדיין חי הוא ואע"ג דרוב גוססין למיתה האמנם בחיות לא אזלינן בתר רובא והרי ההורג גוסס שבידי שמים מחייבינן לו מיתה אע"ג דרובן למיתה א"כ כ"ש דלא נחייב מיתה העושהו גוסס [תוס׳ שם] :

יז ההורג את הטריפה אע"פ שאוכל ושותה ומהלך בשוק ה"ז פטור מדיני אדם וכל אדם הוא בחזקת שלם וההורגו נהרג עד שיוודע ודאי שהוא טריפה שיאמרו עליו הרופאים שמכה זו אין לה תעלה באדם ובה ימות אף אם לא ימיתנו דבר אחר כן כתב הרמב"ם בפ"ב ומבואר מדבריו שאע"פ שנתוודע שיש לו מכה מ"מ כל זמן שלא אמרו הרופאים נואש לחייו אזלינן בתר רובא ואומרים שהוא מרוב האנשים הבריאים אף שיש בו ריעותא שאינו כשארי בני אדם אלא שאנו אומרים דאין זה ריעותא [ומכאן ראיה דלא כהסוברים בסירכות הריאה דכיון שיש ריעותא לא אזלינן בה בתר רובא דרוב בהמות כשרות הן ובכאן אין לומר מפני שעדיין הוא חי כבגוסס בי"ה דהא בטריפה פטור דטריפה אינו גוסס וגם אין לומר בזה משום דרוב חולין לחיה כיון שיש בו ריעותא דספק טריפה וגם מנדה כ"ע מוכח דלא כדעה זו ע"ש ודו"ק] :

יח כתב הרמב"ם ז"ל [שם] אדם טריפה שהרג את הנפש נהרג שנאמר ובערת הרע מקרבך והוא שיהרוג בפני ב"ד אבל בפני עדים פטור שמא יוזמו ואם הוזמו אינם נהרגין שהרי לא זממו אלא להרוג טריפה וכל עדות שאינה ראויה להזמה אינה עדות בד"נ עכ"ל וזה שכתב בדיני נפשות לא שיש חילוק מן התורה בין ד"נ לד"מ בדין הזמה אלא מפני שלא דקדקו בד"מ שיהא עדות הראוי להזמה מפני נעילת דלת והרי מפני זה בטלו שבע חקירות דאיזו יום בדיני ממונות וכן שט"ח מאוחר כשר בד"מ אע"ג שע"י זה לא יהיה ביכולת לבא לידי הזמה כמ"ש הרמב"ם ספכ"ג ממלוה [ש"ך סי׳ כ"ג סקט"ז] ועוד דענין טריפה לא שייך כלל בדיני ממונות דאיזה הפרש יש בממון בין טריפה לאינו טריפה וכן עידי טריפה כשרים בד"מ ופסולים בד"נ כמ"ש פ"ק מעדות וז"ל וכן העדים שהיו טריפה והעידו בדבר שחייבין עליו מיתת ב"ד והוזמו אין נהרגין שאם יוזמו וזוממיהן אין זוממיהן נהרגין שלא הוזמו אלא טריפה עכ"ל וצ"ל שבשעה שהעידו לא ידעו הב"ד שהם טריפה דאל"כ לא היו דנין על פיהם [כ"מ] :

יט אחד ההורג בן חורין ואחד ההורג עבד כנעני ה"ז נהרג עליו ואם הרג בשוגג גולה וישראל שהרג גר תושב מצרי אינו נהרג עליו בב"ד שנאמר וכי יזיד איש על רעהו וא"צ"ל שאינו נהרג על המצרי ואחד ההורג את עבד אחרים או ההורג עבדו ה"ז נהרג עליו שהעבד קבל

קבל עליו עול מצות ונוסף על נחלת ה׳ [רמב״ס] ומה בין עבדו לעבד אחרים שעבדו כשהכהו הכאה שיש בה כדי להמית ונטה למות ועבר כ״ד שעות ומת אינו נהרג עליו אף שמת מחמת המכה שנאמר לא יוקם כי כספו הוא ומה זה שכתוב אך אם יום או יומים יעמוד יום שהוא כיומים שהוא מעל״ע [סס] דכשההכאה היתה לא בתחלת המעל״ע ממש בע״כ שנמשך ביום השני אבל המכה עבד שאינו שלו אפילו מת לאחר כמה ימים מחמת המכה כיון שהכהו כדי להמית ה״ז נהרג עליו ואף גם בעבדו כתב הרמב״ם דאינו פטור בקיום מעל״ע אלא כשהכהו בשבט ומקל ורצועה וכיוצא בהן ולא בהכאת רציחה אבל המכה את עבדו בסכין וסייף או באבן ואגרוף וכיוצא בהן ואמדוהו למיתה ומת אינו בדין יום או יומים אלא אפילו מת לאחר שנה נהרג עליו לכך נאמר בשבט שלא נתנה תורה רשות להכותו אלא בשבט עכ״ל ולפ״ז א״ש מ״ש בסי׳ ת״כ סעיף ג׳ דחובל בעבדו לוקה דאין לו רשות לחבלו דבזה שוה לאחר :

כ המוכר את עבדו ופסק עמו שישמשנו ל׳ יום והכהו אחר מהם בתוך הל׳ יום והמיתו ה״ז נהרג עליו אע״פ שמת לאחר זמן ואינו בדין יום או יומים הראשון לפי שאינו כספו המיוחד לו והשני לפי שאינו עדיין תחתיו דהרי עושה מלאכתו של ראשון וכן מי שחציו עבד וחציו בן חורין ועבד של שני שותפין אינם בדין יום או יומים שהרי אינו לאחד מהם כספו המיוחד לו ונהרג עליו כבעל אחרים [רמב״ס] ובחציו עבד וחציו ב״ח בל״ז דינו כבן חורין כיון דקיי״ל דכופין את רבו ועושה אותו ב״ח [וסרמב״ס ס״ל דרק לענין איסור דינו כבן חורין כמ״ש בסי׳ תכ״ד סעיף ו׳] :

כא כתב הרמב״ם ז״ל בפ״ג מרוצח המכה את חבירו בזדון באבן או בעץ והמיתו אומדין דבר שהכהו בו ומקום שהכה עליו אם ראוי אותו חפץ להמית באבר זה או אינו ראוי שנאמר באבן יד אשר ימות בה הכהו או בכלי עץ יד אשר ימות בו הכהו עד שיהיה בו כדי להמית ואינו דומה מכהו על לבו למכהו על ירכו הואיל ונאמר אשר ימות בה מכאן שאומדין מקום המכה וכשם שאומדין החפץ שהכה בו ומקום המכה כך אומדין כח ההכאה שנאמר באבן יד מכאן שמשערין את היד אינו דומה זורק אבן בחבירו בריחוק ב׳ אמות לזורק בו בריחוק י׳ שבריחוק י׳ יהיה כחו יותר ואינו דומה זורק בריחוק י׳ לזורק בריחוק ק׳ שבריחוק המקום ביותר יתמעט כח ההכאה עכ״ל דבריחוק מועט יתרבה כח ההכאה ובריחוק מרובה יתמעט והרמב״ם ז״ל לאו דוקא נקיט י׳ וק׳ ודוגמא בעלמא נקיט והב״ד משערים הריחוק והקירוב וכן משערין המכה עצמה ומשערין כח ההורג וכח הנהרג אם גדול אם קטן או חזק או חלש או בריא או חולה וכן כל כיוצא בזה שנאמר אשר ימות בה מיתתו של זה משערין כל סבותיה :

כב כלי ברזל לא נתנה בו תורה שיעור שנאמר ואם בכלי ברזל הכהו וימת רוצח הוא ולא נאמר אשר ימות בה כבכלי עץ מפני שברזל יכול להמית אפילו בכל שהוא כמו מחט או שפוד שיש לו חידוד או סכין וכיוצא בהן אבל בדבר שאינו מחודד כגון שהכהו בעשת של ברזל וכיוצא בה אומדין אותה כדרך שאומדין העץ ואי קשיא דא״כ גם בחתיכת עץ קטן אם יעשה לו חידוד ויתחבנו בלבו או בגרונו הלא ג״כ ימיתנו אמנם ודאי דכן הוא אלא דאורחא דמילתא היא דמברזל עושין דברים הנוקבים ומחתכין :

כג המכה את חבירו בלא כלי והמיתו כגון שהכהו בידו או ברגלו או נגפו בראשו והמיתו משערין כח המכה וכח הנהרג ומקום המכה דאינו דומה דוחף חבירו באצבעו לבועט בו ברגלו ואינו דומה בעיטה ברגלו שלא בכח לבועט בכל כחו ואינו דומה מכהו על לבו למכהו על מתניו ואינו דומה אדם חלוש המכה לאדם בריא כבריא שמכה חלוש ואינו דומה בריא המכה את החלוש לבריא המכה את הבריא וכ״ש אם המוכה היה חולה דבקל ממיתין אותו וכ״ש אם היה גוסס בי״ש דחייבין עליו כמ״ש בסעיף ט״ז ומנין שמשערין בכל אלו שנאמר או באיבה הכהו בידו וימת מות יומת המכה אע״פ שנאמר בידו הצריך הכתוב להיות ההכאה באיבה מכלל שמשערין כח ההכאה דאל״כ מה לי באיבה או שלא באיבה וידו לאו דוקא דה״ה ברגלו או באבר אחר אלא שהתורה אורחא דמילתא נקטה דסתם הכאה הוא ביד :

כד וכן הדוחף את חבירו מראש הגג ונפל ומת משערין הגובה ומשערין כח הנדחף שאינו דומה בן יומו שנפל לגדול שנפל ואינו דומה חולה לבריא ומנין שמשערין גובה המקום שנאמר ואם בשנאה יהדפנו דאם א״צ שיעור מה לנו אם בשנאה אם לא בשנאה דאם אפילו במזיד חייב אלא דה״פ דבשנאה יהדפנו ממקום הראוי להמית וכתב הרמב״ם ויראה לי שכל מקום שאין בגובהו עשרה טפחים אין בו כדי להמית כמו שאמרו בבור לענין בהמה עכ״ל וכשמת בפחות מעשרה אינו חייב מיתה דלא על ידו מת אלא מן השמים נגזרה עליו שימות בדבר שאין בו למות ונ״ל דזהו דוקא אם מת מחמת הגובה אבל אם דחפו על אבן חייב אפילו בפחות מעשרה דהאבן המיתו ואחד המכה את חבירו באבן או בעץ או שהכהו בגוש עפר או בגוש מלח וגפרית או בסל מלא עפר או צרורות ואפילו בפלח דבלה שנאמר אשר ימות בה כל שהוא ראוי להמית והכובד הוא שממית [סס] :

כה הדוחף את חבירו לתוך המים או לתוך האש אם היה יכול לעלות משם ולא עלה פטור ואם לאו חייב לפיכך אומדין זה לפי האש והמים והרחיפה אם היה יכול לעלות אם לאו וכן אם זה הנהרג ירד מעצמו לתוך המים והאש ובקש לעלות מיד וזה כבש על גופו

או

או על ראשו ולא הניחו לעלות ומת או שכבשו עד שלא נשאר בו כח לעלות חייב אע"פ שלא הוא דחפו בתחלה לתוך המים והאש דאין זה כגרמא דהא עשה מעשה בגופו ומה לי מעשה דדחיפה או מעשה דכבישה וה"ה המניח ידו על פי חבירו ועל חוטמו שלא ישאף האויר ונחנק ומת או הניחו חלוש ומפרפר ואינו יכול לחיות חייב מיתה ואפילו כפתו ולא עשה לו כלום אלא הניחו בצינה או בחמה באופן שלא יוכל לזוז משם ומת מחמה או מצינה אם החמה והצינה היה שם בעת שכפתו חייב דכיון שסיבת ההריגה היתה שם בעת מעשה הרי הוא הריגה בידים דמה לי הריגה ע"י חרב או ע"י חום וקור והיא מיתה אריכתא אבל אם החמה והצינה לא היה אז אלא שבאו אח"כ פטור מדיני אדם שאין זה אלא גרמא כיון שההורג לא היה מוכן בשעת מעשה וחייב בד"ש :

כו וכן אם הכניסו למערה או לבית ועישן עליו בעשן עד שנחנק ומת או שהכניסו לבית של שיש והדליק עליו נר עד שהמיתו ההבל בכל אלו נהרג עליו שזהו כמו שחנקו בידו אבל הכופת את חבירו והניחו ברעב עד שמת פטור בידי אדם דבשעה שכפתו אין כאן דבר הריגה והרעב בא מאליו והולך וחזק לאחר זמן והוי כסוף חמה לבא ואפילו היה רעב כבר בשעה שכפתו דכיון דאם לא היה מתחזק עליו הרעב לא היה מת הוה ליה סוף רעב לבא ולא דמי לכפתו בחמה שכבר נפלה עליו חמה הראוי למות בה [תוס' סנה' ע"ז] וכן אם כפה עליו גיגית עד שנתמעט האויר וכלה לגמרי ונחנק מהעדר האויר פטור מדיני אדם דההורג בא לאחר זמן וכן אם סגר עליו הבית ופרע את המעזיבה מן הגג עד שנכנס הקור ומת פטור ג"כ דהמיתה לא היתה מזומנת דהקור נכנס מעט מעט לתוך הבית ולא דמי לכפתו בצינה או בחמה דכל הקור והחום היה שם בשעת מעשה וכתב הרמב"ם ז"ל דאם בנה עליו מקום עד שמנע ממנו הרוח חייב מיתה ותמהו עליו דזהו ככפיית גיגית ולי נראה שכוונתו שבנה עליו ממש ולא הניח לו אויר כלל ואין לך הורג מזומן כזה שבהכרח שיחנק אבל אם בנה עליו סביבו ברוחב מקום רק שבמשך העת כלה האויר בזה מודה הרמב"ם שפטור דהוי דומיא דגיגית :

כז אם השיך בו את הנחש פטור מדיני אדם דהנחש מגופו מקיא את הארס והוי כגרמא וכ"ש אם שיסה בו את הכלב או את הנחש אבל אם נטל שיני הכלב והשיך בו עד שמת חייב מיתה דמה לי הריגה בסייף או בשיני כלב ולא דמי להשיך בו את הנחש דפטור דנחש ממית בארסו וארסו אינו בין שיניו אלא בגופו והנחש מעצמו מקיאו ואינו אלא גרמא וכן הדוחף חבירו בבור והיה שם סולם שיכול לעלות עליו או שזרק בו חץ והיה תרים בידו להגן עליו ובא אחר וסילק את הסולם והסיר את התרים שניהם אין נהרגין בב"ד ואפילו קדם הוא עצמו וסילק הסולם והסיר התרים פטור דבשעה שדחפו להבור וזרק החץ לא היה הריגה כלל ואח"כ כשסילק הסולם והתריע אין זה אלא גרמא כיון שלא עשה מעשה בגופו ודינו מסור לשמים ואם כפתו לפני ארי אם הושיטו לתוך פיו חייב מיתה ואם הניחו וקפץ עליו הארי והרגו פטור דכיון דהארי לא עמד עליו בשעה שכפתו הוי גרמא וכן אם כפתו והניחו לפני יתושין ואכלוהו אע"פ שעמדו עליו יתושין בשעת מעשה מ"מ פטור והטעם מפני דאלו יתושין שעמדו עליו לא הרגוהו עד שהלכו אלו ובאו אחרים והאחרים לא היו בשעת מעשה [גמ' שם] והרמב"ם ז"ל השמיט דין זה ולא ידעתי למה :

כח הזורק אבן בכותל וחזר האבן לאחוריו והרגהו חייב מיתת ב"ד דגם החורה הוא מכח הזורק וכן אלו שמשחקין בכדור שחובטים אותה בכותל וכוונתם שתחזור הרבה לאחוריה אם התרו בהן ולא השגיחו והרגו אם עמד האדם בתוך ד' אמות מהכותל פטורין דלא היתה כוונתם לכך וחוץ לד' אמות אפילו לסוף מאה אמה חייבין והוא שיש בו כדי להמית כמ"ש ודוקא שהנהרג לא היה יכול לזוז ממקומו וי"א דאפילו תוך ד"א חייב מיתה כיון שהתרו בו [תוס' שם ד"ה סתם] ואם זרק אבן למעלה והרגה אדם בירידתה למטה פטור דהחזרה למטה אינו מכח האדם ולא דמי לחזרה דכדור שחוזרת לצדדין דזהו מכח הזורק אבל מלמעלה למטה טבע כל כובד לירד ולכן אם זרק אבן למעלה ובירידתה למטה לא הלכה בשוה אלא הלכה לצדדין והרגה חייב דזהו מכחו ואין לומר דהא ע"פ כחו היה לו להאבן לעלות מעלה מעלה דהא למעלה זרקו דהאמת הוא דעיקר כחו כלה ולכן לא עלה עוד למעלה אבל קצת כחו נשאר בו והלך לצדדין דאל"כ היה יורד בשוה [גמ'] וכן הכופת את חבירו והניחו במקום שאינו יכול לברוח והציף עליו מים ומת ה"ז נהרג עליו דהוי כזורק בו חץ ודוקא שמת מכח הזרם הראשון שבא ממעשיו אבל כשמת מהזרם השני או השלישי פטור מדיני אדם דהרי הוא לא עשה רק הזרם הראשון ושארי הזרמות לאו מכחו באו אלא בגרמתו וכן אם לא הניחו סמוך לנפילת המים ממסגרותם אלא הניחו רחוק באופן שהמים בצאתם ממסגרותם לא פגעו בו אלא שהמים הלכו הלוך ושטוף עד ששטפוהו פטור מדיני אדם וחייב בד"ש דזהו גרמא ולא מכחו [רש"י שם וערש"י חולין ע"ז ספי' כהרמב"ם] :

כט כתב הרמב"ם בפ"ד מרוצח המתכוין להרוג את זה והרג את זה פטור ממיתת ב"ד ומן התשלומין ומן הגלות לפי שאין ערי מקלט קולטות אותו כמו שיתבאר לפיכך הזורק אבן לתוך עדה מישראל והרג אחד מהם פטור ממיתת ב"ד עכ"ל ולמדנו זה מקרא דוארב לו וקם עליו דמשמע עד שיתכוין לו לזה שהרגו ולכן אפילו עמדו ראובן ושמעון ואמר לאחר מהם אני מתכוין

מתכוין או אפילו עמד איש מרחוק וכוון אליו והרגו אלא שהיה סבור שהוא ראובן ונמצא שהוא שמעון פטור ויש חולקים בזה וס"ל דמתכוין להרוג את זה והרג את זה חייב [ראב"ד] ואינו פטור אלא כשעמד מצרי אחר ביניהם וזרק חץ לתוך החבורה דאע"ג דרובם לאו מצרים נינהו מ"מ כל קבוע כמחצה על מחצה דמי וספק נפשות להקל [גמ' סס וסרמב"ס פוסק כר"ש סס משום דכמס סוגית אזלן אליבא דר"ש כמ"ש סלח"מ פ"א מחובל]:

ל נתכוין להכות את חבירו על מתניו ולא היה בהכלי או בהאבן כדי להמיתו בהכאה על מתניו והלכה לה הכלי והאבן על לבו והיה בה כדי להמית על לבו ומת או שנתכוין להכותו על לבו והיה בו כדי להמית על לבו והלך לו על מתניו ולא היה בו כדי להמית על מתניו ומ"מ מת פטור ממיתה וגם מגלות מפני שאין ההורג בכוונה גולה אבל אם נתכוין להכותו על מתניו והיה בו כדי להמית על מתניו והלך לו על לבו ומת ה"ז נהרג וכן כל כיוצא בזה ואינו דומה לנתכוין להרוג את זה והרג את זה לדעת הפוטר מפני שהכל גוף אחד:

לא המכה את חבירו באבן או באגרוף וכיוצא בזה אומדין אותו אם אמדוהו הרופאים לחיים נותן החמשה דברים של חבלות ונפטר ואפילו חלה המוכה והכבידה חליו ומת ה"ז פטיר דאין אחר האומדנא כלום ואם אמדוהו למיתה אוסרין את המכה בבית הסהר מיד וממתינים לזה אם מת יהרג המכהו ואם הקל ונתרפא רפואה שלמה והלך בשוק על רגליו כשאר הבריאים משלם החמשה דברים ונפטר ועל זה נאמר אם יקום והתהלך בחוץ על משענתו ונקה המכה דקשה מה מלמדנו פשיטא שפטור המכה אלא ללמד שחובשין אותו בבית הסהר וכשהמוכה ילך בחוץ אז מנקין אותו ומוציאין אותו מבית האסורים וזה שנאמר על משענתו אינו שיהלך והוא נשען על מטהו דהרי אפילו חולה יכול לילך על משענת אלא פירושא דמשענתו הוא משענת בריאותו כלומר שילך כבריא על משענת כח עצמו שלא יצטרך משענת אחר להשען עליו ואם אמדוהו למיתה והקל ממה שהיה ולאחר מכאן הכבידה עליו מחלתו ומת ה"ז נהרג ואין אומדין אותו אומד שני כשהקל שרגלים לדבר שלא הוקלה באמת המחלה שהרי לאחר מכאן הוכבדה [כ"ס לגי' סרמב"ס]:

לב עשרה בני אדם שהכו לאחר בעשרה מלקות ומת בין שהכוהו בבת אחת בין שהכוהו בזה אחר זה כולם פטורין ממיתת ב"ד ודינם מסור לשמים שנאמר ואיש כי יכה כל נפש אדם עד שאחד יהרוג כל הנפש ואפילו בזה אחר זה והתשיעי עשאו גוסס אין העשירי חייב דגוסס בידי אדם פטור ההורג וגם מי שעשאו גוסס כמ"ש בסעיף ט"ז ודינם מסור לשמים וה"ה לשנים שדחפו לאחר לתוך המים או כבשוהו בתוך המים או שהיו רבים יושבים ויצא חץ מביניהם והרג אדם כולן פטורים בדיני ב"ד ואפילו שנים שישבו אחד צדיק ואחד רשע ויצא חץ מביניהם שבודאי הרשע עשה זאת מ"מ כיון שעדים לא ראו שהוא ירה החץ פטור בדיני אדם דאין דנין דיני נפשות ע"פ אומדנא אפילו באומדנא היותר גדולה:

לג כתב הרמב"ם ז"ל זרקו בו עשרה אבן זה אח"ז וכל אחד מהן אין בו כדי להמית וזרק אחד אבן באחרונה ויש בו כדי להמית ומת ה"ז האחרון נהרג עליו עכ"ל וצ"ל דההפרש מעשרה מקלות שנתבאר דבשם כולם שוין וע"י כולם יחד מת אבל בכאן לא היה מת בהתשעה הקודמים ובהעשירי לבדו היה מת ולפ"ז אין זה רבותא כלל ואפשר אע"ג דאם ע"י העשירי לבדו לא היה מת ג"כ לפי הכאתו ורק מפני שהקודמים החלישוהו מ"מ כיון שע"י אבן זה היה ראוי להמית אם היה מכהו בחוזק חייב מיתה כיון שאבנו גדול משל הקודמים ובאמת לגירסתנו בגמ' [סס ע"ח:] אין הדין כן ולהרמב"ם היה לו גירסא אחרת דלגירסתנו גם בדינא דעשרה מקלות חייב האחרון [ע"ס דסתמא כריב"ב]:

לד רוצח שנגמר דינו ונתערב באחרים ולא נודע מי הוא הרוצח וכל אחד אומר אינני הרוצח הדבר פשוט שכולן פטורים ואפילו נתערב ברוצחים אך לא נגמר דינם עדיין ואפילו רוצח אחד שלא נגמר דינו שנתערב בהרבה רוצחים שנגמר דינם כולם פטורים ממיתה שאין גומרין דינו של אדם אלא בפניו וכשאינו ידוע מי הוא הוי כשלא בפניו ולכן אין הורגין אותם ומ"מ אין פוטרין אותם לגמרי ומכניסין אותם לבית האסורים כיון שכולם רוצחים אלא שלא נגמר דינם לא גרע מהורג נפש שלא היה שם עדין כד"ת כמו עדות מיוחדת או שלא התרו בו וכה"ג שהענין אמת אלא דנפסלו מדין תורה וכתב הרמב"ם ז"ל דכונסין אותם לכיפה ומאכילין אותם לחם צר ומים לחץ עד שיצרו מעיהם ואח"כ מאכילין אותם שעורין עד שתתבקע כרסם מכובד החולי ואין עושין דבר זה לשארי חייבי מיתות ב"ד אלא לשופכי דמים מפני שיש בזה העון השחתת ישובו של עולם עכ"ל:

לה כל ההורג נפש בשגגה גולה מעירו שהרג בה לערי מקלט ומצות עשה להגלותו וישב בה עד מות הכהן הגדול כמפורש בתורה והוזהרו ב"ד שלא ליקח כופר מן הרוצח בשגגה כדי שישב בעירו שנאמר ולא תקחו כופר לנוס אל עיר מקלטו וכתב הרמב"ם ז"ל בפ"ה מרוצח אין הרוצח בשגגה גולה אא"כ מת הנהרג מיד אבל אם חבל בו בשגגה אע"פ שאמדוהו למיתה וחלה ומת אינו גולה שמא הוא קירב את מיתת עצמו או הרוח נכנסה בחבורה והרגתהו אפילו שחט בו שני הסימנים ועמד מעט אינו גולה על ידו לפיכך

אם

אם לא פירכס כלל או ששחטו במקום שאין הרוח מנשבת בו כגון בית סתום של שיש ה"ז גולה וכן כל כיוצא בזה עכ"ל ואע"ג דבמזיד חובשין אותו ואם מת הורגין אותו כמ"ש בסעיף ל"א מ"מ בגלות מקילינן ובהרבה דברים קילא גלות ממיתה כמו בין דרך ירידה לדרך עליה כמו שיתבאר וזהו מגזירת התורה וטעם גדול יש בדבר דהא עכ"פ בשוגג הרג אבל יש חולקין על הרמב"ם וס"ל דרק בשחט בו שנים או רוב שנים חיישינן שהרוח בלבלתו [גיטין ע:] אבל חבורה אחרת כשמת על ידי החבורה ה"ז גולה דאין הרוח והפירכוס מקרבין את מיתתו [ראב"ד] ותמיהני דא"כ גם במזיד כששחט בו שני הסימנים יפטר ממיתה אם זהו חשש גמור דהרוח בלבלתו ואדרבה הרמב"ם למד מק"ו משחיטה שלא ראינו אפילו אחד מאלף שיחיה ועכ"ז פטור מגלות וכ"ש בשארי חבורות וגם רבותינו בעלי התוס' כתבו כהרמב"ם [שם] :

לו כתב הרמב"ם ז"ל ישראל שהרג בשגגה את העבד או את גר תושב [בזמן קדמון] גולה וכן העבד שהרג בשגגה את ישראל או את גר תושב וכן גר תושב שהרג את גר תושב או את העבד בשגגה גולה שנאמר לבני ישראל ולגר ולתושב בתוכם עכ"ל וי"א דישראל שהרג ג"ת אינו גולה וכן עבד וג"ת אין גולין זה ע"י זה וכן משמע במכות [ח'] ורבינו הב"י כתב בספרו כ"מ דט"ס הוא ע"ש אבל גם בפי' המשנה כתב הרמב"ם כן ע"ש [וכ"ל דס"ל דלמסקנא שם דג"ת אינו גולה אלא ע"י ג"ת זהו באומר מותר שוב מרבינן בכלל גולין דרישא גם ג"ת לבד ג"ת שהרג ישראל כדמסיים חוץ מג"ת כלומר כשהרג ישראל ולא לסיפך ולשון הכל משמע כן ודו"ק] :

לז ג"ת מצרי שהרג את ישראל בשגגה ה"ז נהרג דאדם מועד לעולם כמו בנזקין וזה שפטרה התורה בישראל שהרג בשוגג זהו גזירת התורה וכן ג"ת שהרג ג"ת מפני שהיה סבור שמותר לעשות כן אף שזהו כעין שוגג מ"מ נהרג עליו דאומר מותר הוה קרוב למזיד והואיל שנתכוין להרגו ה"ז נהרג עליו ומצרי שהרג מצרי בשגגה אף שאינו נהרג מ"מ גם אינו גולה דאין ערי מקלט קולטות אותן שנאמר לבני ישראל :

לח הבן שהרג את אביו בשגגה ה"ז גולה וכן האב שהרג בנו בר"א כשהרגו שלא בשעת לימוד או שהיה מלמדו אומנות אחרת שא"צ לה הבן לפרנסתו אבל אם ייסר בנו ללמדו תורה או חכמה או אומנות פטור כשמת על ידו וכן הרב המכה את תלמידו או שליח ב"ד שהכה את הבעל דבר הנמנע מלבא לדין והמיתו בשגגה פטור מגלות שנאמר ואשר יבא את רעהו ביער לחטוב עצים ודרשינן מה חטיבת עצים רשות אף כל רשות יצאו כל אלו ששגגו בשעת עשיית מצוה וי"א דשליח ב"ד שהכה להנמנע מלבא לב"ד חייב גלות ואינו פטור אלא כשהלקהו מלקות ע"י ב"ד והלקהו

יותר ממה שאמדוהו ומת ת"י ה"ז פטור [ראב"ד] ואע"פ שפטורים כל אלו מגלות זהו מגזירת התורה אבל מ"מ עשו עבירה גדולה דאין להם ליסר באופן זה וכמ"ש בס"ס תכ"ד ע"ש :

לט דרך הרוצחים כך היה דאחד שוגג ואחד מזיד היו בורחין לערי המקלט וב"ד של אותה העיר שהרג בה היו שולחין ומביאין אותו משם ודנין שנאמר ושלחו זקני עירו ולקחו אותו משם ומי שנתחייב מיתה ממיתין אותו שנאמר ונתנו אותו ביד גואל הדם ומת ולהרמב"ם הגואל הדם בעצמו ממיתו ולרש"י הביאו לב"ד והב"ד המיתוהו ואם ברח מב"ד רודפו גואל הדם וממיתו כמ"ש בסעיף ג' ומי שנתחייב גלות מחזירין אותו למקומו שנאמר והשיבו אותו העדה אל עיר מקלטו אשר נס שמה ומי שפטור גם מגלות כגון שהרגו בשוגג דרך עליה או שארי פטורי גלות פוטרין אותו לגמרי ושומרים אותו מיד גואל הדם שלא יהרגנו שנאמר והצילו העדה את הרוצח מיד גה"ד וכן המחוייב גלות כשמחזירין אותו לעיר מקלטו מוסרין לו שני ת"ח לשמרו בדרך מיד גה"ד ואומרים לגואל הדם אל תנהג בו מנהג שופכי דמים והרי בשוגג בא מעשה זה לידו ולכן צריכים ת"ח כדי שידברו דברי מוסר לגואל הדם שלא יהרגנו וזה שכתבנו שדרך הרוצחים כך היה גם מעיקר דין תורה כך היא שגם המזיד ילך מקודם לעיר מקלט שהרי כתיב וכי יהיה איש שונא לרעהו וארב לו וקם עליו והכהו נפש ומת ונס אל אחת הערים האל ושלחו זקני עירו וגו' ולא כתיב וינוס אלא ונס משמע דכן הדין [רש"י ט':] ואפשר לתת טעם בזה דאל"כ עד שב"ד יחקורו אם חייב מיתה אם לאו יהרגוהו גואלי הדם בחמימות לבבם כשיהיה בעירו ולכן בורח לערי מקלט וכשמביאין אותו משם שומרים אותו וגם גואלי הדם נתקררו מעט ולכן בהכרח שיגלה מקודם :

מ יראה לי דאע"פ שנתבאר בסעיף ל"ד דרוצח שלא נגמר דינו שנתערב באחרים פטורים מ"מ חייבי מיתות וחייבי גליות שנתערבו כיון דגם מזידים גולים מקודם כמ"ש אין מוציאין לכולן משם ואפשר דאף אם נתערבו קודם שגלו לשם מגלין אותם כדי שלא יעמדו גואלי הדם וימיתו את השוגגים משא"כ בנגמר דינם שנתערבו בלא נגמר דינם לא חיישינן להו אם יהרגום כיון שכולם מזידים הם וכן רוצח שנתערב באחרים נקיים פשיטא דגואלי הדם לא יהרגו את הנקיים כשיהיה אצלם ספק אם הוא הוא הרוצח :

מא אמרו חז"ל [מכות י':] רוצח שגלה לעיר מקלטו ומצאו גואל הדם והרגו פטור וא"א לומר שהרגו בעיר מקלטו דודאי חייב הגואל הדם מיתה דאל"כ איזו תועלת יש בערי מקלט ועוד דכתיב במסעי ואם יצא יצא הרוצח מעיר מקלטו ויהרגנו גה"ד אין לו דרישה דמו מכלל דבעיר מקלטו נהרג עליו אלא דה"פ כשיהרגנו

קודם שיבא לעיר מקלטו כמו שפי׳ רש״י וז״ל הרמב״ם רוצח בשגגה שהרגו גה״ד חוץ לתחום עיר מקלטו פטור שנאמר ולו אין משפט מות עכ״ל ואע״ג דפשטא דקרא ארוצח קאי כדכתיב פן ירדוף גה״ד וגו׳ והכהו נפש ולו אין משפט מות מ״מ דרשינן ליה אגואל הדם כלומר שיהרגנו מפני שהוא בטוח שלו אין משפט מות אם יהרגנו דאי ארוצח קאי מיותר הוא דרישא דעניינא מפורש שהוא שוגג ושאין לו משפט מות וכדמסיים קרא כי לא שונא הוא לו כלומר דמסתמא הרגו בשוגג וגם טעם המקרא מוכח דאגואל הדם קאי דעל והכהו נפש הוא אתנחתא להורות דסליק ענינא ולו אין משפט מות הוא ענין אחר עוד כתב הרמב״ם ז״ל דאחד ההורגו בדרך קודם שיכנס לעיר מקלטו או שהרגו בחזירתו עם השנים ששומרים אותו פטור ורוצח שנכנס לעיר מקלטו ויצא חוץ לתחומה בזדון ה״ז התיר עצמו למיתה ורשות ביד גה״ד להרגו וגם כל אדם שהרגו אין חייבין עליו שנאמר ואם יצא יצא הרוצח את גבול עיר מקלטו וגו׳ ורצח גה״ד את הרוצח אין לו דם וא״א לומר דלאחר יש לו דם דא״כ הו״ל למיכתב אין לו משפט מות ומדכתיב אין לו דם משמע דעל הנהרג קאי דאין לו דרישת דם כלל ולמה כתבה התורה גואל הדם אורחא דמילתא היא דאחר לא ימצא לבבו להתנקם ואמנם זהו לגירסת הרמב״ם אבל לפי גירסת ספרים שלנו במשנה ובריית׳א דמכות [י״ב:] איש אחר שהרגו נהרג עליו דמה לו להרגו [לר״ע דהלכתא כוותיה ועתוי״ט שהגיה שם כהרמב״ם]:

מב עוד כתב יצא חוץ לתחום עיר מקלטו בשגגה כל ההורגו בין גה״ד בין שאר אדם גולה על ידו עכ״ל ואפילו הרגוהו במזיד ואפש׳ לומר הטעם דכיון דאם יצא במזיד רשאים להורגו אין להם לדעת אם יצא בשוגג אם לאו ולכן אפילו יצא בשוגג הרי הורגיו ג״כ כשוגגין ואין חייבין אלא גלות ונראה דהרמב״ם מפרש מה שאמרו שם [י״ב׳] במזיד נהרג בשוגג גולה דנהרג קאי על הרוצח וגולה קאי על ההורגו להרוצח ודבר תימא הוא וגם בגמ׳ מפרש שם הטעם שלא יהא סופו חמור מתחלתו ולדבריו מה ענין זל״ז ועוד דהיכן מרומז זה בתורה ולולי דבריו היינו מפרשים דה״פ אם יצא במזיד נהרג ואם יצא בשוגג חוזרין וגולין אותו לעיר מקלטו ואסור להורגו ואם זה שהרגו ירע שבשוגג יצא חייב מיתה דסופו כתחלתו ככל רוצח שבמזיד נהרג ובשוגג גולה ואפשר דגם הרמב״ם לא פטרם ממיתה אלא כשלא ירעו שבשוגג יצא וכמ״ש וצ״ע לדינא וכתב עוד דאם גואל הדם הרגו בתוך תחום עיר מקלטו ה״ז נהרג עליו וכבר בארנו זה:

מג כתב הרמב״ם ז״ל המזבח קולט שנאמר בהורג בזדון מעם מזבחי תקחנו למות מכלל שההורג בשגגה אינו נה״ג במזבח לפיכך ההורג בשגגה וקלטו מזבח והרגו שם גואל הדם ה״ז נהרג עליו כמו שהרגו בתוך עיר מקלט אין קולט אלא גגו של מזבח בית העולמים בלבד ואין קולט אלא כהן ועבודה בידו אבל זר או כהן שאינו עובד בשעה שנהרג או שהיה עובד ולא היה על גגו של מזבח אלא סמוך לו או אוחז בקרנותיו אינו נקלט וכן מי שקלטו המזבח אין מניחין אותו שם אלא מוסרין לו שומרין ומגלין אותו לעיר מקלטו בד״א במחוייב גלות אבל מי שפחד שלא יהרגנו בדין המלכות או מב״ד שלא יהרגוהו בהוראת שעה וברח למזבח ונסמך לו ואפילו היה זר ה״ז ניצול ואין לוקחין אותו מעם המזבח למות לעולם אא״כ נתחייב מיתת ב״ד בעדות גמור והתראה כשאר כל הרוגי ב״ד תמיד עכ״ל ואע״ג דבש״ס [יומא פ״ה] מבואר דבשעת עבודה אין מבטלין גם את המזיד דדריש מעם מזבחי ולא מעל מזבחי מ״מ פסק כהמכילתא שאמרה מפורש שמבטלין אותו מעבודה במזיד ומפני שגם בש״ס נמצא ג״כ דרציחה דוחה את העבודה דמשמע אפילו בשעת עבודה נ״ל להרמב״ם ז״ל דפלוגתא היא ולכן תפס לו דרך המכילתא ולפ״ז ממילא מבואר דהא דדייקינן למיתה ולא לגלות אינו אלא בשעת עבודה וכן דריש במכילתא תקחנו למות ולא ללקות ולא לדין ולא לגלות ולפיכך פסק שמוסרין לו שומרים שכשיגמור עבודתו מגלין אותו וזה שפסק שמי שברח מהפחד למזבח ניצול בכל ענין למד מיואב שברח והחזיק בקרנות המזבח כמפורש במלכים ואע״ג דבגמ׳ [מכות שם] אמרו שטעה יואב בכמה דברים ולכן הרגו שלמה נ״ל שהרמב״ם מפרש שבזה שהחזיק א״ע בקרנות המזבח ודומה זה לעיקר קליטה של מזבח בחייבי גלות טעה בזה מפני שאינו קולט אלא גגו ובהמ״ק דירושלים וכהן אבל בעיקר הדבר שנכנס למקום הקדש כדי ששמה לא יהרגנו ואף אם הסנהדרין יהרגוהו יירשו בניו נכסיו כמ״ש חז״ל [סנה׳ מ״ח:] וכ״מ בירושלמי מכות פ״ב ה״ו ע״ש בהא לא טעה ובזה מבוארים כל דברי הרמב״ם ומתורץ כל מה שהקשו עליו [ע״ש בכ״מ ומל״מ]:

מד אין ההורג בשוגג חייב גלות אלא כשהרג בשוגג גמור אבל בשוגג שקרוב לאונס פטור מן הגלות ושוגג שקרוב למזיד אין מועיל לו גלות וז״ל הרמב״ם ז״ל בפ״ו מרוצח שלשה הם ההורגים בלא כוונה יש הורג בשגגה והעלמה גמורה וזהו שנאמר בו ואשר לא צדה ודינו שיגלה לערי מקלט וינצל ויש הורג ותהיה השגגה קרוב לאונס והוא שיארע במיתת זה מאורע פלא שאינו מצוי ברוב מאורעות בני אדם ודינו שהוא פטור מן הגלות ואם הרגו גואל הדם נהרג עליו ויש הורג בשגגה ותהיה השגגה קרובה לזדון והוא שיהיה בדבר כמו פשיעה או שהיה לו להזהר ולא נזהר ודינו שאינו גולה מפני שעונו חמורה אין גלות מכפרת לו ואין ערי מקלט קולטות אותו שאינן קולטות אלא המחוייב גלות בלבד לפיכך אם מצאו גה״ד והרגו בכל מקום פטור :מה יעשה זה ישב וישמור עצמו מגואל הדם וכן כל הרצחנים שהרגו

שהרגו בעד אחד או בלא התראה וכיוצא בהן אם הרגן גה"ד אין להם דמים לא יהיו אלו חמורים מההורג בלא כוונה עכ"ל ומ"ש בעד אחד כוונתו שעכ"פ נתברר לב"ד שהרגו דאל"כ א"א לומר שיפטר גה"ד כשהרגו ע"פ העדאת עד אחד וכן הוא דעת הראב"ד ז"ל [ועבכ"מ] ונ"ל דגם אם לא היו עדים כלל אלא שהרוצח הודה מעצמו שהרג לזה אף שאינו נדון בב"ד ע"פ הודאתו שאין אדם משים עצמו רשע ומודה בקנס פטור מ"מ אם גה"ד הרגו ע"פ הודאתו אינו נהרג עליו כמו בע"פ עד אחד [ערש"י מכות י׳ ד"ה מ"מ ובתוס׳ שם ודו"ק] :

מה הזורק אבן לרה"ר והרג אדם או הסותר כותלו לרה"ר ונפלה אבן והמיתה בין שסתרו ביום בין שסתרו בלילה ה"ז קרוב למזיד שהרי כמה אנשים הולכים ברה"ר גם בלילה ואינו גולה שזהו פשיעה שהיה לו לעיין ואם סתרו לאשפה בלילה אם רבים מצוים באשפה ה"ז קרוב למזיד ואם הרבים אין מצוים בה בכלל ה"ז קרוב לאונס ופטור מגלות ואם האשפה היתה עשויה להפנות בה בלילה ולא ביום ובמקרה קרה שישב אדם שם ביום ונפלה עליו אבן בשעת סתירה ומת ה"ז גולה דזהו שוגג גמור ואם אחר שנעקרה הכותל ממקומו בא זה וישב ונפלה עליו ומת ה"ז פטור מן הגלות דזהו כממציא א"ע ובעל הכותל לא עשה כלום וכן הזורק את האבן ואחר שיצאת מידו הוציא הלה את ראשו וקבלה פטור מגלות שנאמר ומצא את רעהו פרט לממציא א"ע ואפילו הנהרג לא ידע מהאבן מ"מ בעל האבן לא עשה כלום :

מו ואלו הן הקרובין למזיד כגון שונא שהרג אע"פ שבשוגג הרגו אינו גולה שנאמר והוא לא אויב לו מכלל דאויב אינו שוגג ברור וחזקתו שהוא קרוב למזיד ואיזהו שונא כל שלא דיבר עמו ג׳ ימים מחמת איבה דנשרשה השנאה בלבו וחשדינן ליה אע"פ שנראה לעינים ששוגג גמור הוא וכן אם נכנס לקרן זוית והמיתו שם בשגגה שזה הלך בסכין ממבוי זה ורצה ליכנס למבוי אחר לימין או לשמאל וזה בא כנגדו מן הצד בקרן זוית ולא ראהו והרגו והוא קרוב למזיד דהיה לו להעלות על הדעת שיבא איש מן הצד וכן אם דחפו בגופו וכן אם נתכוין לזרוק שתים והנהרג עמד לסוף ארבע ונתהוה סיבה שהלך האבן ארבע אמות והרגו דעכ"פ אינו שוגג גמור דמי הכריחו לזרוק שתים והיה לו לחוש שילך יותר או שהיה סבור בדעתו המשובשת שמותר להרגו ואומר מותר הוי קרוב למזיד או נתכוין להרוג את זה והרג את זה לדעת הרמב"ם שבסעיף כ"ט שפטור ממיתה ופשיטא שאינו שוגג ואפילו נתכוין להרוג בהמה והרג אדם הרי כל אלו קרובין למזיד ואין המקלט קולטתן :

מז כתיב ואשר יבא את רעהו ביער ודרשינן מה יער שיש רשות לניזק ולמזיק ליכנס לשם לאפוקי במקום שלא היה רשות להנהרג ליכנס והמזיק לא ראהו שנכנס פטור מגלות דאונס גמור הוא לפיכך הנכנס לחצר בעה"ב שלא ברשות והבעה"ב לא ראהו והרגו בשוגג פטור מגלות וכן הנכנס לחנותו של נגר שלא ברשות ונתזה בקעת וטפחה לו על פניו ומת פטור מגלות ואם נכנס ברשות ה"ז גולה אף שלא ידע רגע זו מביאתו דה"ל למיחש ומ"מ אין זה פשיעה כזורק לרה"ר ועמ"ש בסי׳ תכ"א סעיף י"א :

מח קבלו רבותינו ז"ל מדכתיב בחיוב גלות ויפל עליו וימות שאינו חייב גלות אא"כ הרגו דרך ירידתו כגון ששילשל חבית יין מלמעלה למטה ונשמטה החבית ונפלה על האדם והרגתו אבל אם הרגו דרך עלייתו כגון שהיה דולה חבית מן הבור להעלותה ונפסק החבל ונפלה והרגה ה"ז פטור מגלות והרמב"ם ז"ל הסביר הטעם מפני שדרך נפילה מצוי ברוב עתים להזיק שהרי טבע כל כובד לירד למטה במהירות והואיל שלא זירז עצמו לתקן מעשיו בשעת ירידה יגלה אבל דרך עלייתו הוי כמו אונס שאין זה דבר הקרוב להיות ברוב העתים וכמו פלא הוא לפיכך אם היה מעגל במעגילה על הגג לטוח בטיט והטיט הוא משופע קצת ונוטלין עץ כבד שנקראת מעגילה ומגלגלין אותה על הגג אילך ואילך כדי להשוות הטיח ועגל בהמעגילה מלמעלה לצד השיפוע למטה ונפלה על האדם והרגתו חייב גלות ואפילו משלשל חבית יין מלמעלה למטה דוודאי זהיר בו שלא תשפך יינו מ"מ אם נפלה על האדם גולה ולא נחשבנו כאנוס ואפילו כשהיה יורד בסולם ונפל מן הסולם והרגו דפשיטא שהוא זהיר שלא יפול בעצמו מ"מ לא נחשבנו כאנוס וגולה [תוס׳ רפ"ב דמכות] אבל אם היה מושך את המעגילה ממטה למעלה ונשמטה המעגילה ונפלה על האדם והרגתו או שהיה דולה בחבית ונפסק החבל ונפלה עליו והרגתו או שהיה עולה בסולם ונפל עליו והרגו ה"ז פטור מגלות וכן כל כיוצא בזה :

מט ירידה שהיא צורך עלייה כגון שעלה בסולם ונשמטה השליבה מתחתיו דלגבי עצמו היא עלייה ולגבי השליבה היא ירידה ואע"פ דהעיקר הוא לצורך עצמו ומקרי ירידת השליבה צורך עלייתו מ"מ חייב גלות לפי שהדבר שהרגתו שהיא השליבה הרגו דרך ירידתו לפיכך קצב שהיה מקצב בשר בקופיץ וכך הוא דרכו שמשפיל הקופיץ מלפניו כדי להרימה בכח מלפניו ומשפיל אותה לאחוריו ומגביהה מלאחריו ואח"כ משפילה לפניו כדי שע"י זה קוצב בכח וכן הוא דרך בבקיעת עצים כל שהרגה דרך השפלתה בין מלפניה בין מלאחריה חייב ואע"ג דהשפלתה לאחוריו הוי צורך עלייה כדי שיגביהנה מלאחוריו וכן השפלתו הראשונה שלפניו הוי צורך עלייה שיגביהנה מ"מ חייב גלות כיון שעכ"פ הרג דרך ירידה וזהו לשיטת רש"י ז"ל במכות ז׳ וכן משמע שם בסוגיא :

אבל

נ אבל הרמב"ם ז"ל יש לו שיטה אחרת בזה דירידה שצורך עלייה פטור וז"ל בפ"ו מרוצח קצב שהיה מקצב והגביה ידו בקופיץ לאחוריו והחזירו לשבר העצם כדרך שעושין הקצבים כל שימות בהולכה שהיה ההגבהה מלפניו וירידה מאחריו אינו גולה עליו וכל שימית בחזרה שהיא עלייה מאחריו וירידה מלפניו גולה זה הכלל כל שבדרך ירידתו גולה שלא בדרך ירידתו אינו גולה ואפילו בירידה שהיא צורך עליה אינו גולה כיצד היה עולה בסולם ונשמטה שליבה מתחת רגליו ונפלה והמיתה פטור מן הגלות עכ"ל ולכן בהולכת הקצב פטור אף בירידה שאחרי ומפני שהיא צורך עלית החזרה מאחוריו ובעליה מאחריו חייב מפני שהיא צורך ירידה שלפניו דכשם שבירידה שלצורך עליה פטור כמו כן להיפך עליה שהיא צורך ירידה חייב ולמה אינו חייב בהולכת הגבהה שלפניו דהרי היא צורך ירידה שלאחריו מפני שהעיקר הוא החזרה העליה שלאחריו ולא תלינן לה בגמר הירידה שבחזרה וליהוי כולהו צורך ירידה מפני שאין אנו תולין אלא בהסמוך לה ובזה א"ש כל מה שהקשו עליו [ול"ל דגרס בגמ' כל שבדרך ירידתו לאתויי מאי ולטעמיך כל שלא בדרך ירידתו לאתויי מאי וכו' דלגירסת רש"י למה תלה הריבוי בסיפא ולא ברישא וגריס כאן בעלייה מלפניו וירידה מאחריו כאן בעלייה מאחריו וירידה מלפניו וה"ם כולהו ברייתות ודו"ק] :

נא המתכוין לזרוק בצד זה והלכה לה לצד אחר פטור ואינו דומה לנתכוין לזרוק שתים וזרק ארבע דהוי ברוח אחת אבל שהלך לצד אחר הוי כאונס גמור וכן אם היתה לו אבן מונחת בחיקו ולא הכיר בה מעולם ועמד ונפלה מחיקו והזיקה פטור דאונס גמור הוא שנאמר בשגגה מכלל שהיתה לו ידיעה מקודם אלא ששכח כגון שהיתה אבן בחיקו והכיר בה ושכחה ועמד ונפלה והמיתה דחייב גלות וכן הסומא שהרג בשגגה ה"ז פטור מגלות דסומא דמי לאונס וכתיב בלא ראות פרט לסומא [כר"י במסכת מכות ט':] :

נב היה חוטב עצים בקרדום ונשמט הברזל מן העץ דהיינו מקתו והוא יד הקרדום והרג חייב גלות ובזה נאמר ונשל הברזל מן העץ אבל אם לא נשמטה מן הקתא אלא שנתחכה בהעץ המתבקע ונשמט הברזל מן העץ המתבקע אינו גולה מפני שאין זה בא מכחו אלא מכח כחו ואע"ג דלענין נזקין כח כחו ככחו דמי כמ"ש בסי' ש"צ מ"מ במיתה וגלות יש חילוק מפני שזהו כמו אונס ומפני מה נקרא זה כח כחו מפני שהעץ המתבקע הוי כח ראשון וכשנשל הברזל ממנה הוי כח שני וי"א דאם יצא קיסם מן העץ המתבקע וניתז למרחוק והרג דפטיר [רש"י שם ז':] דזה מקרי כח כחו דהקרדום הוא כח ראשון והעץ המתבקע הוי כח שני וכן הזורק אבן לעץ תמר להפיל תמרים ונפקו מן התמרים על תינוק והרגוהו פטור מפני שנפלו מכח כחו דהתמרים כח שני והאבן כח ראשון וכ"ש אם היו התמרים כח שלישי כגון שהאבן הכה בעץ והעץ הכה להתמרים וכן כל כיוצא בזה משארי הסיבות מפני שדומה לאונס :

נג כתיב הוא ינוס אל אחת הערים האלה וחי וצריכים לראות שיהיה לו חיות מפני שאינו במקום מגורו ואמרו חז"ל דאמותיהם של הכה"ג היו מספיקין להם מים ומזון כדי שלא יתפללו על בניהם שימותו מפני שתלתה התורה ישיבתם במקלט במיתתם של הכה"ג ודאי יתפללו שימותו ואע"ג דקללת חנם אינה כלום כדכתיב [משלי כ"ו] כצפור לנוד כדרור לעוף כן קללת חנם לא תבא מ"מ חשו לזה מפני שתלוי קצת חטא בכה"ג שהיה לו להתפלל ולבקש רחמים שלא יארעו תקלות כאלו כיון שהוא גדול הדור ולפיכך תלתה התורה ישיבת הרוצח בחיין של הכה"ג כדי שיבימו עליו כעל גרם נזק [שם י"א:] ולא עוד אלא אפילו תלמיד שגלה מגלין רבו עמו כיון שנאמר וחי וחייו של בעל חכמה בלא תורה כמיתה חשובה וכן הרב שגלה מגלין ישיבתו עמו ועבד שגלה לעיר מקלט כיון דקיי"ל ביו"ד סי' רס"ז שיכול הרב לומר לעבד עשה עמי ואיני זנך ולכן אפילו בעיר מקלטו יכול לומר לו כן ואע"ג די"א דבשני רעבון אינו יכול לומר כן מ"מ ערי מקלט אינן דומים לשני רעבון דהרי אמותיהן של הכה"ג מפרנסין אותם ואשה שגלתה לעיר מקלט בעלה חייב לזונה ואפילו רוצה ליתן לה מעשה ידיה לעצמה מ"מ אם אינו מספיק לה מעשה ידיה מחוייב ליתן לה מזונות כמ"ש באה"ע סי' ס"ט :

נד כתיב לשבת בארץ עד מות הכהן והאי בארץ מיותר ודרשינן דאף אם מת שם נקבר שם ובעת שימות הכה"ג מוליכין עצמית הרוצח לקברי אבותיו ולא עוד אלא אפילו רוצח שנגמר דינו בעירו להגלותו ומת קודם שגלה מוליכין עצמותיו לשם ואע"פ שהלוים הדרים בערי מקלט כשימות אחד מהם אינו נקבר בעיר ולא בתוך תחומה של עיר שנאמר ומגרשיהם יהיו לבהמתם ולרכושם ולכל חיתם דלחיים נתנום ולא לקבורה מ"מ את הרוצח מקברין בהעיר ודרשינן אשר ינום שמה שם תהא דירתו שם תהא מיתתו שם תהא קבורתו [שם י"ב:] :

נה רוצח שהרג בשגגה בעיר מקלטו גולה בה משכונה לשכונה לקיים בו מצות גלות אבל אינו יוצא מהעיר אבל בן לוי שהרג בעירו גולה לעיר אחרת מערי הלוים לפי שכולן קולטות כמו שיתבאר וכתב הרמב"ם ז"ל בפ"ז דאם הרג חוץ מערי הלוים וברח לעירו ה"ז קולטו עכ"ל דדוקא כשהרג בעיר נגלה לעיר אחרת אבל לא כשהרג חוץ לעיר ודרשינן כי בעיר מקלטו ישב עיר שקלטתו כבר ויש מרבותינו שאין מחלקים בזה אלא דלכתחלה מגלים אותו לעיר אחרת אמנם אם הוגלה לעירו עירו קולטו ונ"מ דכשהוגלה לעיר אחרת יהיה רשאי לילך בכל העיר ובתחומה וכשיגלה

וכשיגלה לעירו אסור לו לצאת משכונתו וזהו גלותו כיושב בבית האסירים [תוס' סס י"ב:] :

נו ביהושע [כ'] כתיב דין ערי מקלט וכתיב ונס אל אחת מן הערים האלה ועמד פתח שער העיר ודבר באזני זקני העיר ההיא את דבריו ואספו אותו וגו' כלומר שידבר להם דברים המתישבים על הלב שאינו רוצח בזדון ושירחמו עליו ולכן דרשו רז"ל דעיר מקלט שרובה רצחנים אינה קולטת שנאמר ודבר וגו' את דבריו ולא ששוה דבריהם לדבריו כלומר כשהם בעצמם רוצחים אין לו לדבר התנצלות על רציחתו וכן עיר שאין בה זקנים אינה קולטת שנאמר זקני העיר ויש ליתן טעם בזה דמפני שצריכין להשגיח עליהם בעין חמלה ולבלי יפגעו בו גואלי הדם והזקנים מסוגלים לזה שדבריהם נשמעין ולכן לא דרשינן זקן שקנה חכמה מפני שהדבר תלוי בזקנים שיש להם נשיאות פנים ויודעים איך להתנהג ורוצח שגלה לעיר מקלטו ורצו אנשי העיר לכבדו יאמר להם רוצח אני כלומר איני ראוי לכבוד ואף שהוא שוגג מ"מ הלא מגלגלין חוב ע"י חייב ואם אמרו לו אעפ"כ אנו רוצים לכבדך יקבל מהם הכבוד וא"צ לסרב שנאמר וזה דבר הרוצח דדי כשמדבר דבריו :

נז הגולה אינו יוצא מעיר מקלטו לעולם עד מיתת הכה"ג ואפילו לדבר מצוה או לעדות בין עדות ממון בין עדות נפשות ואפילו להציל נפש בעדותו או להציל מיד אנס או מן הנהר ומן הדליקה ומן המפולת ואפילו כל ישראל צריכין לתשועתו כיואב בן צרויה אינו יוצא משם עד מות הכה"ג ואם יצא התיר עצמו למיתה [רמב"ם] ואף שאין לך דבר שעומד בפני פקוח נפש אמנם י"ל כיון דאם יצא הותרה דמו א"א לומר לו שיתיר דמו בשביל אחרים ועוד כיון שנתגלגלה על ידו הריגת נפש רחוק הוא שיתגלגל זכות על ידו [נ"ל] ויש להסתפק אם רצונו לצאת למצות פקוח נפש אם מוחין בידו אם לאו דמצד הסברא היה נראה שאין מוחין בידו וזה ששנינו במכות [י"א:] שאין יוצא משם היינו שאין כופין אותו לצאת וכן משמע קצת מירושלמי שם וצ"ע לדינא :

נח זה שהתורה תלתה ישיבתו במיתת הכה"ג אין חילוק בין כה"ג שנמשח בשמן המשחה שעשה משה רבינו ובין כה"ג שרק נתרבה בבגדיו לשמש בשמונה בגדים והיינו מזמן שנגנז השמן המשחה וכן אין חילוק בין כה"ג העובד לבין כה"ג שעבר מכהונתו ואחד מכל אלו שמת חוזר הרוצח למקימו אבל משוח מלחמה אינו מחזיר את הרוצח דלענין זה אינו נחשב ככה"ג וזה שכתבנו שאחד מאלו מחזיר את הרוצח כן פסק הרמב"ם ואע"ג דבגמ' שם איבעיא להו אם במיתת כולן דוקא חוזר או במיתת אחד מהם והגמ' רצתה לפשוט דדוקא במיתת כולן ודחי לה הש"ס ע"ש ס"ל להרמב"ם דדיחוי גמור הוא משום דכן משמע פשטא דמשנה שם ובריתא דיומא [ע"ג:] וכן משמע מדברי רבותינו בעלי התוס' [סנה' י"ח:] ולכן כתב דרוצח שנגמר דינו לגלות ולא היה שם כה"ג וההורג כה"ג ולא היה שם כה"ג אחר וכה"ג שהרג ולא היה שם כה"ג אחר הרי אלו גולין ואין יוצאין לעולם עכ"ל מפני שאין להם במי לצאת ודוקא כשלא היה אז כה"ג אחר אבל כשהיה אחר היה יוצא במיתתו של זה ואם נגמר דינו לגלות ואח"כ מת הכה"ג קודם שהגלוהו ה"ז פטור מן הגלות דכיון שחיה בשעת גמר הדין ומת אח"כ כיפרה לו מיתתו [גמ'] ואם עד שלא נגמר דינו מת ומינו אחר תחתיו ואח"כ נגמר דינו ה"ז חוזר במיתתו של שני שנגמר דינו בפניו ואם נגמר דינו ונמצא שהכה"ג הוא בן גרושה או בן חלוצה בטלה כהונה וכאלו נגמר דינו בלא כה"ג דאגלאי מילתא שלא היה כהן כלל ולכן אינו יוצא משם לעולם אבל אם נתהוה בו מום בהכהן הגדול אחר גמר הדין נ"ל דדינו כמת ואינו גולה דהא בשעת גמר הדין היה כהן כשר :

נט רוצח ששב לעירו אחרי מות הכה"ג הרי הוא כשאר כל אדם ואם הרגו גואל הדם נהרג עליו לפי שכבר נתכפר לו בגלותו ובמיתתו של הכה"ג ומ"מ אינו חוזר לשררה שהיה בה קודם שהוגלה עד עולם דהואיל שבא על ידו תקלה גדולה משפיכת דמים אינו ראוי לשום התמנות וכתב הרמב"ם ז"ל אע"פ שהחובל באביו ואמו חייב מיתת ב"ד כשעשה בזדון כמו ההורג שאר אדם מ"מ אם חבל בהם בשוגג אינו חייב גלות דמדכתיב רוצח הוא ש"מ שלא חייבה התורה רק על רציחה ולא על חבלה :

ס כתב הרמב"ם ז"ל בפ"ח מ"ע להפריש ערי מקלט שנאמר שלש ערים תבדיל לך ואין ערי מקלט נוהגות אלא בא"י ובזמן המקדש וששה ערים היו שלש הבדיל משה רבינו בעבר הירדן ושלש הבדיל יהושע בארץ כנען ואין אחת מערי מקלט קולטת עד שהובדלו כולן שנאמר שש ערי מקלט תהיינה לכם עד שיהיו כל הששה דאל"כ מיתר האי קרא לגמרי וא"כ למה הבדיל משה אחרי שלא קלטו בחייו אלא אמר מצוה שבאה לידי לא אחמיצנה ולעתיד לבא יוסיפו עוד ג' אחרות ברצות ה' וזהו שנאמר בפ' שופטים כי ירחיב ה' אלהיך את גבולך וגו' ויספת לך עוד שלש ערים על השלש האלה והיכן יוסיפו אותם בערי הקיני והקנזי והקדמוני שנכרתה לאברהם אבינו ברית עליהן ועדיין לא נכבשו וזהו שנאמר ואם ירחיב ה' אלהיך את גבולך וחייבין ב"ד לכוון הדרכים לערי מקלט לתקנם ולהרחיבן ומסירין מהם כל מכשול וכל תקלה ואין מניחין בדרך לא תל ולא גיא ולא נהר אלא עושין עליו גשר כדי שלא לעכב את הבורח לשם שנאמר תכין לך הדרך ורוחב דרך ערי מקלט אין פחות מל"ב אמות דדרך רה"ר ט"ז אמה ומדכתיב הדרך ולא דרך לרבות כפל כדי שילך ברווח ומקלט מקלט היה כתוב על פרשת דרכים כדי שיכירו הרצחנים ויפנו לשם

ובמ"ו

יבט"ו באדר בכל שנה ב"ד שולחים שלוחים לתקן הדרכים מפני שהיא אחר ימי הגשמים שהדרכים מתקלקלים וב"ד שנתרשל בזה מעלה עליהם הכתוב כאלו שפכו דמים וכן מודדין בין כל עיר ועיר מערי מקלט בתחלת הפרשתן עד שיהו משולשות בשוה שנאמר תכין לך הדרך ושלשת את גבול ארצך ושלשה שבא"י היו מכוונין נגד שלשה שבעבר הירדן כמו שתי שורות שבכרם חברון ביהודה כנגד בצר במדבר שכם בהר אפרים כנגד רמות בגלעד קדש בהר נפתלי כנגד גולן בבשן [גמ'] ובכל פרשת הדרכים היתה כמין יד שמראה להם הדרך [ירושלמי] :

סא ערי מקלט אין עושין אותן עיירות גדולות ולא כרכים גדולים ולא קטנים אלא עיירות בינונית ולא יהיו מוקפות חומה [ערכין ל"ג:] ואם מושב העיר היתה קודם ואח"כ הקיפוה משמע שם דשרי ואפשר דלא התירו זה אלא בערי הלוים אף שדינם כערי מקלט כמו שיתבאר והרמב"ם לא כתב כלל דין זה אמנם נראה שכלל דין זה בלשון כרך דכרך הוא מוקף חומה ואין מושיבין אותם אלא במקום אוכלוסין נתמעטו אוכלוסיהן מוסיפין עליהן ואוכלוסין נקרא שיהיה כפרים וישוב סמוכה להן [רש"י] נתמעטו דיוריהן מכניסין לתוכה כהנים לוים וישראלים ואין מושיבין אותן אלא במקום שווקין ובמקום המים ואם אין שם מים ממשיכין לתוכה מים ואין פורשין בתוכה מצודות ואין מפשילין בתוכה חבלים והטעם בכל דינים אלו כדי שכל הצטרכות האדם יהיה מצוי שם כדי שלא יצטרך הגולה לצאת ממנה וכן להיפך שלא תהיה רבת עם ומקום המסחר כדי שרגלי גואלי הדם לא יהיה מצוי שם :

סב כל ערי הלוים ארבעים ושתים עיר שנתנו להם קולטות את הרוצח וכל אחד מהן עיר מקלט הוא שנאמר ועליהם תתנו מ"ב עיר כל הערים אשר תתנו ללוים מ"ח עיר הקישן הכתוב כולן זל"ז לקליטה ומה הפרש יש בין ערי המקלט הששה שהובדלו למקלט ובין שאר ערי הלוים דבע"כ יש הפרש ביניהם דאל"כ למה פרטן התורה ביחוד אלא שערי המקלט קולטות בין לדעת בין שלא לדעת כיון שנכנס בהן ה"ז נקלט ושארי ערי הלוים אין קולטות אלא לדעת ורוצח הדר בערי מקלט אינו נותן שכר דירתו ובשארי ערי הלוים נותן שכר לבעה"ב [רמב"ם] ונ"ל דגם הדינים שבסעיף ס"א אין נוהגין ג"כ בערי הלוים לבד שיהיו בינוניות וגם מקלט אין כתוב עליהן וגם דרך של ל"ב אמות א"צ בהם והש"ס לא חשבה ההפרש רק בעיקר הקליטה והישיבה וכן משמע בתוספתא דמכות פ"ב :

סג כל עיר הקולטת תחומה קולטת כמוה וכתב הרמב"ם ז"ל אילן שעומד בתוך תחום ערי מקלט ונופו נוטה חוץ לתחום משיגיע תחת הנוף נקלט היה עומד חוץ לתחום ונופו נוטה לתוך התחום משיגיע לעיקרו נקלט וההורגו שם נהרג עליו ואע"פ שהתחום קולט אין הרוצח דר בו שנאמר וישב בה ולא בתחומה עכ"ל ואע"ג דבכל התורה קיי"ל דשדי נופו בתר עיקרו מ"מ לענין הריגת נפש פסק לחומרא דגם שדי עיקרו בתר נופו וכי היכי דבנופו אינו יכול להרגו כמו כן בעיקרו [וטעמו כיון דר"א מוקי שם י"ב: לשני הסתמות כר"י פסק כוותיה ול"מ קושית הכ"מ] :

סד כתיב כי ימצא חלל באדמה אשר ה' אלהיך נותן לך לרשתה נופל בשדה לא נודע מי הכהו ויצאו זקניך ושופטיך ומדדו אל הערים אשר סביבות החלל והיה העיר הקרובה אל החלל ולקחו זקני העיר ההיא עגלת בקר אשר לא עובד בה אשר לא משכה בעול והורידו זקני העיר ההיא את העגלה אל נחל איתן אשר לא יעבד בו ולא יזרע וערפו שם את העגלה בנחל ודרשו רז"ל בסוטה [מ"ד:] מדכתיב זקניך ולא זקנים סתם כבסיפא דענינא ש"מ דעל מיוחדין שבשופטים הכתוב מדבר והם מסנהדרי גדולה וזקניך שנים ושופטיך שנים ואין ב"ד שקול מוסיפין עליהן עוד אחד הרי כאן חמשה וז"ל הרמב"ם בפ"ט הרוג שנמצא נופל לארץ ולא נודע מי הכהו מניחין אותו במקומו ויוצאין חמשה זקנים מב"ד הגדול שבירושלים ומודדין ממנו אל הערים שסביבות החלל ואפילו נמצא בצד עיר [illegible] שהדבר ידוע בוודאי שהיא הקרובה מצוה למדוד עכ"ל דאל"כ למה לה להתורה לכתוב שימדדו והרי כתיב העיר הקרובה וממילא ידעינן דאם אין להכיר קורבתה במראית העין נמדוד אלא ודאי דמצוה לעסוק במדידה בכל ענין כדי לעשות פומבי לדבר הזה ואולי עי"ז יתוודע מי שהרגו [ופסק כר"י ולא כת"ק משום דבריש סנה' סת"ק הוא ר"ש ור"י ור"ש הלכה כר"י כמ"ש הכ"מ ועוד דטעמא דת"ק מפרש שם דלא דריש וי"ו ובסוטה ו': יומא מ"ה: סנה' כ"א: ועוד כ"מ דדרשינן ויו ועוד דבירושלמי פ"ט דסוטה א"ר נראין דר"י בעריפה] :

סה אחר שמודדין ונודעה העיר הקרובה קוברין את הנהרג במקומו וחוזרין זקני ירושלים למקומן וב"ד של אותה העיר הקרובה מביאין עגלת בקר משל אנשי אותה העיר ומורידין אותה אל נחל איתן ואמרו חז"ל [שם מ"ה:] דאע"פ שאינו איתן כשר דאינה אלא למצוה והרמב"ם כתב ומורידין אותה אל נחל השוטף בחזקה וזהו איתן האמורה בתורה עכ"ל ובפי' המשניות ביאר דאיתן הוא גדול כמו גוי איתן הוא וגם ביאורו חזק כמו איתן מושבך ואם היה חזק ההמשכה אפילו אם לא היה גדול השיעור כשר ע"ש ומפרש דמה שאמרו אע"פ שאינו איתן כשר ר"ל אע"פ שאינו גדול אך כשהוא חזק מקרי ג"כ איתן ומתקיים קרא כדכתיב אבל לא שאיתן אינו מעכב [ע"ש בכ"מ] אבל רש"י ז"ל בפי' החומש פי' איתן קשה שלא נעבד ומפרש נחל איתן עמק קשה ואפשר דגם הרמב"ם מפרש נחל עמק אלא שיהא עמק קשה כשהמים שוטפים בו בימות הגשמים שוטפים בחזקה [בנדה ח': מפורש כרש"י ובפסחים כ"ג: י"ל

י"ל כהרמב"ם ועי' מהרי"ק שורש קנ"ח] [ובפסחים מפ"רש שצריך שיגדלו בו קנים ע"ש] :

סו ועורפין שם את העגלה בקופיץ מאחריה וב"ד של אותה העיר עם כל זקניה אפילו הם מאה רוחצים את ידיהם שם במקום עריפתה כדכתיב וכל זקני העיר ההיא ירחצו את ידיהם וגו' ואומרים שם בתוך הנחל ידינו לא שפכו את הדם הזה ועינינו לא ראו ואין הפי' שהזקנים מתוודים שלא הרגוהו דאיזהו רבותא היא אלא מתוודים שלא היו גרמא לזה כלומר שלא בא לידינו הנהרג הזה ופטרנוהו בלא מזונות ולא ראינוהו ופטרנוהו בלא לויה והכהנים אומרים כפר לעמך ישראל וגומרין הפסוק והולכין להם והקב"ה מכפר להם כשעושין בסדר הזה שנאמר ונכפר להם הדם והזקנים והכהנים צריכים לומר זה דוקא בלה"ק :

סז כשמודדין מן החלל להעדים מדקדקים בהמדה ומודדין בדיוק גם בהרים ועמקים ומדרונות ואע"פ שבמדידת תחומין מקדרין בהרים שאין מודדין השיפוע כמ"ש בא"ח סי' שצ"ט מ"מ בעגלה ערופה שהיא של תורה אין מקדרין כלל וכן כשמודדין התחומין של ערי מקלט לענין קליטה כמ"ש בסעיף ס"ג אין מקדרין [עירובין נ"ח:] ואין מודדין אלא לעיר שיש בה ב"ד של כ"ג שהם סנהדרי קטנה ואין מודדין לירושלים שירושלים אינה מביאה עגלה ערופה לפי שלא נתחלקה לשבטים ובעגלה ערופה נאמר אשר ה' אלהיך נותן לך לרשתה ולכן אם נמצא ההרוג קרוב לירושלים או לעיר שאין בה ב"ד מניחין אותה ומודדין אל שאר העיירות הסמוכות שיש בהם ב"ד דבעינן זקני העיר וליכא ואין לתמוה כיון דנראה שההרוג הוא מעיר הסמוכה איזו שייכות הוא להעיר אחרת שיש בה ב"ד די"ל דבאמת עיקר החטא הוא על הב"ד שלא השגיחו ולכן החטא הוא על העיר שיש בה ב"ד היותר קרובה לזה המקום שהיה להם להשגיח גם על העיר ההיא כיון שאין בה ב"ד שישגיחו עליהם [עתוס' ב"ב כ"ג: ד"ה בדליכא] ומסמוך לירושלים לא קשה דהא משם יוצאים תמיד מב"ד הגדול כמ"ש ועוד דירושלים הרים סביב לה ורחוק שיהא ההרוג מירושלים ואם נמצא ההרוג סמוך לגבול ח"ל או לעיר של עובדי כוכבים אין מודדין כל עיקר שבחזקה שהם הרגוהו והוי כנודע מי הכהו :

סח קיי"ל דרוב וקרוב הלך אחר הרוב דרובא עדיף אף מקורבא דמוכח [תוס' שם] ואע"ג דשניהם מן התורה ולכן כתב הרמב"ם דאין העיר הקרובה מביאה אלא בזמן שמנין הרוב שבה כמו מנין העיר הרחוקה ממנה אבל אם בהרחוקה מרובין על הקרובה הולכין אחר הרוב והמרובין מביאין העגלה אע"פ שהולכין אחר הרוב מן התורה והולכין אחר הקרוב הרוב עדיף עכ"ל ודע דבש"ס שם משמע דעיר שאינה יושבת בין ההרים אינה מביאה לעולם עגלה ערופה משום דאזלינן בתר רובא דעלמא והרמב"ם ז"ל השמיט זה [ונ"ל שמפרש דעמוס כיושבת בין ההרים מפני שהעיירות שסביבותיה מפסיקות בהרים או שנגרים כיושבת בין ההרים ועמ"ש בכ"מ ודו"ק] :

סט בגמ' שם במכות [י':] משמע דאם בכל הערים שסביבות החלל אין ב"ד יש פלוגתא דחד אמר שאין מביאין כלל וחד אמר דמביאין דהב"ד אינו לעיכובא אא"כ נמצאת עיר אחת מסביבותיה שיש שם ב"ד [תוס'] ונראה לדינא דאין מביאין דבעינן קרא כדכתיב כמו בעיר מקלט כשאין בה זקנים כמ"ש בסעיף נ"ו [מל"מ] והרמב"ם ז"ל לא הזכיר כלל מזה ונ"ל שמפרש דפליגי אי בעינן קרא כדכתיב אם לאו ומ"ד מביאין ס"ל דלא בעינן כלל קרא כדכתיב ומשנה דסוטה ס"ל דבעינן קרא כדכתיב ממש דפלוגתא דתנאי היא בכ"מ [נזיר מ"ו: נגעים פי"ד] וקיי"ל כן ולכן בהכרח לחפש אחר עיר שיש בה ב"ד באיזה מקום שהוא וכבר כתב דין זה כמ"ש בסעיף ס"ז :

ע נמצא הנהרג מכוון בין שתי עיירות שוות במנין אם באמת שוות הם שניהם פטורים דכתיב קרובה ולא קרובות אמנם א"א לצמצם כלל שיהו שניהם שוים ממש דאפילו במדה שהאדם מודד א"א לצמצם לגמרי דהצמצום האמיתי בכל מדה ומשקל אין ביכולת האדם זולת ה' לבדו [בכורות י"ז:] וכ"ש דבר שנפל מעצמו כמו ההרוג הזה א"א שיהא המדה שוה ממש לזו ולזו אלא שאין ביכולת לידע זה לפיכך שתי הערים מביאים עגלה אחת בשותפות ומתנים ואומרים אם זו היא הקרובה הרי היא שלהן ואלו נותנים להם חלקם במתנה וכן להיפך ולא תקשה לך כיון שא"א לצמצם במדה היאך אנו יוצאים בתפלין שצריכין להיות מרובעים וכן איך עשו במדות המזבח דבאמת אמרו חז"ל שם דהתורה אמרה עשה מה שביכלתך ותצא ידי חובתך ואין להקשות דא"כ נמדוד גם כאן כפי יכלתנו אמנם בזה ידעינן ברור שא"א להיות שוות כיון שההרוג מעצמו נפל [כ"ל] :

עא מאיזה אבר של החלל מודדין מחוטמו דעיקר החיות הוא בהחוטם דהרי אם יסתמו נחיריו של אדם על זמן מרובה לא יחיה כדכתיב כל אשר נשמת רוח חיים באפיו ואם נמצא קטוע ראש וגופו במקום אחד וראשו במקום אחר מוליכין הגוף אצל הראש וקוברין אותו במקומו וכן כל מת מצוה מוליכין גופו אצל ראשו ונקבר במקומו דאמרינן דהראש נפל במקומו והגוף רק מעט בלא הראש מחמימותיה ואם נמצאו מתים רבים זה בצד זה מודדין מחוטמו של כל אחד מהם ואם לזה תהיה עיר אחת קרובה ולהשני השניה ולהשלישי השלישית תביא כל אחת מהן עגלה ערופה ואם עיר אחת היא הקרובה לכל המתים לא תביא רק עגלה אחת על כולם כ"כ הרמב"ם ז"ל וזה שנאמר כי ימצא חלל לשון יחיד אורחא דמילתא הוא שאין דרך למצוא שני חללים כאחד ומה שיתבאר בסעיף ע"ט דאין מביאין

מביאין שתי עגלות כאחת דמשמע דעיר אחת מביאה שתי עגלות משכחת לה כגון שנמצא חלל היום וקברוהו ולא הספיקו להביא עגלה ערופה עד שנמצא השני ואפשר דמשכחת לה שמצאום כאחד רק שאחד היה סמוך לעיר שאין בה ב"ד והב"ד הסמוך היא העיר הראשונה דכיון דמשני מקומות הן אף שב"ד אחד מביא מביאין שתים [נ"ל]:

עב כתיב כי ימצא חלל ודרשינן ולא חינוק דחלל משמע בכלי ברזל כמו חללי חרב ודרשינן ולא מפרפר דעדיין אינו חלל לגמרי ואם פירכס כאן ומצאוהו אח"כ שמת במקום אחר מודדין ממקום שמצאוהו מת ואם העתיקו אותו ממקומו לאחר מותו מודדין ממקום שמת ובאדמה דרשינן שיהא מונח בארץ ולא טמון בגל נופל ולא תלוי באילן בשדה ולא צף על פני המים דבכל אלו גזירת התורה שאין מביאין עגלה ערופה ובש"ס דסוטה [מ"ה:] איבעיא להו כשנמצאו שני מתים זה על זה אם מין במינו הוי טמון ולא נקרא צף ומעליון מודד או דמקרי צף ומתחתון מודד או דהוה טמון וצף וא"צ להביא כלל ויש להסתפק עוד אי לא הוה לא טמון ולא צף ומודדין לכל אחד מחוטמו ובירושלמי פסק דהוי טמון וצף ובש"ס שלנו משמע דנשאר בספק אבל הרמב"ם ז"ל כתב דאם נמצאו זה על זה מודדין מן העליון כמות שהן מונחין עכ"ל ותמהו עליו מאין לו לפסוק דהוי טמון ולא צף [וצ"ל דלא ס"ל כרש"י שם בד"ה הניתוס דעל צף לא פשיטא ליה מעליון דטעמו מפני שהחזיק בו עכ"ל דא"נ דהכי תנן בפ"ו דפאה מ"ג ר"ש דאמר עליון אינו שכחה מפני שהוא צף ולא קאמר מפני חזקתו לא ס"ל כן והת"ק אינו חולק עליו בזה וקאמר שברוה וכו' ודאי דכ"ע הוי טמון ורבנן כרבנן ולפ"ז טעמא דעליון אינו שכחה מטעם צף ואיפשטא לה דהוי טמון ודו"ק]:

עג כתיב לא נודע מי הכהו הא אם נודע מי הכהו לא היו עורפין ואפילו נודע לאחד בסוף העולם אף לעבד או לאשה או פסול לעדות מן התורה מפני עבירה כגון גזלן וכיוצא בזה מקרי נודע ולא היו עורפין לפיכך אמרו חז"ל [שם מ"ז:] דמשרבו הרוצחים בגלוי קודם חורבן בהמ"ק הפסיקו להביא עגלה ערופה אע"פ שלא היה ידיעה ברורה בעדים ומשמע מהרמב"ם ז"ל דדוקא אם ראו את ההורג שכתב אפילו ראה ההורג עד אחד ולא כתב לשון ידיעה וכן מסתבר שכשם שידיעה בלא ראיה אינו מועיל לעדות נפשות כמו כן אינו מועיל לענין שלא להביא עגלה ערופה ועוד משמע בגמ' דצריך לידע מי הוא ההורג אבל כשאינו יודע מי הוא אע"פ שראוהו כשהרג אין זה ידיעה רק בסנהדרין שראו לאחד שהרג את הנפש אע"פ שאין מכירין אותו לא היו עורפין כן מבואר שם בגמ' והרמב"ם ז"ל השמיט זה ולא ידעתי למה [ואפשר שהש"ס אפילו סנהדרין דבטריפה הורגין בקאייתא מ"מ אין מביאין ע"ע וכ"ש אחרים שראו ולכן לא כתב ומכירו אבל בירושלמי שם מפורש כמ"ש]:

עד כתב הרמב"ם ז"ל עד אחד אומר ראיתי את ההורג ועד אחד הכחישו וא"ל לא ראית היו עורפין בד"א כשבאו שניהם כאחד אבל אם אמר אחד אני ראיתי את ההורג ה"ז נאמן כשנים לענין זה ואם בא אח"כ עד אחד והכחישו וא"ל לא ראית אין משגיחין על דברי האחרון ואין עורפין באו שנים אחר שהעיד האחד והכחישוהו ואמרו לו לא ראית הרי הם כשני עדיות המכחישות זא"ז ועורפין אשה אומרת ראיתי את ההורג ואשה אחרת מכחשת אותה ואומרת לא ראית היו עורפין בין שבאו שתיהן כאחת בין שבאו זו אחר זו עכ"ל וס"ל דדוקא בעד כשר כשבא קודם לא מהני העד הבא אח"כ להכחישו ולא בפסולי עדות וי"א דאין נ"מ בזה [ראב"ד]:

עה שנים אומרים ראינו ואחד אומר להם לא ראיתם אפילו באו בבת אחת לא היו עורפין דאחד במקום שנים לאו כלום הוא ואם אחד אומר ראיתי ושנים אומרים לו לא ראית כבר נתבאר דהוי כמכחישים זא"ז ואפילו באו לאחר עדותו עורפין וכ"ש כשבאו בבת אחת בד"א כשהיו שלשתן שוין כשרים או פסולים אבל אם עד כשר אמר ראיתי ההורג ושתי נשים או פסולים אומרים לא ראית כתב הרמב"ם דאין עורפין וי"א דדינם כשנים המכחישים זא"ז ועורפין ואם שתי נשים או שני פסולין אומרים ראינו ההורג ועד אחד מכחישן ואומר לא ראיתם פסק הרמב"ם דעורפין שאפילו מאה נשים ופסולים ועד אחד מכחישן הרי אלו כעד נגד עד וי"א דזהו דוקא כשבא העד הכשר מקודם אבל כשבא לבסוף הולכין אחר רוב דעות וזה שכתב הרמב"ם בעד אומר ראיתי ושתי נשים אומרות לא ראית אין עורפין זהו כשבא העד מקודם דאלו בבת אחת כיון דדינם כמכחישים זא"ז הרי הדין דעורפין ואם ג' נשים או פסולים אומרים ראינו ההורג וד' נשים או פסולים אומרים לא ראיתם עורפין אפילו כשבאו זה אח"ז וזה הכלל דבפסולין הולכין אחר רוב המנין בכל מקום לפיכך דינם כעד אומר ראיתי ובאו שנים אח"כ והכחישום וע' באהע"ז סי' י"ז מ"ש בסעיף צ"ג:

עו בירושלמי פ"ט דסוטה הל' ב' מבואר דאם מצאו להחלל עומד על מטהו והסכין תקועה בלבו אין עורפין דאין זה נופל בשדה עוד אמרינן שם דאם נמצא החלל סמוך לערי מקלט הדין הוא למאן דס"ל דערי מקלט נתנום בחלק להלוים מביאין עגלה ערופה ולמאן דס"ל דרק לדירה נתנו להם דינם כירושלים דלא קרינן בהו לרשתה ואין מביאין ופלוגתא זו היא בירושלמי פ"ב דמכות ובש"ס שלנו לא נמצא כלל מזה וגם הרמב"ם ז"ל השמיטו ולדינא נראה דכיון דקיי"ל דבערי מקלט לא היה הרוצח מעלה שכר ובערי הלוים היה מעלה שכר כמ"ש בסעיף ס"ב לפיכך אם נמצא קרוב לערי

לערי מקלט אין מביאין וסמוך לערי לוים מביאים [פ"ט] ואם נמצא החלל בהעיר עצמה נ"ל דאין מביאין דנופל בשדה כתיב ולא בעיר וגם מדאמרו חז"ל שאפילו נמצא בסמוך לעיר היו מודדין ולא קאמר אפילו בעיר ש"מ דבעיר אין מביאין :

עז אין דין עגלה ערופה נוהג אלא בא"י ובעבר הירדן ולעתיד בהשלש הנוספות קני קנזי וקדמוני וכתב הרמב"ם בפ"י מרוצח עגלה ערופה בת שתי שנים או פחות אבל אם היתה בת שתי שנים ויום אחד פסולה עכ"ל ואע"ג דעגל הוא בן שנה כמ"ש בפ"א מקרבנות שאני הכא דכתיב עגלת בקר ובקר הוא בן ג' שנים ולכן באה הקבלה דמוסיפין על שנה ופוחתין מן ג' וזה שכתב דשתי שנים ויום אחד פסולה משמע דשתי שנים ושעה אינה פסולה ואע"ג דשעות פסולות בקדשים מ"מ עגלה ערופה כיון שאינה נקרבת בפנים אין דינה בזה כקדשים [מל"מ] וכן אין המומין פוסלין בה מפני שאינה נקרבת על המזבח אבל טריפה פסולה דכפרה נאמר בה כקדשים וטריפה לא תוכל לכפר :

עח כתב הרמב"ם ז"ל כל העבודות פוסלות את העגלה כמו שפוסלין בפרה אדומה שנאמר אשר לא עובד בה ולמה נאמר עול אחר שנאמר אשר לא עובד בה שהוא כולל העול עם שארי עבודות שהעול פסלו בין בשעת מלאכה בין שלא בשעת מלאכה כיון שמשכה בעול טפח נפסלה אע"פ שלא חרש בה ולא עשה בה מלאכה ושארי עבודות אין פוסלין אלא עד שעת מלאכה עכ"ל כלומר כגון שהניח עליה איזה משא לטובת מלאכתו אבל אם הניח עליה באקראי שלא בכוונת מלאכה לא פסלה [שם מ"ו ברפ"י] וממילא למדנו מזה דכל מלאכה שהיא לצרכה כגון פירש בגדו עליה מפני הזבובים אינו פוסלה ושלא לצרכה כגון שפירש בגדו עליה לנושאה והוליכה הבגד למקום שהיה צריך פסלה אבל אם לא הוליכה אע"פ שנתן עליה לכוונת מלאכה כיון שלא עשה בה לא פסלה וכן כל כיוצא בזה וזהו כוונת הרמב"ם [הל' ד' ע"ש ודו"ק] :

עט אין עורפין את העגלה אלא ביום לפי שנאמר בה כפרה כבקדשים ביום צותו וכל היום כשר לעריפה מעה"ש עד צה"כ ונ"ל דמ"מ לכתחלה לא יעשו קודם נ"ץ החמה כבשארי מצות היום שמכשירין מעה"ש וצריך לכתחלה לעשותן אחר הנ"ץ [מגילה ספ"ב] אמנם אפשר לומר דבשם הטעם שמא יטעה בין יום ללילה ובמצות המסורות לב"ד לא חיישינן והרי התמיד שחטוהו קודם הנ"ץ [רפ"ג דיומא] ואין עורפין שתי עגלות כאחת לפי שאין עושין מצות חבילות חבילות שלא יהיו נראים עליו כמשא ועמ"ש בסעיף ע"א :

פ כתב הרמב"ם ז"ל עגלה ערופה אסורה בהנאה ונקברת במקום עריפתה ומשתרד לנחל איתן תיאסר בהנאה אע"פ שעדיין לא נערפה ואם מתה או נשחטה אחר ירידתה ה"ז אסורה בהנאה ותקבר עכ"ל ומ"מ שנינו בתוספתא דפרה פ"א שרשאין לפרותה אפילו אחר ירידתה לנחל ושתצא לחולין ליגזז וליעבד ויקחו אחרת במקומה ונ"ל דאחר עריפתה כיון שנעשית מצותה לא שייך בה פריון ואע"ג דפרה אדומה נפדית גם על גבי מערכתה זהו מפני שכל זמן שלא נעשית אפר לא נגמרה מצותה :

פא נמצאו העדים זוממין אפילו אחר ירידתה לנחל מותרת כיון שהתורה האמינה להזוממים אגלאי מילתא שהקדש טעות היתה וכיצד משכחת לה והרי אין מביאין עגלה ערופה ע"פ עדים אלא ע"פ ב"ד שרואים את החלל כגון שאמר עד אחד אני ראיתי את ההורג ופטורים מלהביא ובאו שנים והכחישוהו ואמרו לא ראית והביאו על פיהם כמ"ש בסעיף ע"ד והפרישו את העגלה והורידוה לנחל לערפה על פיהם ואח"כ באו שנים והזימום ה"ז מותרת בהנאה אבל בהכחשה אין נאמנים ובהכחשה עורפין ונ"ל דאפילו אם הזימום אחר עריפתה מותרים העור והבשר והעצמות בהנאה וגם מקום הנחל מותר לזורעו ולא דמי לנמצא ההורג שיתבאר דהתם כדין ערופה אבל בהזמה אגלאי מילתא דטעות היתה אמנם אפשר כיון דקיי"ל דאם באו עדי הזמה לאחר שנהרג זה שהעידו עליו אין בזה דין הזמה דכתיב כאשר זמם ולא כאשר עשה כמ"ש בסי' ל"ח גם בכאן כשנערפה העגלה לא שייך הזמה אך להרמב"ם בפ"כ מעדות דרק בחייבי מיתות דנין כן ולא במלקות י"ל דגם בזה דנין דין הזמה ודע שזה שכתב הרמב"ם ז"ל דמותרת בהנאה בהזמה לאו דוקא נקט וה"ה באכילה :

פב כתב הרמב"ם ז"ל נמצא ההורג עד שלא תיערף העגלה תצא ותרעה בעדר נמצא אחר שנערפה הקבר במקומה שעל הספק באה מתחלתה כיפרה ספיקה והלכה לה עכ"ל והקשה עליו הרשב"א ז"ל דלהדיא מבואר בכריתות [כ"מ] דלמאי דקיי"ל דאחר ירידתה לנחל אסורה בהנאה אף אם נמצא ההורג קודם עריפתה אחר ירידתה לנחל אסורה בהנאה ורבינו הב"י בכ"מ נדחק בזה ולי נראה דדברי הרמב"ם ז"ל צודקים דאמת רבא אמר שם כן והולך לשיטתו מקודם באשם תלוי אף כשהוזמו עדים ס"ל לרבנן דאסור בהנאה אף שלא שייך טעמא דלבו נוקפו ומקדישו בלב שלם כיון שהקדישו ע"פ עדים כמבואר שם וה"ה בעגלה ערופה ע"פ עדים וס"ל לרבא דע"פ עדים אין חילוק בין אשם תלוי לעגלה ערופה. אבל אם נאמר דלא כרבא שם אלא כרב דאם האשם תלוי היה ע"פ עדים מודים רבנן דמותר בהנאה כשהוזמו אע"פ שהיה קדוש א"כ גם בעגלה ערופה אחר ירידתה לנחל מותרת וכ"ש הוא מאשם תלוי [ובאמת היה יכול הש"ס לתרץ כן אלא דמתרץ לדעתיה דרבא ע"ש ואף שהרמב"ם פסק באשם תלוי כרבא בפ"ד מפסה"ק הל' י"ע מ"מ לדידן אפשר לחלק כן וע"ש בתוס' ד"ה הא איתסרי ודו"ק] :

פג ואע"פ שלענין העגלה יש חילוק בין נמצא קודם עריפתה לאחר עריפתה מ"מ לענין הרוצח אין חילוק דאם נמצא הרוצח אפילו אחר העריפה ואחר קבורתה מ"מ הורגין אותו דלאחר פרשת עגלה ערופה כתיב ואתה תבער הדם הנקי מקרבך ובאה הקבלה דה"פ שתבער הדם הנקי אף אחר עריפתה ומ"מ העגלה נשארת באיסורה בהנאה כיון שנעשית מצותה [רש"י מ"ז] וכן הנחל נשאר באיסורו :

פד כתב הרמב"ם ז"ל הנחל שנערפה בו העגלה אסור בזריעה ועבודה לעולם שנאמר אשר לא יעבד בו ולא יזרע וכל העובד שם עבודה בגופה של קרקע כגון שחרש או חפר או זרע או נטע וכיוצא באלו ה"ז לוקה ומותר לסרוק שם פשתן ולנקר שם אבנים שזהו כמי שארג שם בגד או הפרו שאינה מלאכה בגוף הקרקע לכך נאמר לא יעבד ולא יזרע מה זריעה בגופה של קרקע אף כל העבודה שנאסרה שם אינה אלא בגופה של קרקע עכ"ל וכתב עוד דאנשי עיר הקרובה שנתאחרו ולא הביאו עגלה ערופה כופין אותן ומביאין ואפילו לאחר כמה שנים שהייבי עגלה ערופה שעבר עליה יוה"כ חייבים להביא אחר יוה"כ עכ"ל דיוה"כ אינו מכפר רק על אשם תלוי כשלא הביאו קודם יוה"כ כמבואר בכריתות וברמב"ם פ"ג משגגות :

סימן תכו [חייב אדם להציל חבירו בין בגופו בין בממונו ובו ד' סעיפים] :

א הרואה את חבירו טובע במים או ליסטים באים עליו או חיה או שאר מין צרה ויכול להצילו בעצמו או לשכור אנשים להצילו ולא הציל או ששמע שונאים מלחשים לעשות לו רעה ולא הודיעו או שידע שאנס רוצה לאנסו לחבירו והוא יכול לפייסו ולא פייסו וכן כל כיוצא בדברים אלו עובר על לא תעמוד על דם רעך ומ"מ אם הצילו בממון מחוייב הנצול להחזיר לו אם יש לו [סמ"ע] וכ"ש שמחוייב להציל את חבירו מכל תקלה ונזק שאחרים רוצים להכשילו וכ"ש שמחוייב להציל נזק רבים לפיכך אם יודע באחד שעושה דבר שקרוב להיות נזק לרבים או אפילו ליחיד מחוייב למחות אם ביכלתו למחות ועמ"ש בסי' שפ"ח :

ב מ"ע מדבריהם ללוות אורחים ואמרו חכמים כל מי שאינו מלוה כאלו שופך דמים והרי זהו וידוי ב"ד בעגלה ערופה כמ"ש בסי' הכ"ה סעיף ס"ו וכופין ללויה כדרך שכופין לצדקה וב"ד המתקנים שלוחים ללוות אדם העובר ממקום למקום אם נתעצלו בדבר זה מעלה עליהם הכתוב כאלו שפכו דמים ועכשיו לא נהגו בזה מפני שאין הולכין ברגל אלא נוסעים בקרון ואינו נוסע לבדו [נ"ל] וכמה שיעור לויה הרב לתלמיד עד עיבורה של עיר ואדם לחבירו עד תחום שבת ותלמיד לרבו עד פרסה ולרבו מובהק עד ג' פרסאות [רמב"ם פי"ד מאבל] וכתב רבינו הרמ"א בד"מ דבזמה"ז מוחלים על כבודם ויש לילך עמו או עם חבירו עד לפני שער העיר או לכל הפחות ד' אמות :

ג גמ"ח שבגופו שאין להם שיעור כגון בקור חולים ונחום אבלים והוצאת המת והכנסת כלה והלוית אורחים אע"פ שכל מצות אלו מדבריהם הרי הם בכלל ואהבת לרעך כמוך וכל הדברים שאתה רוצה שיעשו אותם לך אחרים עשה אתה להם ושכר הלוית אורחים מרובים מן הכל והוא החוק שחקקו אאע"ה ודרך החסד שנהג בה מאכיל עוברי דרכים ומשקה אותן ומלוה אותן וגדולה הכנסת אורחים מהקבלת פני שכינה שנאמר וירא שלשה אנשים וירץ לקראתם ואמר להקב"ה אל נא תעבר מעל עבדך והניחו והלך לקבל האורחים ומצות הלוייתן יותר מהכנסתן [רמב"ם שם] :

ד הפוסקים הביאו בשם ירושלמי דחייב אדם להכנים א"ע לספק סכנה כדי להציל חבירו והראשונים השמיטו זה מפני שבש"ס שלנו מוכח שאינו חייב להכנים א"ע ומיהו הכל לפי הענין ויש לשקול הענין בפלס ולא לשמור א"ע יותר מדאי ובזה נאמר ושם אראנו בישע אלהים זהו ששם אורחותיו וכל המקיים נפש מישראל כאלו קיים עולם מלא ועיו"ד סי' רנ"ב :

סימן תכז [מ"ע לעשות מעקה ולהסיר כל מכשול מרשותו ובו י"א סעיפים] :

א מ"ע לעשות מעקה לגגו שנאמר ועשית מעקה לגגך ולא תשים דמים בביתך ודעת הרמב"ם בפי"א מרוצח דדוקא בבית דירה אבל בית אוצרות ובית הבקר וכיוצא בהם אינו זקוק למעקה ובספרי מרבה להדיא דחייבין במעקה ויש שתירצו דעת הרמב"ם ז"ל משום דמעקה תלוי במזוזה ובמזוזה יש מחלוקת והרמב"ם פסק דפטירי ממזוזה ולפיכך פסק דפטורין ממעקה אבל לפי מה דקיי"ל ביו"ד סי' רפ"ו שחייבין במזוזה ודאי שחייבין במעקה

במעקה [סגר"ח] ויש מי שאומר דאף שחייבין במזוזה יכול להיות שבמעקה פטורין דכיון דאין זה תשמיש תדיר לא חיישינן לתקלה שיפול הנופל ממנו [סמ"ע] וכן כל בית שאין בה ד' אמות על ד"א פטורה ממעקה שאינה בכלל בית ואינה מקום דירה ואם בכולל יש ד' על ד' והיינו שהאורך יותר מד' והרוחב פחות מד' נראה דהוי מקום דירה וחייבת במעקה וגם במזוזה חייבת כמ"ש ביו"ד שם לענין מזוזה ואף החולק שם במזוזה מ"מ במעקה דהוא ספק סכנה יש להחמיר [נ"ל] :

ב בית של שני שותפים חייב במעקה אע"ג דכתיב לשון יחיד לגגך לא אתי למעוטי שותפות והרי נאמר כי יפול הנופל ממנו לא תלה הכתוב אלא בנופל והרי משתמשים שם א"כ למה נאמר לשון יחיד למעוטי בתי כנסיות ובתי מדרשות לפי שאינם עשוים לדירה ואף לבית האוצרות אינן דומות לפי שאין בהם תשמיש כלל וכבר נתבאר בסי' שי"ד דמי ששכר בית מחבירו על השוכר לעשות מעקה. ע"ש :

ג כתב הרמב"ם בפי"א מברכות דהעושה מעקה צריך לברך אשר קדשנו לעשות מעקה ובכמה מקומות בראשונים מבואר דאין מברכין כמו שיתבאר בסעיף י' עוד פסק לברך שהחיינו דס"ל דעל כל מצוה מברכין שהחיינו ואנן לא קיי"ל כן כמ"ש בא"ח סי' כ"ב ואין לברך שהחיינו על מעקה [נ"ח] ולהרמב"ם דמברכין לעשות מעקה אפילו עשה ע"י פועל כותי מברך דיד פועל כיד בעה"ב ואע"ג דאין שליחות לכותי פועל שאני ויש מי שאומר דאם הפועל הוא שכיר יום מברך הבעה"ב אבל כשהאומן עושה בקבלנות אפילו הוא ישראל יברך האומן ולא הבעה"ב [מח"ח] ולא נראה כן דכיון דחיובי עליה דבעה"ב רמיא הוה האומן שלוחו ואין זה ענין לאומן קונה בשבח כלי ואיך יברך האומן והרי אינו דר שם ואי משום שנחשוב אותו כמשכיר להבעה"ב הלא השוכר חייב במעקה ולכן העיקר לדינא דהבעה"ב יברך :

ד כתיב כי יפול הנופל ממנו ודרשינן ממנו ולא בתוכו הלכך אם היתה רה"ר גבוה מגגו אינו זקוק לעשות מעקה לגגו ושיהיה גבות מרה"ר י' טפחים כדי שבני רה"ר לא יפלו לתוך גגו ואם יש חשש נפילה יתקנוה בני רה"ר או ממוני העיר ואע"ג דקדירא דבי שותפי כל אחד יסמוך על חבירו ולא יעשו כלל מ"מ עליו אין החיוב מוטל דהתורה פטרתו :

ה נראה דחיוב מעקה בגגין אינו אלא בגגין שלהן שהיו שוין ולא בשיפוע והיה להם הגג לתשמיש אבל גגין שלנו שהן משופעין וא"א להשתמש בהן אין בהן חיוב מעקה :

ו ולאו דוקא הגג חייב במעקה דה"ה כל דבר שיש בו סכנת נפילה וביכולת האדם להכשל בו כגון באר או בור שבחצר חייב לעשות סביבו חוליא שתהא גבוה מן הארץ עשרה טפחים דגובה מעקה אינה פחותה מעשרה טפחים וצריכה להיות מחיצה חזקה כדי שישען אדם עליה ולא תפול והעשרה טפחים צריך להיות בכל סביבו [סמ"ע] ויש מי שאומר דא"צ י"ט רק בהצד שהולכין בו ושאר הג' רוחות די בג"ט [רא"בד פי"א מרוצח] ואפי' לדעה זו במרתף ובור וכיוצא בהן צריך י"ט מכל הצדדים מפני שהולכין בכל סביבם אמנם דעת הרמב"ם ז"ל דאין מעקה בשום מקום פחותה מי' וכן משמע בתוספתא פ"ו דב"ק [סגר"ח] ולא תקשה לך דהא התורה לא הצריכה מעקה רק לגג אמנם כתיב ולא תשים דמים כל דבר שיכול לגרום דמים מיתה או נזקין וכך דרשו חז"ל בספרי אין לי אלא גג מניין לרבות בורות שיחין ומערות הריצין ת"ל ולא תשים דמים בביתך :

ז בבורות ומרתפים די שיעשה להם כסוי טוב ולא היישינן שמא יניחנו פתוח דאם באנו לחשוש חששות כאלה אין לדבר סוף וכל המניח גגו או בורו או מרתפו בלא מעקה או כסוי ביטל מ"ע ועבר על ל"ת דולא תשים דמים וכן כל מכשול שיש בו חשש סכנה מ"ע להסירו ולהשמר ממנו ולהזהר בדבר שנאמר השמר לך ושמור נפשך מאד ואם לא הסיר והניח המכשולות ביטל מ"ע ועבר על ל"ת ואין לוקין על לאו זה ומינקת חייבת ליזהר כששוכב אצלה הילד שלא יארע לו סיבה ח"ו ואם אירע ח"ו נהגו שמקבלת תשובה ואף שמדינא אינה כמכה נפש בשגגה שהרי לטובת התינוק נתכוונה ועדיף מאב המכה את בנו שפטור מגלות כמ"ש בסי' תכ"ה סעיף ל"ח מ"מ פושעת היא וטוב שתניקהו בעריסתו או להניחו בעריבה במטתה ואין לך יפה מן הזהירות ועמ"ש בסי' ת"ט :

ח הרבה דברים אסרו חז"ל מפני שיש בהן חשש סכנה וכל העובר עליהם ואומר הריני מסכן עצמי ומה לאחרים עלי או איני מקפיד בכך כתב הרמב"ם ז"ל דמכין אותו מכת מרדות ואין כוונתו דזהו רק איסור דרבנן דודאי יש בזה איסור דאורייתא אלא שאין לוקין עליו כהרבה לאוין שאין בהם מלקות [ב"י בטור יו"ד סי' קע"ז] :

ט ואלו הן לא יניח אדם פיו על הסילון המקלח וישתה ולא ישתה בלילה מן הנהרות ומן האגמים כשאינו רואה ברור שאין בתוך המים דבר של סכנה דחיישינן שמא יבלע עלוקה ולא ישתה מים מגולים שמא שתה נחש ויין אפילו מזוג אסיר ואפילו התחיל טעמו להשתנות לחומץ והחלב והדבש והציר אבל שאר משקין אין מקפידין על גילויין שאין בעלי הארס שותין מהן וכבר נתבאר ביו"ד שם דעכשיו במדינתנו שאין נחשים מצוים אין סכנה בגילוי ולכן אין אנו נזהרין מגילוי ושם נתבאר עוד כמה דינים מאלו הענינים וכן מכל דבר מאוס צריך האדם ליזהר והנזהר עליו תבא ברכת טוב :

י כבר כתבנו בסעיף ג' דדעת הרמב"ם ז"ל לברך על עשיית מעקה כבעל כל המצות וכ"כ בם' תמים דעים סי'

סי' קע"ט בשם הלכות פסוקות וז"ל מי שעושה מעקה צריך לברך לעשות מעקה ע"ש אמנם י"א דאין לברך מפני שיש בה לאו דלא תשים דמים ועל לאו לא תקנו ברכה וכמה מצות יש שאין בהם ברכה וז"ל שם בשם בעל העיטור ושאלתי מאת הרב החסיד למסור מפתח על המצות מפני מה מברכין במקצתן ומקצתן אין מברכין עליהן כגון מי שעומד מפני רבו או חכם והנותן צדקה לעני והלואת מעות והשבת העבוט ושלוח הקן ומעקה ובקור חולים ונחום אבלים ומכניסי חתן וכלה לחופה ועל לקט שכחה ופאה ופרט ועוללות ופטר חמור עריפתו ונתינתו ונתינות בכור לכהן וראשית הגז ומתנות ונותן שקלו וחזה ושוק ומגיש וסומך והבאת שלום ומורא וכבוד ומוכיח חבירו והשמטת כספים ושלוח עבדים ומשמח גר יתום ואלמנה והשבת אבדה וטעינה ופריקה ומצות חליצה ויבום עכ"ל ותירץ דכל מצוה שאינה בינו לבין עצמו אבל תלויה באחרים א"צ לברך עכ"ל וכ"כ בתשו' הרשב"א סי' י"ח ע"ש ואכתי אין התירוץ מספיק על שילות הקן ומעקה ועריפת פטר חמור אמנם בשילוח הקן ומעקה באמת צריך לברך כדמסיים שם בעצמו וז"ל והלכתא צריך לברך בשילוח הקן ובמעקה ובפדיון הבן ומילה כיון דקטן הוא כבינו לבין עצמו דמי עכ"ל ועל פטר חמור כתב הטור יו"ד בסי' שכ"א דמברך על פדיון פטר חמור ע"ש ובעריפה אינו מברך משום דמצ׳ת פדיה קודם לעריפה ואפשר דעריפה במקום פדייה לאו כלום היא כמו שאמרו חז"ל דחליצה במקום יבום לאו כלום הוא [יבמות כ"ח:] ולכן לא תקנו ברכה על עריפה וחליצה ועל יבום יש ברכה כמו בכל קדושי אשה דמצות יבמין מקדש ואח"כ בועל ושתי ברכות על דבר אחד א"א לתקן ומה שהקשה מהגשה וסמיכה לא ידעתי והרי אין זה גמר מצוה דבקדשים תחלת המצוה היא השחיטה ומברך לשחוט הזבח וסוף המצוה לאכול הקרבן ומברך באמת בשעת אכילה כדתניא בתוספתא פסחים פ"י וכן במשנה שם. וכן בהפרשת תרומות ומעשרות מברכין כדתניא בתוספתא פ"ו דברכות ע"ש ועל עניני הצדקות שאין מברכין אלולי דברי הקדמונים ז"ל היה נ"ל טעם מה שלא תקנו ברכות באלו הענינים דאע"ג דהאיש הישראלי מחוייב לעשות גם מצות שכליות לא מפני השכל אלא מפני צווי הקב"ה כמש"כ והיה עקב תשמעון את המשפטים וגו' כלומר אפילו המשפטים תשמע מה שצותה התורה ולא תעשה מפני שכלך אלא כשארי מצות השמעיות מ"מ קדושת ישראל אינו ניכר כל כך בהשכליות כמו בהשמעיות כמ"ש חז"ל ביומא [ס"ז:] ולכן לא תקנו ברכות על מצות שכליות ודרך ארץ שיש מהם בכל אום ולשון ולא תקנו לברך אשר קדשנו במצותיו אם כי אינם עושים רק מפני השכל מ"מ יש בהם עשיות כאלו ובזה א"ש כל מה שהקשו צא ולמד דהא שבת ויו"ט מצוה לאכול ולשתות ולא תקנו ברכה ע"ז לבד ממצה בלילה ראשונה של פסח מפני שמשונה אפייתה וכן אכילת מרור מפני שאין דרכו של אדם לאכול כאלה שייך לומר בזה אשר קדשנו במצותיו ועל מעקה מברכין דהיא ג"כ אינה שכליית דע"פ שכל ישמור ההולך שם א"ע ועל שמיטה לא שייכא ברכה שאינה פעולה :

יא כמו שהזהירה התורה על נפשו וממונו של חבירו כמו כן הזהירתו על שמירת נפשו וממונו שאין להוציאם על דברים של מה בכך ואין לאדם להוציא ממונו רק על הכרחיותו כדרך האנשים המכובדים ועל צדקות וגמ"ח שהם מהדברים שאוכלין פירותיהן בעוה"ז והקרן קיימת לעוה"ב והש"י יזכנו לעולם שכולו טוב ולעולם שכולו ארוך אמן ואמן :

תם ונשלם


2011265704